

Pflichtenkollision bei Triage-Entscheidungen*

Von Privatdozentin Dr. Scarlett Jansen, Bonn

I. Einleitung

Die Corona-Pandemie hat in einigen Staaten bereits dazu geführt, dass Ärzte sich entscheiden mussten, welche Patienten sie versorgen und welche mangels ausreichender Ressourcen nicht behandelt werden.¹ In Deutschland kam es bislang noch nicht zu solchen Knappheitssituationen, bei denen man so genannte Triage-Entscheidungen treffen muss.² Triage leitet sich vom französischen „trier“ (sortieren, aussuchen) ab und meint die Entscheidung, welche Patienten bei knappen Ressourcen behandelt werden und welche nicht.³

Es sind unterschiedliche Triage-Konstellationen denkbar: Bei der so genannten Ex-Ante-Triage muss der Arzt ent-

* Überarbeitete Fassung des Habilitationsvortrags, den die Verf. am 20.11.2020 vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn gehalten hat.

¹ Vgl. nur die Berichterstattung der Presse insbesondere in Bezug auf Italien *Arnold/Engelmann*, Merkur.de. v. 22.5.2020, abrufbar unter:

<https://www.merkur.de/welt/coronavirus-triage-italien-intensivstation-aerzte-sars-cov-2-sortierung-ueberlebenschancen-zr-13610335.html> (19.2.2021); *Bartens*, SZ v. 2.4.2020, abrufbar unter:

<https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/coronavirus-medizin-triage-1.4864794> (19.2.2021).

² Nach den Berechnungen von *Stang/Stang/Jöckel*, Deutsches Ärzteblatt International 2020, 117, ist das Szenario zumindest bei einem nicht exponentiellen Wachstum nicht realistisch. Dennoch sollte auch für die Zukunft die rechtliche Behandlung solcher Probleme diskutiert werden. Es sind hierzulande auch bereits Empfehlungen von verschiedenen Gremien entwickelt worden, wie damit umzugehen wäre, vgl. Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, Ad-hoc-Empfehlung v. 27.3.2020, abrufbar unter:

<https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (19.2.2021); Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie, Klinisch-ethische Empfehlungen, 2. Version v. 17.4.2020, abrufbar unter:

<https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/200417-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-2.pdf> (19.2.2021); Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2020, A 1084 ff.; Der Gesetzgeber schweigt hingegen zu dieser Dilemma-Situation, was durch das Bundesverfassungsgericht zumindest vorläufig in einer Entscheidung über einen Eilantrag gebilligt worden ist, BVerfG, Beschl. v. 16.7.2020 – 1 BvR 1541/20 = BeckRS 2020, 19319.

³ Vgl. *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403; siehe zur Herkunft und Entwicklung des Begriffs *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 48 ff.

scheiden, welchen von zwei (oder mehreren) Patienten er behandelt, die gleichzeitig erscheinen.⁴ Wenn für diese Patienten beispielsweise nur ein Beatmungsgerät zur Verfügung steht, ist er vor eine dilemmatische Situation gestellt, weil er nicht alle Patienten retten kann.

Im Unterschied dazu ist bei der Ex-Post-Triage ein Patient bereits in Behandlung, ist also beispielsweise an ein Beatmungsgerät angeschlossen.⁵ Hier stellt sich die Frage, ob der Arzt diesem Patienten das Gerät wegnehmen darf zugunsten der Beatmung eines anderen, weil dieser höhere Überlebenschancen hat.⁶

Zuletzt kommt noch die sogenannte präventive Triage in Betracht, bei der sich der Arzt entscheiden muss, ob er einen Patienten vorsorglich nicht an ein Beatmungsgerät anschließt, um dieses für später erscheinende, unter Umständen dringendere Fälle zur Verfügung zu haben.⁷

Es ist denkbar, dass sich der Arzt wegen eines Tötungsdelikts strafbar macht, wenn er die Behandlung eines Patienten nicht aufnimmt oder abbricht und dabei in objektiv zurechenbarer Weise den Tod des nicht bzw. nicht weiter behandelten Patienten kausal⁸ herbeiführt und dies billigend in Kauf nimmt. Er ist zudem Garant kraft tatsächlicher Übernahme im Verhältnis zu den Patienten.⁹ Die Strafbarkeit ausschließen könnte jedoch eine Pflichtenkollision.¹⁰

Im Folgenden ist zu untersuchen, wann Ärzte sich bei solchen Triage-Entscheidungen strafbar machen und inwiefern der von der herrschenden Ansicht anerkannte Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision in Betracht kommt. Nach grundsätzlichen Ausführungen zur Pflichtenkollision (II.), ist der Frage nachzugehen, mithilfe welcher Kriterien die Pflichten zu gewichten sind (III.) und ob eine Rechtfertigung qua

⁴ *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704 (706); *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (404).

⁵ *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704 (706); *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (404).

⁶ Vgl. auch schon das Beispiel von *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 185, der diese Konstellation mithilfe des übergesetzlichen Notstands lösen will.

⁷ *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704 (706); *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (404).

⁸ Kann ein Nachweis der Kausalität zwischen der Nichtbehandlung und dem Tod nicht erbracht werden, verbleibt die Möglichkeit eines versuchten Totschlags.

⁹ BGHSt 64, 135 (142); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 28a; *Knauer/Brose*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, StGB §§ 211, 212 Rn. 7; *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 150 Rn. 14; näher zur Garantspflicht bei Triage-Konstellationen *Busch*, ZStW 134 (2020), 742 (744).

¹⁰ Im Folgenden soll davon ausgegangen werden, dass keine antizipierte Einwilligung, beispielsweise in Form einer Patientenverfügung vorliegt, wie sie jedoch durchaus in Betracht käme, vgl. mit einem Muster: *Schmidt/Wolfslast/Kretschmer/Lewandowski/Verrel*, medstra 2020, 195.

Pflichtenkollision auch bei der besonders problematisch erscheinenden Ex-Post-Triage möglich ist (IV.).

II. Pflichtenkollision

1. Grundlage der Pflichtenkollision

Bei der Pflichtenkollision geht es darum, dass eine Person (mindestens) zwei Handlungspflichten hat, von denen sie jedoch nur eine erfüllen kann und um die Frage, ob sich diese Person wegen Unterlassens strafbar macht. Schulbeispiel ist der Vater, der aus einem brennenden Haus oder einem Fluss nur eines seiner beiden Kinder retten kann.¹¹ Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass sich der Vater, der eines der beiden Kinder rettet, nicht wegen der unterbliebenen Rettung des anderen strafbar macht.¹² Ein ähnlicher Konflikt besteht beim Arzt, der nur eine von mehreren Behandlungspflichten erfüllen kann.

Damit kann die präventive Triage schon jetzt als Anwendungsfall der Pflichtenkollision ausgeschieden werden: Wenn aktuell kein Behandlungsengpass besteht und der Arzt dem Patienten nur deswegen eine Behandlungsmöglichkeit vorenthält, um sie für spätere Fälle zur Verfügung zu haben, liegt keine Pflichtenkollision vor.¹³ Denn den Arzt trifft nur eine Pflicht, nämlich die zur Versorgung des jetzt behandlungsbedürftigen Patienten.

Für die Beurteilung von Pflichtenkollisionen spielt die Unterscheidung von gleichwertigen, also jeweils mit der gleichen Verbindlichkeit zu erfüllenden, und ungleichwertigen und damit in einem Rangverhältnis stehenden Handlungspflichten eine wesentliche Rolle. Handelt es sich um ungleichwertige Pflichten, kommt auch bei zwei solchen Handlungspflichten der rechtfertigende Notstand in Betracht.¹⁴ Voraussetzung ist, dass das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt, etwa wenn der Arzt eine leichte Verletzung nicht behandelt, um gleichzeitig das Leben eines anderen Patienten zu retten. Überwiegt das geschützte Interesse das beeinträchtigte nicht wesentlich, beispielsweise bei zwei unterschiedlich großen Gefahren für das Leben, ist eine Rechtfertigung nach § 34 StGB nicht gegeben. Bei solchen ungleichwertigen Handlungspflichten ebenso wie

bei zwei gleichwertigen kommt eine Pflichtenkollision in Betracht.

Wenn dem Normadressaten nur die Erfüllung einer Handlungspflicht möglich ist, kann er nicht strafbar sein: *Ultra posse nemo obligatur*.¹⁵ Die Rechtsordnung wäre in sich widersprüchlich, wenn sie den Normadressaten dafür bestraft, dass er von mehreren ihm mit gleicher Verbindlichkeit auferlegten Pflichten nur eine erfüllen kann¹⁶ bzw. er bestraft würde, obwohl er im Falle ungleichwertiger Handlungspflichten die höherwertige erfüllt. Bei wesentlichem Überwiegen bedarf es keines Rückgriffs auf die Pflichtenkollision.¹⁷ Wenn § 34 StGB allerdings mangels wesentlichen Überwiegens ausscheidet, ist jedenfalls in Unterlassenskonstellationen, mithin bei Handlungspflichten, eine Strafbarkeit zu verneinen, wenn die höherwertige Pflicht erfüllt wird.

Im Vergleich zum rechtfertigenden Notstand ist die Perspektive bei der Pflichtenkollision damit eine andere: Aus Sicht des Opfers ist beim rechtfertigenden Notstand der Eingriff zu dulden, weil das andere Interesse wesentlich überwiegt; bei der Pflichtenkollision hingegen, weil gezwungenermaßen eines von zwei (oder mehreren) Interessen zurücktreten muss. Anders als nach herrschender Ansicht beim rechtfertigenden Notstand,¹⁸ liegt der materiale Grund der

¹⁵ Bzw. „*impossibilium nemo obligatur est*“; *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2018, S. 587; *Erb*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 41; *Freund/Rostalski* (Fn. 11), § 6 Rn. 132; *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (160); *Joerden*, Jahrbuch für Recht und Ethik 5 (1997), 43 (49); *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 14), § 34 Rn. 57; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 14), § 18 Rn. 3; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, Rn. 733 f.; *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 23 f.; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704 (706); *Rönnau*, JuS 2013, 113; *ders.*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 117; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (630); v. *Weber*, in: *Festschrift für Wilhelm Kiesselbach zu seinem 80. Geburtstag*, 1947, S. 233 (235).

¹⁶ Vgl. *Satzger*, JURA 2010, 753 (754).

¹⁷ *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 14), § 18 Rn. 5.

¹⁸ *Böse*, ZStW 113 (2001), 40 (59); *Engländer*, GA 2010, 15 (20 f.); *Erb* (Fn. 15), § 34 Rn. 8 ff.; *Frisch*, GA 2016, 121 (128 ff.); *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 17 Rn. 1, 9; *Kühl* (Fn. 15), § 8 Rn. 9; *Momsen/Savic*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2020, § 34 Rn. 1, 8; *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 9 ff.; *ders.*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 421 (426); *Otto*, in: *Heger/Kelker/Schramm* (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 341 (359); *Perron*, in: *Eser/Perron* (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, 1991, S. 79 (94 f.); *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 188 ff.; *Rönnau* (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 119; für ein ledigliches

¹¹ *Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963, S. 127; *Freund/Rostalski*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 6 Rn. 130; *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie, 1997, S. 144; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 49 Rn. 43; *Rönnau*, JuS 2013, 113; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 116; *Scheid*, Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt, 2000, S. 101.

¹² *Freund/Rostalski* (Fn. 11), § 6 Rn. 130 ff.; *Rengier* (Fn. 11), § 49 Rn. 43; *Roxin/Greco* (Fn. 11), § 16 Rn. 118.

¹³ *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1401).

¹⁴ *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxis-Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 34 Rn. 59; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2019, § 18 Rn. 5.

Pflichtenkollision nicht in einer Solidaritätspflicht.¹⁹ Die Pflichtenkollision entlastet den Normadressaten vielmehr nur deshalb, weil ihm nicht Unmögliches abverlangt werden darf. Dieser Grund für die Anerkennung der Pflichtenkollision kann im Folgenden sowohl für die dogmatische Einordnung als auch für die Beurteilung der Gleichwertigkeit von Pflichten fruchtbar gemacht werden.

2. Dogmatische Einordnung

Hinsichtlich der dogmatischen Einordnung ist wiederum zwischen der gleichwertigen und der ungleichwertigen Pflichtenkollision zu differenzieren, da bezüglich der gleichwertigen keine Einigkeit besteht.

a) Dogmatische Einordnung der gleichwertigen Pflichtenkollision

Im Wesentlichen werden zur gleichwertigen Pflichtenkollision Lösungen auf Tatbestandsebene,²⁰ auf Ebene der Rechtswidrigkeit²¹ sowie der Schuld²² diskutiert. Nach einer zum

Hinzutreten des Solidaritätsprinzips: *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 34 Rn. 1; kritisch insbesondere in Hinblick auf die Begründung über den Reziprozitätsgedanken: *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 57 ff.

¹⁹ *Jakobs*, in: Eser/Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, 1995, S. 143 (146, 169); vgl. *Rönnau* (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 119; vgl. insoweit auch zur Beachtlichkeit des Vorverschuldens bei der Gewichtung der Pflichten: *Neumann* (Fn. 18), § 34 Rn. 134; sowie *Rönnau* (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 122.

