

Zwischen Skylla und Charybdis – Über Pflichten und Grenzen des demokratisch gebundenen Gesetzgebers im Umgang mit dilemmatischen Konflikten unter besonderer Berücksichtigung der Triage

Alexandra Windsberger, Konstanz

Dilemmatische Konflikte haben viele Gesichter: Von Rettungsbootssituationen¹, über Organallokationen², Großschadensereignisse³, den philosophisch viel diskutierten Trolley-Fällen⁴, den aktuellen Debatten um autonomes Fahren⁵ oder im Rahmen coronabedingter Triageszenarien⁶, geht es stets um Entscheidungen, die einerseits die Rettung eines oder mehrerer Leben bezeichnen und zugleich den Tod einer oder mehrerer anderer Personen bewirken. Die verfügbaren Handlungsoptionen zeichnen sich typischerweise dadurch aus, dass, was auch immer man tut, der Tod wenigstens eines Menschen nicht vermieden werden kann; ein Dilemma eben.

Angesichts der Fülle an philosophisch-ethischen und rechtswissenschaftlichen Publikationen zu diesen „hard cases“, der langen Dauer des Diskurses und der Schwierigkeit der Fragen, fokussiert die vorliegende Untersuchung weniger die (juristisch und/oder moralisch erlaubten) Handlungsoptionen des Aktors⁷, sondern die des demokratisch gebundenen

1 *Koriath*, Das Brett des Karneades, JA 1998, 250 ff.

2 Grundlegend zur Allokationsethik, *Lübbe*, Tödliche Entscheidungen 2006, Paderborn.

3 Zum Umgang mit Ressourcenknappheit nach Naturkatastrophen, *Birnbacher*, Triage-Entscheidungen im Kontext der Corona-Pandemie – die Sicht eines Ethikers, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 189 ff. Vgl. zum LuftschichG a.F. *Ladiges*, „Die notstandsbedingte Tötung von Unbeteiligten im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG – ein Plädoyer für die Rechtfertigungslösung“, ZIS 2008, 129.

4 Ein führerloser Zug droht fünf Gleisarbeiter zu töten. Ein Wärter könnte eine Weiche umstellen und den Zug umlenken, sodass „nur“ ein Arbeiter getötet wird. Ein Überblick bei *Foot*, The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect, Oxford Review 5 (1967) 5, 8 und *Bruers/Braeckmann*, A Review and Systematization of the Trolley Problem, Philosophia 42 (2014), 251.

5 Vgl. nur *Wörner*, „Der Weichensteller 4.0“, ZIS, 2019, 41.

6 *Dufner*, Welche Leben soll man retten?, 2021 Berlin, S. 27 ff.

7 Hierzu gibt es eine ganze Flut an Publikationen. Zur ethischen Debatte m.w.N. vgl. *Dufner*, S. 27; *Mannino*, Wen rette ich – und wenn ja, wie viele?, Ditzingen 2021;

Gesetzgebers im Rahmen der Steuerung dieser Konflikte. Mit Beschluss vom 16.12.2021 hat das BVerfG⁸ diesen im Kontext der Triage aufgefordert, Vorkehrungen zu treffen, damit im Falle knapper intensivmedizinischer Ressourcen niemand diskriminiert wird.⁹ Dabei stellt sich vornehmlich die inhaltliche Frage, wie genau eine Entscheidungsregel lauten könnte, die es erlaubt, eine Person einer anderen Person vorzuziehen, mit der Folge, dass die „Aussortierte“ stirbt. Dies setzt allerdings zunächst voraus, dass die Frage, wie Entscheidungsträger mit dilemmatischen Konflikten im Bereich des Lebensschutzes umgehen sollen, einer demokratischen *Mehrheitsentscheidung* überhaupt zugänglich ist. Zwar leuchtet innerhalb einer demokratischen Ordnung intuitiv ein, dass „wesentliche“ Bereiche der Grundrechtsverwirklichung dem Handlungsprärogativ des Parlaments unterliegen. Wem überlebenswichtige Ressourcen zugewiesen werden und wie (tödliche) Opferlasten verteilt werden, dürfte prima facie zu diesem Kernbereich gehören. Ein solcher Verweis auf die Wesentlichkeitstheorie ist nach Ansicht des deutschen Ethikrats¹⁰ und einiger Stimmen aus dem Schrifttum¹¹ wegen Art. 1 GG jedoch nicht hinreichend für die Annahme einer entsprechenden Regelungskompetenz. Wenn jedes Leben gleich viel zählt und keiner weniger wert ist als der andere, sei ein materielles Allokationskriterium, das eine Wahl zwischen zwei Leben zulässt, hochproblematisch oder gar indiskutabel¹²; stattdessen bliebe nur der Münzwurf. Eine solche Lesart des „Abwägungsverbots“ geht prima facie mit einer deontologisch-kantischen Grundhaltung einher, die – so heißt es – verfassungsrechtlich „vorgegeben“ sei.¹³ Dann aber ist die Frage berechtigt, ob eine parlamentarische Meinungsbildung auch da sinnvoll gewollt sein kann, wo das Ergebnis durch übergeordnete Gerechtigkeitsformeln oder gar eine

