Dr. Andrea Elisabeth Busch*

Ärztliche Triage in Friedenszeiten – Eine kritische Analyse der Strafbarkeitsrisiken im Lichte der Implikationen des Grundgesetzes

<https://doi.org/10.1515/zstw-2020-0028>

I. Einleitung

Der Begriff der Triage stammt aus der Kriegsmedizin und steht für die Auswahl derjenigen Patienten, denen in einer Knappheitssituation Behandlung zuteil wird¹. Durch die Corona-Pandemie ist die Möglichkeit der Triage in deutschen Krankenhäusern in aller Munde. In den letzten Monaten haben sich verschiedene Vertreter der strafrechtlichen Literatur zu den möglichen Strafbarkeitsrisiken der Ärzte zu Wort gemeldet und dabei teils divergierende Positionen bezogen. Der Beitrag setzt sich kritisch mit dem bisherigen Meinungsstand auseinander, wobei insbesondere die Aufarbeitung der (im Detail streitigen) verfassungsrechtlichen Implikationen als Richtschnur dient.

Bei der strafrechtlichen Beurteilung der Triage sind grundsätzlich zwei Konstellationen zu unterscheiden. Die Differenzierung dieser beiden Fallgruppen findet sich sowohl in der ad-hoc-Stellungnahme des deutschen Ethikrates² als auch bei Beiträgen aus dem strafrechtlichen Schrifttum³ vorgezeichnet. In der ersten Konstellation konkurrieren von Anfang an mehrere Patienten um die Behandlungsressourcen auf der Intensivstation. Der Arzt muss eine Entscheidung darü-

1 Z. B. Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151; Rönna/Wegner, JuS 2020, 403; Taupitz, in: Klöpfer (Hrsg.), Pandemien als Herausforderungen für die Rechtsordnung, 2011, S. 103, 104.

2 Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise – Ad hoc Empfehlung, abrufbar unter: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (Stand: 27.08.2020), S. 4.

3 Z. B. Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129; Hoven/Hahn, JA 2020, 481; Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151, 152; zusätzlich dazu auch eine dritte Fallgruppe der „präventiven Triage“ erwähnend ferner Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704, 706; Rönna/Wegner, JuS 2020, 403, 404; Sowa-da, NSTZ 2020, 452 und 459.

*Kontaktperson: Andrea Elisabeth Busch, Akademische Rätin a. Z. sowie Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht von Herrn Prof. Dr. Roland Schmitz an der Universität Osnabrück.

ber treffen, welche Patienten behandelt werden. Diese erste Fallgruppe bezeichnet der Ethikrat als „Triage bei Ex-ante-Konkurrenz“⁴; Jäger/Gründel sprechen von „Aufnahme-Triage“⁵. In der zweiten Konstellation sind bereits sämtliche Plätze auf der Intensivstation belegt, als ein weiterer Patient ebenfalls eine intensivmedizinische Behandlung benötigt. Der Arzt steht dann vor der Frage, ob die intensivmedizinische Behandlung von vorhandenen Patienten auf der Intensivstation zu Gunsten des neuen Patienten abgebrochen werden darf. Virulent ist diese zweite Konstellation vor allem dann, wenn bei dem neuen Patienten eine erfolgreiche Behandlung wahrscheinlicher erscheint als bei einem bereits intensivmedizinisch betreuten Patienten. Bezeichnet wird diese Fallgruppe als „Triage bei Ex-post-Konkurrenz“⁶ bzw. als „Fortsetzungs-Triage“⁷. Die folgenden Ausführungen knüpfen an diese bereits etablierte Unterscheidung an.

II. Strafrechtliche Bewertung der sog. Aufnahme-Triage (ex ante-Triage)

Bei der Aufnahme-Triage bedeutet die Auswahl eines Patienten für die intensivmedizinische Behandlung zugleich das mindestens ein anderer Patient nicht behandelt wird. Für den Arzt kommt eine Strafbarkeit wegen Tötung durch Unterlassen gemäß §§ 212 Abs. 1, § 13 Abs. 1 StGB zum Nachteil dieses Patienten in Betracht. Dies setzt gem. § 13 Abs. 1 StGB jedoch eine Garantenstellung des Arztes gegenüber dem jeweiligen Patienten voraus. Im Übrigen kommt eine Strafbarkeit des Arztes gemäß § 323c Abs. 1 StGB in Betracht.