²⁰ Mit der Begründung, dass nur eine Gefahrabwendungspflicht bestehe, vgl. *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 281; *ders./Rostalski* (Fn. 11), § 6 Rn. 132; *Hoyer* (Fn. 11), S. 144 f.; *Joerden*, Jahrbuch für Recht und Ethik 5 (1997), 43 (49); *Scheid* (Fn. 11), S. 155 ff. Da der Garant nur einen von beiden retten könne, bestehe nur eine alternative Pflicht zur Abwendung der Gefahr für das Leben der Opfer, vgl. *Freund/Rostalski* (Fn. 11), § 6 Rn. 132; *Scheid* (Fn. 11), S. 155 ff. Dies könne auch erklären, warum der Garant bei einem Untätigsein bezüglich beider Opfer nur wegen eines Tötungsdelikts strafbar sei, vgl. *Freund/Rostalski* (Fn. 11), § 6 Rn. 133; gegen dieses Argument aber zu Recht: *Küper*, in: Hecker/Weißer/Brand (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, 2018, S. 67 (75): Da es sich um Pflichten handle, denen man nur alternativ nachkommen könne, erfülle man auch nur alternatives Unterlassungsrecht; vgl. dazu auch: *Goetzenjan*, in: Dünkel/Fahl/Hardtke/Harrendorf/Regge/Sowada (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks, 2018, S. 81 (94 ff.): Rechtfertigung bereits durch Bestehen der Pflichtenkollision. Gegen die Auffassung, dass nur eine Gefahrabwendungspflicht bestehe, spricht jedoch, dass der Garant jeweils ein Opfer retten könnte; es ist ihm nur unmöglich, beide Pflichten zu erfüllen, *Jakobs* (Fn. 19), S. 169 f.; *Rönnau* (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 117; vgl. *Renzikowski* (Fn. 16), S. 216.

²¹ Siehe Fn. 28.

Teil vertretenen Ansicht entfallende bereits die objektive Zurechnung des Erfolgsintritts wegen der durch die Befolgung einer Pflicht bewirkten Risikoverringering.²³ Dem liegt eine kollektive Sichtweise zugrunde, die darauf abstellt, dass sich die Opfer in einer Gefahren- und Rettungsgemeinschaft befänden.²⁴ Die beiden Risiken für die Opfer seien gemeinsam zu betrachten.²⁵ Daraus ergebe sich, dass der Normadressat bei Befolgung einer Pflicht das Doppelrisiko halbiere auf ein Einzelrisiko.²⁶ Gegen diese Lösung auf Ebene der Risikoverringering und damit des Tatbestands spricht aber schon, dass die Unterscheidung, ob es gleichwertige oder nicht gleichwertige Pflichten sind, unerheblich wäre. Denn auch wer die geringwertigere Pflicht erfüllte, verringerte aus dieser Perspektive das Risiko.²⁷ Dies stünde in Widerspruch zur in § 34 StGB vorgesehenen Abwägung, nach der das überwiegende und damit jedenfalls das höhere Interesse den Vorzug verdient. Zudem überzeugt die kollektive Interpretation der Pflichtenkollision nicht, denn der materiale Grund der Pflichtenkollision liegt nicht in einer zu fordernden Solidarität innerhalb einer Gruppe von Rettungsbedürftigen, sondern darin, dass dem Normadressaten Pflichten auferlegt werden, die er nicht sämtlich erfüllen kann. Es handelt sich nicht um eine Gesamtpflicht, bestehend aus der Summe von Pflichten, sondern um mehrere einzelne Pflichten.

Die herrschende Ansicht sieht in der Pflichtenkollision einen gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrund,²⁸ während eine dritte Ansicht darin lediglich einen Entschuldigungsgrund erblickt.²⁹

²² Siehe Fn. 29. Eine andere Ansicht geht hingegen von einem rechtsfreien Raum aus, vgl. *Androulakis* (Fn. 11), S. 127 f.; *Kaufmann*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 327 (337); *Schild*, JA 1978, 631 (635); zum rechtsfreien Raum allgemeiner: *Dingeldey*, JURA 1979, 478 (482). Weil beide Pflichten gleichwertig seien – so diese Mindermeinung – sei die Entscheidung hinzunehmen, aber nicht rechtlich zu bewerten, vgl. *Schild*, JA 1978, 631 (635). Die Tat sei damit weder gerechtfertigt noch rechtswidrig, vielmehr sei bloß das Unrecht ausgeschlossen, vgl. *Schild*, JA 1978, 631 (635); vgl. auch *Otto*, JURA 2005, 470, 472; *ders.*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 8 Rn. 202, der das Verhalten damit allerdings nicht in einen rechtsfreien Raum verortet.

²³ *Jäger*, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S. 30; *ders./Gründel*, ZIS 2020, 151 (160).

²⁴ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (158 ff.).

²⁵ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (160).

²⁶ *Jäger* (Fn. 23), S. 30; *ders./Gründel*, ZIS 2020, 151 (160).

²⁷ *Ast*, ZIS 2020, 268 (269).

²⁸ *Busch*, ZStW 134 (2020), 742 (747); *Dönicke*, Strafrechtliche Aspekte der Katastrophenmedizin, 1987, S. 147 f.; *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 (132); *Goetzenjan* (Fn. 20), S. 83; *Gropp*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 207 (216); *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 14), § 34 Rn. 57; *Krey/Esser*,

Rechtswidrigkeit setzt voraus, dass die Möglichkeit rechtmäßigen Verhaltens bestanden hat.³⁰ Dies ist in einer solchen Dilemma-Situation aber gerade nicht gegeben. Wenn die Rechtsordnung nicht vorgibt, welche der Pflichten der Normadressat vorrangig erfüllen soll, kann sein Verhalten nicht unrecht sein, wenn er eine Wahl trifft.³¹ Es handelt sich folglich nicht um einen Widerspruch zur Rechtsordnung, weil diese nicht die Befolgung beider Pflichten gebieten kann.³² Gegen eine Rechtfertigung wenden die Befürworter einer Entschuldigungslösung ein, dass sonst derjenige, der nicht gerettet werde, sich dagegen nicht wehren dürfte.³³ Nach der Lösung der herrschenden Ansicht dürfen die Angehörigen eines Patienten, der das Beatmungsgerät nicht erhält, den Arzt nicht überwältigen und das Beatmungsgerät, mit dem er gerade einen anderen Patienten behandeln will, an sich reißen, weil es sich beim Verhalten des Arztes nicht um einen rechtswidrigen Angriff handelt, gegen den Notwehr bzw. Nothilfe geübt werden dürfte. Dieses Ergebnis wird insbesondere von Vertretern der Entschuldigungslösung kritisiert.³⁴ Die Opfer könnten jeweils mit Recht fordern, gerettet zu werden.³⁵ Dass gegenüber dem Opfer eine Pflicht besteht, lässt jedoch nicht den Schluss zu, dass die Nichtbefolgung dieser Pflicht rechtswidrig wäre. Denn für diese Frage ist nicht allein auf eine isolierte Opferperspektive abzustellen, sondern zu untersuchen, inwiefern der Normadressat Unrecht

verwirklicht. Aufgrund der Dilemma-Situation und der Unmöglichkeit, beide Pflichten zu erfüllen, kann in dem Unterlassen der Rettung jedoch kein Unrecht liegen, weil sonst die Rechtsordnung widersprüchlich wäre. Es liegt folglich im Handeln des Arztes in diesen Konstellationen kein rechtswidriger Angriff, gegen den Notwehr oder Nothilfe erlaubt wäre.³⁶

Es kann daher mit der herrschenden Ansicht festgehalten werden, dass der Adressat mehrerer gleichwertiger Handlungspflichten, der eine davon befolgen kann, hinsichtlich der Nichterfüllung der anderen gerechtfertigt ist.

Dabei gibt die Rechtsordnung nicht vor, welche Pflicht vorrangig zu erfüllen ist. Die Entscheidung des Normadressaten, welche Person er rettet, ist dann nicht vorgezeichnet.³⁷ Auch seine Motive dafür, den einen Patienten zu behandeln und den anderen nicht, spielen für die strafrechtliche Rechtfertigung keine Rolle,³⁸ da das subjektive Rechtfertigungselement bereits erfüllt ist, wenn der Täter in Kenntnis der Pflichtenkollisionslage handelt.³⁹ Bei gleichwertigen Pflichten ist daher eine Rechtfertigung auch dann nicht ausge-

Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 633; *Küper* (Fn. 15), S. 18 ff.; *ders.*, JuS 1971, 474 (475); *ders.*, in: *Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng* (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, 2017, S. 931 (933 f.); *Küschner*, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1992, S. 319 ff., 325; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704 (706); *Neumann* (Fn. 18 – FS Roxin), S. 421 ff.; *Rönnau* (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 116; *ders.*, JuS 2013, 113; *Roxin/Greco* (Fn. 11), § 16 Rn. 118; *Sowada*, NStZ 2020, 452 (453); *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 49. Aufl. 2019, Rn. 1212.

²⁹ *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 68. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 11a; *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 33 V. 1. c), 2.; *Momsen/Savic* (Fn. 18), § 34 Rn. 24; siehe auch schon v. *Weber* (Fn. 15), S. 235, 249 f.

³⁰ *Roxin/Greco* (Fn. 11), § 16 Rn. 119; vgl. auch *Rönnau* (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 117.

³¹ *Jäger*, *Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2019, § 5 Rn. 210; *Neumann* (Fn. 18 – FS Roxin), S. 431; *Roxin/Greco* (Fn. 11), § 16 Rn. 119; *Sowada*, NStZ 2020, 452 f.; vgl. auch *Rönnau* (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 117; sowie *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2011, 2. Kap. Rn. 125.

³² Vgl. *Satzger*, JURA 2010, 753 (754).

³³ *Fischer* (Fn. 29), Vor § 32 Rn. 11a; *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 18), Vor §§ 32 ff. Rn. 174.

³⁴ *Fischer* (Fn. 29), Vor § 32 Rn. 11a; *Momsen/Savic* (Fn. 18), § 34 Rn. 24; *Paeffgen* (Fn. 33), Vor §§ 32 ff. Rn. 174.

³⁵ *Paeffgen* (Fn. 33), Vor §§ 32 ff. Rn. 174.

³⁶ Auch im Ergebnis wäre dies nicht zu befürworten, denn zum einen würde der Normadressat bei einer Lösung auf Schuldebene ansonsten dem gleichgestellt, der nichts tut und beide Pflichten missachtet, vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 11), § 16 Rn. 120; vgl. auch *Neumann* (Fn. 18 – FS Roxin), S. 431; *Rönnau* (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 117. Zum anderen hätte ein Notwehrrecht des Opfers zur Folge, dass das „Recht des Stärkeren“ durchgesetzt würde, vgl. *Krey/Esser* (Fn. 28), Rn. 633; *Otto*, JURA 2005, 470 (472); *Rönnau* (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 117; *ders.*, JuS 2013, 113; vgl. auch *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, *medstra* 2020, 129 (133, zu den zu befürchtenden Störungen des Ablaufs). Angehörige oder auch Dritte könnten ansonsten auf freiwerdende Beatmungsgeräte warten und die Beatmung eines Kranken rechtmäßig gewaltsam durchsetzen, was im schlimmsten Szenario zu Kämpfen um Beatmungsgeräte auf der Intensivstation ausarten könnte. Es verbleibt jedoch die Möglichkeit einer Entschuldigung des Kranken oder seiner Angehörigen nach § 35 Abs. 1 S. 1 StGB.

³⁷ *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 14), § 18 Rn. 6; *Küper* (Fn. 15), S. 23 ff.; *ders.*, JuS 1971, 474 (475); *Küschner* (Fn. 28), S. 335; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704 (707); *Rengier* (Fn. 11), § 49 Rn. 41; *Rosenau* (Fn. 18), Vor §§ 32 ff. Rn. 60; *Scholten*, *Triage – Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlmöglichkeiten*, 2011, S. 222; *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2020, 627 (634).

³⁸ *Brech* (Fn. 3), S. 357; *Busch*, ZStW 134 (2020), 742 (770); *Hoven/Hahn*, JA 2020, 481 (482); *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (161); *Roxin/Greco* (Fn. 11), § 16 Rn. 121; *Sowada*, NStZ 2020, 452 (456); *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2020, 627 (634). Handelt es sich beispielsweise um seine Tante, die er beerben wird, ist trotz eines Handelns aus Habgier keine Strafbarkeit wegen Mordes gegeben, wenn der Arzt bei gleichwertigen, kollidierenden Pflichten seine Tante sterben lässt.

