

Strafrecht und Corona – Ein imaginäres Prüfungsgespräch

Dipl. Jur. Maximilian Nussbaum¹

Dass sich strafrechtliche Fragen, die im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie aufkommen, längst nicht nur wissenschaftlichen Interesses erfreuen, sondern ihren Weg in den prüfungsrelevanten Stoff gefunden haben, dürfte mittlerweile allen, sich in der Examensvorbereitung befindlichen Studierenden bekannt sein. Didaktische Beiträge, die einen Überblick über die Fragen bieten, stehen Studierenden bereits zur Verfügung. Vor diesem Hintergrund verfolgt dieser Beitrag nicht das Ziel, einen aktualisierten oder umfangreicheren Überblick über die facettenreichen strafrechtlichen Probleme zu bieten. Er nimmt den Themenkomplex vielmehr zum Anlass, eine eher ungewöhnliche Darstellungsform zu erproben.² Die Form des imaginären Prüfungsgespräches soll einzelne Fragen aus der inhaltlichen Darstellung aussondern und für Studierende die Möglichkeit bieten, sich selbst schriftlich oder auch nur gedanklich an einer Antwort zu versuchen. Auf diese Weise wird der – ansonsten vor allem durch Karteikartensysteme genutzte – „Testing-Effect“ fruchtbar gemacht. Sich dem zu lernenden Inhalt dialogisch zu nähern, bietet dabei zum einen die Chance, seinen eigenen Kenntnisstand zu überprüfen. Zum anderen stärkt es die juristische Methodik, sich zunächst unbekannten Fragen mit dem bereits erworbenen Grundwissen zu nähern. Anders als in sich abgeschlossene Karteikarten soll die feste Fragenreihenfolge einer Vernetzung der in Mikroeinheiten unterteilten Inhalte dienen. Es wird daher empfohlen, die 37 Fragen in hier vorgegebener Reihenfolge zu beantworten. Neben dem „dialogischen Selbststudium“ eignen sich die Fragen für die Besprechung innerhalb einer Lerngruppe.³ Für den Gebrauch sei – hier wie dort – in Erinnerung gerufen, dass selbstverständlich die meisten Fragen nicht die „alleinige richtige Antwort“ kennen und es,

wie aus der Fallbearbeitung bekannt, stets auf eine nachvollziehbare Argumentation ankommt.

I. Überblick

Beginnen wir mit einer Vermessung unseres Problemfeldes: In welchen Bereichen kommen Ihnen strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie in den Sinn?

Zu denken ist an verschiedenste, für das Strafrecht interessante, Verhaltensweisen: Etwa die vorsätzliche oder fahrlässige Infektion mit dem gefährlichen Virus, die ärztliche Allokation von Behandlungsressourcen im Falle einer Verknappung oder mögliches Verhalten im Zusammenhang mit der Impfung. Die extremen Preise für Schutzmasken und Hygieneartikel zu Beginn der Pandemie hätten unter den Verdacht fallen können, strafbaren Wucher gem. § 291 StGB darzustellen.⁴ Im Zusammenhang mit den Corona-Soforthilfen für Kleinstunternehmen und Soloselbstständige erlangt der Subventionsbetrug gem. § 264 StGB Bedeutung.⁵ Letztlich können die verwaltungsakzessorischen Straftatbestände der §§ 74f. IfSG eine Rolle spielen, die einer Ausbreitung von Virusinfektionen entgegenwirken sollen.⁶

Unser Gespräch wird sich im Folgenden auf die drei zuerst genannten Bereiche, also auf Fragen rund um die Infektion (II.), die Impfung (III.) und die Triage (IV.) beschränken.⁷ Dem vorangestellt ist eine knappe Zusammenfassung des naturwissenschaftlichen Informationsstandes, der dem Gespräch zugrunde gelegt werden soll⁸:

Der Corona-Virus SARS-CoV-2 ist Auslöser der Covid-19-Erkrankung, die primär, aber nicht ausschließlich die

¹ Der Autor ist Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE) an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dem Beitrag das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und andere Geschlechtsidentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint.

² Inspiration findet dieses Format bei Oğlakçıoğlu, Die imaginäre Übung: Brandstiftungsdelikte, JA 2017, 745ff. und der „Prüfe dein Wissen“-Reihe des Beck-Verlages.

³ Zum Wert und zur Funktion einer Lerngruppe Nussbaum, Examen ohne Rep, HanLR 2019, 331ff.

⁴ Dazu Hoven/Hahn, Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie, JA 2020, 481 (484f.); Rau, in: Schmidt, Covid-19, 3. Aufl. 2021, § 23 Rn. 63.

⁵ Hoven/Hahn (Fn. 4), JA 2020, 481 (485f.).

⁶ Ausf. Lorenz/Oğlakçıoğlu, Keine Panik im Nebenstrafrecht – Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG, KriPoZ 2020, 108ff.

⁷ Einen instruktiven Überblick über Fragen des Strafprozessrechts bietet Rau, in: Schmidt (Fn. 4), § 23 Rn. 77ff.

⁸ Die Informationen entstammen dem Epidemiologischen Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19 des RKI, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html (Abruf v. 18.07.2021).

Atemwege betrifft. Der Krankheitsverlauf variiert stark, wobei überwiegend milde Verläufe zu verzeichnen sind. Die häufigsten Symptome sind Husten, Fieber, Schnupfen und Störung des Geruchs- und/oder Geschmackssinns. In Deutschland sind 2,4 % der gemeldeten Infizierten im Zusammenhang mit Covid-19 verstorben (Stand Juni 2021). Zur Interpretation dieser Zahl gilt es jedoch zu beachten, dass die hoch geschätzte Zahl der nicht erkannt Infizierten nicht berücksichtigt wurde. Das Risiko eines schweren oder gar tödlichen Verlaufes nimmt statistisch mit dem Alter und bestehenden Vorerkrankungen zu. Eine zwischenmenschliche Übertragung findet vornehmlich über den Ausstoß von Tröpfchen oder Aerosolen beim Atmen, Sprechen, Husten, Niesen, Singen etc. statt. Eine symptomatische Erkrankung geht in der Regel mit einer höheren Infektiosität einher, doch können auch asymptomatisch oder präsymptomatisch Infizierte den Erreger übertragen.

II. Infektion

Welche Straftatbestände fallen Ihnen ein, die an die Verbreitung des Corona-Virus anknüpfen?

In Betracht kommen je nach Fallkonstellation Körperverletzungsdelikte (§§ 223ff. StGB) oder, bei einem tödlichen Krankheitsverlauf, auch Tötungsdelikte (§§ 211ff. StGB). Doch auch exotischere Tatbestände des StGB kommen in Betracht: Etwa eine gemeingefährliche Vergiftung gem. § 314 Abs. 2 Nr. 2 StGB, wenn ein Corona-Infizierter auf das Obst im Supermarkt niest.⁹ Oder die schwere Gefährdung durch Freisetzen von Giften gem. § 330a Abs. 1 StGB in Form der konkreten Gefahr einer Gesundheitsschädigung für eine große Zahl von Menschen, wenn er in einem vollbesetzten Bus hustet.¹⁰ Letztlich ist der Blick auch auf Regelungen des Nebenstrafrechts zu richten. Das IfSG verfolgt dabei gerade das Ziel, der Verbreitung von Infektionskrankheiten entgegenzuwirken (§ 1 IfSG). In Bezug auf die Corona-Pandemie ist insbesondere der § 74 IfSG von Bedeutung, der verschiedene (verwaltungsakzessorische) Verhaltensverstöße im Sinne des § 73 IfSG dann zu einem Vergehen erklärt, wenn der Erreger vorsätzlich auf einen

anderen übertragen wurde und eine unkontrollierte Ansteckung einer unbestimmten Zahl von Menschen zu erwarten ist.¹¹

Beginnen wir mit der vorsätzlichen Körperverletzung: Ist der asymptomatisch erkrankte T gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar, wenn er sich mit seinem insgeheim verhassten Arbeitskollegen O auf einen Kaffee trifft und dieser mit moderaten grippeähnlichen Symptomen erkrankt?

Eine üble und unangemessene körperliche Misshandlung ist in einer Areosol-Infektion beim gemeinsamen Kaffee-trinken wohl kaum zu sehen, weshalb eine körperliche Misshandlung ausscheiden dürfte. Als tatbestandlicher Erfolg genügt aber auch das alternative Vorliegen einer Gesundheitsschädigung, also das Hervorrufen oder Steigern eines krankhaften Zustandes. Aus dem Wortlaut (Gesundheitsschädigung) lässt sich zusätzlich das Erfordernis ableiten, dass der krankhafte Zustand nicht unerheblich ist.¹² Die grippeähnlichen Symptome stellen einen solchen Zustand dar, weshalb der § 223 Abs. 1 StGB erfüllt sein dürfte.

Besteht eine Gesundheitsschädigung denn auch, wenn auch Os Verlauf asymptomatisch ist?