1. Die Garantenstellung des Arztes nach § 13 Abs. 1 StGB

Ärzte haben aufgrund ihres Berufes nicht pauschal gegenüber sämtlichen Mitmenschen eine Garantenstellung i. S. d. § 13 Abs. 1 StGB inne⁸. Eine Garantenstel-

⁴ Ethikrat (Anm. 2), S. 4.

⁵ Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151, 152.

⁶ Ethikrat (Anm. 2), S. 4.

⁷ Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151, 152.

⁸ Gegen eine generelle Garantenstellung Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, Vorbem § 13 Rdn. 28a; Erlinger/Warntjen/Bock, MAH Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 50 Rdn. 36; gegen einen allgemeinen „Kurierzwang“ auch Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 1. Aufl. 2003, § 32 Rdn. 71; auf eine entsprechende Rechtsprechung ver-

lung kann sich im Einzelfall aus tatsächlicher Übernahme ergeben, wenn der Arzt zu erkennen gibt, eine Person als Patienten anzunehmen⁹. Ob auch ein wirksamer Behandlungsvertrag i. S. von § 630a BGB zustande kommt, ist dann nicht mehr entscheidend¹⁰. Es dürfte damit eine Frage des jeweiligen Einzelfalls sein, ob ein Arzt bei mehreren Patienten die Behandlung bereits faktisch übernommen hat, als er sich gezwungen sieht, eine Patientenauswahl zu treffen¹¹. Wurden bereits Untersuchungen an einem Patienten durchgeführt, führt dies gegenüber dem jeweiligen Patienten zu einer Garantenstellung aus faktischer Übernahme¹². Wird ein Patient jedoch von Anfang an aus Gründen der Überlastung abgewiesen, kommt eine ärztliche Garantenstellung nicht in Betracht¹³.

2. Die sog. Pflichtenkollision

Sofern der Arzt gegenüber zwei oder mehreren Patienten zur Rettung verpflichtet ist und aufgrund der Ressourcenknappheit in der Klinik nicht alle gleichzeitig behandeln kann, befindet er sich in einem Entscheidungsdilemma, das strafrechtlich als sog. Pflichtenkollision zu berücksichtigen sein kann. Eine Pflichtenkollision tritt auf, wenn ein Täter gleichzeitig zwei rechtlichen Handlungspflich-

weisend auch *Sommer/Tsambikakis*, in: Clausen/Schroeder-Printzen (Hrsg.), Münchener Anwalts-handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, § 3 Rdn. 65.

⁹ *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, 7. Aufl. 2015, 4. Kap. Rdn. 4; *Roxin*, Allg. Teil, Bd. 2 (Anm. 8), § 32 Rdn. 70; *Scholten*, Triage – Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen, 2011, S. 59 f.; *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern/Rehborn, 5. Aufl. 2019, § 150 Rdn. 14.

¹⁰ *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Anm. 9), 4. Kap. Rdn. 4; *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern/Rehborn (Anm. 9), § 150 Rdn. 14.

¹¹ In weitem Umfang für eine Garantenstellung in den Corona-Fällen *Zimmermann*, Wer stirbt zuerst?, LTO v. 23.03.2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/> (Stand: 27.08.2020): „Klar ist, die Ärztin im Krankenhaus ist als Garantin verpflichtet, Corona-Patienten intensivmedizinisch zu behandeln“; sehr weitgehend auch *Ast*, ZIS 2020, 268: „Strafrechtlich ist Ärzten als Garanten gem. §§ 212/222, 13 sowie §§ 223/229, 13 StGB geboten, den Tod der Patienten zu verhindern und deren Gesundheit wiederherzustellen“.

¹² *Dannecker/Streng*, MedR 2011, 131, 133; ebenso *Knauer/Brose*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, §§ 211, 212 Rdn. 7; einschränkend auf die Fälle einer intensiveres Vertrauen begründenden Behandlung und einer neuen Gefahrschaffung *Brech*, Triage und Recht. Patientenauswahl beim Masseanfall Hilfsbedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitssystem, 2008, S. 340 f.

¹³ *Roxin*, Allg. Teil, Bd. 2 (Anm. 8), § 32 Rdn. 71; ebenso *Knauer/Brose*, Medizinrecht (Anm. 12), §§ 211, 212 Rdn. 7.

ten ausgesetzt ist, von denen er nur eine auf Kosten der anderen erfüllen kann („Handlungspflichtenkollision“)¹⁴.

a) Tatbestandsausschluss, Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund?

Die Pflichtenkollision ist im deutschen Strafrecht nicht speziell geregelt, jedoch gewohnheitsrechtlich anerkannt¹⁵. Umstritten ist, auf welcher Ebene des Verbrechensaufbaus sie zu berücksichtigen ist¹⁶.