³⁹ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (161); *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2020, 627 (634).

geschlossen, wenn er diskriminierende Maßstäbe heranzieht, etwa den Nachbarn nicht behandelt, mit dem er sich im Streit befindet oder beispielsweise Frauen bevorzugt.

b) Dogmatische Einordnung der ungleichwertigen Pflichtenkollision

Bei einer Kollision zweier Handlungspflichten, von der eine höherwertig ist, aber dies nicht wesentlich, kommt unstreitig eine Rechtfertigung kraft Pflichtenkollision in Betracht.⁴⁰ Ist der Normadressat schon bei Erfüllung einer von zwei gleichwertigen Pflichten gerechtfertigt, muss dies erst recht bei der Erfüllung einer höherwertigen Handlungspflicht gelten. Denn auch insoweit kann der Normadressat nur eine der beiden Pflichten erfüllen, es kann ihm aber nichts Unmögliches abverlangt werden. Überwiegt eine Pflicht, gibt die Rechtsordnung einen Vorrang – anders als bei der gleichwertigen Pflichtenkollision – vor, so dass die höherrangige zu erfüllen ist. Eines wesentlichen Überwiegens bedarf es hier – anders als beim rechtfertigenden Notstand – nicht, weil es nicht um aktive Verletzungen von rechtlichen Interessen geht, sondern um die Entscheidung, welches von mehreren Interessen zu erhalten ist.⁴¹ Auch bei nicht gleichwertigen Pflichten ist mithin eine Rechtfertigung kraft Pflichtenkollision möglich, wenn die höherrangige Pflicht erfüllt wird.

III. Gleichwertigkeit von Pflichten

1. Vorüberlegungen

Doch wann sind Pflichten gleichwertig? Wann ist der Wahlfreiheit des Normadressaten eine Grenze gesetzt, weil eine Pflicht als höherwertig anzusehen ist und wann kann er frei entscheiden, wen er rettet? Unterlässt der Arzt die Erfüllung einer Pflicht mit geringerer Wertigkeit, ist er gerechtfertigt; ebenso, wenn er bei zwei gleichwertigen Pflichten eine davon erfüllt; ist jedoch eine Pflicht höherwertig, muss er diese erfüllen und ist andernfalls nicht gerechtfertigt. Von Relevanz ist damit, anhand welcher Kriterien die Wertigkeit zu bestimmen ist.

Wie hoch eine Pflicht zu bewerten ist, hängt insbesondere von den zugrunde liegenden Interessen ab.⁴² Eine Bewertung von Interessen wird auch im Rahmen des § 34 StGB vorgenommen, so dass es nahe liegt, die dort genannten Kriterien „Rang der Rechtsgüter“ und „Grad der ihnen drohenden Gefahren“ auf die Bewertung der Pflichten bei der Pflichten-

kollision zu übertragen.⁴³ Zum Teil wird überdies gefordert, alle sonstigen Umstände, die für die Schutzwürdigkeit relevant sind, mit einzubeziehen.⁴⁴ Für die Triage-Konstellationen könnten Allokationskriterien, d.h. Prinzipien für die Verteilung, wie sie etwa im Transplantationsrecht diskutiert werden, eine Rolle spielen.

Diese Kriterien sind an der Verfassung zu messen. Zum einen kann der Arzt bzw. der Krankenträger selbst grundrechtsverpflichtet sein, wenn es sich um ein öffentliches oder von der öffentlichen Hand beherrschtes Unternehmen handelt oder die öffentliche Aufgabe der Gesundheitsvorsorge durch den Staat in der Form des Privatrechts wahrgenommen wird.⁴⁵ Zum anderen kommt dem Staat eine

⁴³ Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 14), § 34 Rn. 61; Kindhäuser/Zimmermann (Fn. 14), § 18 Rn. 7; Rengier (Fn. 11), § 49 Rn. 40; Rönnau (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 122; Roxin/Greco (Fn. 11), § 16 Rn. 123; Sowada, NStZ 2020, 452 (454).

⁴⁴ Jescheck/Weigend (Fn. 29), § 33 V. 1. a); Rönnau (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 122. So seien auch der vom Täter verfolgte Zweck und die anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit zu berücksichtigen, vgl. Jescheck/Weigend (Fn. 29), § 33 V. 1. a). Teils wird auch die rechtliche Stellung des Normadressaten zum zu rettenden Objekt als relevant erachtet, mithin ob er gegenüber dem Opfer eine Garantenstellung hat oder nur allgemein hilfspflichtig ist, vgl. Bock (Fn. 15), S. 587; Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 30; Goeckenjan (Fn. 20), S. 86; Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 14), § 34 Rn. 61; Küper, JuS 1987, 81 (89); Rengier (Fn. 11), § 49 Rn. 46; Roxin/Greco (Fn. 11), § 16 Rn. 123; Satzger, JURA 2010, 753 (756); Schlehofer, in: Erb/Schäfer (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 261; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), Vor §§ 32 ff. Rn. 75; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 28), Rn. 1213; a.A.: Kühl (Fn. 15), § 18 Rn. 137; differenzierend: bei Gleichwertigkeit der Interessen sei die besondere Pflichtenstellung zu berücksichtigen: Rönnau (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 125; Neumann (Fn. 18 – FS Roxin), S. 426 f.: Vorrang der Garantenpflicht, es sei denn wesentliches Überwiegen des Rettungsinteresses des anderen. – Umstritten ist zudem, ob das Vorverschulden des Opfers von Relevanz ist, vgl. dafür: Engländer, a.a.O., Vor § 32 Rn. 30; Roxin/Greco (Fn. 11), § 16 Rn. 123; Schlehofer, a.a.O., Vor §§ 32 ff. Rn. 261; Sternberg-Lieben, a.a.O., Vor §§ 32 ff. Rn. 74; dagegen unter Verweis auf fehlende Solidaritätspflichten unter den Opfern bei einer Pflichtenkollision: Neumann (Fn. 18 – NK-StGB), § 34 Rn. 134; Rönnau (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 122.

⁴⁵ BVerfGE 128, 226 (244); vgl. zusammenfassend Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 66 ff. sowie Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 227 ff. Zudem ist das Sozialrecht zu berücksichtigen und kann für die Grundrechtsbindung Bedeutung haben. Auch wenn es sich um private Krankenhäuser handelt, sind diese zugelassen (§§ 108 Nr. 3, 109 SGB V) und stehen in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu den Krankenkassen. Sie erfüllen als Leistungserbringer einen öffentlich-

⁴⁰ RGSt 61, 242 (254); Jescheck/Weigend (Fn. 29), § 33 V. 1. a); Kindhäuser/Zimmermann (Fn. 14), § 18 Rn. 7; Krey/Esser (Fn. 28), Rn. 632; Kühl (Fn. 15), § 18 Rn. 136; Neumann (Fn. 18 – NK-StGB), § 34 Rn. 125; Paeffgen/Zabel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 18), Vor §§ 32 ff. Rn. 173; Rönnau, JuS 2013, 113 (114); Rosenau (Fn. 18), Vor §§ 32 ff. Rn. 59; Roxin/Greco (Fn. 11), § 16 Rn. 122, 125; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 28), Rn. 1213.

⁴¹ Neumann (Fn. 18 – NK-StGB), § 34 Rn. 125.

⁴² Küper (Fn. 28 – FS Neumann), S. 934 f.; ders., ZStW 131 (2019), 1 (23 ff.); Neumann (Fn. 18 – FS Roxin), S. 422.

Schutzpflicht aus den Grundrechten, insbesondere aus Art. 2 Abs. 2 GG, zu.⁴⁶ Wenn der Staat das Verhalten einer Person, hier des Arztes, als gerechtfertigt ansieht, darf er dabei seine Schutzpflicht nicht missachten.⁴⁷ Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass der Arzt bei gleichwertigen Pflichten wegen Totschlags strafbar wäre, wenn er aufgrund diskriminierender oder sonst verfassungswidriger Kriterien auswählt.⁴⁸ Sind die Pflichten gleichwertig, hat er aus strafrechtlicher Perspektive Wahlfreiheit, denn andernfalls würde er nur wegen der missbilligungswürdigen bzw. diskriminierenden Gesinnung wegen eines Tötungsdelikts bestraft.⁴⁹ Auch eine Grundrechtsbindung führt nicht zu einer Strafbarkeit bei Missachtung der Grundrechte, es sei denn diese Missachtung ist unter Strafe gestellt. Ein Tötungsunrecht liegt hier jedoch nicht vor, wenn der Arzt von gleichwertigen Pflichten eine erfüllt. Allerdings folgt aus der Schutzpflicht, dass die Rechtfertigung einer Handlung nicht von Kriterien abhängig gemacht werden darf, die nicht in Einklang mit dem Grundgesetz stehen.

2. Kriterien für die Gleichwertigkeit von Pflichten

a) Gleichwertigkeit, Rang der Rechtsgüter und Grad der drohenden Gefahr

In der eingangs vorgestellten Triage-Konstellation geht es jeweils um das Leben von Personen, so dass die Rechtsgüter gleichen Rang haben. Außerdem ist der Grad der drohenden Gefahr zu beachten: Eine fernliegende Lebensgefahr ist gegenüber einer naheliegenden, unmittelbaren Lebensgefahr nachrangig. Für die Konstellation der Triage bedeutet dies: Nur, wenn die Todesgefahr gleich groß ist, handelt es sich um eine Kollision von gleichwertigen Pflichten.

Wann die Todesgefahr gleich groß ist, muss mithilfe medizinischer Kenntnisse geklärt werden. Eine ähnliche Entscheidung ist auch notwendig bei der Verteilung von Organen zur postmortalen Organspende. § 12 Abs. 3 S. 1 TPG sieht vor, dass vermittlungspflichtige Organe insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patienten zu vermitteln sind. Die Dringlichkeit beschreibt auch hier den Grad der Gefahr für das Leben der Patienten,⁵⁰ mithin die

zeitliche Nähe und die Wahrscheinlichkeit des Todes Eintritts.⁵¹

Die Dringlichkeit wird auch in den meisten Stellungnahmen zur Triage als Entscheidungskriterium genannt.⁵² Gegen dieses Kriterium bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken, denn der Schutz des Lebens wird dadurch gerade gewahrt.⁵³ Dass die Hilfe für den, der sie nötiger hat, Vorrang hat vor der Hilfe für den, der noch eine Weile auf Hilfe warten kann, bedeutet zwar eine Ungleichbehandlung. Selbst wenn man davon ausginge, dass es sich trotz des unterschiedlichen Grades der Gefahr um sachlich Gleiches handelt, ist darin aber jedenfalls ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung zu erblicken.⁵⁴

Folglich ist die Dringlichkeit als Kriterium für die Beurteilung der Wertigkeit von Pflichten anzusehen, so dass das Unterlassen der Behandlung des dringender zu behandelnden Patienten nicht aufgrund Pflichtenkollision gerechtfertigt ist.

b) Gleichwertigkeit und Erfolgsaussicht

Darüber hinaus nennen mehrere Empfehlungen die Erfolgsaussicht als Kriterium für die Entscheidung darüber, wer behandelt werden soll.⁵⁵ Ob es sich jedoch um ein strafrechtlich relevantes Kriterium handelt, ist fraglich. Während ein Teil der Literatur der Erfolgsaussicht eine Bedeutung für die Wertigkeit der Pflichten und damit für die Rechtfertigung zuschreibt,⁵⁶ ist die wohl überwiegende Ansicht dagegen.⁵⁷

⁵¹ Bader, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 331; ähnlich auch: Schneider, Verfassungsmäßigkeit des Rechts der Organallokation, 2015, S. 159, die zusätzlich noch den Rang des Rechtsguts und das Ausmaß des Schadens erfasst.

⁵² Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1401); Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151; Rönau/Wegner, JuS 2020, 403 (404); Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627 (630); Walter, GA 2020, 656 (670); vgl. auch allgemein zur Pflichtenkollision: Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 31), 2. Kap. Rn. 123; Küschner (Fn. 28), S. 326; anders jedoch: Ast, ZIS 2020, 268 (270), der einen Verstoß gegen den Grundsatz der Lebenswertindifferenz sieht. Dagegen spricht jedoch, dass das Leben dadurch nicht bewertet wird, sondern nur die Gefahr im Hinblick auf das Leben. Ansonsten wäre auch der Vater gerechtfertigt, der aus einem brennenden Haus nicht das Kind rettet, das schon bald von den Flammen erreicht wird (obwohl es ihm möglich und zumutbar gewesen wäre), sondern das Kind, das noch weit entfernt von Flammen und Rauch wartet, dem also nur eine entferntere Gefahr für sein Leben droht. Auch Lindner, MedR 2020, 723 (724), zieht es nicht Erwägung, dass die Dringlichkeit im Rahmen der Gleichwertigkeit von Pflichten von Relevanz sein könnte und geht von einer Wahlfreiheit aus.

⁵³ Schneider (Fn. 51), S. 161.

⁵⁴ Bader (Fn. 51), S. 352.

⁵⁵ Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 2020, A 1084, A 1085; DIVI (Fn. 2), S. 4; Gaede/Kubicic/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (133 f.); Hoven, JZ 2020, 449 (450); Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151.

