

Ungleichbehandlung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Verhältnismäßigkeit beachtet ist (s. bereits *Fall 1*, im ersten Teil des Beitrags). Das BAG hat in dem *Fall 11* zugrunde liegenden Vorlagebeschluss angenommen, dass *D* mit seinem Wunsch, seinen Kunden ein Bild der Neutralität zu vermitteln, ein rechtmäßiges Ziel verfolgt. Da es europarechtlich bislang nicht geklärt ist, ob ein – wie hier – auf großflächige Zeichen beschränktes Verbot geeignet ist, das Neutralitätsziel zu verfolgen, oder ob dies nur bei einem umfassenden, auf jedes sichtbare Zeichen abhebenden Verbot anzunehmen ist, hat das BAG die Frage dem EuGH vorgelegt. Dafür, die Frage zu bejahen, lässt sich anführen, dass gerade dadurch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Rechnung getragen wird. In diesem Fall muss *A* der Weisung nachkommen.

V. Rechtsmissbrauch

*Fall 12:*¹⁹ Versicherer *V* schreibt eine Trainee-Stelle aus. Als Anforderungen werden ein nicht länger als ein Jahr zurückliegender Hochschulabschluss und erste Berufserfahrung genannt. Volljurist *B* bewirbt sich. Neben einem sieben Jahre alten Hochschulabschluss kann er umfassende Berufserfahrungen nachweisen. Nachdem *B* in der Vorrunde ausgeschieden ist und daraufhin von *V* eine Entschädigung verlangt, wird er doch noch zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Diese Einladung schlägt er aus. *B* hat bereits mehrfach nach erfolglosen Bewerbungen Entschädigungsansprüche nach dem AGG geltend gemacht. Muss *V* eine Entschädigung zahlen?

In Betracht kommt wiederum ein Anspruch aus § 15 II AGG. Der sachliche Anwendungsbereich des AGG ist wie in *Fall 8* eröffnet. Der persönliche Anwendungsbereich ist betroffen, wenn *B* als Bewerber iSv § 6 I 2 AGG anzusehen ist. Eine „subjektive Ernsthaftigkeit“ der Bewerbung, welche das BAG früher gefordert hat, wird heute nicht mehr vorausgesetzt. Allerdings handelt ein Bewerber rechtsmissbräuchlich gem. § 242 BGB, wenn er an der ausgeschriebenen Stelle in Wahrheit gar nicht interessiert ist, sondern er sich nur den formalen Bewerberstatus verschaffen will, um sodann eine Entschädigung zu verlangen. In einem solchen Fall kann sich ein Bewerber

ber auch nicht auf den Schutz der RahmenRL Beschäftigung berufen, deren Umsetzung das AGG dient.²⁰

Fraglich ist, ob *B* hier rechtsmissbräuchlich gehandelt hat. Der unionsrechtliche Einwand des Rechtsmissbrauchs hat strenge Voraussetzungen. Rechtsmissbräuchliches Verhalten liegt demnach vor, wenn objektiv trotz Einhaltung der formalen Regelungen das Ziel der RL nicht eingehalten werden kann und durch objektive Anhaltspunkte deutlich wird, dass die Bewerbung subjektiv allein auf eine Entschädigung abzielt. *B* hat sich auf eine Trainee-Stelle beworben, für die er angesichts seiner umfassenden Berufserfahrungen deutlich überqualifiziert ist. Dieser Umstand lässt jedoch noch nicht darauf schließen, dass das Ziel der RahmenRL Beschäftigung, einen Schutz vor Diskriminierung bei Bewerbungen zu gewährleisten, nicht eingehalten werden kann. Es ist objektiv nicht ersichtlich, dass *B* mit der Bewerbung eine Absage provozieren wollte. Jedenfalls lässt sich aus einer solchen Bewerbung nicht subjektiv darauf schließen, dass diese allein auf eine Entschädigungszahlung abzielte. Auch der Umstand, dass *B* schon mehrfach eine Entschädigung nach dem AGG verlangt hat, ist kein hinreichendes Indiz für eine objektiv und subjektiv rechtsmissbräuchliche Bewerbung.²¹ *B* bringt so lediglich zum Ausdruck, dass er tatsächlich Interesse an einer Beschäftigung hat und dabei seine Rechte gegen Diskriminierung wahrnimmt.