Teilweise wird eine Lösung auf Tatbestandsebene vorgeschlagen¹⁷. *Freund/Rostalski* begründen dies damit, dass es schon im Ausgangspunkt keinen Verhaltensnormverstoß gebe, da der Täter nur zur Abwendung einer der alternativen Gefahren verpflichtet wäre¹⁸. *Hoyer* gelangt zum selben Ergebnis, indem er den Tatbestand jeder Gebotsnorm um den negativen Zusatz „es sei denn, das Unterlassen ist notwendig, um ein mindestens gleichwertiges anderes Interesse zu schützen“ ergänzt¹⁹. An der vorgeschlagenen Berücksichtigung der Problematik auf Tatbestandsebene wird jedoch zu Recht kritisiert, dass dadurch verunklart werde, dass der Täter der nicht erfüllten Pflicht theoretisch hätte nachkommen können²⁰. Richtigerweise macht es sehr wohl „ein[en] Unterschied, ob eine Pflicht von vornherein nicht besteht oder ob sie zugunsten einer anderen Pflicht zurücktritt“²¹.

Die überwiegende Meinung ordnet die Pflichtenkollision als übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund ein²². Die Ebene der Rechtswidrigkeit sei der richtige Ort zur

¹⁴ *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rdn. 138 f.

¹⁵ Z. B. *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 132; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 404.

¹⁶ Zu diesem Meinungsstreit im Überblick z. B. *Satzger*, Jura 2010, 753, 754; *Scholten* (Anm. 9), S. 108 ff.

¹⁷ *Freund/Rostalski*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 6 Rdn. 132 ff.; in diese Richtung tendierend, dies jedoch letztlich offen lassend auch *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 160 f.

¹⁸ *Freund/Rostalski*, Allg. Teil (Anm. 17), § 6 Rdn. 132 f., wobei zusätzlich auf den Grundsatz *ultra posse nemo obligatur* verwiesen wird.

¹⁹ *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, Bd. 1, Vorbem §§ 32 ff. Rdn. 43.

²⁰ *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar StGB, 13. Aufl. 2019, Bd. 2, Vor § 32 Rdn. 117; zustimmend *Satzger*, Jura 2010, 753, 754; ebenso *Scholten* (Anm. 9), S. 110.

²¹ *Ast*, ZIS 2020, 268, 269.

²² *Döncke*, Strafrechtliche Aspekte der Katastrophenmedizin, 1987, S. 144 ff.; *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 132 f.; *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2018, 22. Kap. Rdn. 61; *Hoven/Hahn*, JA 2020, 481, 482; *Kühl*, Allg. Teil (Anm. 14), § 18 Rdn. 134; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 706; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 404; *Rosenau*, in: Satzger/Schlucke-

Auflösung des Problems, dass die Handlungspflichten sich gegenseitig ausschließen – die Rechtsordnung könne die unmögliche gleichzeitige Erfüllung beider Pflichten nicht erwarten²³. Die Pflichtenkollision wird unmittelbar aus dem Rechtsprinzip *impossilium nulla obligatio est* hergeleitet²⁴, welches besagt, dass dem Normadressaten nicht mehr abverlangt werden kann, als er zu leisten vermag.

Wieder andere ordnen die Pflichtenkollision als Schuldaußschließungsgrund ein²⁵. Das Verhalten des Täters wäre damit strafrechtliches Unrecht²⁶. Zur Begründung dieser Ansicht heißt es u. a., „dass Not aus Unrecht kein Recht machen könne“²⁷. Diese Argumentation kann aber deshalb nicht überzeugen, weil sie voraussetzt, was sie eigentlich begründen sollte. Es wird nämlich einfach von der Prämisse ausgegangen, dass die Nichterfüllung einer Rettungspflicht auch im Falle der Erfüllung einer anderen nur alternativ möglichen Rettungspflicht strafrechtliches Unrecht darstellt. Dies ist aber gerade die Frage. Berücksichtigt man die Pflichtenkollision erst auf Ebene der Schuld, hat dies auch Auswirkungen auf die sog. Notwehrprobe²⁸. Die Konsequenz wäre, dass der nicht behandelte Patient gegen den rechtswidrig unterlassenden Arzt Notwehr üben dürfte²⁹. Auch Dritte

bier/Widmaier, 4. Aufl. 2018, Vorbem §§ 32ff. Rdn. 59; Satzger, Jura 2010, 753, 754; Scholten (Anm. 9), S. 117 ff.; Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627, 630; Sowada, NSTZ 2020, 452, 453.