Ein vom Normalzustand abweichender (krankhafter) Zustand könnte schon in der Veränderung der Eigenschaften der Wirtszellen und dem Umstand zu sehen sein, dass auch der asymptomatisch Erkrankte Überträger des Virus sein kann.¹³ Zu fragen ist aber, ob die Bagatellgrenze des § 223 Abs. 1 StGB überschritten ist. Auf der einen Seite könnte man, um die Strafbarkeit nicht von der Schwere des Verlaufes und dem Zeitpunkt der Betrachtung abhängig zu machen, danach fragen, ob es sich bei der Krankheit allgemein um eine nicht unerhebliche handelt.¹⁴ Auf der anderen Seite ließe sich anführen, dass § 223 StGB mit diesem Vorgehen in ein Gefährdungsdelikt umgedeutet werden würde und daher zumindest eine Spürbarkeit der Erkrankung zu fordern ist.¹⁵ Mangelt es an einer solchen, so ist nach dieser vorzugswürdigen Auffassung die versuchte Körperverletzung zu prüfen.

⁹ Hotz, Die Strafbarkeit des Verbreitens von Krankheitserregern am Beispiel der Corona-Krise, NStZ 2020, 320 (326); Rau, in: Schmidt (Fn. 4), § 23 Rn. 60.

¹⁰ Hotz (Fn. 9), NStZ 2020, 320 (326); Rau, in: Schmidt (Fn. 4), § 23 Rn. 56.

¹¹ Rau, in: Schmidt (Fn. 4), § 23 Rn. 17.

¹² Cerny/Makepeace, „Corona-Party“, Jura 2020, 1128 (1131); Eschelbach, in: Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 49. Ed. 01.02.2021, § 223 Rn. 24.

¹³ Hotz (Fn. 9), NStZ 2020, 320 (321f); Pörner, Die Infektion mit Krankheitserregern in der strafrechtlichen Fallbearbeitung, JuS 2020, 498 (499); vgl. zum Masernvirus Ellbogen, Die Strafbarkeit von Masernpartys, medstra 2016, 273 (274); Wedlich, Masernparty – Eine strafrechtliche Betrachtung, ZJS 2013, 559 (560); ferner Esser/Beckert, „Masern-Party“, JA 2012, 590 (591).

¹⁴ Vgl. bereits die AIDS-Entscheidung BGH NJW 1990, 129; auf den Corona-Virus übertragend Rau, in: Schmidt (Fn. 4), § 18 Rn. 46.

¹⁵ Cerny/Makepeace (Fn. 12), Jura 2020, 1128 (1131); Hotz (Fn. 9), NStZ 2020, 320 (322); Makepeace, Coronavirus: Körperverletzung ohne Symptome?, ZJS 2020, 189 (191); Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis, Pandemiestrafrecht, 2020, § 2 Rn. 19.

Kommen denn in unserem Ausgangsfall Qualifikationsmerkmale des § 224 Abs. 1 StGB in Betracht?

Zunächst einmal dürfte es sich bei dem Corona-Virus um einen anderen gesundheitsschädlichen Stoff i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB handeln, der durch die gezielte Exposition des Opfers mit den Aerosolen bei gebracht wird. Zwar nicht unmittelbar durch den Wortlaut, aber im systematischen Vergleich mit Nr. 2 und in Abgrenzung zum Grundtatbestand zu fordern ist, dass die Beibringung des Stoffes geeignet ist, erhebliche Gesundheitsschädigungen hervorzurufen.¹⁶ Dabei dürfte sich die Schwere der möglichen Gesundheitsschädigung zwischen dem völlig unerheblichen Schädigungen ausschließenden § 223 Abs. 1 StGB und der schweren Körperverletzung i.S.v. § 226 StGB verorten lassen.¹⁷ Eine abstrakte Eignung zur Schädigung dieser Qualität dürfte ausreichen, sodass der potenziell schwere bis tödliche Verlauf einer Covid-Erkrankung das Merkmal erfüllt.¹⁸ Problematisch ist es hingegen, ob auch Nr. 5 zu bejahen ist. Hier dürfte es entscheidend darauf ankommen, ob eine abstrakte Lebensgefährdung als ausreichend erachtet wird oder eine konkrete Lebensgefahr zu fordern ist.¹⁹ In Anbetracht der auch nur geringen Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Verlaufes, auch bei solchen Personen ohne zusätzliche Risikofaktoren, lässt sich eine abstrakte Lebensgefährdung annehmen.²⁰ Eine konkrete Lebensgefahr war hingegen nicht zu erkennen.

Worin dürfte in der Praxis regelmäßig das Problem liegen, möchte man eine Strafbarkeit an eine Infektion knüpfen?

Schwierigkeiten dürfte in der Regel der Kausalitätsnachweis bereiten. Dass das ansteckende Verhalten, sei es ein Anspucken, Husten, Niesen oder nur das Ausströmen-Lassen von Aerosolen nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Infektion mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiele, dürfte nur in besonderen Konstellationen ohne Weiteres anzunehmen sein.²¹ Gelingt der Nachweis nicht ohne verbleibende Zweifel, so gilt „*in dubio pro reo*“.

Stellen wir uns vor, dass der Kausalitätsnachweis im Falle unserer Arbeitskollegen T und O nicht gelingt. Wäre der T dennoch strafbar?

Es wäre mangels Vollendung der gefährlichen Körperverletzung ein Versuch gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 5, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB zu prüfen.

Und wenn der T irrtümlich angenommen hätte, dass er infektiös ist?

Dann läge ein untauglicher Versuch vor. Ein solcher ist, wie sich aus § 23 Abs. 3 StGB ergibt, grundsätzlich strafbar, solange die Schwelle zur groben Untauglichkeit nicht überschritten ist. Das ist erst dann der Fall, wenn mangels jeder Kenntnis der naturgesetzlichen Zusammenhänge die Tauglichkeit des Tatobjektes oder des Tatmittels verkannt wird.²² Bei der irrtümlichen Annahme der eigenen Infektiosität fehlt es gerade nicht grundlegend an einer solchen Kenntnis und damit auch nicht an der rechtsschütternden Wirkung.

Wie verhält es sich mit der Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung, wenn das Opfer sich gerade wünscht, infiziert zu werden? Stellen wir uns also eine Corona-Party vor, bei der es den Besuchern auf eine möglichst schnelle Infektion ankommt, um früher in den Genuss der im Sommer 2021 in Aussicht gestellten „Privilegien“ zu kommen.

Zunächst kommt es in Betracht, das Opferverhalten schon auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen und danach zu fragen, ob das Opfer sich eigenverantwortlich selbst gefährdet. Denn dann entfiele die objektive Zurechenbarkeit; die Infektion würde nicht als das Werk des Ansteckenden gelten. Eine Freiverantwortlichkeit dürfte in einem solchen Falle aufgrund des vollen Risikowissens des Opfers anzunehmen sein – unabhängig davon, ob man den Maßstab der rechtfertigenden Einwilligung²³ oder den der §§ 19, 20, 35 StGB (Exkulpationslösung)²⁴ heranzieht. Fraglich ist aber, was eine Abgrenzung von Selbst- und Fremdgefährdung nach dem Tatherrschaftskriterium er gibt. Eine Selbstgefährdung liegt dann vor, wenn das Opfer

¹⁶ Eschelbach, in: BeckOK-StGB (Fn. 12), § 224 Rn. 16.

¹⁷ Dazu Hotz (Fn. 9), NSZ 2020, 320 (324).

¹⁸ Vgl. auch Berger, „Tödliche Langeweile“, JA 2020, 748 (751); Grünewald, in: Cirener et al., LK-StGB, 12. Aufl. 2019, § 224 Rn. 10; Pörner (Fn. 13), JuS 2020, 498 (499); Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 2 Rn. 27; a.A. Makepeace (Fn. 15), ZJS 2020, 189 (193f.).

¹⁹ Zum Streitstand vgl. nur Beck, „Leben“ – Das Rechtsgut im Hintergrund?, ZJS 2016, 692ff.; Hardtung, Die Körperverletzungsdelikte, JuS 2008, 960 (965); Paeffgen/Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 224 Rn. 28.

²⁰ So auch Berger (Fn. 18), JA 2020, 748 (751); Pörner (Fn. 13), JuS 2020, 498 (500); a.A. Makepeace (Fn. 15), ZJS 2020, 189 (193f.); einzelfallbezogene Betrachtung anhand der Risikofaktoren bei Rau, in: Schmidt (Fn. 4), § 18 Rn. 47; Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 2 Rn. 31f.

²¹ Vgl. zum Problem des Kausalzusammenhangs bei Infektionskrankheiten Lilie, in: LK-StGB (Fn. 18), § 223 Rn. 11.

²² Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 92.

²³ Instruktiv Rönnau, Grundwissen – Strafrecht: Einverständliche Fremdgefährdung, JuS 2019, 119 (121); zu der Frage, ob auch § 228 StGB im Rahmen der Einwilligungslösung zu berücksichtigen ist Brand/Lotz, Die strafrechtliche Bedeutung des »Pozzing«, JR 2011, 513 (517f.).