⁵⁶ Busch, ZStW 134 (2020), 742 (768 f.); Sowada, NSZ 2020, 452 (455 f., jedoch nur bei gravierendem Überge-

rechtlichen Anspruch der Versicherten gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen. Trotz privatrechtlicher Ausgestaltung des Behandlungsvertrags (§§ 630a ff. BGB) sind die Krankenhäuser daher aufgrund des Sozialrechts öffentlich-rechtlich geprägt, vgl. zum Ganzen: Waltermann, Sozialrecht, 14. Aufl. 2020, Rn. 232, 227.

⁴⁶ BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 53, 30 (57); 79, 174 (201); 97, 169 (175).

⁴⁷ Lindner, MedR 2020, 723 (726); vgl. zum Schwangerschaftsabbruch: BVerfGE 39, 1 (42); vgl. auch: Merkel, JZ 2007, 373 (376); Langer, JR 1993, 1 (7).

⁴⁸ So aber Lindner, MedR 2020, 723 (726 f., aus der mittelbaren Drittwirkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes).

⁴⁹ Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1400).

⁵⁰ Gutmann, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Hrsg.), Transplantationsgesetz, Kommentar, 2005, § 12 Rn. 24.

Nach letzterer Ansicht kann die Erfolgsaussicht nur ein subsidiäres Kriterium in den Fällen sein, in denen eine Auswahl zwischen gleichermaßen dringlich zu behandelnden Patienten besteht.

Die Erfolgsaussicht wird in § 12 Abs. 3 S. 1 TPG als gleichrangiges Allokationskriterium neben der Dringlichkeit genannt. Beide Kriterien stehen jedoch oftmals in Widerspruch zueinander: Häufig sinken die Erfolgsaussichten einer Behandlung mit ihrer erhöhten Dringlichkeit. Je näher ein Kranker dem Tod ist, desto schwieriger ist es oft, ihn noch zu retten.⁵⁸ Würde man dieses Kriterium anerkennen, müsste man mithin – ähnlich wie im Transplantationsrecht – versuchen, den Konflikt zu bewältigen, indem man entscheidet, ab

wicht); vgl. auch: *Brech* (Fn. 3), S. 351, nach dem eine „zeitraumbezogene Dringlichkeit“ maßgeblich sei: Es solle eine Dringlichkeitsstufe für alle Patienten, die nach der Versorgung des letzten Hochdringlichen keine Überlebenschance mehr hätten, gebildet werden und innerhalb dieser Gruppe müsse so vorgegangen werden, dass möglichst viele überleben, ebenda, S. 260 f., 308, 351. – Tendenziell, aber nicht ganz eindeutig: *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, *medstra* 2020, 129 (133), die von einem zulässigen Kriterium sprechen, das Problem jedoch innerhalb der Gleichwertigkeit von Pflichten verorten; *Hoven*, *JZ* 2020, 449 (454 Fn. 55): einerseits: Die Pflicht zur Rettung sei höherrangig, wenn höhere Behandlungschancen bestehen, ebenda, S. 454 Fn. 55. Andererseits gehe es darum, welche Kriterien der Arzt berücksichtigen „darf“, ebenda, S. 449; für eine Berücksichtigung der Erfolgchancen bei der Frage der Gleichwertigkeit der Pflichten: *Hoven/Hahn*, *JA* 2020, 481 (482); *Hoven/Hahn*, *JA* 2020, 481 (482, zumindest dann, wenn Rettung weniger wahrscheinlich sei als die Nichtrettung).

⁵⁷ *Engländer/Zimmermann*, *NJW* 2020, 1398 (1401 f.); *Jäger/Gründel*, *ZIS* 2020, 151 (153, die jedoch bei nach medizinischen Kriterien unververtretbaren Entscheidungen dennoch eine Strafbarkeit annehmen, ebenda, S. 161); *Merkel/Augsberg*, *JZ* 2020, 704 (708 f.); *Scholten* (Fn. 37), S. 202 ff., 206; *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2020, 627 (632); strafrechtliche und ethische Bedenken sehen *Rönnau/Wegner*, *JuS* 2020, 403 (404); gegen eine strafrechtliche Relevanz sowohl der Dringlichkeit als auch der Erfolgsaussicht: *Ast*, *ZIS* 2020, 268 (270).

⁵⁸ Diese Widersprüchlichkeit ist auch aus dem Transplantationsrecht bekannt, denn auch hier gilt häufig, dass bei besonders dringend benötigten Organen eine geringere Erfolgsaussicht der Transplantation besteht, vgl. *Bader* (Fn. 51), S. 332; *Feuerstein*, *Das Transplantationssystem*, 1995, S. 245; *Gutmann*, in: *Höfling* (Hrsg.), *Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland*, 2008, S. 113 (116); *ders./Fateh-Moghadam*, *NJW* 2002, 3365; *Höfling*, *JZ* 2007, 481 (485); *Junghanns*, *Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin*, 1999, S. 93; *Lang*, *MedR* 2005, 269 (277 f.); *Neft*, *NZS* 2010, 16 (18); *Rahmel*, in: *Middel/Pühler/Lilie/Vilmar* (Hrsg.), *Organspende und Organtransplantation in Deutschland*, 2011, S. 127 (141 f.); *Taupitz*, *Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen* 2010, 400 (402).

welcher Erfolgsaussicht und welcher Dringlichkeit, die jeweils nach bestimmten Standards zu bemessen wären, ein Patient gegenüber einem anderen zu bevorzugen wäre.⁵⁹ Würde man dann nicht danach handeln, wäre eine Rechtfertigung kraft Pflichtenkollision nicht gegeben.

Ungeachtet dieser Schwierigkeiten sind jedoch erhebliche Bedenken gegen das Kriterium der Erfolgsaussicht zu erheben, soweit man darunter nicht nur eine Eignung zur Behandlung und damit die Indikation versteht.⁶⁰ Insoweit sind unterschiedliche Erfolgskriterien denkbar: erstens eine längere Lebensdauer und/oder Lebensqualität⁶¹ oder zweitens das Überleben der aktuellen Erkrankung durch die in Betracht kommende Behandlung.⁶²

aa) Lebensdauer und -qualität

Namentlich *Hoven* plädiert dafür, die Lebenserwartung zu berücksichtigen.⁶³ Ein Abstellen auf die Lebenserwartung widerspricht jedoch dem Prinzip der Lebenswertindifferenz.⁶⁴

⁵⁹ Exemplarisch: Bemisst man die Dringlichkeit und die Erfolgsaussicht jeweils auf einer Skala von 1-10 gestaffelt von 1 für niedrig bis 10 für sehr hoch, wäre zu entscheiden, ob ein Patient, dessen Behandlung mit einer hohen Dringlichkeit von beispielsweise 8 und einer niedrigen Erfolgsaussicht von 2 beziffert wäre, gegenüber einem mit einer niedrigeren Dringlichkeit von 4 und einer hohen Erfolgsaussicht von 8 zu bevorzugen wäre.

⁶⁰ *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2020, 627 (631); jeweils zum Transplantationsrecht: *Bader* (Fn. 51), S. 344; *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: *Gutmann* (Hrsg.), *Grundlagen einer gerechten Organverteilung*, 2003, S. 59 (82); *Schneider* (Fn. 51), S. 165 f.; vgl. auch *Ast*, *ZIS* 2020, 268 (270); *Jäger/Gründel*, *ZIS* 2020, 151 (154); *Küschner* (Fn. 28), S. 326; vgl. auch *Sternberg-Lieben* (Fn. 44), Vor §§ 32 ff. Rn. 74.

⁶¹ Vgl. *Bader* (Fn. 51), S. 328; zum Transplantationsrecht zur Unterscheidung: *Dannecker/Streng*, *JZ* 2012, 444 ff.

⁶² Bundesärztekammer, *Deutsches Ärzteblatt* 2020, A 1084, A 1085; *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, *medstra* 2020, 129 (133).

⁶³ *Hoven*, *JZ* 2020, 449 (451). Ob dies für die Beurteilung der Gleichwertigkeit bei der Pflichtenkollision verpflichtend ist, wird nicht ganz deutlich, siehe bereits oben Fn. 56. – Bei der Empfehlung der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) ist fraglich, ob sie mit der Erfolgsaussicht auf das Überleben der Krankheit durch die Behandlung oder weitergehend auf die Lebensqualität und -dauer abstellt, da es auch auf den weiteren Verlauf ankomme, vgl. *DIVI* (Fn. 2), S. 4.

⁶⁴ *Fateh-Moghadam/Gutmann*, *Verfassungsblog* v. 30.4.2020, abrufbar unter:

<https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/> (19.2.2021); *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2020, 627 (631); *Walter*, *GA* 2020, 656 (671); jeweils zum Transplantationsrecht: *Bader* (Fn. 51), S. 342; *Brech* (Fn. 3), S. 263 ff.; *Dannecker/Streng*, *JZ* 2012, 444 (446); *Gutmann* (Fn. 58), S. 131; *ders./Fateh-Moghadam* (Fn. 60), S. 94; *Neft*, *NZS* 2010, 16 (18); dagegen auch: *Junghanns* (Fn. 58), S. 106 f.; vgl. auch *Küschner* (Fn. 28), S. 327 f.

Wie auch das Bundesverfassungsgericht in seinen Urteilen zum Luftsicherheitsgesetz bzw. zum Schwangerschaftsabbruch betont hat, genießen menschliche Würde und das Leben eines Menschen „ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen gleichen verfassungsrechtlichen Schutz“,⁶⁵ sind gleich wertvoll und dürfen nicht bewertet werden.⁶⁶ Nach dem Urteil zum Luftsicherheitsgesetz ist eine Ermächtigung zum Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs verfassungswidrig, weil die Passagiere dadurch zum bloßen Objekt zur Rettung anderer würden.⁶⁷ Zwar hat das Bundesverfassungsgericht nicht über eine strafrechtliche Rechtfertigung entschieden; der insoweit vorgebrachte Vorschlag einer Rechtfertigung mittels Defensivnotstands⁶⁸ ist jedoch jedenfalls nicht übertragbar, da die Patienten nicht verantwortlich sind für den Zustand der anderen Patienten. Entgegen der Ansicht *Hovens* ergibt sich auch bei der Triage ein Abwägungsverbot. Dass man – könnte man sich Lebensjahre erkaufen – für fünfzig Jahre mehr Geld zahlen würde als für fünf, mag noch plausibel sein, jedoch sind Lebensjahre eben unbezahlbar. Auch die Argumentation, jeder Mensch habe den gleichen Wert, die Dauer seines Lebens hingegen nicht,⁶⁹ vermag nicht zu überzeugen. Denn sie führt im Ergebnis doch dazu, dass der Mensch, der eine geringere Lebenserwartung hat, geringer bewertet wird.

Auch ein Abstellen auf die Lebensqualität⁷⁰ ist mit dem Grundsatz der Lebenswertindifferenz nicht zu vereinbaren.⁷¹ Die Lebensqualität ist als subjektiver Faktor⁷² nicht nur unpraktikabel, sondern wertet Leben danach als unterschiedlich wertvoll ein, was dem Schutz des Lebens und der Würde widerspricht.⁷³ Folglich führt eine Missachtung der Kriterien

der Lebensdauer, Lebenserwartung und Lebensqualität nicht zu einer Strafbarkeit.

bb) Erfolg der Behandlung

Als zweite Deutungsmöglichkeit der Erfolgsaussicht kommt die kurzfristigere Perspektive in Betracht, auf das Überleben der Erkrankung durch die konkrete Behandlung abzustellen und dabei Lebensdauer und -qualität im weiteren Verlauf nicht zu berücksichtigen.

Auch im Rahmen der Interessenabwägung beim rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB ist die Rettungschance in Bezug auf das zu erhaltende Gut einzubeziehen.⁷⁴ Dies spricht dafür, diese Rettungschance auch für die Frage nach der Gleichwertigkeit bei der Pflichtenkollision für relevant zu erachten. Allerdings beinhaltet die Entscheidung mittels der Erfolgsaussicht zugleich eine Bewertung, bei der Menschen mit Vorerkrankungen oder aufgrund Alters das Nachsehen haben.⁷⁵

Befürworter der Erfolgsaussicht als Entscheidungskriterium gehen davon aus, dass eine Maximierung der Anzahl Überlebender angestrebt werden müsse,⁷⁶ um für die Gesamtheit den besten Nutzen zu erzielen.⁷⁷ Stelle man nur auf die Dringlichkeit ab, so verzichte man auf die Rettung von so vielen Menschen wie möglich, was deren Wert missachte.⁷⁸ Es gelte jedoch ein Quantifizierungsgebot⁷⁹ und die Kapazitäten müssten erschöpfend ausgenutzt werden.⁸⁰ Auch beim

⁶⁵ BVerfGE 115, 118 (158).

⁶⁶ BVerfGE 39, 1 (59).

⁶⁷ BVerfGE 115, 118 (154).

⁶⁸ *Hirsch*, in: *Hettinger/Hillenkamp/Köhler* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 149 (161); *Rogall*, *NStZ* 2008, 1 (3). Auch eine Rechtfertigung, die mit einer asymmetrischen Gefahrgemeinschaft begründet wird (*Neumann* [Fn. 18 – NK-StGB], § 34 Rn. 77) kommt vorliegend nicht in Betracht, da in einer Triage-Situation nicht ein Patient bereits unrettbar verloren ist.