23 Kühl, Allg. Teil (Anm. 14), § 18 Rdn. 137; Rönnau, in: LK-StGB (Anm. 20), Vor §§ 32ff. Rdn. 117; Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403, 404; Satzger, Jura 2010, 753, 754; Sowada, NSTZ 2020, 452, 453.

24 Z. B. Erb, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, Bd. 1, § 34 Rdn. 41; Rönnau, JuS 2013, 113; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Anm. 8), Vorbem § 32ff. Rdn. 73; ders., MedR 2020, 627, 630; kritisch dazu Momsen/Savic, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, 46. Edition, Stand: 1.5.2020, § 34 Rdn. 24.

25 Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, Vor § 32 Rdn. 11a; Paeffgen/Zabel, in: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, Bd. 1, Vorbem §§ 32ff. Rdn. 171, 174.

26 Diesen „erheblichen Unterschied“ zur h. M. betont auch Amos, Behandelt wird, wer die besten Chancen hat, LTO v. 9.4.2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/triagestellungnahme-medizinrecht-strafrecht-zu-empfehlungen-ethikrat-kriterium-erfolgsaussicht-be-handlungsabbruch-rechtfertigende-pflichtenkollision/> (Stand: 27.08.2020).

27 Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB (Anm. 25) Vorbem §§ 32ff. Rdn. 174, mit dem hiesigen Zitat unter inhaltlicher Berufung auf Kant. Die in Fn. 956 von Paeffgen/Zabel zitierte Stelle aus Kants „Metaphysik der Sitten“ passt m. E. aber gar nicht zu der hier in Frage stehenden Kollision zweier Rettungspflichten, da es bei Kant um die aktive Tötung eines anderen zum Zwecke des Selbsterhalts geht („Notrecht“).

28 Dazu etwa Satzger, Jura 2010, 753, 754.

29 Müller, Pflichtenkollision und Triage in der Coronakrise, abrufbar unter: <https://community.beck.de/print/70036> (Stand: 27.08.2020); Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129, 133; allgemein zum Notwehrrecht des Benachteiligten Rönnau, in: LK-StGB (Anm. 20), Vor §§ 32ff. Rdn. 117.

(z. B. Angehörigen des nicht behandelten Patienten) stünde ein Nothilferecht zu³⁰. Die Anhänger eines „Schuldausschließungsmodells“³¹ halten ein Notwehrrecht des Benachteiligten für richtig³². *Momsen/Savic* heben hervor, dass „die Rechtsordnung dem nicht Geretteten keine entsprechende Duldungsverpflichtung auferlegen kann, ohne für diesen unvernünftig und damit inakzeptabel zu werden“³³. Eine Erklärung, warum es für die Festlegung rechtlicher Duldungspflichten auf die Akzeptanz des Duldungspflichtigen überhaupt ankommen soll, bleiben *Momsen/Savic* insoweit aber schuldig. Im Übrigen wird gegen diese Ansicht zu Recht eingewandt, dass dann beide Patienten versuchen könnten, ihre Rettung mit Gewalt zu erzwingen, wenn sich der Arzt dem jeweils anderen zuwende³⁴. Es wäre auch kaum auszudenken, zu welch dramatischen Szenen es in deutschen Krankenhäusern kommen würde, wenn sich Patienten oder deren Angehörige wechselseitig gegen die Rettung des jeweils anderen Patienten zur Wehr setzen würden³⁵! Das Ganze würde darauf hinauslaufen, dass entweder jede erfolgreiche Rettung blockiert würde³⁶ oder dass sich das „Recht des Stärkeren“ durchsetzen würde³⁷. Die Annahme eines Schuldausschließungsgrundes kann schon in Anbetracht dieser Konsequenzen nicht überzeugen³⁸. Es ist schließlich auch kein Grund dafür erkennbar, warum die von der Rechtsordnung heraufbeschworene nicht auflösbare Kollision der Pflichten auf dem Rücken des Täters ausgetragen werden soll, der dann die gegen ihn gerichtete Notwehr der benachteiligten Seite erdulden müsste³⁹. Die Pflichtenkollision ist damit mit der herrschenden Meinung als Rechtfertigungsgrund einzuordnen.

30 Müller (Anm. 29); allgemein zum Nothilferecht in diesen Fällen Rönna, in: LK-StGB (Anm. 20), Vor §§ 32 ff. Rdn. 117; Satzger Jura 2010, 753, 754.