Fraglich ist, ob die Absage des Vorstellungsgesprächs eine rechtsmissbräuchliche Bewerbung indiziert. Für die Beurteilung, ob das Verhalten treuwidrig war, sind allerdings lediglich Umstände zu berücksichtigen, die zwischen Bewerbung und Absage vorliegen. Bereits die Bewerbung muss das alleinige Ziel der Entschädigung verfolgen. Mithin hat *B* nicht in rechtsmissbräuchlicher Weise lediglich einen formalen Bewerberstatus gem. § 6 I 2 AGG angestrebt. *B* kann sich somit auf seinen Bewerberstatus gem. § 6 I 2 AGG berufen.

¹⁹ Nach LAG Hessen, NZA-RR 2018, 584 mAnm Krieger/Wieg.

²⁰ EuGH, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604 = NJW 2016, 2796 Rn. 35 mAnm Stiebert-Kratzer.

²¹ BAG, BeckRS 2017, 112923 Rn. 145 ff.; s. auch Plum in Schleusener/Suckow/Plum, AGG, 5. Aufl. 2019, § 15 Rn. 66.

PROF. DR. THOMAS RÖNNAU UND WISS. MITARBEITER KILIAN WEGNER*

Grundwissen – Strafrecht: Triage

I. Einführung

Der Begriff der Triage (von französisch *trier*, „sortieren“, „aussuchen“, „auslesen“) hat seinen Ursprung in der Militärmedizin und bezeichnet ein Verfahren, nach dem medizinische Hilfeleistung priorisiert wird, falls die Anzahl medizinisch Hilfsbedürftiger die vorhandenen personellen oder materiellen Ressourcen übersteigt. Ziel der Triage ist es dabei, dass möglichst viele Personen die Überlastungssituation mit möglichst wenig Schaden überstehen. Gleichzeitig soll ein strukturierter Prozess mit Kriterien zur Entscheidung darüber, welche Person zu welcher Zeit welche Behandlungsressourcen erhält, sicherstellen, dass die Auswahlentscheidun-

gen prinzipiengeleitet erfolgen und nicht von der Willkür Einzelner abhängen.

Da die medizinischen Ressourcen in wohlhabenden Gesellschaften den Anfall an Verletzten und anderweitig Erkrankten im Normalfall übersteigen, war die Triage in den letzten Jahrzehnten eine Spezialmaterie der Katastrophen- und Notfallmedizin, die allenfalls bei Großschadensereignissen wie Ter-

* Der Autor *Rönnau* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht an der Bucerius Law School in Hamburg und Mitherausgeber dieser Zeitschrift; der Autor *Wegner* ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl. – §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

roranschlägen oder schweren Unfällen und in seltenen Fällen auch in der regulären klinischen Notaufnahme eine Rolle spielte. Durch die Ende 2019 ausgebrochene *Covid-19-Pandemie* hat die Debatte darüber, wann und wie triagiert werden muss und darf, jedoch erheblich an Brisanz gewonnen.

Medizinischer Hintergrund ist, dass eine Infektion mit dem Covid-19-Virus in etwa 5 % der Fälle eine intensivmedizinische Behandlung notwendig macht, wobei insbesondere eine künstliche Beatmung oder sogar der Anschluss an einen extrakorporalen Lungenersatz zur Membranoxygenierung (sog. ECMO-Maschine) erforderlich sein kann. Häufig ist auch der Anschluss an einen Dialyse-Apparat zur Blutwäsche nötig. Da solche Geräte ebenso knapp sind wie intensivmedizinisch geschultes Fachpersonal, kam es schon kurze Zeit nach der Ausrufung der Pandemie durch die Weltgesundheitsorganisation Mitte März 2020 in mehreren besonders schwer betroffenen Gebieten Italiens, Frankreichs und Spaniens zu „harten“ Triage-Situationen, bei der einige Patienten mit stationärem Krankheitsverlauf wegen Ressourcenmangel nicht behandelt werden konnten.

Die Frage nach den Anwendungsvoraussetzungen des Triage-Verfahrens und den richtigen Priorisierungskriterien ist – wie im Folgenden gezeigt wird – über weite Strecken ethischer Natur, wobei der Entscheidungsspielraum der Beteiligten jedoch durch das Strafrecht begrenzt wird. Die hier geltenden Rechtssätze rühren an das Fundament der an den Schutz der Menschenwürde gebundenen Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland und sollten daher jedem Studenten und jeder Studentin der Rechtswissenschaften bekannt sein.