⁶⁹ *Hoven*, *JZ* 2020, 449 (451).

⁷⁰ Im Transplantationsrecht unter dem Stichwort Q(U)ALYS (quality adjusted life years safed) diskutiert, vgl. nur *Brech* (Fn. 3), S. 266 f.; *Schneider* (Fn. 51), S. 163.

⁷¹ *Deutscher Ethikrat* (Fn. 2), S. 3; *Merkel/Augsberg*, *JZ* 2020, 704 (710); *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2020, 627 (632); wohl auch *Gaede/Kubicieł/Saliger/Tsambikakis*, *medstra* 2020, 129 (132); *Sowada*, *NStZ* 2020, 452 (455); zum Transplantationsrecht *Bader* (Fn. 51), S. 342; *Brech* (Fn. 3), S. 267; *Dannecker/Streng*, *JZ* 2012, 444 (446); *Gutmann* (Fn. 58), S. 131; *Neft*, *NZS* 2010, 16, 18; *Schneider* (Fn. 51), S. 156; *Taupitz*, *MedR* 2020, 440, 448.

⁷² *Schneider* (Fn. 51), S. 163; *Taupitz*, *MedR* 2020, 440 (448); vgl. zu möglichen Erhebungen und ihren Grenzen: *Hampel*, in: *Ach* (Hrsg.), *Hirntod und Organverpflanzung*, 2. Aufl. 1999, S. 173 (177 ff.).

⁷³ *Junghanns* (Fn. 58), S. 121.

⁷⁴ *Erb* (Fn. 15), § 34 Rn. 166; *Fischer*, *StGB* (Fn. 29), § 34 Rn. 23; *Kühl* (Fn. 15), § 8 Rn. 123 ff.; *Neumann* (Fn. 18 – NK-StGB), § 34 Rn. 80; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), § 34 Rn. 29; *Zieschang*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 15), § 34 Rn. 66.

⁷⁵ *Walter*, *GA* 2020, 656 (665).

⁷⁶ *Brech* (Fn. 3), S. 239 ff., 260 f.; *Busch*, *ZStW* 134 (2020), 742 (765); *Bundesärztekammer*, *Deutsches Ärzteblatt* 2020, A 1084, A 1085; *Dannecker/Streng*, *JZ* 2012, 444 (446 ff.); *Junghanns* (Fn. 58), S. 93; *Taupitz*, *MedR* 2020, 440 (444 f.).

⁷⁷ *Gaede/Kubicieł/Saliger/Tsambikakis*, *medstra* 2020, 129 (134); *Junghanns* (Fn. 58), S. 93, 169.

⁷⁸ *Busch*, *ZStW* 134 (2020), 742 (765); *Dannecker/Streng*, *JZ* 2012, 444 (449); *Taupitz*, *MedR* 2020, 440 (445).

⁷⁹ *Taupitz*, *MedR* 2020, 440 (445); vgl. auch *Busch*, *ZStW* 134 (2020), 742 (765).

⁸⁰ *Dannecker/Streng*, *JZ* 2012, 444 (447), mit Verweis auf die Entscheidung des BVerfG zur Studienplatzvergabe, BVerfGE 33, 303 (333). Nach BVerfGE 147, 253 hat gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG jede/r Studienplatzbewerber/in ein „Recht auf gleiche Teilhabe an staatlichen Studienangeboten und damit auf gleichheitgerechte Zulassung zum Studium ihrer [seiner] Wahl“. Selbst wenn man auch eine Pflicht zur erschöpfenden Kapazitätsauslastung herleiten könnte, wäre diese im Rahmen der Organallokation und der Triage aber nicht deshalb nicht erfüllt, weil es nicht auf die Erfolgsaussicht ankommt. Denn die Organe bzw. die Beatmungsgeräte werden auch bei einem Abstellen auf die Dringlichkeit sämtlich genutzt. Zudem ist die Vergleichbarkeit der Studienplatzvergabe zu den hier in Frage stehenden

Leben müsse gelten, dass der Wert mit der Anzahl steige.⁸¹ Daher müsse auch ein Optimum an Rechtsgüterschutz erreicht werden.⁸²

Dem entgegen steht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der eine zahlenmäßige Abwägung nicht zulässig ist.⁸³ Dass es bei dem Luftsicherheitsgesetz um einen etwaigen Abschuss ging und damit um die Aufopferung und nicht nur um die Nicht-Rettung,⁸⁴ steht einer Heranziehung der dort aufgestellten Grundsätze nicht entgegen. Denn würde man die Rechtfertigung des Arztes von der so verstandenen Erfolgsaussicht abhängig machen, wären die Patienten dennoch Gegenstand einer zahlenmäßigen Abwägung, die der Staat zur Differenzierung von Recht und Unrecht heranziehen würde. Auch bei einer unterlassenen Rettung gilt das Prinzip der Nichtabwägbarkeit. Eine Abwägung von Leben gegen Leben, die dazu führt, dass eine geringere Zahl im Interesse der Erhaltung der größeren Zahl vernichtet werden dürfe, ist nicht mit der Schutzpflicht in Bezug auf jedes einzelne Leben vereinbar,⁸⁵ wie das Bundesverfassungsgericht in seinem ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch deutlich gemacht hat. Dementsprechend ergibt sich aus dem Grundgesetz ein Quantifizierungsverbot.⁸⁶ Die auf einem konsequentialistischen Ansatz beruhende Gegenmeinung ist nicht mit dem Grundgesetz vereinbar, in dessen Zentrum die auf das Individuum ausgerichteten Grundrechte stehen.⁸⁷ Aus dieser Sicht können Leben nicht addiert wer-

den. Es kommt auf das Interesse jedes Einzelnen zu leben an.⁸⁸

Dass damit unter Umständen bei einer Gesamtsaldierung weniger Patienten überleben, liegt an der individualistischen Ausrichtung der Grundrechte, die auf eine derartige summenhafte Effizienz gerade nicht abstellen.⁸⁹ Diese gewährleisten individuelle Rechte, die einer kollektiven Nutzenmaximierung entgegenstehen.⁹⁰ Ein „Gesamtgrundrecht auf Leben“, das dem Kollektiv zusteht, gibt es nicht.⁹¹ Mithin widerspräche es der staatlichen Schutzpflicht im Hinblick auf das Leben, die Erfolgsaussicht als Kriterium der Gleichwertigkeit von Pflichten vorauszusetzen. Es ist verfassungsrechtlich unzulässig, die so verstandene Erfolgsaussicht als Maßstab für eine Höherwertigkeit der Pflicht zu übernehmen.

Folglich ist die Erfolgsaussicht auch dann, wenn man auf die Rettungschance abstellt, bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit der Pflichten, wenn es um das Rechtsgut Leben geht, nicht zu berücksichtigen. Die Missachtung eines umstrittenen und verfassungsrechtlich unzulässigen Kriteriums kann nicht für die Strafbarkeit relevant sein.⁹² Als Kriterien für die Gleichwertigkeit von Pflichten sind damit bislang lediglich der Rang der Rechtsgüter und die Dringlichkeit relevant. Weitere mögliche Allokationskriterien wie beispielsweise Alter, Geschlecht und Herkunft werden überwiegend und zu Recht unter Verweis auf die Menschenwürdegarantie und die Nichtabwägbarkeit von Leben abgelehnt.⁹³ Auch die vorrangige Rettung von Rettungspersonen ließe sich allenfalls mit einem Optimierungsgebot begründen,⁹⁴

Konstellationen aufgrund des besonderen Werts des Lebens zweifelhaft, vgl. *Amos*, BRJ 2017, 44 (49).

⁸¹ *Harris*, *Der Wert des Lebens*, 1985, S. 52 ff.; *Taupitz*, *MedR* 2020, 440 (445); vgl. auch *Busch*, *ZStW* 134 (2020), 742 (765).

⁸² *Taupitz*, *MedR* 2020, 440, 445.

⁸³ BVerfGE 39, 1 (59).

⁸⁴ *Merkel*, *JZ* 2007, 373 (380); *Sowada*, *NStZ* 2020, 452 (455); zur insofern nur betroffenen Leistungsdimension des Grundrechts: *Dannecker/Streng*, *JZ* 2012, 444 (450).

⁸⁵ BVerfGE 39, 1 (58).

⁸⁶ *Amos*, BRJ 2017, 44 (49); *Bader* (Fn. 51), S. 341; *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 60), S. 80; *Jäger/Gründel*, *ZIS* 2020, 151 (153); *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 34 Rn. 8; *Küschner* (Fn. 28), S. 259; *Lenckner*, *Der rechtfertigende Notstand*, 1962, S. 31; *Mitsch*, *GA* 2006, 11 (13); *Neumann* (Fn. 18 – NK-StGB), § 34 Rn. 132; *Perron* (Fn. 74), § 34 Rn. 23; *Roxin/Greco* (Fn. 11), § 16 Rn. 124; *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2020, 627 (631, 633); *Zieschang* (Fn. 74), § 34 Rn. 65; vgl. insoweit auch in Bezug auf die Einordnung in die Triage-Gruppe IV im Rahmen der Katastrophenmedizin: *Dönicke* (Fn. 28), S. 110.

⁸⁷ Vgl. *Amos*, BRJ 2017, 44 (49); *Engländer/Zimmermann*, *NJW* 2020, 1398, 1402; *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 60), S. 74 ff.; *Merkel/Augsberg*, *JZ* 2020, 704 (708); *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2020, 627 (631); vgl. auch zur lediglich utilitaristisch begründbaren Grundlage des Kriteriums der Erfolgsaussicht *Walter*, *GA* 2020, 656 (661 ff.).

⁸⁸ *Neumann* (Fn. 18 – NK-StGB), § 34 Rn. 132; vgl. *Merkel/Augsberg*, *JZ* 2020, 704 (708); ähnlich auch: *Gutmann* (Fn. 58), S. 132.

⁸⁹ *Gutmann* (Fn. 58), S. 134.

⁹⁰ *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 60), S. 74; vgl. auch *Dönicke* (Fn. 28), S. 114.

⁹¹ *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 60), S. 76.

⁹² Die Pflichtenkollision ist außerdem auf den Einzelfall bezogen und nicht auf die Errichtung eines Allokationssystems für die Bevölkerung, *Merkel/Augsberg*, *JZ* 2020, 704 (708). Hat ein Arzt zehn dringlichst zu behandelnde Patienten, hat er zehn Pflichten zur Rettung eines Lebens, die miteinander kollidieren können. Er hat die Pflicht, jedes einzelne Leben zu retten, nicht aber ein optimales Gesamtergebnis zu erzielen.

⁹³ *Brech* (Fn. 3), S. 288; *Deutscher Ethikrat* (Fn. 2), S. 4; *DIVI* (Fn. 2), S. 4; *Dönicke* (Fn. 28), S. 116 ff.; *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, *medstra* 2020, 129 (132); *Kloepfer/Deye*, *DVBf.* 2009, 1208 (1220); jeweils zum Transplantationsrecht: *Dannecker/Streng*, *JZ* 2012, 444 (446); *Feuerstein* (Fn. 58), S. 238; *Gutmann* (Fn. 58), S. 131; *ders./Fateh-Moghadam* (Fn. 60), S. 90; *Schneider* (Fn. 51), S. 198 ff.; für eine mittelbare Berücksichtigung des Alters über das Kriterium der Erfolgsaussicht: *Hoven*, *JZ* 2020, 449 (452); *Taupitz*, *MedR* 2020, 440 (448).

⁹⁴ *Taupitz*, *MedR* 2020, 440 (449); vgl. auch *Brech* (Fn. 3), S. 299, sowie *Busch*, *ZStW* 134 (2020), 742 (769); für eine Privilegierung von intensivmedizinisch praktizierendem Personal *Walter*, *GA* 2020, 656 (671).

was jedoch angesichts des Prinzips der Lebenswertindifferenz abzulehnen und verfassungswidrig ist. Auch diese Kriterien sind daher nicht für die Beurteilung der Wertigkeit der Pflichten relevant.

Bei der Ex-Ante-Triage ist damit der dringlichsten Behandlungspflicht nachzukommen, damit der Arzt gerechtfertigt ist. Bei gleichermaßen dringlichen Pflichten kann der Arzt aus strafrechtlicher Perspektive frei entscheiden. Dabei darf er insbesondere auch das Kriterium der Erfolgsaussicht heranziehen, ohne sich deshalb strafbar zu machen.

IV. Pflichtenkollision bei Ex-Post-Triage

Zu untersuchen ist darüber hinaus, ob auch bei der Ex-Post-Triage, also bei der Beendigung einer bereits begonnenen Behandlung eines Patienten zugunsten eines anderen, eine Rechtfertigung durch Pflichtenkollision möglich ist. Aus dem Blickwinkel der herrschenden Auffassung ist die rechtfertigende Pflichtenkollision nicht anwendbar, wenn eine Handlungs- mit einer Unterlassungspflicht kollidiert.⁹⁵ Wenn der Abbruch der Behandlung des einen Patienten ein aktives Tun darstellt, verstieße der Arzt mithin gegen eine Unterlassungspflicht, so dass zu überprüfen ist, ob bei der Ex-Post-Triage eine Handlungs- und eine Unterlassungspflicht kollidieren, mithin ob ein Tun oder ein Unterlassen vorliegt.