²⁴ Dazu Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, § 25 Rn. 144.

die Herrschaft über den letztlich gefährdenden Akt ausübt. Zwar könnte man daran denken, dass der Kontakt, in dem die Übertragung über Aerosole stattfindet, vom Opfer selbst hergestellt wird.²⁵ Wenn man aber auf die Gefahrenquelle selbst, also die Viruslast des Infizierten abstellt, dann dürfte sich keine Tatherrschaft des Opfers ergeben.²⁶ Würde man vor diesem Hintergrund eine Fremdgefährdung annehmen, wäre anschließend eine rechtfertigende (Risiko-)Einwilligung zu prüfen. Interessant ist hier insbesondere die Frage, ob die Gefährdung trotz Einwilligung sittenwidrig i.S.v. § 228 StGB ist, also gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Die h.M. wählt als Anknüpfungspunkt für das Sittenwidrigkeitsurteil die Schwere der Körperverletzung und fragt danach, ob die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung, orientiert am Katalog des § 226 StGB, oder des Todes besteht.²⁷ Diese rechts-gutsorientierte Auslegung ist dabei im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG deutlich bestimmter, als es ein auf die Motivlage der Beteiligten gerichtetes Sittenwidrigkeitsverständnis²⁸ ist.²⁹ Der Zweck der Körperverletzung kann wiederum dort Beachtung finden, wo sie in nachvollziehbarer und anerkennenswerter Weise den Gefahren gegenübersteht.³⁰ Das ist bei Partys mit mehreren Personen zu Zeiten der Kontaktbeschränkung und erst recht bei einer beabsichtigten Infektion, um in den Genuss von Privilegien zu kommen, nicht der Fall.³¹ Aufgrund der geringen Wahrscheinlichkeit eines schweren oder tödlichen Verlaufes dürfte es regelmäßig naheliegen, eine konkrete Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung (Siechtum: § 226 Abs. 1 Nr. 3 Var. 2 StGB) oder Lebensgefahr abzulehnen und daher keine Sittenwidrigkeit anzunehmen. Insofern sind die Anforderungen an den Grad der Gefahr strenger als bei § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, wenn man dort eine abstrakte Lebensgefährlichkeit ausreichen lässt.³² Aber auch hier scheint ein

anderes Ergebnis möglich, wenn etwa Angehörige einer Risikogruppe an dem Zusammentreffen teilnehmen.³³ Häufig wird ein Infizierter, der in Kenntnis der Möglichkeit, eine Kontaktperson anzustecken darauf hoffen bzw. vertrauen, „dass alles gut gehen werde.“ Kann dennoch ein Vorsatz in solchen Konstellationen angenommen werden? Diese Frage betrifft den Grenzbereich zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit.³⁴ Will man mit der h.M. neben dem kognitiven Vorsatzelement des für möglich (oder strenger: für wahrscheinlich) Haltens ein voluntatives Element fordern, so liegt *dolus eventualis* vor, wenn der Handelnde den Erfolgseintritt billigend in Kauf nimmt (oder strenger: er dem Erfolgseintritt gleichgültig gegenübersteht). Im Bereich der bewussten Fahrlässigkeit liegt es, wenn er auf das Ausbleiben des Erfolges ernsthaft vertraut.³⁵ Für das Erfordernis eines Willenselementes spricht insbesondere die Vergleichbarkeit zu den prinzipiell gleichgesetzten *doli directi* 1. und 2. Grades. Außerdem würde sich ein hinreichend klares Unrechtsgefälle zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht ausmachen lassen, würde man kein voluntatives Element fordern.³⁶ Nach der Billigungstheorie wäre in solchen Konstellationen also kein vorsätzliches Handeln gegeben.

Entfernen wir uns zuletzt von der vorsätzlichen Verbreitung des Virus. Unter welchen Umständen kommt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen fahrlässigen Verhaltens in Betracht?

Sowohl die fahrlässige Körperverletzung gem. § 229 StGB als auch die fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB setzen eine Sorgfaltspflichtverletzung bei Vorhersehbarkeit des Erfolgseintrittes voraus. Beide Merkmale sind jeweils objektiv im Tatbestand und subjektiv in der Schuld zu prüfen.

²⁵ Vgl. Deutscher, Die „Corona-Krise“ und das materielle Strafrecht, StRR 2020, 5 (8); so zur parallelen Konstellation der Masern-Party Wedlich (Fn. 13), ZJS 2013, 559 (563); zum HI-Virus Brand/Lotz (Fn. 23), JR 2011, 513 (515f.); Prittitz, Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners?, NJW 1988, 2942 (2943).

²⁶ I.E. Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 2 Rn. 37.

²⁷ Vgl. BGH NJW 2015, 1540; NJW 2013, 1379 (1379f.); NStZ 2010, 389 (390); vgl. dazu Hardtung, in: Joecks/Miebach, MüKo-StGB, 4. Aufl. 2021, § 228 Rn. 24.

²⁸ So noch bei BGH NJW 1953, 473 (475).

²⁹ Vgl. Bott/Volz, Die Anwendung und Interpretation des mysteriösen § 228 StGB, JA 2009, 421 (422); Kühl, Der Abschied des Strafrechts von den guten Sitten, in: Pawlik (Hrsg.), FS-Jakobs, 2007, 293 (295).

³⁰ So etwa bei einer lebensgefährdenden, aber notwendigen Operation BGH NJW 2004, 2458; vgl. dazu auch BGH NJW 2019, 3253 (3254); überw. zust. Hardtung, Die neuere Rechtsprechung zum Sittenverstoß nach § 228 StGB und zur Bedeutung eines mitverwirklichten abstrakten Gesundheitsgefährdungsdelikts, medstra 2020, 137 (139); krit. Ritalski, Die Widrigkeiten der Sittenwidrigkeitsformel des § 228 StGB, HRRS 2020, 211 (214).

³¹ Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 2 Rn. 38.

³² Hotz (Fn. 9), NStZ 2020, 320 (323).

³³ Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 2 Rn. 38.

³⁴ Zur Abgrenzung instruktiv Nicolai, Die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit in der Strafrechtsklausur, JA 2019, 31ff.

³⁵ Vgl. nur BGH NJW 2012, 1524 (1525).

³⁶ Vgl. Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 14 Rn. 30; Nicolai (Fn. 34), JA 2019, 31 (32f.).

Um etwas konkreter zu werden: Wie lassen sich strafrechtlich relevante Sorgfaltsanforderungen während der Corona-Pandemie ermitteln?

Zunächst einmal ist zu untersuchen, ob strafrechtliche oder auch außerstrafrechtliche Normen die Verhaltensanforderungen spezifizieren (sog. Sondernormen). Im Falle der Corona-Pandemie ist hier natürlich zuerst an das IfSG und die auf seiner Grundlage erlassenen Schutzverordnungen zu denken.³⁷ Zu nennen sind u.a. Abstandsregelungen, Kontaktbeschränkungen und selbstverständlich die Einhaltung der Quarantäne auf Anordnung. Der Verstoß gegen solche Sondernormen, die das Infektionsgeschehen eindämmen sollen, stellt ein widerlegbares Indiz für eine Sorgfaltswidrigkeit dar.³⁸ Liegt kein Verstoß gegen eine gesetzliche Sondernorm vor, so kann dennoch im Einzelfall ein sorgfaltswidriges Verhalten anzunehmen sein. Eine Rolle kann etwa spielen, wie hoch das Risiko ist, selbst ansteckend zu sein oder, ob das Opfer erkennbar zur Risikogruppe gehört und der Umgang daher hätte vorsichtiger ausfallen müssen.³⁹ Keine Sorgfaltswidrigkeit liegt dort vor, wo sich der Handelnde innerhalb des erlaubten Risikos bewegt, etwa bei der Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel, solange eine Infektion nicht bekannt ist.⁴⁰ Generell gilt es jedoch zu beachten, dass der Bereich des erlaubten Risikos aufgrund der zumindest potenziell schweren Folgen für das Individuum, aber auch für das gesamte Gesundheitssystem, nicht vergleichbar weit zu ziehen ist, wie bei leichten Erkältungskrankheiten, die „in der Luft liegen“.⁴¹

III. Impfungen

Mit dem Fall der Corona-Party haben wir uns schon mit dem Wunsch nach privilegiertem Zugang zu Lockerungen beschäftigt: A bestellt sich nun bei dubiosen Internetanbietern einen gefälschten Impfsticker zum Impfstoff des Herstellers Biontech und klebt diesen in seinen Impfpass. Beim nächsten Besuch seiner Hausärztin H greift er in einem unbeobachteten Moment hinter den Tresen und stempelt seinen

Impfpass. Zuhause wieder angekommen versieht er den Eintrag mit einem unleserlichen Kürzel und einem Datum.⁴² Hat A sich strafbar gemacht?

Zuerst ist an die Herstellung einer unechten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB zu denken. Der Eintrag im Impfpass fixiert die Gedankenerklärung, dass eine Impfung zu einer bestimmten Zeit und von einer bestimmten Person vorgenommen wurde (Perpetuierungsfunktion). Dabei lässt sich auch der entsprechende Impfarzt aufgrund des Praxisstempels als Aussteller erkennen (Garantiefunktion) und der Eintrag ist geeignet, den Beweis im Rechtsverkehr zu erbringen, bereits eine (oder zwei) Impfungen erhalten zu haben (Beweisfunktion).⁴³ Die Urkundseigenschaft bezieht sich dabei auf den einzelnen Impfeintrag. Der gesamte Impfpass dürfte hingegen keine Gesamturkunde sein, da sich keine übergeordnete Beweisfunktion aus einer Vollständigkeitserklärung ergibt.⁴⁴ Die Urkunde ist unecht, weil der erkennbare Aussteller H nicht mit dem tatsächlichen Aussteller, dem A, übereinstimmt.⁴⁵

Fällt Ihnen noch ein weiteres einschlägiges Urkundsdelikt ein?