Der Stoff eignet sich zudem – trotz seines tragischen Hintergrunds – gut für Examenprüfungen, sei es im mündlichen Prüfungsgespräch oder (als Teil von) Klausuren oder Hausarbeiten.

II. Strafrechtliche Grenzen von Triage-Entscheidungen

Als Ausgangspunkt der Betrachtung lassen sich zunächst drei Grundkonstellationen der Triage unterscheiden:

(1) Als *Ex-ante-Triage* (auch *Ex-ante-Konkurrenz*) wird die Situation bezeichnet, in der mehr Patienten eintreffen als Behandlungskapazität besteht und daher auszuwählen ist, wer behandelt wird.

(2) Davon unterscheidet sich die sog. *Ex-post-Triage* (auch *Ex-post-Konkurrenz*) dadurch, dass hier eine laufende Behandlung abgebrochen wird, um Platz für neu ankommende Patienten zu schaffen, denen auf Grund von Triage-Kriterien (etwa wegen höherer Behandlungserfolgswahrscheinlichkeit) Priorität eingeräumt werden soll.

(3) Die dritte Konstellation betrifft Fälle, in denen zwar noch Behandlungskapazitäten frei sind, ein Patient aber gleichwohl unter Triage-Gesichtspunkten abgewiesen wird, um den Platz für prioritär zu behandelnde Patienten aufzusparen. Hier kann von *präventiver Triage* gesprochen werden.

1. Verteilung neu ankommender Patienten auf eine begrenzte Zahl freier Behandlungsplätze (Ex-ante-Triage)

Angehörige von Heilberufen trifft in ihrem Verantwortungsbereich als Garanten eine Pflicht iSv § 13 I StGB, nach der sie rechtlich dafür einzustehen haben, dass Schäden an Leib und Leben der sie aufsuchenden Verletzten und Kranken abge-

wendet werden, soweit eine Therapie nicht aussichtslos ist und die Behandlung dem ausdrücklichen oder – bei mangelnder Ansprechbarkeit des Patienten und fehlenden Informationen über den Patientenwillen (zB in Gestalt einer Patientenverfügung) – mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht. Nehmen Heilberufsangehörige in einer solchen Situation eine medizinisch indizierte Behandlung nicht vor, können sie sich – je nach Fallkonstellation – wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts durch (unechtes) Unterlassen strafbar machen. Dies gilt allerdings nicht, wenn die Zahl der zu Behandelnden die verfügbaren Mittel überschreitet, so dass zwar vielleicht alle Patienten *alternativ* Chancen auf eine erfolgreiche Behandlung haben, dies aber *nicht gleichzeitig* geschehen kann. Denn eine solche Kollision mehrerer gleichwertiger Handlungspflichten zur Rettung von Leben führt nach der gesetzlich zwar nicht geregelten, aber als Gewohnheitsrecht schon durch RGSt 20, 190, anerkannten Rechtsfigur der *rechtfertigenden (Handlungs-)Pflichtenkollision* dazu, dass nicht rechtswidrig handelt, wer nur so viele Menschen wie nach Ressourcenlage möglich rettet (näher *Rönnau*, JuS 2013, 113). Voraussetzung ist dabei jedoch, dass die Behandlungsbedürftigen auch mit *gleicher Dringlichkeit* auf Hilfe angewiesen sind, da es ansonsten an der Gleichwertigkeit der kollidierenden Rettungspflichten fehlt und eine Rechtfertigung scheitert, soweit die Maxime „sickest first“ mehr Menschen zur Rettung verholfen hätte.

Soweit manche Stimmen in der Literatur bei der Kollision gleichwertiger Handlungspflichten gleichwohl von einem rechtswidrigen Unterlassen des Überforderten ausgehen und nur dessen Schuld entfallen lassen wollen, wird verkannt, dass die Rechtsordnung nach dem gemeinrechtlich überlieferten Satz *impossibile nulla est obligatio* das Unmögliche nicht zum Gebot erheben darf. Oder mit *Reinhard Merkel* gesprochen: „Jenseits der Grenze des Menschenmöglichen gibt es keine rechtlichen Pflichten.“ Vor diesem Hintergrund ist auch die Entscheidung, nach welchen Kriterien die begrenzten Behandlungsressourcen verteilt werden, nicht mehr durch das Strafrecht vorgegeben, sondern dem Garanten in der Situation der Pflichtenkollision freigestellt: Selbst wenn ihn moralisch höchst verwerfliche Motive leiten, handelt es sich dabei nicht um strafrechtlich relevantes Tötungs- oder Verletzungsunrecht.