1. Tun oder Unterlassen

Die herrschende Ansicht stellt insoweit auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit ab⁹⁶ und ordnet das Abschalten und Wegnehmen medizinischer Apparaturen, wie etwa eines Beatmungsgeräts als Tun ein.⁹⁷ Setzt der Arzt hingegen einen

vom Gerät geforderten Impuls zur Aufrechterhaltung des Betriebs nicht oder setzt keine neue Sauerstoffkartusche ein, wäre dies jedoch eher als Unterlassen einzuordnen. Hier wird deutlich, dass gerade im medizinischen Bereich die Abgrenzung von Tun und Unterlassen besonders schwierig ist und vom Zufall der technischen Ausgestaltung des Geräts abhängen kann, sodass auf Grundlage der Annahme der herrschenden Ansicht, dass Unterlassungspflichten vorrangig gegenüber Handlungspflichten seien, die Rechtfertigung bei der Ex-Post-Triage von Zufälligkeiten abhängt.

Dies gilt auch für die Ansicht, die in einem ersten Schritt in empirisch-deskriptiver Weise darauf abstellt, ob Energie eingesetzt wird, die auf einen Kausalprozess einwirkt.⁹⁸ Danach ist das Abschalten, das beispielsweise mittels Knopfdruck geschehen kann, grundsätzlich als Tun einzuordnen⁹⁹. Die bloße Anwesenheit am Tatort zu dem Zeitpunkt, wenn das Gerät mangels erneuten Impulses die Beatmung abbricht, wäre hingegen nur ein Unterlassen.¹⁰⁰

nach herrschender Ansicht ein aktives Tun darstellt, wenn eine realisierbare Rettungschance entstanden ist, vgl. *Bosch* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 160; *Gropp*, in: Duttge/Geilen/Meyer-Goßner/Warda (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlichter*, 2002, S. 173 (180, erst bei hinreichender Rettungshandlung); *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 14), § 35 Rn. 13; *Kühl* (Fn. 15), § 18 Rn. 21; *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 110 (erst bei Vollendung); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 28), Rn. 1163; im Ergebnis ebenso unter Zugrundelegung der Theorie des Kraftaufwands *Gaede*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 18), § 13 Rn. 9. Die a.A. bejaht ein aktives Tun bereits dann, wenn der Retter einen Kausalverlauf, den er in Gang gesetzt hat, abbricht, der das Opfer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet hätte, und begründet dies mit einem Gleichlauf zu den Fällen des Abbruchs von Rettungsbemühungen Dritter, vgl. *Rengier* (Fn. 11), § 48 Rn. 23; *Stein*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 82.

⁹⁸ *Brammsen*, GA 2002, 193 (205 ff.); *Freund*, in: *Erb/Schäfer* (Fn. 15), § 13 Rn. 9; *Gaede* (Fn. 97), § 13 Rn. 7; *Herzberg*, in: *Machura/Ulbrich* (Hrsg.), *Recht – Gesellschaft – Kommunikation*, Festschrift für Klaus F. Röhl, 2003, S. 270 (282); vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 29), § 58 II. 2.; eingehend zum Energieeinsatz: *Engisch*, in: *Lackner/Lefrenz/Schmidt/Welp/Wolff* (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, 1973, S. 161 (171 ff.); in eine ähnliche Richtung auch: *Samson*, in: *Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos* (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 579 (592 ff.), der darauf abstellt, ob der Normalzustand des Rechtsguts, d.h. der Zustand ohne die Existenz des Täters, verschlechtert oder nur nicht verbessert wird.

⁹⁹ *Freund* (Fn. 98), § 13 Rn. 9; *Gaede* (Fn. 97), § 13 Rn. 7; *Jescheck/Weigend* (Fn. 29), § 58 II. 2.

¹⁰⁰ Eine weitere Ansicht stellt darauf ab, ob das Rettungsmittel, das dem Opfer gehöre, genommen werde oder nur über die Leistung des Notstandsverpflichteten verfügt werde, vgl.

⁹⁵ *Erb* (Fn. 15), § 34 Rn. 40; *Gropp* (Fn. 28), S. 209; *Jäger* (Fn. 31), § 5 Rn. 209; *Jakobs* (Fn. 19), S. 171; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 14), § 34 Rn. 55; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 14), § 18 Rn. 2; *Küper* (Fn. 15), S. 29 ff., 34; *ders.*, JuS 1971, 474 (475); *Neumann* (Fn. 18 – FS Roxin), S. 427; *Rönnau* (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 119; *Roxin/Greco* (Fn. 11), § 16 Rn. 117; *Satzger*, JURA 2010, 753 (754); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 28), Rn. 1212; dagegen: *Otto* (Fn. 22 – Grundkurs), § 8 Rn. 206; dagegen auch: *Paeffgen/Zabel* (Fn. 40), Vor § 32 Rn. 171; sowie *Jescheck/Weigend* (Fn. 29), § 33 V. 1. b), die eine Entschuldigung annehmen unabhängig davon, ob eine Kollision von Unterlassungs- und Handlungspflicht oder von zwei Handlungspflichten vorliege.

⁹⁶ BGHSt 6, 46 (59); 49, 147 (164); 51, 165 (173); BGH NJW 2015, 1190 (1191); BGH NStZ 1999, 607; BGH NStZ 2003, 657 f.; BGH NStZ-RR 2006, 174 (175); *Bosch* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 158a; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 28), Rn. 1160; in Bezug auf die Triage: *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (635).

⁹⁷ *Busch*, ZStW 134 (2020), 742 (774); *Sowada*, NStZ 2020, 452 (457); *Walter*, GA 2020, 656 (673 ff.); vgl. auch unter Zugrundelegung des „Kausalitätskriteriums“: *Jescheck/Weigend* (Fn. 29), § 58 II. 2. Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man auf den Abbruch von Rettungshandlungen abstellt, da es sich um eine bereits begonnene Rettung des Patienten handelt, die der Arzt abbricht, die jedenfalls dann

Um dieser Abhängigkeit von Zufälligkeiten abzuweichen, wurde zum Behandlungsabbruch eine Umdeutung des Tuns in ein Unterlassen vorgeschlagen.¹⁰¹ Sie verwischt jedoch die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen unter Aufgabe der in sonstigen Fällen angewandten Kriterien.¹⁰² Diese dogmatische Figur dient letztlich dazu, gewünschte Ergebnisse zu erhalten: Beim Behandlungsabbruch nach damaliger Einordnung eine straflose passive Sterbehilfe und bei der Triage die Kollision von zwei Handlungspflichten. Es sollte jedoch jeweils nicht die Abgrenzung von Tun und Unterlassen dafür abweichend ausgestaltet werden, sondern auf anderen Ebenen, namentlich bei den jeweiligen Rechtfertigungsgründen nach Lösungen gesucht werden.¹⁰³ Auf Ebene der Abgrenzung von Tun und Unterlassen ist dieses Problem daher nicht zufriedenstellend zu lösen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob man hinsichtlich der Rechtfertigung des Verhaltens bei der Ex-Post-Triage nicht dennoch zum gleichen Ergebnis gelangt. Im Folgenden ist daher sowohl für die Annahme eines aktiven Tuns (2.) als auch unter Zugrundelegung eines Unterlassens (3.) zu untersuchen, ob die Voraussetzungen der Pflichtenkollision vorliegen.

Merkel, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.) *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 193 (222 f.); in diese Richtung auch: *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 132 f., sowie *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 7. Abschn. Rn. 61. Im letzteren Fall liege ein Unterlassen vor, so auch bei Abschalten eines Beatmungsgeräts, vgl. *Merkel*, a.a.O., S. 222 f.; vgl. auch *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704 (711). Anders sei dies jedoch zu beurteilen, wenn der Normadressat gewaltsam gegen den Widerstand des Opfers handelt, *Merkel*, a.a.O., S. 222 f. Bei einem Beatmungsgerät werde danach nur eine Quelle abgedichtet, deren Aktivität stets dem eigenen Rechtskreis angehört habe. Gegen diese Ansicht ist einzuwenden, dass bei Anschluss eines Beatmungsgeräts der Patient durch eine Erhöhung seiner Lebenschancen eine verbesserte Position erhalten hat; ihm diese nur abzusprechen, weil das Gerät nicht tief genug im Körper verankert ist, erscheint als willkürliche Abgrenzung.

¹⁰¹ *Roxin* (Fn. 97), § 31 Rn. 117; *ders.*, in: Courakis (Hrsg.), *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert*, Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis, 2001, S. 945 (961). Der BGH lehnte diese Argumentation als dogmatischen „Kunstgriff“ ab, BGHSt 55, 191 (202); zu einer normtheoretischen Begründung des Unterlassens: *Ast*, ZIS 2020, 268 (273).

¹⁰² Vgl. zum Behandlungsabbruch: *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 21 Rn. 34; *Weigend*, in: Cirenner/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 9.

¹⁰³ Vgl. zum Behandlungsabbruch: *Mitsch* (Fn. 102), § 21 Rn. 35; *Gropp* (Fn. 97), S. 184; *Weigend* (Fn. 102), § 13 Rn. 9; vgl. auch *Herzberg* (Fn. 98), S. 285; vgl. auch *Stein* (Fn. 97), Vor § 13 Rn. 83.

2. Kollision von einer Handlungs- und einer Unterlassungspflicht

a) Umdeutung in zwei Rettungs- bzw. Behandlungspflichten?

Geht man von einem aktiven Tun aus, so kollidieren nach herkömmlicher Terminologie eine Handlungs- und eine Unterlassungspflicht. Um hier entgegen der herrschenden Meinung zu einer Rechtfertigung durch Pflichtenkollision zu gelangen, plädieren einige Autoren, obwohl sie das Abschalten des Geräts in einem ersten Schritt als Tun einordnen, für eine Uminterpretation der Handlungs- und Unterlassungspflichten in zwei Behandlungspflichten.

aa) Parallele zu BGHSt 51, 191 ff.

Insoweit ziehen einige eine Parallele zum Urteil des BGH zur Sterbehilfe aus dem Jahr 2010¹⁰⁴ und schließen daraus, dass unabhängig von der Abgrenzung von Tun und Unterlassen eine Rechtfertigung kraft Pflichtenkollision möglich wäre.¹⁰⁵ In dem Urteil hatte der BGH diese Abgrenzung für die Frage der Zulässigkeit der Sterbehilfe bei Einwilligung oder mutmaßlicher Einwilligung des Patienten für unbeachtlich erklärt.¹⁰⁶ Aus diesem Urteil des BGH zur Sterbehilfe lässt sich jedoch nicht herleiten, dass die Behandlungspflichten grundsätzlich normativ gleichwertig seien.¹⁰⁷ Denn es ging in dem Urteil lediglich darum, dass die Sterbehilfe unabhängig von Tun oder Unterlassen unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere bei einer Patientenverfügung, aufgrund des Selbstbestimmungsrechts zulässig ist. Bei der Triage liegt das Problem jedoch nicht in einem Konflikt mit der Patientenautonomie und es geht nicht nur um eine Person, sondern um die Kollision von Interessen mehrerer Personen.¹⁰⁸

bb) Teilhabeanspruch und Rechtspositionen

Gaede et al. sind der Ansicht, dass die Patienten nur einen Teilhabeanspruch an den knappen medizinischen Gütern hätten.¹⁰⁹ Daher hätten die Patienten auch bei begonnener Behandlung mit diesen Ressourcen keine verfestigten

¹⁰⁴ *Hoven*, JZ 2020, 449 (454); *dies./Hahn*, JA 2020, 481 (483); vgl. auch *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 (135); vgl. die Ausführungen von *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (156), die den Vergleich im Ergebnis jedoch ablehnen, ebenda, S. 159.

¹⁰⁵ *Hoven*, JZ 2020, 449 (453); *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (156 f.).

¹⁰⁶ BGHSt 51, 191 (202).

¹⁰⁷ So aber *Hoven*, JZ 2020, 449 (454); in diese Richtung auch *Taupitz*, MedR 2020, 440 (447).

¹⁰⁸ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (159); *Lindner*, MedR 2020, 723 (725); *Sowada*, NSfZ 2020, 452 (457); *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (636); nach *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 (135), erklärt sich das Abstellen nur auf das Selbstbestimmungsrecht daraus, dass ein Konflikt von Teilhaberechten anderer Patienten nicht in Betracht kam.