Zudem könnte der Tatbestand des § 277 StGB erfüllt sein, wenn es sich bei dem Impfeintrag um ein Zeugnis über einen Gesundheitszustand handelt. Gesundheitszeugnisse sind dabei solche Urkunden, in denen der Gesundheitszustand eines Menschen beschrieben wird. Gegenstand können nicht nur gegenwärtige Krankheiten, sondern auch die Dokumentationen bereits durchlittener Krankheiten, zurückgelassener Spuren, aber auch die Aussicht, von gewissen Krankheiten befallen zu werden, sein.⁴⁶ Gerade der letztgenannte Anknüpfungspunkt spricht dafür, auch den Impfpass als taugliches Tatobjekt anzusehen.⁴⁷ Weiter setzt § 277 StGB – anders als § 267 StGB – als zweitaktiges Delikt nicht bloß die Herstellung des Zeugnisses, sondern zudem die Verwendung gegenüber einer Behörde oder einer Versicherung voraus.⁴⁸ Es dürfte also darauf ankommen, wofür der Impfpass genutzt wird: Dient er dazu, ohne Nachweis eines negativen Antigen-Tests Einlass in das Restaurant

³⁷ Vgl. auch Fahl, Das Strafrecht in den Zeiten von Corona, Jura 2020, 1058 (1060).

³⁸ Zitzelsberger, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 2 Rn. 44.

³⁹ Vgl. Cerny/Makepeace (Fn. 12), Jura 2020, 1128 (1129).

⁴⁰ Pörner (Fn. 13), JUS 2020, 498 (501).

⁴¹ Dazu BGH NJW 1989, 781ff.; so auch Hotz (Fn. 9), NStZ 2020, 320 (322).

⁴² Vgl. nur Anthes/van de Pol, <https://www.tagesschau.de/investigativ/report-mainz/ anzeigen-gefaelschte-impfpaesse-101.html> (Abruf v. 18.07.2021).

⁴³ Zu den Funktionen der Urkunde vgl. Küpper/Börner, Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl. 2017, § 6 Rn. 3ff.

⁴⁴ Vgl. nur Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 32 Rn. 33.

⁴⁵ Zur hinter dem Ausstellerbegriff stehenden Geistigkeitstheorie der h.M. vgl. Rengier, Strafrecht BT II (Fn. 44), § 32 Rn. 15ff.

⁴⁶ Heine/Schuster, in: Schöne/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 277 Rn. 2; Erb, in: MüKo-StGB (Fn. 27), § 277 Rn. 2.

⁴⁷ Vgl. schon RGSt 24, 284 (286); sowie RG GA 1895, 385 (386ff.).

⁴⁸ Puppe/Schumann, in: NK-StGB (Fn. 19), § 277 Rn. 9.

oder beim Friseur zu erhalten, so wäre der Tatbestand des § 277 StGB zu verneinen. Anders liegt es, wenn der Pass zu Reisezwecken Grenzbeamten vorgezeigt wird oder bei der Kontrolle einer größeren Personengruppe in Innenräumen demonstriert werden soll, dass man als vollständig Geimpfter nicht den Kontaktbeschränkungen unterliegt.

Aus welchem Grund sind die Fragen zum Tatbestand des § 277 StGB bedeutend, wenn doch in Falkkonstellationen, wie dem vorliegenden, unproblematisch § 267 StGB erfüllt ist? § 277 StGB ist lex specialis gegenüber § 267 StGB und enthält dadurch auf drei Wegen eine privilegierende Wirkung: Erstens verdrängt § 277 StGB den § 267 StGB mit seinem geringeren Strafrahmen, wenn beide Tatbestände erfüllt sind. Zweitens entstehen Strafbarkeitslücken, wenn das unechte Gesundheitszeugnis lediglich hergestellt, nicht aber gegenüber einer tauglichen Stelle verwendet wird. Drittens wird eine Versuchsstrafbarkeit nicht ausgesprochen. Diese Privilegierung ist sachlich nicht gelehrtfertigt, sondern stört das System der Urkundsdelikte. Ihr Entstehen ist auf den Umstand zurückzuführen, dass zwar § 267 StGB seit der ursprünglichen Fassung des StGB von 1871 angepasst wurde, nicht aber der § 277 StGB.⁴⁹

Wie wäre der Fall zu bewerten, wenn A seine befreundete Ärztin B bittet, ihm ein entsprechendes Dokument zu erstellen?

Die B macht sich zunächst nicht nach § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar, weil sie keine unechte Urkunde herstellt. Die Echtheit bestimmt sich formal nämlich alleine danach, ob erkennbarer und tatsächlicher Aussteller übereinstimmen. Die schriftliche Lüge wird von § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB ebenso wenig wie von Var. 2 erfasst.⁵⁰ Ein anderes gilt jedoch für die Ärztin, die gem. § 278 StGB ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen ausstellt.⁵¹ A macht sich gem. §§ 278, 26 StGB strafbar, wobei es im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen gilt, dass die besondere Tätereigenschaft ein strafbarkeitsbegründendes, besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 Abs. 1 StGB darstellt⁵², die Strafe also gem. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern ist. Außerdem kommt

⁴⁹ Zum Gesamten vgl. Puppe/Schumann, in: NK-StGB (Fn. 19), § 277 Rn. 9; Erb, in: MüKo-StGB (Fn. 27), § 277 Rn. 1 m.w.N.
⁵⁰ Rengier, Strafrecht BT II (Fn. 44), § 33 Rn. 7.

⁵¹ Vgl. weiter zu sog. Gefälligkeitsattesten Henseler, Masernimpfpflicht, Maskenpflicht und unrichtige Gesundheitszeugnisse, MedR 2020, 1000 (1001).

⁵² Erb, in: MüKo-StGB (Fn. 27), § 278 Rn. 2.

⁵³ Vgl. nur <https://www1.wdr.de/nachrichten/ruhrgebiet/arzt-bereichert-sich-illegale-impfung-100.html> (Abruf v. 18.07.2021).

⁵⁴ BT-Drs. 18/6446, S. 20; zum Vergleich mit der „gelockerten Unrechtsvereinbarung“ der §§ 331ff. StGB Dannecker/Schröder, in: NK-StGB (Fn. 19), § 229a Rn. 133.

⁵⁵ Instruktiv zu den §§ 299a f. StGB Braun, Grundfälle zur Korruption im Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB), JA 2019, 115ff.

⁵⁶ BGH NJW 2012, 2530ff.; dazu Wengenroth/Meyer, Amtsträger – Beauftragter – oder einfach nur Arzt?, JA 2012, 646ff.

⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 18/6446, S. 12.

eine Strafbarkeit des A in Abhängigkeit von der Stelle, die mittels des Gesundheitszeugnisses getäuscht werden soll, gem. § 279 StGB in Betracht.

Stellen wir uns nun einmal vor, dem A geht es nicht mehr allein um die Vorzüge eines „lockeren Lebens“, sondern ihn packt im Frühjahr 2021 zudem der um sich greifende „Impfneid“ und die befreundete Ärztin B impft ihn mit dem mRNA-Impfstoff des Herstellers Biontech, obwohl A nach der Corona-Impfverordnung (noch) nicht impfberechtigt ist. Im Gegenzug belohnt A die couragierte Patientenbetreuung der B mit EUR 200,00.⁵³ Machen sich A und B wegen Korruption strafbar?

In Betracht kommt eine Strafbarkeit der B gem. § 229a StGB und des A gem. § 229a StGB. B, als Angehörige eines Heilberufes, hat hier einen Vorteil in Form des Geldes angenommen. A hat diesen Vorteil gewährt. Die Gegenleistung besteht in der Verordnung und Verabreichung des Impfstoffes, also eines Arzneimittels i.S.d. §§ 299a, 299b Nr. 1 StGB. Entscheidendes, die Korruptionstatbestände des StGB prägendes, Element ist die Unrechtsvereinbarung zwischen Vorteilsgeber und -nehmer. Es erfordert, dass Vorteil und Gegenleistung explizit miteinander verknüpft sind.⁵⁴ Hier wird zwar der Vorteil aufgrund der Bevorzugung im Wettbewerb der Impfwilligen gewährt. Andersherum hat B aber nicht mit Aussicht auf die EUR 200,00 gehandelt, weshalb es an einer Unrechtsvereinbarung fehlt.⁵⁵ A und B sind nicht gem. §§ 299a f. StGB strafbar.

Wieso brauchte es die 2016 eingeführten §§ 299a f. StGB, wenn doch bereits der § 299 StGB und die §§ 331ff. StGB korruptes Verhalten unter Strafe stellten?

Der Große Strafsenat des BGH entschied im Jahre 2012, dass niedergelassene Vertragsärzte weder als Beauftragte der Krankenkassen (§ 299 StGB) noch als Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB angesehen werden können.⁵⁶ In Anbetracht der Bedeutung, die dem Vertrauen in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen und in die Lauterkeit des Wettbewerbs im Gesundheitswesen zu kommt, entschloss sich der Gesetzgeber diese Lücke zu schließen.⁵⁷

Wie steht es um eine Strafbarkeit der B wegen Körperverletzungsdelikten durch die Impfung?