Da die Triage bisher – was angesichts des Vorbehalts des Gesetzes und des Wesentlichkeitsgrundsatzes (vgl. Art. 20 III GG) ein schweres Versäumnis darstellt – noch keine spezialgesetzliche Regelung erfahren hat, finden sich auch außerhalb des Strafrechts allenfalls partiell einfachrechtliche Normen, an denen sich Heilberufsangehörige bei der Triage orientieren können (so läge zB ein Verstoß gegen das AGG als einfachgesetzlicher Manifestation von Art. 3 III GG vor, wenn Patienten pauschal anhand von Kriterien wie dem Geschlecht, der Herkunft, der Religion, dem Alter etc. durch eine Triage-Entscheidung von der Behandlung ausgeschlossen würden).

Um Heilberufsangehörige im damit eröffneten Feld der Ethik nicht alleinzulassen, hat die Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) am 25.3.2020 (rechtlich unverbindliche) Leitlinien mit ethischen Kriterien zur Priorisierung erarbeitet (online abrufbar unter www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1540-covid-19-ethik-empfehlung-v2/file, zuletzt aufgerufen am

20.4.2020), die bei der Ex-ante-Triage im Wesentlichen auf die klinischen Erfolgsaussichten einer Behandlung abstellen: Behandelt wird, wer mit höherer Wahrscheinlichkeit überlebt („save the most“-Prinzip). Angesichts des schon dargelegten Umstands, dass der Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision eine vergleichbare Dringlichkeit der konkurrierenden Behandlungsbedürfnisse voraussetzt, ist diese auf die Überlebenswahrscheinlichkeit fokussierte Betrachtung erheblichen strafrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Sie stößt daneben – wie insbesondere *Engländer* und *Till Zimmermann* dargelegt haben – auch auf durchgreifende ethische Vorbehalte. Kritisiert wird insbesondere, dass die üblichen Scoring-Mechanismen, die zum Vergleich der Überlebenswahrscheinlichkeit eingesetzt werden, Ältere und Menschen mit Vorerkrankungen massiv benachteiligen und damit zumindest faktisch eine Priorisierung von Lebensrettung am Maßstab prognostizierter Restlebenszeit und (genormter) Restlebensqualität vorgenommen wird. Als alternative ethische Auswahlkriterien werden in der Diskussion – neben der ohnehin schon rechtlich gebotenen Berücksichtigung des *Dringlichkeitsprinzips* – eine Orientierung am *Prioritätsprinzip* (dh der Behandlung der Patienten nach der Reihenfolge ihrer Einweisung, vgl. dazu schon Abschnitt II, 59, § 4 des Sachsenspiegels aus dem beginnenden 13. Jahrhundert: „Di ok irst to der molen kumt, die sal erst malen“) oder – wofür Einiges spricht – am *Zufallsprinzip* (zB durch die Vergabe von Behandlungsplätzen mittels Losverfahrens) vorgeschlagen.

2. Abbruch einer laufenden Behandlung zu Gunsten neu ankommender Patienten (Ex-post-Triage)

Wenn das Strafrecht es im Fall der Ex-ante-Triage mittels der rechtfertigenden Pflichtkollision erlaubt, auszuwählen, welchen Patienten die knappen Behandlungsressourcen zu Teil werden, muss es – so meinen nun manche – auch erlaubt sein, eine schon laufende Behandlung abzubrechen und damit den Tod des Betroffenen in Kauf zu nehmen, wenn dafür ein Patient mit höherer Überlebenswahrscheinlichkeit den Behandlungsplatz erhält. Zur Begründung dieser These, die auch in den schon genannten DIVI-Leitlinien angedeutet wird und im Kern darauf hinausläuft, eine aktive Tötung von bereits in Behandlung befindlichen Patienten mit einem Unterlassen der Rettung von noch nicht behandelten Patienten gleichzusetzen, wird dabei unter anderem die Rechtsprechung des BGH zum sog. *Behandlungsabbruch* angeführt. In einer wegweisenden Leitentscheidung im sog. *Fall „Putz“* hat der 2. Strafsenat 2010 entschieden (BGHSt 55, 191 = JuS 2010, 1027 [Hecker]), dass das Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung gerechtfertigt ist, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901 a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen. Ein solcher Behandlungsabbruch darf also auch durch aktives Tun (etwa das Abschalten eines medizinischen Geräts) erfolgen und der handelnde Heilberufsträger nicht mehr – wie nach überkommener Rechtsprechung – wegen „aktiver Sterbehilfe“ nach § 216 bestraft werden.