31 Zu diesem Begriff Satzger, Jura 2010, 753, 754.

32 Fischer (Anm. 25), Vor § 32 Rdn. 11a.

33 Momsen/Savic, in: BeckOK-StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 24, mit dem Zitat.

34 Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151, 153; wohl auch Rönna, JuS 2013, 113.

35 Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129, 133, verweisen ebenfalls auf „erhebliche Störungen des ohnehin sachlich, zeitlich und emotional stark belasteten Entscheidungsvollzugs bei der Triage“.

36 Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151, 153.

37 Rönna, in: LK-StGB (Anm. 20), Vor §§ 32 ff. Rdn. 117; ders., JuS 2013, 113.

38 So auch Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151, 153.

39 Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Anm. 22), Vorbem §§ 32 ff. Rdn. 59: „Das Recht kann seine eigene Unentschiedenheit nicht dem Normadressaten aufbürden mit dem Risiko, sich in einer Notwehrlage wiederzufinden“.

b) Gleichrangige und ungleichrangige Pflichtenkollision

Sieht sich der Täter zwei *gleichrangigen* Pflichten gegenüber, kann dieser nach allgemeiner Ansicht frei wählen, welche der kollidierenden Pflichten er erfüllt⁴⁰. Sofern der Täter im Ergebnis eine der Pflichten erfüllt, greift zu seinen Gunsten hinsichtlich der nicht erfüllten Pflicht der Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision ein⁴¹.

In den hier interessierenden Fallkonstellationen stellt sich allerdings die Frage, ob überhaupt ein Fall vorliegt, bei dem gleichrangige Pflichten kollidieren. *Merkel/Augsberg, Rosenau* und *Scholten* gehen von grundsätzlich gleichrangigen Handlungspflichten aus, wenn ein Arzt bei einer Katastrophe nicht alle (in Lebensgefahr schwebenden) Hilfsbedürftigen behandeln kann⁴². *Merkel* verweist zur Begründung darauf, dass „das Recht unterschiedliche Lebenswerte zwischen Individuen nicht anerkennen und ungleiche Schutzpflichten deshalb nicht statuieren [dürfe]“⁴³. In ganz ähnlicher Weise geht auch *Ast* in akuten Fällen, in denen eine Beatmung für beide Patienten eine „Mindestnutzenschwelle“ überschreiten würde, von gleichrangigen Pflichten aus⁴⁴. Von *Müller* wurde jedoch angemerkt, dass mit der Triage gerade das Ziel verfolgt werde, die Handlungspflichten des Arztes in ein Stufenverhältnis zu bringen⁴⁵.

Sind die Pflichten gestuft, hat dies Konsequenzen: Bei einer Kollision ungleichwertiger Pflichten wird dem Täter grundsätzlich keine Auswahlfreiheit zuerkannt. Um hinsichtlich der nicht erfüllten Pflicht in den Genuss der Rechtfertigung zu kommen, muss der Täter die höherrangige Pflicht erfüllen⁴⁶. Von zentraler Bedeutung ist damit, anhand welcher Kriterien die Handlungspflichten zu gewichten sind.

⁴⁰ Statt vieler *Rönnau*, JuS 2013, 113, 114; *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Anm. 22), Vorbem §§ 32 ff. Rdn. 60; *Satzger*, Jura 2010, 753, 755.

⁴¹ Statt vieler *Rönnau*, JuS 2013, 113, 114; *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Anm. 22), Vorbem §§ 32 ff. Rdn. 60; *Satzger*, Jura 2010, 753, 755.

⁴² Speziell vor dem Hintergrund der Corona-Krise *Merkel*, Eine Frage von Recht und Ethik, FAZ v. 04.04.2020, S. 13; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 707; allgemein bei mehreren Hilfsbedürftigen bei Katastrophen *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Anm. 22), Vorbem §§ 32 ff. Rdn. 59; jedenfalls bei mehreren Menschen in akuter Lebensgefahr auch *Scholten* (Anm. 9), S. 210 ff.

⁴³ *Merkel*, FAZ v. 04.04.2020 (Anm. 42), S. 13, mit dem Zitat; inhaltlich ebenso *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 707.

⁴⁴ *Ast*, ZIS 2020, 268, 269 f.

⁴⁵ *Müller* (Anm. 29).