Zwar handelt es sich bei der Injektion um einen substanziellen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Geimpften, der auch die Bagatellgrenze überschreiten dürfte. Zum Teil wird im Schrifttum aber vertreten, dass der ärztliche Heileingriff, zu dem auch die prophylaktische Maßnahme einer Impfung gezählt werden kann⁵⁸, bereits nicht tatbestandlich ist. Weiter differenziert wird zum Teil danach, ob der Eingriff *kunstgerecht* oder *erfolgreich* durchgeführt wurde.⁵⁹ Eines der klassischen Argumente ist, dass der behandelnde Arzt bei sozial-ethischer Betrachtung nicht mit einem Messerstecher vergleichbar sei.⁶⁰ Die Rechtsprechung und andere Teile der Literatur suchen hingegen die unrechtsneutralisierende Wirkung der Zustimmung im Rahmen der rechtfertigenden Einwilligung und argumentieren, dass diese Lösung die Selbstbestimmungsrechte des Patienten stärker zur Geltung bringen kann.⁶¹ Daher soll der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB bejaht werden. Daneben kommt eine Qualifikation gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 2 Alt. 2 StGB in Betracht. Dass es sich bei einem mRNA-Impfstoff um einen anderen gesundheitsschädlichen Stoff handelt, wird teilweise mit der Begründung abgelehnt, dass es sich nicht um einen Lebendimpfstoff handele und daher nicht mit abgeschwächtem Virusmaterial operiert werde.⁶² Eine solche Differenzierung hinsichtlich der Wirkweise vermag im Hinblick auf die Auffangfunktion der Alt. 2 nicht zu überzeugen.⁶³ Eine einschränkende Auslegung ließe sich jedoch im Hinblick auf die geringe Gefahr erheblicher über eine Impfreaktion kurzer Dauer hinausgehenden Gesundheitsschäden vornehmen.⁶⁴ In der Injektionsnadel ein gefährliches Werkzeug zu sehen wird von der h.M. schon mit Blick darauf abgelehnt, dass sie bestimmungsgemäß und nicht in Angriffs- oder Verteidigungsrichtung eingesetzt

wird.⁶⁵ Das Qualifikationsmerkmal dürfte aber auch unabhängig von dieser Argumentation zu verneinen sein, weil die intramuskuläre Injektion, anders als etwa der bestimmungsgemäß geführte Schnitt mit einem Skalpell, nicht in der Lage ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen.⁶⁶ Auf Rechtswidrigkeitsebene setzt eine rechtfertigende Einwilligung neben der Einwilligungsfähigkeit voraus, dass hinreichend über die Wirkweise und Risiken der Impfung aufgeklärt wurde, um dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Rechnung zu tragen.⁶⁷

Wandeln wir unseren Fall ein wenig ab: Wie hätte sich B strafbar gemacht, wenn er statt des Impfstoffs eine identische Menge wirkungslose Kochsalzlösung injiziert hätte? Zunächst würde sich die Frage stellen, ob die rechtfertigende Einwilligung in die Impfung nicht unwirksam werden würde. So könnte die Injektion trotz Einwilligung sittenwidrig gem. § 228 StGB und die Einwilligung daher unwirksam sein. Im Lichte der Schweretheorie dürfte die Sittenwidrigkeit der Injektion einer Kochsalzlösung jedoch abzulehnen sein.⁶⁸ Gleichwohl könnte die Einwilligung aufgrund eines Willensmangels unwirksam sein. Schließlich stellte sich A vor, dass mit der Injektion eine Immunisierung einhergehe. Hinsichtlich bestehender Willensmängel gilt es zu differenzieren: Während rechtsgutsbezogene Willensmängel nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen, ist die Beachtlichkeit von nicht rechtsgutsbezogenen Irrtümern umstritten.⁶⁹ Zwar irrt der A täuschungsbedingt nicht unmittelbar über die körperverletzende Dimension des Einstichs, jedoch über seine medizinische Sinnhaftigkeit und den mit ihm verbundenen Immunisierungserfolg.⁷⁰ Somit liegt auch nach der engeren Ansicht ein einwilligungsbesetziger Willensmangel vor.

⁵⁸ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 223 Rn. 34.

⁵⁹ Zu den Einzelauffassungen Kühl, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 223 Rn. 5.

⁶⁰ Rengier, Strafrecht BT II (Fn. 44), § 13 Rn. 26.

⁶¹ Vgl. nur BGH NJW 2011, 1088 (1089f.); Rengier, Strafrecht BT II (Fn. 44), § 13 Rn. 27; zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten instruktiv Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 223 Rn. 37.

⁶² Succu/Lehmann, Die Verimpfung einer 7. Dosis des BioNTech-Impfstoffes: Eine strafrechtliche und berufsrechtliche Risikoanalyse, jurisPR-StraFr 6/2021 Anm. 1.

⁶³ Vgl. nur Hardtung, in: MüKo-StGB (Fn. 27), § 224 Rn. 9.

⁶⁴ S. oben unter II.

⁶⁵ BGH NJW 1978, 1206; krit. dazu Eschelbach, in: BeckOK-StGB (Fn. 12), § 224 Rn. 28.4.

⁶⁶ Vgl. Nussbaum, Examensübungsklausur: „Boxkampf mit Folgen“, ZJS 2021, 350 (351).

⁶⁷ Ausf. Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 223 Rn. 37ff.

⁶⁸ Möchte man strafrechtlich die von dem Corona-Virus ausgehenden Gefahren berücksichtigen, denen sich ein vermeintlich Geimpfter eher aussetzen dürfte, so wäre nicht die Injektion, sondern die unterlassene Aufklärung über den ungeimpften Zustand der richtige Anknüpfungspunkt. In Betracht käme eine Körperverletzung oder Tötung durch Unterlassen in mittelbarer Täterschaft (sog. „Werkzeug gegen sich selbst“). Folgeproblem wäre insbesondere der Nachweis der Quasi-Kausalität und die Zurechnung, namentlich die Frage, ob dem B eine hinreichende Wissensherrschaft zukäme, um eine Werkzeugqualität des A zu begründen.

⁶⁹ Ausführlich m.W. Kühl, in: Lackner/Kühl (Fn. 59), § 228 Rn. 8; Nussbaum (Fn. 66), ZJS 2021, 350 (354).

⁷⁰ Dazu Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB (Fn. 19), § 228 Rn. 73; zur Beachtlichkeit täuschungsbedingter Irrtümer im Arztstrafrecht auch Knauer/Brose, in: Spickhoff, Kommentar zum Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 223 Rn. 82; Sommer/Tambikakis, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 26.

Stellen wir uns vor, der A zahlt der B die EUR 200,00 in bar, damit diese ihn vorzeitig impft. B injiziert aber, wie von Anfang an geplant, lediglich die Kochsalzlösung. Welche Tatbestände sind neben den Körperverletzungsdelikten zu prüfen?

Erneut ist hier an die §§ 299a f. StGB zu denken, da hier die Zahlung erfolgt, um die Bevorzugung gegenüber den anderen impfwilligen Patienten zu erhalten. Dass B von Beginn an plant, keine Bevorzugung vorzunehmen, ist für die Vollendung des Tätigkeitsdelikts weder auf Seiten der B (§ 299a StGB) noch auf Seiten des A (§ 299b StGB) schädlich, da dieser innere Vorbehalt sich nicht äußert.⁷¹ Hier könnte sich B zudem des Betruges zu Lasten des A gem. § 263 StGB strafbar gemacht haben. Keine Probleme bereiten insofern die Tatbestandsmerkmale der Täuschung über die Bereitschaft, das Vakzin zu injizieren (innere Tatsache) und die kausale Irrtumserregung. Im Rahmen der Vermögensverfügung oder des Vermögensschadens ist jedoch zu thematisieren, ob die geleisteten EUR 200,00 zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehören. Anhänger eines juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs wollen u.a. Vorauszahlungen auf sittenwidrige oder rechtswidrige Geschäfte, und damit auch die Einhaltung der vorliegenden Unrechtsvereinbarung, nicht strafrechtlich schützen. Sie begründen ihre Auffassung im Wesentlichen mit der Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Der § 817 S. 2 BGB schließt einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegen die B aus, weshalb das in Kenntnis der Sittenwidrigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Geschäfts Geleistete nicht strafrechtlich geschützt werden könnte.⁷² Andere Vertreter des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffes weichen in solchen Konstellationen ab. Sie stellen primär auf das Eigentum und den Besitz an dem Geld (EUR 200,00) ab. Die Rechtspositionen an dem Geld seien wertneutral. Ihr Schutz könnte nicht allein aufgrund der Verwendung zu sittenwidrigen/rechtswidrigen Zwecken entzogen werden.⁷³ Der von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur verwendete wirtschaftliche Vermögensbegriff beschränkt den Schutz grundsätzlich nicht gleichermaßen wie der juristisch-ökonomische Begriff.⁷⁴ Nach dieser Ansicht sei ein Auseinanderfallen von Zivil- und Strafrecht aufgrund der verschiedenartigen Aufgaben

der Rechtsgebiete möglich und ein strafrechtsfreier Raum könne auch unter Ganoven nicht hingenommen werden.⁷⁵

IV. Triage

Im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie war die Befürchtung von Triage-Situationen in aller Munde. Was ist damit gemeint?

Bei der Triage handelt es sich um einen Vorgang der Allokation von medizinischen Ressourcen, sollte es zu einer Überbeanspruchung des Gesundheitssystems kommen. Die Knappheit kann sich etwa auf fehlendes (hinreichend qualifiziertes) medizinisches Personal, fehlende medizinische Produkte oder Intensivbetten beziehen.