Anders als nun zT behauptet wird, hat die genannte Rechtsprechung zum Behandlungsabbruch jedoch keineswegs die in der Strafrechtsdogmatik althergebrachte Unterscheidung zwischen aktivem Tun und Unterlassen dergestalt eingegeben,

dass es erlaubt wäre, einen Menschen zum Nutzen eines anderen dann zu töten, wenn auch die Rettung des zu Tötenden auf Grund einer rechtfertigenden Pflichtkollision unterlassen werden dürfte. Der *rechtfertigende Behandlungsabbruch* ist vielmehr Ausdruck einer Dogmatik, die das Tötungsstrafrecht kraft des im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG) wurzelnden *Rechts auf selbstbestimmtes Sterben* (dazu jüngst umfassend *BVerfG*, NJW 2020, 905 = JuS 2020, H. 6 [Sachs] – im nächsten Heft) in der letzten Phase des Lebens insgesamt dispensiert. Außerhalb dieser Situationen bleibt es aber dabei, dass die aktive Verwirklichung eines Straftatbestands, mit der eine Rettungspflicht erfüllt werden soll (Kollision von Unterlassungs- und Handlungspflicht), außerhalb von Notwehr- oder Kriegssituationen nur unter den Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands (§ 34) gerechtfertigt werden kann.

Rechtfertigender Notstand setzt allerdings voraus, dass das zu schützende Rechtsgut (bei der Ex-post-Triage also das Leben des neuankommenden Patienten) das beeinträchtigte Rechtsgut (also das Leben des bereits in Behandlung befindlichen Patienten) wesentlich überwiegt. Menschenleben sind nach ganz hM, die auch in einer Leitentscheidung zum Luftsicherheitsgesetz (*BVerfGE* 115, 118 = NJW 2006, 751 = JuS 2006, 448 [Sachs]) bekräftigt wurde, jedoch kraft der Menschenwürdegarantie grundsätzlich jeder qualitativen oder quantitativen Abwägung entzogen. Sofern für bestimmte Situationen (etwa bei der Beendigung ohnehin unrettbar verlorenen Lebens in Gefahrengemeinschaften, der Lebensgefährdung einer werdenden Mutter durch den Fötus oder der Tötung eines Menschen auf Grund einer von ihm ausgehenden Lebensgefährdung) Ausnahmen von dieser Maxime eines Abwägungsverbots „Leben gegen Leben“ diskutiert werden (ausführlich dazu *Erb*, JuS 2010, 108), sind die dafür notwendigen Voraussetzungen in der Fallkonstellation der Ex-post-Triage ersichtlich nicht gegeben.

Denkbar bleibt folglich allein die Möglichkeit einer *Entschuldigung* des Verhaltens der handelnden Heilberufsangehörigen. Diese Option hat auch das *BVerfG* in der genannten Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz offengelassen. Soweit allerdings nicht zufällig ein besonderes Näheverhältnis zu der Person entsteht, zu deren Gunsten ein bereits in Behandlung befindlicher Patient durch Behandlungsabbruch getötet oder zumindest schwer an der Gesundheit geschädigt werden soll, scheidet ein entschuldigender Notstand nach § 35 aus (zu dessen Voraussetzungen ausführlicher *Rönnau*, JuS 2016, 786). Auch ein sog. *übergesetzlicher entschuldigender Notstand* (s. dazu wiederum *Rönnau*, JuS 2017, 113) liegt nicht vor, da selbst die Befürworter dieses in Analogie zu § 35 entwickelten Entschuldigungsgrunds hierfür eine absolute Ausnahmesituation verlangen, in der durch die Opferung einiger weniger Personen eine Vielzahl von Menschen gerettet würde und das Handeln des aus einem Gewissenskonflikt heraus tötenden Täters verzeihlich erscheint. Bei der Ex-post-Triage stehen dem Tod oder der Schädigung, die ein Behandlungsabbruch verursacht, jedoch lediglich ein bzw. (im Fall von Schwangeren oder bei langandauernder Belegung des Behandlungsplatzes, in deren Verlauf mehrere andere Patienten hätten behandelt werden können) zwei bis drei gerettete Menschen gegenüber, so dass der für den übergesetzlichen entschuldigenden Notstand erdrückende quantitative Überhang der zu Rettenden nicht besteht. Davon abgesehen kann eine

Rechtsfigur, die ganz auf die Frage individueller Schuld in existenziellen Ausnahmesituationen zugeschnitten ist, nicht zur Entschuldigung eines auf Wiederholung angelegten rechtswidrigen Selektionsmechanismus im – wenn auch unter Pandemie-Bedingungen – regulären medizinischen Alltagsbetrieb dienen. Anderenfalls droht, mit *Schünemann* gesprochen, „die Unterscheidung von Unrecht und Schuld in eine bloße Spiegelfechterei“ verwandelt zu werden, „die für die Steuerung menschlichen Verhaltens keine Rolle spielt“.