vgl. für die juristische Debatte: *Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.)*(vgl. Fn. 3) und *Hilgendorf/Hoven/Rostalski*, Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft, Baden-Baden 2021.

8 BVerfG, Beschl. 16.12.2021, I BvR 1541/20.

9 *Brade/Müller*, Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?, NVwZ 2020, 1792.

10 Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona Kriese/Ad-Hoc Empfehlung, 2020, S. 3 und 4.

11 *Merkel/Augsberg*, Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, JZ 2020, 704, 705.

12 *Walter*, Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage-Regeln und ihren Gründen, GA 2020, 656, 664.

13 *Fateh-Moghadam/Gutmann*, Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, in: *Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.)*, S. 291, 320 (zitiert als: *Fateh-Moghadam/Gutmann*, in: *Hörnle/Huster/Poscher [Hrsg.]*).

bestimmte „Ethik“ bereits feststeht und der Gesetzgeber im Umgang mit Dilemmata nicht vielmehr nur noch als eine Art Staatsnotar fungiert, der diese bereits „vorgegebenen“ Prinzipien lediglich in eine Konkretisierung überführt, ohne dass er noch etwas demokratisch zu entscheiden hat. Wo liegen also die Grenzen des demokratisch gebundenen Gesetzgebers, wenn es sie denn gibt und wie demokratisch ist das Strafrecht eigentlich im Umgang mit dilemmatischen Konflikten?

A. Dilemmatische Konflikte und das geltende Strafrecht

Dilemmasituationen werden von der Strafrechtswissenschaft traditionell im Kontext von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen diskutiert.¹⁴ Wenn es um intentionale Handlungen geht, die den Tod eines Menschen als kausale Folge ausweisen, ist normativer Anknüpfungspunkt das Tötungsverbot. Die Frage an die Strafrechtswissenschaft lautet dabei schlicht: Gilt das Tötungsverbot auch in Fällen eines dilemmatischen Konflikts, oder greift eine Erlaubnisnorm zu Gunsten des Aktors ein? Mit Blick auf ein Detail scheint Konsens zu herrschen: Niemand will die tragischen Akteure in einer echten Kollisionslage wegen Tun oder Unterlassen des Mordes oder Totschlags bestrafen. Dies dürfte wohl auch für die zu kapazitätsbedingten Triageentscheidungen gezwungenen Ärzte gelten. Es ist die Zwangslage, das Dilemma, das intuitiv eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tötung überzogen erscheinen lässt, hatte doch der Retter gar nicht die Möglichkeit, das für alle Betroffenen „Richtige“ zu tun. Der Ultra-Posse-Grundsatz besagt grundsätzlich, dass ein Aktor in echten Kollisionsfällen (von zwei gleichzeitig bestehenden Pflichten kann aus empirischen Gründen nur eine erfüllt werden) von Verantwortung freizustellen ist, will man ihn nicht für etwas (empirisch) Unmögliches bestrafen. Man könnte daher meinen, dass strafrechtliche Verantwortlichkeit im Kontext solcher „tragic choices“ bereits auf Ebene der Rechtswidrigkeit ausgeschaltet wird. Dies ist nach ganz überwiegender Meinung¹⁵ jedoch nur in Fällen der Rettungsunterlassung der Fall, wozu beispielsweise die Ex-Post-Triage nicht gehören soll.

14 M.w.N. Koriath, JA 1998, 250 ff.

15 M.w.N. Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen, StGB, 5. Aufl., 2017, § 34 Rn. 126. Anders im Kontext der Triage explizit Hörnle, Ex-Post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 149 ff. (zitiert als: Hörnle, in: Hörnle/Huster/Poscher [Hrsg.]).