In der strafrechtlichen Debatte wird zwischen den Konstellationen der *ex-ante-Triage*, der *ex-post-Triage* und der vorsorglichen Triage unterschieden. Können Sie sich herleiten, worum es sich bei den Szenarien handelt?

Die drei Konstellationen unterscheiden sich maßgeblich in ihrer zeitlichen Struktur: Bei der *ex-ante-Triage* muss die Entscheidung zwischen zwei Behandlungsbedürftigen getroffen werden, die zeitgleich am Ort der Behandlung eintreffen. Anders kommt es bei der *ex-post-Triage* zur Auswechslung der aktuell behandelten Person. Bei der vorsorglichen Triage bestehen zwar im Zeitpunkt der Entscheidung noch ausreichend Ressourcen, in Erwartung einer zukünftig eintretenden stärkeren Beanspruchung wird potenziell Behandlungsbedürftigen die Versorgung verwehrt.⁷⁶

Schauen wir uns das an einem Fall an: P1 und P2 sind beide schwer an Covid-19 erkrankt und werden in die Klinik K eingeliefert. Da nur noch ein Beatmungsgerät zur Verfügung steht und weder bei P1 noch bei P2 eine intensivmedizinische Versorgung Aufschub duldet, entscheidet sich die Notärztin A für die Behandlung von P1. P2 verstirbt am nächsten Tag und hätte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überlebt, wenn er beatmet worden wäre. A nahm den Tod mangels Behandlungsmöglichkeit beider Patienten billigend in Kauf. Hat sich A strafbar gemacht?

Zu prüfen ist eine Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB. Die unterlassene Behandlung des P2 war der A

⁷¹ Dannecker/Schröder, in: NK-StGB (Fn. 19), § 299a Rn. 204; vgl. auch Krick, in: MüKo-StGB (Fn. 27), § 299 Rn. 66.

⁷² Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 263 Rn. 83.

⁷³ Vgl. dazu Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 13 Rn. 145 m.w.N.

⁷⁴ Zur Vorauszahlung auf sittenwidrige oder rechtswidrige Leistungen BGH NJW 2002, 2117.

⁷⁵ Vgl. zum Streitstand instruktiv auch Beukelmann, in: BeckOK-StGB (Fn. 12), § 263 Rn. 47.

⁷⁶ Gerson, in: Esser/Tsambikakis (Fn. 15), § 3 Rn. 4ff.

physisch-real möglich. Das Unterlassen war quasi-kausal⁷⁷ für den Erfolg und an der objektiven Zurechenbarkeit besteht kein Zweifel. Die A traf auch eine Garantenpflicht zur Behandlung des P2, die sich, wenn auch nicht aus einer tatsächlichen Übernahme mangels begonnener Behandlung, so aber aus ihrer Stellung als Notärztin ergibt.⁷⁸ Zudem handelt sie mit *dolus eventualis*. Entscheidende Frage ist, ob A gerechtfertigt handelt. Als Rechtfertigungsgrund ist zunächst § 34 StGB in Betracht zu ziehen, der jedoch ein überwiegendes Interesse auf Seiten des Gefährdeten fordert. Hier geht es jedoch sowohl bei P1 und P2 um konkrete Gefahren für das Rechtsgut Leben, das prinzipiell einer Abwägung nicht zugänglich ist.⁷⁹ Es bleibt der gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision zu prüfen.⁸⁰ Eine solche kommt grundsätzlich nur dort in Betracht, wo zwei gleichwertige Handlungspflichten kollidieren, die nicht kumulativ erfüllbar sind.⁸¹ Sind die Voraussetzungen erfüllt, besteht grundsätzlich Wahlfreiheit, welcher Pflicht der Unterlassende nachkommt. Die Pflicht der A, sowohl P1 als auch P2 zu behandeln, ist mangels weiterer Angaben auch gleichwertig. A handelt gerechtfertigt und ist nicht strafbar.

Kommen neben dem unechten Unterlassungsdelikt noch weitere Tatbestände in Betracht?

Ja, der § 323c Abs. 1 StGB und § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wobei auch hier die rechtfertigende Pflichtenkollision greift.

Auf welchen Grundgedanken fußen der rechtfertigende Notstand und die rechtfertigende Pflichtenkollision?

Während § 34 StGB die Idee einer Solidaritätspflicht verfolgt, Eingriffe zu dulden, wenn sie deutlich gewichtigere Interessen schützen, ist es Grundgedanke der rechtfertigenden Pflichtenkollision, dass die Rechtsordnung vom Unterlassenden nichts Unmögliches verlangen kann („*ultra posse nemo obligatur*“).⁸²

Beurteilen Sie den Fall anders, wenn P1 trotz konkreter Lebensgefahr eher als P2 noch einen Tag ohne Beatmung hätte überleben können?

Bei dieser Variante der *ex-ante-Triage* stellt sich die Frage, ob die Dringlichkeit Einfluss auf die Gleichwertigkeit der Handlungspflichten hat, also der Unterlassende nicht mehr frei in seiner Behandlungsauswahl ist. Dies wird von der h.M. bejaht und gerade keine unzulässige Differenzierung nach dem Lebenswert gesehen, da es lediglich den Grad der Gefahr für das Rechtsgut Leben bemisst.⁸³

Was ergibt sich, wenn die Dringlichkeit der Behandlung und die unmittelbaren Überlebenschancen unserer Patienten identisch sind, der gerettete P1 jedoch derart vorerkrankt ist, dass seine Lebenserwartung nach der Rettung realistischerweise ohnehin nur noch ein Jahr beträgt, während der junge P2 keine Vorerkrankungen aufweist?

In der Lebenserwartung eines Menschen oder gar einer zu erwartenden Lebensqualität ein taugliches Bewertungskriterium zu sehen, wird nur vereinzelt angenommen.⁸⁴ Diesem Kriterium wird vor allem entgegnet, dass in ethisch und verfassungsrechtlich zu beanstandender Weise nach einem Lebenswert differenziert werde.⁸⁵ Daneben dürfte sich eine Anknüpfung an die Lebensqualität schon deshalb praktisch schwierig gestalten, weil es sich hierbei um ein höchst subjektives und damit unbestimmtes Konzept handelt.⁸⁶ Erst recht muss außerdem eine notwendige Orientierung an gesellschaftlich „wertbildenden“ Eigenschaften der Person (sozialer Status) ausscheiden, selbst dann, wenn ein Bezug zur Krisen-Situation besteht (etwa Rettungskräfte).⁸⁷

Wie wäre die Entscheidung zu bewerten, wenn die unmittelbare Überlebenswahrscheinlichkeit der Covid-Erkrankung von P2 bei Behandlung höher gewesen wäre?

Hier stellt sich die weitaus umstrittenere Frage, ob die

⁷⁷ Zu den Schwierigkeiten in praktischer Hinsicht und einem Vergleich zu den Organspende-Fällen Sternberg-Lieben, Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, MedR 2020, 627 (627f.).

⁷⁸ Dazu m.w.N. Sowada, Fortgeschrittenenhausarbeit: Eiskalt, ZJS 2020, 387 (390f.); Sternberg-Lieben (Fn. 77), MedR 2020, 627; so auch Esser/Wasmeier, „Corona-Dilemmata“, JA 2020, 668 (672).

⁷⁹ Perron, in: Schöne/Schröder (Fn. 46), § 34 Rn. 24f.; Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 33ff.

⁸⁰ Zur dogmatischen Verortung der Pflichtenkollision Jansen, Pflichtenkollision bei Triage-Entscheidungen, ZIS 2021, 155 (157ff.); Rönnau, Grundwissen – Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision, JuS 2013, 113ff.

⁸¹ Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht AT I (Fn. 79), § 16 Rn. 118ff.

⁸² Jansen (Fn. 80), ZIS 2021, 155 (156f.).

⁸³ Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, NJW 2020, 1398 (1401); Jansen (Fn. 80), ZIS 2021, 155 (160); Rönnau/Wegner, Grundwissen – Strafrecht: Triage, JuS 2020, 403 (404); Sowada, Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise, NStZ 2020, 452 (455f.); Sternberg-Lieben (Fn. 77), MedR 2020, 627 (630); a.A Ast, *Quieta non movere?* Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht, ZIS 2020, 268 (270).

⁸⁴ Hoven, Die »Triage«-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, JZ 2020, 449 (451).

⁸⁵ M.W.N. Jansen (Fn. 80), ZIS 2021, 155 (162).

⁸⁶ Taupitz, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, MedR 2020, 440 (448).

⁸⁷ Vgl. Sternberg-Lieben (Fn. 77), MedR 2020, 627 (631, 633): „Eigenschaftsbewertungsverbot“; zu der bevorzugten Behandlung von Rettungskräften aber Taupitz (Fn. 86), MedR 2020, 440 (449).