Damit lässt sich festhalten: Wenn die medizinisch indizierte Behandlung eines Patienten ohne dessen (ggf. auch nur mutmaßliche) Einwilligung gezielt abgebrochen wird, um den Behandlungsplatz für einen anderen Patienten freizumachen, liegt – wenn der Patient dadurch tatsächlich oder nach Vorstellung der Handelnden zu Schaden kommen könnte – darin eine strafbare (ggf. versuchte) Tötung oder Körperverletzung („Wer [die Rettungschance] hat, der hat!“). Soweit gegen dieses Ergebnis zunehmend der Einwand erhoben wird, dass die unterschiedliche Bewertung der Ex-ante- und der Ex-post-Triage allein von der Unterscheidung zwischen Tun (etwa durch Ausschalten eines Beatmungsgeräts, wenn es zur Triage-Situation bei schon laufender Behandlung kommt) und Unterlassen (durch Nicht-Aufnahme eines Patienten bei noch nicht begonnener Behandlung) und damit letztlich vom *Zufall* abhängt (Hat die Behandlung – aus welchen Gründen auch immer – schon begonnen oder nicht?), ist das richtig und falsch zugleich:

Richtig ist der Einwand, weil es in der Tat allein von der Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen und damit an zeitlicher Zufälligkeit festgemacht wird, dass die Ex-ante-Triage unter den vorstehend genannten Umständen erlaubt, die Ex-post-Triage aber als strafbare Tötung bzw. Körperverletzung verboten ist.

Falsch ist es jedoch, darin etwas Unsachgemäßes zu sehen. Die Anerkennung eines grundsätzlichen Unwert-Unterschieds zwischen Tun und Unterlassen entspricht nämlich überlieferter Rechtsüberzeugung: Jemandem die schon erlangte rettende Planke zu entreißen und damit eine schon verdichtete Hoffnung auf Überleben zu zerstören, ist etwas anderes, als Notgedrungen zu wenige Rettungsringe an zu viele Schiffbrüchige zu verteilen. Es ist nicht ersichtlich, dass ein im Wesentlichen durch den Zufall geprägtes Ergebnis hier so unerträglich wäre, dass die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen, die sich auch im Gesetz, konkret im Erfordernis der Modalitätenäquivalenz (§ 13 I) sowie im fakultativen Strafmilderungsgrund des § 13 II manifestiert hat, normativ eingeebnet werden müsste. Blickt man auf die Debatte um den Welzel'schen Weichensteller-Fall, scheint es umgekehrt so zu sein, dass der Zufall in Fragen von Leben und Tod mehrheitlich als respektable Größe angesehen wird, über die sich ein Mensch nicht erheben sollte. Denn in diesem Fall sieht es die hM als strafbar an, wenn eine bisher ungefährdete Gruppe durch das Stellen der Weiche zur Rettung einer ansonsten durch den heran-eilenden Zug todgeweihten Menge getötet wird. Selbst wenn man die damit angesprochene Formel, wonach der Mensch nicht „Schicksal (oder Gott) spielen“ solle, mit *Richard Dworkin* und anderen als pseudo-theologische Phrase abtun will, lässt sich dasselbe Ergebnis zB auch mit dem verbreiteten und gelegentlich selbst vom *BVerfG* bemühten „veil of

ignorance“-Test nach *John Rawls* absichern, wonach eine Gesellschaftsordnung gerecht ist, soweit sie für alle Menschen auch unabhängig davon zustimmungsfähig ist, welche Stellung sie in dieser Gesellschaft einmal einnehmen werden. Selbst nach diesem Maßstab dürfte eine Regelung, die die Verteilung von Rettungschancen vom Zufall abhängig macht, jedenfalls nicht weniger akzeptiert werden als eine Ordnung, in der die Regelunterworfenen schlimmstenfalls die Abschaltung ihres Beatmungsgeräts (und damit den Entzug einer noch gegebenen Überlebenschance) über sich ergehen lassen müssen, wenn ein Patient mit höherer Behandlungserfolgswahrscheinlichkeit auftaucht.