I. Rettungsunterlassen und Strafrecht

Kollidieren zwei (gleichwertige) Handlungspflichten (= Rettungsunterlassung), zum Beispiel zwei Garantenpflichten von der Form „Rette A!“ und „Rette zugleich B!“, kommt der gewohnheitsrechtlich anerkannte, überpositive Rechtfertigungsgrund der sog. „rechtfertigenden Pflichtenkollision“ in Betracht, der das pflichtwidrige Unterlassen der einen gebotenen Handlung ausnahmsweise erlaubt. In diesen Fällen handeln die Akteure nicht rechtswidrig und zwar unabhängig davon, für welches Leben sie sich entscheiden. Ein Beispiel hierfür wäre auch die Ex-Ante-Triage, bei der dem Aktor ein umfassendes Wahlrecht zukommt, das diskriminierende Entscheidungen grundsätzlich miteinschließen würde. Der Arzt dürfte dann eigentlich auch Frauen gegenüber Männern und Jüngeren gegenüber Älteren bevorzugen.¹⁶ Entscheidungsvorgaben bestehen sogar mit Blick auf hochgradig verwerfliche Motive nicht.¹⁷

II. Rettungstötung und Strafrecht

Für die Kollision zweier Unterlassungspflichten von der Form „Töte nicht A!“ und „Töte zugleich nicht B!“ ist die Lage wesentlich anders. Eine Negation des einen Verbots könnte hier allenfalls mit dem Notstandsargument begründet werden, da in Fällen der Rettungstötung regelmäßig eine Notstandslage vorliegt. Nach überwiegender Auffassung ist eine Rechtfertigungslösung aber dennoch ausgeschlossen.¹⁸ Die für diese Fälle in Betracht kommende Erlaubnisnorm (§ 34 D-StGB) enthält zwar grundsätzlich eine Abwägungsformel für Kollisionsfälle, die darauf abstellt, ob das geschützte Gut wesentlich wertvoller ist als das geopferte Gut. Um diese Frage zu beantworten, muss man aber den „Wert“ eines Rechtsgutes oder eines Interesses kennen. Und das setzt offenbar so etwas wie eine axiologische Rechts-

16 Anders, *Lindner*, Die „Triage“ im Lichte der Drittirkung der Grundrechte, MedR 2020, 723, 727, der das Wahlrecht durch Art. 3 GG einschränkt.

17 Hieran soll auch der neu geschaffene § 5c IfSchG nichts ändern, vgl. Bt-Drs. 20/3877, <https://dserv.bundestag.de/btd/20/038/2003877.pdf> (zuletzt abgerufen am 26.01.2023).

18 Roxin, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, ZStW 74, 1962, 411, 429; Küpper, Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS 1981, 785; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1. Aufl., Tübingen, 1965, S. 30; Im Kontext der Triage: Jansen, Pflichtenkollision bei Triage-Entscheidungen, ZIS, 2021, 155 f.

güterskalierung voraus. Zu den Topoi einer solchen Skalierung gehört aber beim Platzieren von Werten auf Menschenleben auch ein allgemein anerkanntes, strenges Verbot, nämlich ein Abwägungsverbot.¹⁹ In Fällen der Kollision zweier Leben darf diese nicht dadurch gelöst werden, dass das Leben einer Person (wegen spezifischer Unterschiede) dem Leben einer anderen Person vorgezogen wird.²⁰ Auch dürfe Leben nicht aggregiert, quantifiziert und sodann einer mengenmäßigen Abwägung oder Aufrechnung unterzogen werden.²¹ Es ist eines der ganz großen Rechtsdogmen, das mit einer Absolutheit und Rigidität vorgebracht wird, sodass man leicht den Eindruck gewinnen kann, dass weder seine Herkunft noch sein *konkreter* Inhalt irgendeine Rolle spielen.²² Das Schrifttum macht hiervon lediglich teilweise eine Ausnahme für Fälle einer sog. Gefahrengemeinschaft.²³ Die Antwort unserer Strafrechtsdogmatik auf Fälle der Rettungstötung ist sonach ebenso schlicht, wie unbefriedigend. Für den Fall zweier kollidender Unterlassenspflichten (Dilemma) gilt: Jede (aktive) Tötung (zum Schutz des Lebens eines oder vieler anderen Menschen) ist rechtswidrig und nur vielleicht (übergesetzlich irgendwie)²⁴ entschuldbar.²⁵ Diese strafrechtsdogmatische „Dirty-Harry-Lösung“²⁶ enthält aber ein bedenkliches „double bind“. Sie nimmt nämlich einerseits an, dass die Rechtordnung

19 So auch *Gerson*, in: *Esser/Tsambikakis* (Hrsg.), Pandemiestrafrecht München 2020, § 3, Rn. 16.

20 Grundlegend zum Abwägungsverbot m.w.N. *Dederer/Preiß*, Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage, JZ 2022, 170 (173).

21 Beispielaft, BVerfGE 132, 1f.

22 Differenzierend und kritisch gegenüber einem pauschalen Abwägungsverbot, *Dederer/Preiß*, JZ 2022, 170 (173).

23 *Erb*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., 2020, § 34, Rn. 159; *Hörnle/Wohlers*, The Trolley Problem Reloaded, GA 2018, 12, 18; *Ladiges*, ZIS 2008, 129, 133; *Merkel*, Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 114, 2002, 437,452.