Erfolgsaussichten der Behandlung zu einer Ungleichwertigkeit der Pflichten führen können, sofern man unter „Erfolg“ ein unmittelbares Überleben der akuten Erkrankung verstehen will. Dafür könnte zunächst sprechen, dass die knappen Ressourcen so verteilt würden, dass möglichst viele Menschen gerettet werden.⁸⁸ Gegen diese utilitaristisch geprägte Perspektive könnte die Entscheidung des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz in Stellung gebracht werden, in der auch eine quantitative Lebenswertdifferenzierung als verfassungswidrig angesehen wurde.⁸⁹ Diesem Einwand wird zum Teil entgegnet, dass ein Unterschied zwischen dem Eingriff in das Lebensrecht durch den Abschuss eines Flugzeuges und der unterlassenen Rettung in einer Krisensituation bestehe, weil kein Eingriff in eine bereits zugewiesene Rechtsposition besteht.⁹⁰ Die strafrechtliche Frage würde aber nicht lauten, ob die Erfolgsaussicht (verfassungsrechtlich) zulässiges Auswahlkriterium eines auch nicht mittelbar an die Grundrechte gebundenen Arztes, sondern bindendes Vorrangsmerkmal ist, das im Rahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu berücksichtigen sei. Häufig wird das Kriterium der Erfolgsaussicht dabei mit dem der Dringlichkeit kollidieren, denn wer besonders schwer bedroht ist, dem wird auch durch intensivmedizinische Maßnahmen eine geringere Erfolgsaussicht verbleiben.⁹¹ Letztlich dürfte gegen das Vorrangskriterium der Erfolgsaussichten sprechen, dass der Begriff des „Erfolges“ schwer zu konturieren ist und den Auswählenden mit Strafbarkeitsrisiken belastet, wenn die Erfolgsaussichten falsch bemessen werden.

Wie läge es, wenn wir diese Abwandlung verschärfen und P1 nahezu keine Erfolgsaussichten hat und dennoch behandelt wird?

In einem solchen Extremfall könnten die Erfolgsaussichten doch ein Vorrangskriterium bilden, wenn man argumentiert, dass die Behandlung des kaum „Rettbaren“ medizinisch nicht mehr indiziert ist. Dann bestünde keine

gleichwertige Behandlungspflicht mehr.⁹²

Und eine letzte Konstellation: Was, wenn die A den P2 nicht behandelt hat, weil dieser anders als P1 ein Mann ist? Fällt die Entscheidung bei gleicher Dringlichkeit auf Grundlage diskriminierender Motive, etwa wegen des Alters, des Geschlechts, der Ethnie, der Religion, der sexuellen oder politischen Orientierung, so dürfte sie zwar als moralisch verwerflich zu betrachten sein. Gleichwohl richtet sich der Schutz der Tötungsdelikte auf das Rechtsgut des Lebens und nicht auf das Interesse, frei von Diskriminierungen zu bleiben. Eine Strafbarkeit wegen eines Tötungsdeliktes würde allein die Gesinnung des Unterlassenden bestrafen und wäre nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar.⁹³

Wandeln wir unseren Fall der ex-ante Triage in ein ex-post Szenario ab: P2 ist dieses Mal bereits angeschlossen. Um den gleichsam dringlich zu behandelnden P1 zu versorgen deinstalliert die A das Beatmungsgerät bei P2. Dieser verstirbt an den Folgen der Covid-19-Erkrankung. Zunächst einmal: Handelt es sich bei der Deinstallation des Beatmungsgerätes um ein Tun oder ein Unterlassen?

Grenzt man aktives Tun vom Unterlassen ab, so lassen sich die Ansätze grob in zwei Strömungen unterteilen: Bei einer naturalistischen Betrachtung kommt es für ein aktives Tun darauf an, ob der Täter durch sein Verhalten aktiv Energie entfaltet und so auf die Umwelt kausal Einfluss nimmt.⁹⁴ Eine andere, stärker verbreitete Strömung nimmt eine normative Perspektive ein und fragt, worin der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des Verhaltens zu sehen ist.⁹⁵ So lässt sich bei der Unterbrechung eigener Rettungshandlungen grundsätzlich ein aktives Tun annehmen, wenn sich die Rettungschance schon außerhalb eines andauernden Handelns (etwa einer manuellen Beatmung) materialisiert hat.⁹⁶ Wird die Beatmungsmaschine durch den Arzt abgeschaltet, liegt hiernach also ein aktives Tun vor. Anders wäre es etwa, wenn keine Sauerstoffkartusche nachgefüllt

⁸⁸ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage- . Entscheidungssituation, medstra 2020, 129 (133f.); Hörnle, Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten, Verfassungsblog v. 04.04.2020, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (Abruf v. 18.07.2021); Sowada (Fn. 83), NStZ 2020, 452 (455f.); Wäßmer, Die strafrechtlichen Implikationen der Triage, JA 2021, 298 (301); vgl. auch Busch, Ärztliche Triage in Friedenszeiten – Eine kritische Analyse der Strafbarkeitsrisiken im Lichte der Implikationen des Grundgesetzes, ZStW 2020, 742 (765); so auch die Begründung der Deutschen Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, Klinisch-Ethische Empfehlungen, 2. Fassung v. 17.4.2020, S. 5, <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/viewdocument/3436/covid-19-ethik-empfehlung-v2> (Abruf v. 18.07.2021).

⁸⁹ BVerfGE 39, 1 (59).

⁹⁰ Hörnle (Fn. 88), Verfassungsblog v. 04.04.2020; Sowada (Fn. 82), NStZ 2020, 452 (455).

⁹¹ Rönnau/Wegner (Fn. 83), JuS 2020, 403 (405).

⁹² Von einer „rechtlich eng zu bemessenden Minimalnutzenschwelle“ sprechend Sternberg-Lieben (Fn. 77), MedR 2020, 627 (631f.); vgl. hier auch zu einer Parallelisierung mit der Regelung des § 12 Abs. 3 TPG, der die Erfolgsaussichten als Allokationskriterium berücksichtigt.

⁹³ Engländer/Zimmermann (Fn. 83), NJW 2020, 1398 (1400); Rönnau/Wegner (Fn. 82), JuS 2020, 403 (404).

⁹⁴ Differenzierend in Ansätzen, die auf die Energie, auf die Kausalität oder beides abstellen Kühl, Strafrecht AT (Fn. 22), § 18 Rn. 15f.

⁹⁵ Dazu Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), vor § 13, Rdnr. 158a m.w.N.; Rengier, Strafrecht AT (Fn. 36), § 48 Rn. 10 m.w.N.

⁹⁶ Dazu Kühl, Strafrecht AT (Fn. 22), § 18 Rn. 21f.; Sternberg-Lieben (Fn. 77), MedR 2020, 627 (635).

oder das Gerät gar so konzipiert würde, dass die Weiterbeatmung regelmäßig bestätigt werden muss.⁹⁷ Dieses, von Zufälligkeiten geprägte, Ergebnis wurde in solchen Konstellationen, in denen der lebensbedrohlich erkrankte Patient zum Ausdruck gebracht hat, keine lebensverlängernden Maßnahmen zu wünschen, erheblich in Frage gestellt. Vielerseits wurde eine Umdeutung in ein „Unterlassen durch aktives Tun“ vorgeschlagen, um sodann eine Straflosigkeit nach den Grundsätzen der „passiven Sterbehilfe“ annehmen zu können.⁹⁸ Der 2. Strafseminat des BGH hat dies im Jahre 2010 als einen „dogmatisch unzulässigen Kunstgriff“ verworfen und will „alle Handlungen, die mit einer solchen Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, in einem normativ-werten Oberbegriff des Behandlungsabbruchs“ zusammenfassen.⁹⁹ Beide methodischen Ansätze dürften aber nicht auf die *ex-post*-Triage zu übertragen sein, sofern eine Beendigung der Behandlung gerade nicht dem Willen des Patienten entspricht und daher nicht Ausdruck des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben ist (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).¹⁰⁰ A handelt hier also durch aktives Tun.

Könnte für A dennoch eine Rechtfertigung in Betracht kommen?

Ein rechtfertigender Notstand ist aus selbigen Gründen wie bei der *ex-ante*-Triage nicht einschlägig. Auch die rechtfertigende Pflichtenkollision greift auf den ersten Blick nicht, da sich nicht zwei Handlungspflichten gegenüberstehen, sondern eine Handlungspflicht (Behandlung des P2) und eine Unterlassungspflicht (Behandlung des P1) und damit die klassische Situation des § 34 StGB vorliegt. Zum Teil wird vorgeschlagen, die rechtfertigende Pflichtenkollision dennoch anzunehmen. Dogmatischer Ansatzpunkt könnte dafür sein, im Falle der Triage, den Dualismus von Handlungs- und Unterlassungspflichten um Rettungspflichten zu erweitern, die sodann kollisionsfähig

sind.¹⁰¹ Für die Erstreckung des Anwendungsbereiches der Pflichtenkollision wird vorgebracht, dass es sich um reinen Zufall handelt, welche behandlungsbedürftige Person früher am Behandlungsort eintrifft. Diese, dem Zufall entsprechende Zuordnung kann dabei gerade auch dem Kriterium der Dringlichkeit widersprechen.¹⁰² Es spricht jedoch gegen die Anwendung der rechtfertigenden Pflichtenkollision, dass mit der Behandlung ein Vertrauenstatbestand bei dem Patienten geschaffen wird. Der Patient müsste jederzeit befürchten, dass ihm die Behandlungsposition wieder zugunsten eines anderen entzogen würde, was das Vertrauen in das Gesundheitswesen erheblich gefährden könnte.¹⁰³ Zudem wären die Ärzte unablässig dem Druck ausgesetzt, die Verteilung der Ressourcen zu evaluieren und den Empfänger der Behandlung entsprechend der Vorrangkriterien (Dringlichkeit; a.A. Erfolgsausichten) auszutauschen.¹⁰⁴ Dass die Verteilung in Zeiten der Ressourcenknappheit nach dem Prioritätsprinzip zufällig scheint, ist das Nebenprodukt einer klaren Dogmatik, die zwischen Handlungs- und Unterlassungspflichten unterscheidet.¹⁰⁵

Könnte die Straffreiheit für die Auswechselung von Patienten, wenn nicht auf Rechtswidrigkeits-, dann aber auf Schuldebene erreicht werden?