⁴⁶ Statt vieler *Rönnau*, JuS 2013, 113, 114; *Satzger*, Jura 2010, 753, 755.

c) Kriterien für die Gewichtung der kollidierenden Pflichten

Die ad-hoc-Stellungnahme des Ethikrates liefert hinsichtlich der Kriterien der Patientenauswahl eher Steine statt Brot⁴⁷. Für die Triage im Pandemiefall fehlt derzeit auch eine gesetzliche Grundlage⁴⁸. Die sog. Pandemiepläne von Bund und Ländern sind keine Rechtsvorschriften und haben dementsprechend keinen rechtsverbindlichen Charakter⁴⁹. Für die Verteilung knapper medizinischer Güter liefern diese aber zumindest Hinweise auf möglicherweise relevante Aspekte. So sieht der nationale Pandemieplan für den Fall einer Influenzapandemie beispielsweise eine vorrangige Impfung von „Personal im akut medizinischen Bereich“ vor⁵⁰.

Im Bereich der Katastrophen- und Notfallmedizin hat in der Praxis eine Patienteneinteilung in vier Sichtungskategorien, die anhand des Grades der Behandlungsdringlichkeit differenziert werden, breite Anerkennung gefunden⁵¹. In die Kategorie I werden Patienten in akuter Lebensgefahr eingeordnet, in die Kategorie II schwerverletzte bzw. schwer erkrankte Patienten, in die Kategorie III leicht verletzte bzw. leicht erkrankte Patienten und in die Kategorie IV Patienten, die keine Überlebenschance haben⁵². Für die Patienten der Kategorie I wird eine „Sofortbehandlung“, für die Patienten der Kategorie II eine aufgeschobene Behandlung („aufgeschobene Behandlungsdringlichkeit“), für die Patienten der Kategorie III eine „[s]pätere (ambulante) Behandlung“ und für die Patienten der Kategorie IV eine „[b]etreuende (abwartende) Behandlung“ empfohlen⁵³. Ob und inwiefern diese an der Behandlungsdringlichkeit orientierte Einteilung für die strafrechtliche Pflichtenkollision im Einzelnen hilfreich ist, kann nur durch Auf-

⁴⁷ Kritisch dazu auch *Walter*, Lasst das Los entscheiden!, Zeit-online v. 2.4.2020, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (Stand: 27.08.2020). Näher dazu unten II.2.c)bb)(1)(a).

⁴⁸ Darauf verweisen auch *Brech* (Anm. 12), S. 151; *Gelinsky*, Brauchen wir ein Triage-Gesetz, Zur Verteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen, Teil 1, S. 3, abrufbar unter: <https://www.kas.de/documents/252038/7995358/Brauchen+wir+ein+Triage-Gesetz.pdf/dd0cb801-4217-7219-b531-278a774e311e?version=1.0&t=1586415062476> (Stand: 27.08.2020), und *Taupitz*, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 106.

⁴⁹ *Taupitz*, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 106 ff.

⁵⁰ Nationaler Pandemieplan, Teil I, Anhang 1 zu Kapitel 5, S. 52, abrufbar unter: https://www.gm-konkline.de/documents/pandemieplan_teil-i_1510042222_1585228735.pdf (Stand: 27.08.2020).

⁵¹ *Schneider/Wolcke/Böhmer*, Taschenatlas Notfall & Rettungsmedizin, 4. Aufl. 2010, S. 11f.; *Sefrin/Weidinger/Weiß*, DÄBl 2003, A 2057; zum Ganzen auch schon *Brech* (Anm. 12), S. 52ff.; *Dönicke* (Anm. 22), S. 99 ff.; *Scholten* (Anm. 9), S. 49 ff.; *Taupitz*, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 104 f.

⁵² *Sefrin/Weidinger/Weiß*, DÄBl 2003, A 2057.

⁵³ Ebd.

arbeitung der für die Festlegung der Pflichtenrangfolge maßgeblichen Gesichtspunkte bestimmt werden⁵⁴.

In der aktuellen Diskussion wird nicht immer in der wünschenswerten Deutlichkeit an die im Strafrecht allgemein anerkannten Kriterien zur Präzisierung der Rangfolge der (kollidierenden) Pflichten angeknüpft⁵⁵, weshalb diese nachfolgend kurz umrissen werden. Allgemein soll es für die Pflichtenrangfolge auf die „Wertrelation der kollidierenden Rettungsinteressen“ ankommen⁵⁶. Bei zwei kollidierenden Garantenpflichten ist die abstrakte Bedeutung der zu schützenden Rechtsgüter zu vergleichen⁵⁷. Relevant sind für die Pflichtenhierarchie ferner „Grad und Nähe der Gefahr“⁵⁸. Der abstrakte Rechtsgütervergleich und der Gefahrengrad helfen in den Corona-Fällen freilich nicht weiter, da es bei allen Patienten, die akut intensivmedizinische Behandlung benötigen, in der Regel um das Schutzgut „Leben“ gehen wird. Das Kriterium der Gefahrennähe spielt in der aktuellen Diskussion zur Triage eine gewisse Rolle, wobei dann eher von der „Dringlichkeit“ der Behandlung die Rede ist⁵⁹.