24 Eine Entschuldigung (§ 35 D-StGB) ist denkbar, scheitert aber in der Regel am personalen Kriterium.

25 So die wohl sehr herrschende Auffassung vgl. *Gallas*, Pflichtenkollision als Schuld-ausschließungsgrund, in: *Engisch/Maurach* (Hrsg.), Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15.10.1953, München/Berlin 1954, S. 311, 327 ff.; BGH, NJW 1953, 513; für den Themenbereich „autonomes Fahren“ *Joerden*, Zum Einsatz von Algorithmen in Notstandslagen, in: *Hilgendorf* (Hrsg.), Autonome Systeme und neue Mobilität, Baden-Baden 2017, S. 73. Für eine Rechtfertigungslösung: *Zimmermann*, Rettungstötungen, Baden-Baden/Zürich 2009, Bd. 25, 340; *Mangakis*, Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts, ZStW 84, 1972, 447, 476 f.; *Ladiges*, ZIS 2008, 129, 133; *Jansen*, ZIS 2021, 155 ff.

26 Überzeugend kritisch *Huster*, Wer hat Angst vor der Triage?, in: *Hörnle/Huster/Pössner* (Hrsg.), S. 83, 91.

keine Erlaubnis für solche tragischen Entscheidungen enthält, obwohl die meisten Betroffenen hoffen werden, dass der Aktor dennoch den Mut findet, sich dieser Wertung zu widersetzen, um die größere Katastrophe abzuwenden bzw. den Schaden zu minimieren. Würde der Aktor also einen einzigen Menschen opfern, um (überspitzt gesprochen) eine Million Menschen zu retten, könnte er nur noch hoffen, dass seine Richter aus Konzession an die „humana fragilitas“²⁷ nachsichtig mit ihm sein werden, denn er hat etwas strafrechtlich Verbotenes getan. Diese (übergesetzliche) Entschuldigungslösung passt aber auf den dilemmatischen Konflikt deshalb nicht, weil es nicht um die As und Bs, also die Akteure mit ihren individuellen Eigenschaften, Dispositionen, Fähigkeiten oder den Grad ihres Mutes und ihren Kräften geht, sondern um das normative Problem was in einer existentiellen Dilemmasituation *gesollt* ist.²⁸ Eine letzte kritische Frage zur herrschenden Position: Welches wäre eigentlich die rechtmäßige Alternativhandlung gewesen, zu der der Aktor hätte motiviert werden sollen? Tue nichts und minimiere den Schaden nicht, auch wenn Du es könntest, weil du eben nicht „Gott spielen sollst“²⁹? Wenn dem so ist, dann steht das Prinzip über allem, auch wenn die Welt darüber zu Grunde geht.³⁰ Insgesamt eine unbefriedigende und nicht überzeugende Lösung.

Die Kollision zwischen Handlungs- und Unterlassungspflicht³¹, wie auch bei der Ex-Post-Triage³², ist am stärksten umstritten: Entweder man nimmt eine (Rechtfertigungs-)Lösung über die rechtfertigende Pflichtenkollision (analog) oder aber die (Nicht-)Anwendung von § 34 D-StGB (analog zur Unterlassenspflichtenkollision) an.

27 *Koriath*, Über rechtsfreie Räume in der Strafrechtsdogmatik, in: Byrd/Hruschka/Joerden (Hrsg.), *Jahrbuch Recht und Ethik*, Berlin 2003, S. 317 (zitiert als: *Koriath*, in: Byrd/Hruschka/Joerden [Hrsg.]).

28 *Koriath*, in: Byrd/Hruschka/Joerden (Hrsg.), S. 331.

29 *Wörner*, ZIS 2019, 41.

30 Auch wenn *Augsberg* apodiktisch das Gegenteil behauptet. *Augsberg*, Regelnbildung für existentielle Auswahlentscheidungen, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 1, 20 (zitiert als: *Augsberg*, in: Hörnle/Huster/Poscher [Hrsg.]); dagegen überzeugend *Hoven*, JZ 2020, 449, 450.

31 Beispiel: „Unterlasse die Tötung des bereits Beatmeten!“ und „Rette den neu aufgenommenen Patienten!“

32 Zur Ex-Post-Triage vgl. nur *Hörnle*, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 149 ff.; zur Anwendbarkeit der rechtfertigenden Pflichtenkollision auf diese Konstellation m.w.N. *Ladiges*, ZIS 2008, 129, 132.