Dafür kämen drei Anknüpfungspunkte in Betracht: Erstens dürfte der entschuldigende Notstand gem. § 35 Abs. 1 StGB mangels hinreichend enger Beziehung (Angehörige oder andere nahestehende Personen) zum später Behandelten ausscheiden. Es käme zweitens ein von der Literatur überwiegend anerkannter übergesetzlicher entschuldigender Notstand in Betracht.¹⁰⁶ Ein solcher setzt jedoch eine absolute Ausnahmesituation des Handelnden voraus, in der durch die Opferung weniger eine Vielzahl von Menschen gerettet werden kann. In einem solchen Falle kann der Gerechtsamekonflikt für den Handelnden schuldausschließend

⁹⁷ Jäger/Gründel, Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage, ZIS 2020, 151 (157) m.w.N.; Jansen (Fn. 80), ZIS 2021, 155 (168f.) will für solche Situationen, die von einem Unterlassen geprägt sind, in Konstellationen der *ex-post*-Triage dennoch eine überwiegende Behandlungspflicht des bereits behandelten annehmen; in diese Richtung auch Sternberg-Lieben (Fn. 77), MedR 2020, 627 (636).

⁹⁸ Vgl. nur Roxin, Strafrecht AT II (Fn. 24), § 31 Rn. 117.

⁹⁹ BGH NJW 2010, 2963 (2967).

¹⁰⁰ Jäger/Gründel (Fn. 97), ZIS 2020, 151 (159f.); Rönnau/Wegner (Fn. 83), JuS 2020, 403 (405); Wafßmer (Fn. 88), JA 2021, 298 (302); zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben vgl. BVerfG, NJW 2020, 905ff.; für eine Vergleichbarkeit Hoven (Fn. 84), JZ 2020, 449 (454); vgl. auch Gaede et al. (Fn. 88), medstra 2020, 129 (135).

¹⁰¹ Jäger/Gründel (Fn. 97), ZIS 2020, 151 (158ff.); krit. Ast (Fn. 83), ZIS 2020, 268 (274); anders versuchen Gaede et al. (Fn. 88), medstra 2020, 129 (131) zu begründen, dass lediglich ein Teilhabeanspruch an den medizinischen Ressourcen bestehe, mit dem Beginn der Behandlung also keine hinreichende Verfestigung der Rechtsposition einhergehe.

¹⁰² Vgl. Jäger/Gründel (Fn. 97), ZIS 2020, 151 (155f.).

¹⁰³ Wafßmer (Fn. 88), JA 2021, 298 (302).

¹⁰⁴ Ebd.

¹⁰⁵ Dazu Rönnau/Wegner (Fn. 83), JuS 2020, 403 (406).

¹⁰⁶ Ausf. Paeffgen/Zabel in: NK-StGB (Fn. 19), Vorb. §§ 32ff. Rn. 292ff.

wirken.¹⁰⁷ Wechselt die Ärztin den Behandelten aufgrund höherer Erfolgsaussichten aus, entscheidet sie zwar nach quantitativen Gesichtspunkten, jedoch kann die Rettung einer weiteren Person gerade nicht ausreichen.¹⁰⁸ Letztlich spricht gegen die Anwendbarkeit, dass der übergesetzliche Notstand für existenzielle Ausnahmesituationen geschaffen wurde. Möchte man ihn aber als eine Art regelmäßigen Reflex auf die dilemmatische Situation der Triage begreifen, so droht man die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld einzuebnen.¹⁰⁹ Letztlich könnte ein schuldausschließender Verbotsirrtum gem. § 17 StGB in Betracht kommen, wenn der Arzt davon ausgeht, er handle bei einer Auswechslung des Behandelten gerechtfertigt (Erlaubnisirrtum). Jedoch müssen die strengen Anforderungen, die an die Unvermeidbarkeit des Irrtums gem. § 17 S. 1 StGB zu stellen sind, beachtet werden. Anlass, eine Unvermeidbarkeit anzunehmen, könnten etwa die Empfehlungen der Fachgesellschaften (in Deutschland DIVI) sein, grundsätzlich nach Beginn einer Behandlung eine Reevaluation der Ressourcenverteilung zuzulassen.¹¹⁰ Diesen Richtlinien kommt aber gerade keine unmittelbar rechtliche Geltung zu und sie warnen ihrerseits vor rechtlichen Grenzüberschreitungen.¹¹¹ Gerade die in Fachkreisen, aber auch medial kontrovers geführte Diskussion um die Rechtmäßigkeit der *ex-post-Triage* dürfte letztlich gegen eine Vermeidbarkeit des Erlaubnisirrtums sprechen.¹¹²

Gibt es einen letzten dogmatischen Anknüpfungspunkt, die rechtsgutserhaltende Wirkung des Behandlungsaustausches zu berücksichtigen?

Dieser Aspekt kann, sofern der Austausch von ethisch vertretbaren Motiven geleitet ist, durch die Annahme eines Totschlags in einem minder schweren Fall gem. § 213 Alt. 2 StGB auf Strafummessungsebene berücksichtigt werden.¹¹³

In der *ex-post-Triage* ist eine Auswechslung des Behandlungsempfängers also regelmäßig strafbar. Wie aber verhält es sich andersherum mit der unterlassenen Behandlung des später eintreffenden Erkrankten?

Auch hier liegt ein tatbeständliches Unterlassen vor. Eine Rechtfertigung ist – auch wenn es auf den ersten Blick verwundert – über § 34 StGB zu erreichen. Wenn ein aktiver Eingriff in ein fremdes Rechtsgut nur durch ein wesentliches Überwiegen des Erhaltungsinteresses gerechtfertigt sein kann, so wird umgekehrt beim Unterlassen eines Eingriffes lediglich vorausgesetzt, dass das Erhaltungsinteresse nicht wesentlich weniger Gewicht hat. Da sich hier gleichwertige Interessen („Leben gegen Leben“) gegenüberstehen, hat die Unterlassungspflicht i.R.d. § 34 StGB den Vorrang.¹¹⁴

Wie sieht es schließlich mit der präventiven Triage aus, also der Nichtbehandlung in der Erwartung, dass demnächst eine höherrangige Pflicht begründet wird?

Ein solches Unterlassen kann schon deshalb nicht von der rechtfertigenden Pflichtenkollision gedeckt werden, da zum Zeitpunkt des Unterlassens keine andere Behandlungspflicht besteht und eine Bewertung mangels Vergleichspflicht erst gar nicht stattfinden kann.¹¹⁵

¹⁰⁷ Ausf. Rönnau, Grundwissen – Strafrecht: Übergesetzlicher entschuldigender Notstand (analog § 35 StGB), JuS 2017, 113ff.

¹⁰⁸ Rönnau/Wegner (Fn. 83), JuS 2020, 403 (405); anders Waßmer (Fn. 88), JA 2021, 298 (303), der den übergesetzlichen Notstand dann anwenden will, wenn sich die Erfolgsaussichten „evident und wesentlich unterscheiden“; ähnlich auch Jäger/Gründel (Fn. 97), ZIS 2020, 151 (155), mit der Begründung, dass anders als etwa im berühmten Weichensteller-Fall eine konkrete Lebensgefahr für beide zu Behandelnden existiere.

¹⁰⁹ Rönnau/Wegner (Fn. 83), JuS 2020, 403 (406); so will Waßmer (Fn. 88), JA 2021, 298 (303) sogar das Nothilferecht Angehöriger aus sozialethischen Gründen einschränken; dazu auch Jäger, Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, ZStW 2003, 765 (788f.).

¹¹⁰ DIVI (Fn. 88), S. 8.

¹¹¹ DIVI (Fn. 88), S. 8; dazu auch Engländer/Zimmermann (Fn. 83), NJW 2020, 1398 (1401).

¹¹² Sowada (Fn. 83), NSTZ 2020, 452 (459). Etwas anderes kann sich auch nicht daraus ergeben, dass der Deutsche Ethikrat angibt, dass der behandelnde Arzt in dieser Lage „mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen“ könne, Deutscher Ethikrat, ad-hoc Stellungnahme v. 27.3.2020, S. 1, 4. Zu der Frage, ob ein Irrtum über die Existenz eines Entschuldigungsgrundes von § 17 StGB (analog) erfasst werden kann ausf. Lindner, Kann eine Empfehlung des Deutschen Ethikrates einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 Satz 1 StGB begründen?, medstru 2020, 199 (200).

¹¹³ Sowada (Fn. 83), NSTZ 2020, 452 (459).

¹¹⁴ Engländer/Zimmermann (Fn. 83), NJW 2020, 1398 (1399).

¹¹⁵ Engländer/Zimmermann (Fn. 83), NJW 2020, 1398 (1401); Jansen (Fn. 80), ZIS 2021, 155 (156).