¹⁰⁹ *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 (131).

höchstpersönlichen Rechtspositionen erlangt.¹¹⁰ Bei Hinzutreten eines anderen Patienten komme ein weiterer Teilhabanspruch hinzu, der eine Neubewertung des Ressourceneinsatzes notwendig mache.¹¹¹ Der einzelne Patient habe mithin auch bei bereits begonnener Behandlung kein absolutes Recht auf diese, sondern nur eine faktische Position erlangt,¹¹² so dass eine Abwägung weiterhin möglich sei.¹¹³ Es handele sich somit letztlich um eine Konkurrenz von zwei Behandlungspflichten.¹¹⁴

Diese kollektive Sichtweise auf die Teilhabansprüche versperrt jedoch den Blick darauf, dass es im Rahmen der Pflichtenkollision auf die Rettungspflichten ankommt. Diese beziehen sich selbst dann, wenn man nur einen derivativen Teilhabanspruch anerkennt,¹¹⁵ nicht nur auf eine gerechte Teilhabe bei der Verteilung der knappen Ressource, sondern auf den Bezugspunkt der Teilhabe, die individuellen Rechtsgüter,¹¹⁶ m.a.W.: Der Patient hat nicht nur ein Interesse daran, dass die Beatmungsgeräte gerecht verteilt werden, sondern vor allem ein Interesse an der Erhaltung seines Lebens. Es muss daher auf die Position des Einzelnen abgestellt werden.¹¹⁷

Für eine rein faktische Stellung ließe sich anführen, dass sich die Zuweisung der Behandlungsgeräte nicht derart in der Rechtssphäre des Individuums verfestigt hat wie bei einem bereits transplantierten Organ oder einem Implantat. Es ist jedoch zweifelhaft, ob die dauerhafte Verbindung mit dem

Körper maßgeblich sein kann.¹¹⁸ Der Begriff des Teilhaberechts wird insbesondere im Hinblick auf das transplantationsrechtliche Allokationssystem verwendet: Der Platz auf der Warteliste bedeute lediglich ein derivatives Teilhaberecht.¹¹⁹ Ist ein Organ aber durch die Zuteilungsentscheidung einem konkreten Patienten zugewiesen und auf dem Weg zu ihm, ist seine Position gegenüber den anderen Wartenden jedoch auch in rechtlich relevanter Weise verbessert.¹²⁰ Gegenüber den noch nicht behandelten Patienten hat der in Behandlung befindliche ebenfalls einen rechtlich relevanten Vorteil. Er scheidet dadurch aus der Gruppe der Personen, die den Gefahren der unbehandelten Krankheit ausgesetzt sind, aus. So hat auch der Schiffbrüchige, der bereits im Rettungsboot sitzt oder einen Rettungsring erhalten hat, gegenüber den anderen auch nicht nur einen tatsächlichen Vorteil, sondern eine Rechtsposition inne.¹²¹

Für eine solche Rechtsposition spricht, dass durch die begonnene Behandlung ein schutzwürdiges Vertrauen entstanden ist.¹²² Der Patient, der das Behandlungsgerät erhält, sowie seine Angehörigen werden daraufhin nicht nach anderen Krankenhäusern mit mehr Ressourcen Ausschau halten, sondern sich darauf verlassen, dass die Behandlung fortgeführt wird. Dafür, dass ein rechtlicher Unterschied besteht, ist auch die von der herrschenden Meinung vorgenommene Abgrenzung von Tun und Unterlassen beim Abbruch eigener Rettungshandlungen anzuführen. Wenn eine realisierbare Rettungschance entstanden ist, insbesondere, wenn der rettende Kausalverlauf in die Sphäre des Opfers gelangt ist, sei ein Tun gegeben.¹²³ Auch wenn es nun nicht um die Abgrenzung

¹¹⁰ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (134 f.).

¹¹¹ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (135 f.).

¹¹² Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (135); diesen zustimmend Hoven, JZ 2020, 449 (453); vgl. auch Neumann (Fn. 18), § 34 Rn. 130: kein Eingriff in Rechtssphäre.

¹¹³ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (135).

¹¹⁴ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (135); diesen zustimmend Hoven, JZ 2020, 449 (453).

¹¹⁵ Vgl. für ein derivatives Teilhaberecht hinsichtlich der Zuteilung von Transplantationsorganen Bader (Fn. 51), S. 296 ff.; Schroth, NStZ 2013, 437 (443); für eine Unbeachtlichkeit, ob ein Rechtsanspruch in Zusammenhang mit den Tötungsdelikten bestehen muss: Rissing-van-Saan/Verrel, NStZ 2018, 57 (62 f.).

¹¹⁶ Vgl. jeweils in Bezug auf den Schutzzweck der Verteilungsregeln bei der Zuteilung von Transplantationsorganen Böse, ZJS 2014, 117 (120); Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 212 Rn. 4 f.; Rissing-van Saan, NStZ 2014, 233 (240 f.); a.A. Bülte, StV 2013, 753 (757); Schroth/Hofmann, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 523, 537; Verrel, MedR 2014, 464 (467 f.).

¹¹⁷ Vgl. auch im Zusammenhang mit der Triage Sowada, NStZ 2020, 452 (457), nach dem sich die Prüfung der Indikation ebenfalls auf den einzelnen Patienten, nicht auf einen Vergleich beziehe.

¹¹⁸ In Bezug auf die Rechtfertigung qua Pflichtenkollision Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704 (711), die diesem Gesichtspunkt nur bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen eine ausschlaggebende Rolle zumessen.

¹¹⁹ Bader (Fn. 51), S. 296 ff.; Schroth, NStZ 2013, 437 (443).

¹²⁰ Bülte, StV 2013, 753 (757), mit einem Vergleich zum Fall der Havarie; in diese Richtung wohl auch Verrel, MedR 2014, 464 (468 Fn. 48).

¹²¹ Vgl. Sowada, NStZ 2020, 452 (458), mit Verweis auf Steinberg/Lachenmaier, ZJS 2012, 649 (651); vgl. auch Rönna/Wegner, JuS 2020, 403 (406), die zu Recht darauf verweisen, dass es einen Unterschied ausmache, ob eine „verdichtete Hoffnung auf Überleben“ durch Entreißen einer Planke zerstört werde oder zu wenig Rettungsringe aus Knappheitsgründen verteilt würden.

¹²² Jakobs (Fn. 100), 13. Abschn. Rn. 23 Fn. 47: „das übernommene Vertrauen wiegt jedenfalls mehr als das erst noch zu übernehmende“; vgl. auch Sowada, NStZ 2020, 452 (458), der davon ausgeht, dass das Vertrauen in das Gesundheitswesen erschüttert werde, wenn Patienten von Beatmungsgeräten getrennt werden. Dabei stellt er auf ein kollektives Systemvertrauen ab.

¹²³ Bosch (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 160; Kindhäuser/Zimmermann (Fn. 14), § 35 Rn. 13; Kühl (Fn. 15), § 18 Rn. 21; ders., JA 2014, 507 (610); Roxin (Fn. 97), § 31 Rn. 110 (erst bei Vollendung); ders. (Fn. 101 – FS Spinellis), S. 959; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 28), Rn. 1163. Die a.A. bejaht ein aktives Tun bereits dann, wenn der Retter einen

von Tun und Unterlassen geht, zeigt die Begründung dieser Ansicht, dass die Situationen rechtlich abweichend zu bewerten sind. Denn auch hier wird argumentiert, dass eine für das Opfer günstige Lage verschlechtert würde¹²⁴ und dass ein zusätzliches, das ursprüngliche Risiko verdrängendes geschaffen wird.¹²⁵ Bei der Ex-Post-Triage verschlechtert man den status quo des bislang behandelten Patienten.¹²⁶ Seine Überlebenschancen werden abgesenkt. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass der status quo weiterhin der kranke Zustand ist, der nur vorübergehend durch eine Leistung von außen suspendiert wird. Denn die Leistung der Beatmung hat begonnen und erhöht die Überlebenschancen. Der status quo ist zwar ein schlechter Gesundheitszustand, allerdings mit erhöhter Überlebenschancen, die man durch Abschalten der Beatmung absenken würde.¹²⁷

cc) Rettungsgemeinschaft

Eine ähnliche Umdeutung wie *Gaede et al.* nehmen *Jäger/Gründel* vor, indem sie neben Handlungs- und Unterlassungspflichten als dritte Kategorie Rettungspflichten anerkennen wollen, da das aktive Tätigwerden zur Rettung einer Person zugleich ein Unterlassen der Rettung einer anderen darstelle.¹²⁸ Maßgeblich sei demnach nicht, ob es eine Kollision von Handlungspflichten gebe, sondern ob sich das Verhalten als Nicht-Rettung darstelle unabhängig davon, ob die Rettung abgebrochen oder nicht aufgenommen werde.¹²⁹ Der Pflichtenkollision liege als übergeordnetes Prinzip das einer Gefahren- und Rettungsgemeinschaft zugrunde.¹³⁰ Wie auch bei der zuvor genannten Ansicht wird damit ein kollektives Element betont.

Der Prämisse, dass es bei der Pflichtenkollision um eine Gefahren- und Rettungsgemeinschaft geht, ist nicht zuzustimmen. Es geht bei der Pflichtenkollision um die Unmöglichkeit für den Täter, nicht um Solidarität zwischen den

Kausalverlauf, den er in Gang gesetzt hat, abbricht, der das Opfer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet hätte, und begründet dies mit einem Gleichlauf zu den Fällen des Abbruchs von Rettungsbemühungen Dritter, vgl. *Rengier* (Fn. 11), § 48 Rn. 23; *Stein* (Fn. 97), Vor § 13 Rn. 82; noch anders: *Walter*, ZStW 116 (2004), 555 (568), der darauf abstellt, ob eine auch außerhalb des Strafrechts rechtlich geschützte Position entstanden sei (dann aktives Tun), was bei einer begonnenen Behandlung der Fall sei.

¹²⁴ *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 14), § 35 Rn. 13; *Kühl* (Fn. 15), § 18 Rn. 21.

¹²⁵ *Gaede* (Fn. 97), § 13 Rn. 9.

¹²⁶ *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704 (711); *Sowada*, NStZ 2020, 452 (458).

¹²⁷ Dass Ex-Ante- und Ex-Post-Triage nicht völlig gleich zu behandeln sind, erkennen auch *Gaede et al.*, und fordern (in Widerspruch zu ihrer Ansicht im Übrigen) zur Legitimation gegenüber dem bislang behandelten Patienten eine evident bessere Erfolgsaussicht in diesem Sinne, *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 (136).

¹²⁸ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (159).

¹²⁹ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (159).

¹³⁰ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (158).

Opfern. Selbst wenn man jedoch die Gefahren- und Rettungsgemeinschaft anerkennen sollte, ergibt sich hieraus nicht, dass die Ex-Post- und die Ex-Ante-Triage gleich zu behandeln wären, da auch insoweit die Zuweisung von Rettungskapazitäten als Rechtsposition entgegensteht. Zudem ist die Parallelität von Tun und Unterlassen keine Besonderheit der Ex-Post-Triage, sondern sie sind regelmäßig zwei Seiten einer Medaille. Daraus, dass der Arzt also in der Konstellation der Triage allgemein aktiv zur Rettung eines Menschen tätig werde und dies zugleich ein Unterlassen der Rettung des anderen sei, lässt sich nicht herleiten, dass es eine dritte Kategorie der Pflichten geben müsste.

Mithin kann eine Uminterpretation von einer Handlungs- und einer Unterlassungspflicht in kollidierende Behandlungspflichten nicht überzeugen.

b) Keine Rechtfertigung bei Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflichten

Es stellt sich die Frage, ob bei einer solchen Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflichten eine Rechtfertigung durch Pflichtenkollision möglich ist, was die herrschende Ansicht verneint.

Zwar stellt § 13 StGB Handeln und Unterlassen grundsätzlich gleich.¹³¹ Jedoch bedarf es für die Verwirklichung des Tatbestands eines unechten Unterlassungsdeliktes einer Garantenstellung. Dabei kann die Strafe nach § 13 Abs. 2 StGB gemildert werden. Dies begründete der Gesetzgeber damit, dass das Unterlassen oft weniger schwer wiege.¹³² Der wesentliche Gesichtspunkt, warum die herrschende Ansicht Handlungs- und Unterlassungspflichten unterschiedlich gewichtet, liegt darin, dass es bei Unterlassungspflichten um Eingriffe in fremde Rechtspositionen geht.¹³³ Eine Unterlassungspflicht bedeute, dass der Normadressat nicht in die Rechte und Güter eines anderen eingreifen dürfe. Diesbezüglich sei nicht die Pflichtenkollision anwendbar, weil insoweit

¹³¹ *Fischer* (Fn. 29), Vor § 32 Rn. 11d; *Hoven/Hahn*, JA 2020, 481 (483); *Jescheck/Weigend* (Fn. 29), § 33 V. 1.; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 40), Vor §§ 32 ff. Rn. 171.

¹³² BT-Drs. V/4095, S. 8; BGH NJW 1990, 332; BGHSt 36, 227 (228 f.); nach der Rechtsprechung ist dies der Fall, wenn die gebotene Handlung mehr als den üblichen Einsatz von rechtstreuem Willen bedeute, vgl. BGH NStZ 1998, 245; BGHR StGB § 13 Abs. 2 Strafraumenverschiebung 1, S. 1 f.; kritisch insbesondere mit Blick auf technische Apparate, bei denen die Abgrenzung verschwimme *Lerman*, GA 2008 (78, 89 ff.); kritisch auch: *Freund/Timm*, HRRS 2012, 223 (232 ff.); eine andere Deutung entnimmt dem *Frister* (Fn. 18), § 22 Rn. 5: die Sonderbeziehungen, die die Garantenstellung begründen, könnten unterschiedlich sein, so dass das Unrecht aufgrund dessen unterschiedlich groß sein könnte.