Hinzu kommt, dass auch die Befürworter einer Gleichsetzung von Tun und Unterlassen bei der Triage nicht ohne Zufälligkeiten auskommen. Es bleibt nämlich dem Zufall überlassen, ob und wann ein Patient mit höherer Behandlungserfolgswahrscheinlichkeit eintrifft; insofern leben in Behandlung befindliche Patienten in stetiger Unsicherheit. Dies gilt im Übrigen auch für den neuen Patienten, der im Wege der Ex-post-Triage einen Behandlungsplatz erhält, da theoretisch denkbar ist, dass schon kurze Zeit später ein Patient mit noch besseren Aussichten eingeliefert wird und das Gerät erneut getauscht werden muss. Es wird damit deutlich, dass das hier propagierte Prinzip der zufälligen Priorität („Wer hat, der hat!“) für die betroffenen Patienten (und im Übrigen auch für das medizinische Personal) eine (rechts)sicherheits- und stabilitätsstiftende Funktion in einer schwierigen Dilemmasituation hat, die man nicht leichtfertig beiseite wischen darf.

An der von uns vertretenen Bewertung der Ex-post-Triage als strafbar (und damit übrigens auch der Notwehr[-hilfe] zugänglich) ändert sich schließlich auch dann nichts, wenn man mit *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis* verlangt, dass die Überlebenschance des neu aufgenommenen Patienten jene des durch den Behandlungsabbruch zu tötenden (oder zumindest zu schädigenden) Patienten „*evident*“ überwiegt. Neben den aufgezeigten normativen Einwänden spricht gegen ein solches Evidenzkriterium schon das praktische Argument, dass es Heilberufsangehörigen im hektischen klinischen Alltag kaum gelingen dürfte, unter ein solches Evidenzkriterium zu subsumieren, geschweige denn, die Evidenzeinschätzung den Angehörigen des von den Geräten abzutrennenden Patienten zu kommunizieren. Berichte von medizinischen Praktikerinnen und Praktikern zeigen vielmehr, dass schon die Entscheidung darüber, ob und wie lange eine intensivmedizinische Behandlung überhaupt eine realistische Erfolgsaussicht hat und nicht nur ein (rechtlich niemals gebotenes!) Verlängern von Leid bedeutet, äußerst schwierig ist. Hier (und nur hier) kommt den Entscheidungsträgern in der Klinik ein Beurteilungsspielraum zu, in dem der Abbruch einer intensivmedizinischen Behandlung in Folge einer Re-Evaluation der Erfolgsaussichten der Behandlung erlaubt ist.

3. Verweigerung der Behandlung zur Bevorratung von Behandlungskapazität (präventive Triage)

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich daher auch die Lösung der dritten Fallkonstellation, in der gezielt Behandlungskapazitäten für potenzielle Patienten mit hoher Überlebenschance freigehalten werden: Wird jemandem auf Grund einer solchen präventiven Triage die

Behandlung verweigert, obwohl noch keine Konkurrenz mit einem konkreten anderen Patienten besteht, begeht der verantwortliche Entscheidungsträger dadurch Totschlag oder zumindest Körperverletzung durch Unterlassen. Die Rechtfertigung durch eine Pflichtenkollision und damit auch die Durchführung einer Ex-ante-Triage ist erst möglich, wenn mehrere Patienten auch tatsächlich (und sei es nur über eine Anmeldung durch einen Rettungswagen) einen konkreten Behandlungsanspruch geltend machen.

III. Leitentscheidungen

Neben den im Text angeführten Judikaten: *BGH*, NJW 2011, 161 (zur Rechtsfigur des rechtfertigenden Behandlungsabbruchs in Weiterführung von *BGHSt* 55, 191); *BGHSt* 62, 223 = NJW 2017,

3249 (zur Strafbarkeit der Manipulation im Rahmen der Verteilung von gespendeten Organen); *OGHSt* 1, 321; *OGHSt* 2, 117; *BGH*, NJW 1953, 513 (Leitentscheidungen zum übergesetzlichen entschuldigenden Notstand).