Im Detail sind die Kriterien der Pflichtengewichtung noch nicht abschließend geklärt. So ist umstritten, ob sich bei der Pflichtenkollision ein Vorrang schon aus der Art der jeweiligen Rettungspflichten ergeben kann (Vorrang der Garantenpflicht vor der allgemeinen Hilfspflicht)⁶⁰. Streitig ist ferner, ob ein Vorverschul-

54 Brech (Anm. 12), S. 351, macht die verschiedenen Sichtungsguppen auch im Rahmen der ungleichwertigen Pflichtenkollision fruchtbar, was er mit den verfassungsrechtlichen Implikationen begründet; Bezüge zu den Sichtungskategorien finden sich auch bei Dönicke (Anm. 22), S. 99 ff. und S. 141, sowie Sowada, NSTZ 2020, 452, 456, wobei letzterer erwähnt, dass ggf. noch eine Anpassung „an die konkrete Aufgabenstellung“ erfolgen muss; auf die Sichtungskategorien bezieht sich im Zusammenhang mit der Pflichtenkollision auch Scholten (Anm. 9), S. 125, der dann auf S. 210 ff. aber ausführt, dass das Kriterium der Dringlichkeit bei der gegenwärtigen Gefährdung mehrerer Menschenleben nicht wirklich weiterhilft.

55 Eine deutliche Anknüpfung findet sich bei Sowada, NSTZ 2020, 452, 454 f., und Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627, 630 f.; bereits vor der Corona-Krise detaillierter auch Scholten (Anm. 9), S. 119 ff.

56 Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Anm. 8), Vorbem § 32 ff. Rdn. 74.

57 Rönau, JuS 2013, 113, 114; Satzger, Jura 2010, 753, 756; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Anm. 8), Vorbem § 32 ff. Rdn. 74.

58 Rönau, in: LK-StGB (Anm. 20), Vor §§ 32 ff. Rdn. 122, mit dem Zitat; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Anm. 8), Vorbem § 32 ff. Rdn. 74, nennt „die unterschiedliche Nähe der drohenden Gefahren (zB entfernte Lebensgefahr einerseits, akute Gefahr eines schweren Gesundheitsschadens andererseits)“ sowie „das Ausmaß der drohenden Verletzung bei gleichwertigen Rechtsgütern“.

59 Dazu unten II.2.c)aa)(1).

60 Dazu m. w. N. etwa Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Anm. 8), Vorbem § 32 ff. Rdn. 75.

den der zu rettenden Personen in die Abwägung einzubeziehen ist⁶¹. Unterschiedlich beurteilt wird überdies auch, ob die Anzahl der zu rettenden Menschenleben ein ausschlaggebender Abwägungsgesichtspunkt zur Begründung des Vorrangs einer Rettungspflicht sein darf⁶². Dabei herrscht im Ausgangspunkt Uneinigkeit, inwieweit die Verfassung eine vergleichende Betrachtung der Anzahl von Menschenleben bei kollidierenden Rettungspflichten ausschließt⁶³. Gerade an der Schnittstelle zum verfassungsrechtlich verbürgten Lebensschutz sind die Grundlagen der Pflichtengewichtung mithin noch unzureichend geklärt. Dies wirkt sich auch auf die aktuelle Diskussion zur Pflichtenkollision in Bezug auf die ärztliche Triage aus, da sich auch insoweit die Frage stellt, ob die Patientenauswahl auf die Optimierung der Überlebendenzahl ausgerichtet werden muss⁶⁴.

aa) Der Stand der Diskussion

Die aktuelle Diskussion zu den Triage-Kriterien durch Vertreter des strafrechtlichen Schrifttums ist im Einzelnen nicht leicht zu überblicken. Dies hat u. a. damit zu tun, dass die vorgeschlagenen Kriterien teilweise auf unterschiedliche Aspekte bezogen sind. Die vorgeschlagenen Kriterien sind zum Teil bloße Empfehlungen für die Entscheidung der Ärzte, deren Nichtbefolgung aber keine strafrechtlichen Konsequenzen zeitigen soll. So hat beispielsweise *Hoven* hinsichtlich des Postulats der Abwägungsfreiheit des menschlichen Lebens einen Vorstoß gewagt und sich auf den Standpunkt gestellt, dass bei der Auswahlentscheidung u. a. die Lebenserwartung der Patienten berücksichtigt werden dürfe.⁶⁵ Sofern *Hoven* dabei – wie ich vermute – aber von der Annahme ausgeht,