¹³³ *Küper*, JuS 1987, 81 (89); *Neumann* (Fn. 18 – FS Roxin), S. 427, der allerdings daraus den Schluss zieht, dass die Abgrenzung von Tun und Unterlassen normativ zu erfolgen hat; vgl. auch *ders.*, Jahrbuch für Recht und Ethik 2 (1994), 85 (93); vgl. auch *Gropp* (Fn. 28), S. 212 ff., sowie *Renzikowski* (Fn. 18), S. 215.

§ 34 StGB vorgehe.¹³⁴ Nach diesem sind aber Eingriffe in Rechte und Güter anderer nur gerechtfertigt, wenn das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Will man diese Wertung nicht unterlaufen, muss § 34 StGB insoweit eine Sperrwirkung entfalten, so dass ein Eingriff in Interessen anderer nur dann möglich ist, wenn das geschützte Interesse wesentlich überwiegt.

Zusammenfassend ist mithin in den Konstellationen, in denen der Arzt aktiv handelt, indem er beispielsweise das Beatmungsgerät abschaltet und entfernt, eine Rechtfertigung zu verneinen.

3. Kollision von zwei Handlungspflichten

a) Vorüberlegungen

In Frage steht nun noch, ob dann, wenn man von einem Unterlassen ausgeht, namentlich, wenn aufgrund der technischen Ausgestaltung ein Impuls zu tätigen oder eine neue Sauerstoffkartusche einzusetzen ist und daher zwei Handlungspflichten aufeinandertreffen, eine Rechtfertigung qua Pflichtenkollision möglich ist. Zu erwägen ist, ob selbst dann, wenn es um zwei Handlungspflichten geht, letztlich keine Rechtfertigung aufgrund Pflichtenkollision bei einer Ex-Post-Triage möglich wäre,¹³⁵ weil es sich nicht um gleichwertige Pflichten handelt. Dann würde man zu einer einheitlichen Lösung der Ex-Post-Triage gelangen, ohne dabei die Abgrenzung von Tun und Unterlassen anzupassen. Stattdessen würde man auf die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes, vorliegend auf die Gleichwertigkeit der Pflichten bei der Pflichtenkollision blicken.

Auf diese Weise schlägt man einen methodisch ähnlichen Weg ein, wie ihn auch der BGH in dem bereits erwähnten Urteil zur Sterbehilfe gewählt hat.¹³⁶ Eine Parallele zu dem Urteil kann man nämlich insofern ziehen, als es auch bei der Triage nicht auf die Abgrenzung von Tun und Unterlassen wegen der damit verbundenen Zufälligkeiten ankommen sollte,¹³⁷ sondern die Kriterien im Rahmen der Rechtfertigung zu suchen sind. Anders als die bisherigen Befürworter der Parallele annehmen,¹³⁸ könnte man allerdings auch dazu

gelangen, dass sogar bei Vorliegen von zwei Handlungspflichten eine Rechtfertigung verneint werden könnte.

b) Keine Gleichwertigkeit bei Eingriff in Rechtsposition

Bei zwei Handlungspflichten kann das wesentliche Argument der herrschenden Ansicht, warum Handlungs- und Unterlassungspflichten unterschiedlich zu bewerten sind, ebenfalls herangezogen werden: Bei Unterlassungspflichten geht es um Eingriffe in fremde Rechtspositionen,¹³⁹ und daher gebührt bei einer Kollision einer Handlungs- mit einer Unterlassungspflicht § 34 StGB der Vorrang.¹⁴⁰ Ein Eingriff in Rechtspositionen ist aber nicht nur bei einem aktiven Tun denkbar, sondern auch bei Unterlassen, etwa beim Nicht-Setzen eines Impulses. Dass es sich bei der Ex-Post-Triage um einen Eingriff in Interessen handelt, ergibt sich daraus, dass der Patient durch die begonnene Behandlung ein schutzwürdiges Vertrauen in deren Fortführung hat und die Verschlechterung des status quo durch Absenken der Überlebenschancen anders zu bewerten ist als die Nichtbesserung des Zustands. Dies gilt gleichermaßen, wenn die Überlebenschancen durch ein Unterlassen abgesenkt wird, denn die Rechtsposition ist ebenso erlangt und wird beeinträchtigt.

Der Gesichtspunkt, ob in eine Rechtsposition eingegriffen wird, ist bei der Frage, ob die Pflichten gleichwertig sind, zu berücksichtigen. Danach ist eine Pflicht, zu deren Befolgung in das Leben einer Person eingegriffen werden muss, gegenüber einer Pflicht, durch die das nicht geschieht, nachrangig.

Dass eine Pflicht bei einem Eingriff in das Leben eines anderen nachrangig ist, ist mit dem materialen Grund der Pflichtenkollision zu begründen. Den Eingriff in den status quo kann man nicht mit dem der Pflichtenkollision zugrunde liegenden Prinzip rechtfertigen, dass der Normadressat mehrere Pflichten hat, die er nicht alle erfüllen kann. Bei der Pflichtenkollision muss der Normadressat entscheiden, wessen status quo er verbessert und wessen er nicht berührt; es darf bei der Pflichtenkollision aber nicht um eine vorzunehmende Verschlechterung der Situation eines Opfers gehen. Denn die Verschlechterung eines status quo bedeutet einen Eingriff, der eine Solidaritätspflicht voraussetzt, die zwar durch den rechtfertigenden Notstand, nicht jedoch durch die Pflichtenkollision begründet wird. Nach § 34 StGB bedarf es aber zum einen eines wesentlichen Überwiegens der Interessen, was zum anderen aufgrund des Prinzips der Lebenswertindifferenz dazu führt, dass Eingriffe in das Leben nicht derart gerechtfertigt werden können.

Folglich sind zwei Handlungspflichten dann nicht gleichwertig, wenn ein Eingriff in Rechtspositionen vorliegt. Demnach sind die Pflichten bei der Ex-Post-Triage nicht gleichwertig und unabhängig von der Einordnung als Tun

¹³⁴ Erb (Fn. 15), § 34 Rn. 40; Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 14), § 34 Rn. 55; Küper, JuS 1987, 81 (90); Roxin/Greco (Fn. 11), § 16 Rn. 117; vgl. Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704 (711); Rönnau (Fn. 15 – LK-StGB), Vor §§ 32 ff. Rn. 120; Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627 (635).

¹³⁵ In diese Richtung auch Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704 (711 f.), und Sowada, NStZ 2020, 452 (458).

¹³⁶ BGHSt 51, 191.

¹³⁷ Hoven, JZ 2020, 449 (453); Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151 (156 f.). Zum einen entscheide der Zufall, wer zuerst in das Krankenhaus eingeliefert und behandelt werde. Zum anderen könne es von der technischen Ausgestaltung abhängen, ob das Gerät regelmäßig erneut angeschaltet werden müsse, was man unterlassen könne, oder abgeschaltet werden müsse.

¹³⁸ Hoven, JZ 2020, 449 (454); dies./Hahn, JA 2020, 481 (483); vgl. auch Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (135).

¹³⁹ Küper, JuS 1987, 81 (89); Neumann (Fn. 18 – FS Roxin), S. 427, der allerdings daraus den Schluss zieht, dass die Abgrenzung von Tun und Unterlassen normativ zu erfolgen hat; vgl. auch ders., Jahrbuch für Recht und Ethik 2 (1994), 85 (93); vgl. auch Gropp (Fn. 28), S. 212 ff.; sowie Renzikowski (Fn. 18), S. 215.

¹⁴⁰ Siehe bereits soeben Fn. 134.

oder Unterlassen ist eine Rechtfertigung durch Pflichtenkollision nicht möglich. Der bereits behandelte Patient ist weiter zu behandeln. Dies muss auch bei höherer Dringlichkeit der Behandlung eines neu eintreffenden Patienten gelten, da eine Abwägung nicht möglich ist.¹⁴¹ Die Voraussetzungen der Pflichtenkollision sind nicht erfüllt und ein wesentliches Überwiegen i.S.d. § 34 StGB ist nicht gegeben. Etwas anderes wird erst dann gelten, wenn die Gefahr zu einer lediglich abstrakten Gefahr für das Leben des in Behandlung befindlichen Patienten wird¹⁴², oder dann, wenn die Behandlung nicht mehr geeignet ist, das Leben des Patienten zu retten, namentlich, wenn die Indikation für die Behandlung wegfällt.

Im Ergebnis gilt mithin bei der Ex-Post-Triage: „Wer hat, der hat.“¹⁴³ Dass dadurch mitunter der Zufall über die Behandlung einer Person entscheidet, wenn beispielsweise der eine Patient wegen starken Verkehrs auf der Strecke wenige Minuten später eintrifft als der andere Patient, ist hinzunehmen. Dabei handelt es sich um äußere Gegebenheiten, die Glück und Unglück, letztlich Schicksal bedeuten und nicht dazu führen müssen, dass andere Maßstäbe gelten.¹⁴⁴ Mit dem Grundgesetz vereinbar ist eine solche Lösung jedenfalls, weil eine Abwägung von Leben gegen Leben ausgeschlossen wird.¹⁴⁵

V. Fazit

Die Rechtfertigung kraft Pflichtenkollision beruht nicht auf einer Solidaritätspflicht, sondern darauf, dass dem Normadressaten nicht Unmögliches abverlangt werden darf. Erfüllt der Normadressat bei zwei kollidierenden Handlungspflichten eine gleichwertige oder die höherwertige Pflicht, ist er aufgrund Pflichtenkollision gerechtfertigt. Wann die Pflichten gleichwertig sind, erweist sich dabei als Kern des Problems. Als Kriterien für die Gleichwertigkeit von Pflichten sind der Rang der Rechtsgüter und die Dringlichkeit relevant. Wählt der Arzt unter den Pflichten eine nachrangige Pflicht aus, indem er nicht nach der Dringlichkeit, sondern nach anderen Kriterien auswählt, handelt er nicht gerechtfertigt.¹⁴⁶

¹⁴¹ Sowada, NSTZ 2020, 452 (458), spricht insoweit von einer grundsätzlichen „Abwägungssperre“. Anders hingegen Satzger, JURA 2020, 752 (756), der nur bei gleichen Überlebensaussichten berücksichtigen will, dass ein Patient bereits behandelt wird.

¹⁴² Sowada, NSTZ 2020, 452 (459).

¹⁴³ Rönnau/Wegner, JuS 2020, 401 (406); Sowada, NSTZ 2020, 452 (458 f.); Zimmermann, LTO v. 23.3.2020, abrufbar unter:

<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/> (22.2.2021); dagegen aber Hörnle, Verfassungsblog v. 4.4.2020, abrufbar unter:

<https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (22.2.2021).

¹⁴⁴ Vgl. auch Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (406); Zimmermann, LTO v. 23.3.2020 (Fn. 143).

¹⁴⁵ Vgl. auch Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627 (636).

¹⁴⁶ Glaubt er, etwa aufgrund einer Empfehlung der Fachgesellschaften, dass er die Auswahl in rechtlich richtiger Weise

Die Erfolgsaussicht darf für die strafrechtliche Rechtfertigung keine Rolle spielen, innerhalb gleichwertiger Pflichten darf der Arzt sie aber – ebenso wie andere, auch diskriminierende Kriterien – berücksichtigen,¹⁴⁷ denn aus strafrechtlicher Perspektive darf er insoweit frei entscheiden.

Bei der Ex-Post-Triage ist der Arzt nie gerechtfertigt. Wenn er aktiv handelt, scheidet eine Rechtfertigung kraft Pflichtenkollision daran, dass diese bei einer Kollision einer Handlungs- mit einer Unterlassungspflicht nicht anwendbar ist. Auch das Nicht-Fortführen einer bereits begonnenen Behandlung durch Unterlassen kann nicht durch Pflichtenkollision legitimiert werden, da der bereits behandelte Patient eine Rechtsposition erlangt hat, die dazu führt, dass die Handlungspflichten nicht gleichwertig sind.

getroffen hat, irrt er über die Grenzen des Rechtfertigungsgrundes der Pflichtenkollision. Dabei handelt es sich um einen (u.U. vermeidbaren) Gebotsirrtum nach § 17 StGB. Zur Vermeidbarkeit: Lindner, medstra 2020, 199 (202 f.), der dem Deutschen Ethikrat die Expertise in strafrechtlichen Fragen abspricht, da auch juristische Laien an entsprechenden Passagen mitwirkten. Zudem handelte es sich nur um eine ethische Orientierungshilfe, so dass kein rechtlich belastbarer Rat erteilt werde.

¹⁴⁷ Befürwortend zur Frage, ob man bei ethisch missbilligenswerten Motiven und Auswahlkriterien eine Strafbarkeit einführen sollte: Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704 (714).