IV. Literaturhinweise

Engländer/Till Zimmermann, NJW 2020, H. 20; *Gaede/Kubicell/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129; *Schünemann*, GA 2020, 1; *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151; *Reinhard Merkel*, F. A. Z. vom 3.4.2020; *Walter*, Die Zeit online vom 2.4.2020; *Hoven*, FAZ-Online vom 31.3.2020; *Brech*, Triage und Recht: Patientenauswahl beim Massenansturm Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin, 2008; *Till Zimmermann*, Rettungstötungen, 2009.

AKAD. MITARBEITER DR. MAXIMILIAN LENK*

Girocard, Sparbuch, Bankautomat – Fallkonstellationen in der strafrechtlichen Klausur

Immer wieder hat die Rechtsprechung über die Strafbarkeit gemäß den Eigentums- und Vermögensdelikten wegen entwendeter Girocards, daran anschließender Bezahlvorgänge und ähnlicher Konstellationen zu urteilen. Für die juristische Ausbildung sind diese Entscheidungen nicht nur wegen ihrer höchstrichterlichen Natur, sondern insbesondere auch deshalb von enormer Prüfungsrelevanz, weil deren Bewältigung dogmatisches Strukturverständnis erfordert. Hierzu gibt dieser Beitrag dem Studenten eine Hilfestellung, wobei er – anders als entsprechende Auseinandersetzungen in Lehrbüchern – durch die zusammenhängende Darstellung ein übergreifendes Verständnis vermitteln kann.

I. Einführung

Prüfungsrelevante Probleme finden sich zunächst im Zusammenhang mit der Wegnahme von Girocards (früher: ec-Karte) oder Sparbüchern, wobei sich regelmäßig Fragen um die Wegnahme des den Gegenständen spezifisch innewohnenden Funktionswerts stellen. Mit diesen soll begonnen werden, bevor im Folgenden die Verwendung des entwendeten Gegenstands (Sparbuch, Girocard) zur Geldabhebung und zur Bezahlung auf ihre Strafbarkeit hin untersucht werden. Daran schließt eine ausführliche strafrechtliche Erörterung krimineller Machenschaften im Zusammenhang mit dem Geldabhebevorgang an, wie sie jüngst mehrfach den *BGH* beschäftigten und daher besonders klausurrelevant scheinen.¹

II. Wegnahme der Girocard bzw. des Sparbuchs

Hat der Täter einem Dritten die Girocard bzw. das Sparbuch weggenommen, um damit (später) bei der Bank Geld abheben zu können, steht zunächst – unabhängig von der späteren Geldabhebung – eine Strafbarkeit wegen Diebstahls (§ 242) der Sache selbst (Girocard/Sparbuch) in Rede. Eine Strafbarkeit wegen dieser Wegnahme scheidet regelmäßig daran, dass der Täter im Zeitpunkt der Wegnahme mit dem

Entschluss handelt, die Sache nur vorübergehend bis zur Geldabhebung zu behalten und im Anschluss dem berechtigten Karten- bzw. Sparbuchinhaber wieder zurückzugeben zu wollen.² Folglich handelt der Täter (subjektiv) ohne Zueignungsabsicht: Zwar möchte er sich die Sache zur Nutzung vorübergehend selbst aneignen,³ doch fehlt ihm der Vorsatz, den Eigentümer dauernd zu enteignen.

Die Enteignungskomponente ist konstitutives Element des Diebstahls und grenzt ihn von der bloßen Gebrauchsanmaßung (*furtum usus*) – wie sie nur gebrauchsspezifisch (vgl. § 248b) unter Strafe steht – ab.⁴

* Der Autor ist Akad. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Bernd Hecker an der Universität Tübingen. – §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

1 Dazu *BGH* (2. Senat), NJW 2018, 245 (mAnm Christian Brand) = JuS 2018, 300 (Eisele); hiervon will der 3. Senat – *BGH*, NStZ 2019, 726 mAnm Krell – abweichen, weshalb er beim 2. Senat angefragt hat, ob dieser an seiner Rspr. festhalten will.

2 Vgl. *BGHSt* 35, 152 (156) = NJW 1988, 979 (mAnm Huff).

3 Vgl. zur Aneignungskomponente *Rengier*, BT I, 21. Aufl. 2019, § 2 Rn. 137.

4 Vgl. *BGHSt* 35, 152 (156) = NJW 1988, 979 (mAnm Huff); *Reinbacher*, ZStW 2014, 642 (647 f.); *Rengier* (o. Fn. 3), § 2 Rn. 101; dazu auch *Zopfs*, ZJS 2009, 649 (650).