⁶¹ Grundsätzlich bejahend *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), Vorbem § 32ff. Rdn. 75; nach *dems.*, *MedR* 2020, 627, 633 f., ist das Vorverschulden aber in der Triage-Fällen kein zulässiges Differenzierungskriterium, da „[d]ie Grundlagen menschenwürdigen Daseins [...] jedem Menschen voraussetzungslos zu[stünden]“; verneinend *Neumann*, in: *NK-StGB* (Anm. 25), § 34 Rdn. 131.

⁶² Gegen die Relevanz eines quantitativen Vergleichs *Neumann*, in: *NK-StGB* (Anm. 25), § 34 Rdn. 132; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), Vorbem § 32ff. Rdn. 74.; a. A. etwa *Merkel*, *JZ* 2007, 373, 380.

⁶³ Für die Nicht-Addierbarkeit von Menschenleben *Neumann*, in: *NK-StGB* (Anm. 25), § 34 Rdn. 132; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), Vorbem § 32ff. Rdn. 74.; anders aber *Merkel*, *JZ* 2007, 373, 380.

⁶⁴ Näher dazu unten II.2.c)bb)(1)(b).

⁶⁵ *Hoven*, *JZ* 2020, 449, 450; ebenso auch *dies.*: Auch auf das Alter kommt es an, *FAZ* Einspruch exklusiv v. 31.03.2020, abrufbar unter: <https://www.faz.net/-irf-9y2dn> (Stand: 27.08.2020), sowie *dies.*, *NSZ* Editorial, Heft 7/2020.

dass die Rettungspflichten trotzdem jedenfalls grundsätzlich gleichwertig sind⁶⁶, wäre eine Nichtbefolgung des empfohlenen Auswahlkriteriums der Lebenserwartung in Anbetracht der bereits erläuterten Auswahlfreiheit bei gleichrangiger Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Perspektive im Ergebnis bedeutungslos. Teilweise scheinen auch „nur“ Vorschläge für den Gesetzgeber formuliert zu werden. Zum Teil werden aber auch für den Arzt verbindliche Vorgaben zur Präzisierung der Rangfolge der Rettungspflichten formuliert. Der komplexe Diskussionsstand soll nachfolgend dargelegt und für die hiesige Fragestellung ausgewertet werden.

(1) Verdichtungsgrad der Gefahr/Dringlichkeit

Engländer/Zimmermann, Rönna/Wegner, Sowada und *Sternberg-Lieben* sprechen sich aktuell für die Orientierung am Kriterium der Behandlungsdringlichkeit („sickest first“) aus⁶⁷. Auch *Walter* hält es – in Anlehnung an die Regeln zur Organzuteilung nach dem TPG – für richtig, in Fällen, in denen die Behandlung eines der Patienten auch noch etwas aufgeschoben werden kann, denjenigen Patienten zuerst zu behandeln, der dringender Behandlung benötigt⁶⁸. In diese Richtung gehen auch die Überlegungen von *Duttge*, der die „ethische Grundintuition zugunsten der Schwächsten“ als „zentrale Basis des modernen Sozialstaates und einer recht verstandenen »Solidarität«“ versteht⁶⁹. *Brech* und *Dönicke* haben das Kriterium der Behandlungsdringlichkeit unabhängig von der Corona-Krise auch schon früher für Katastrophenfälle vertreten⁷⁰. Einige der Vorgenannten erwägen, die in der Praxis etablierte Unterscheidung in vier Sichtungskategorien (teilweise) für die Pflichtengewichtung bei der Triage fruchtbar zu machen⁷¹.

⁶⁶ So verstehe ich im Ausgangspunkt die Ausführungen von *Hoven*, JZ 2020, 449 f., sowie *dies.*, FAZ Einspruch exklusiv v. 31.03.2020 (Anm. 65). Anzumerken ist allerdings, dass nach *Hoven/Hahn*, JA 2020, 481, 482, ungleichrangige Pflichten vorliegen, wenn die Behandlungserfolgsaussicht bei den Patienten divergiert.

⁶⁷ *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1401; *Rönna/Wegner*, JuS 2020, 403, 404 f.; *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 455 f.; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 630.

⁶⁸ *Walter*, Zeit-online v. 02.04.2020 (Anm. 47); auf die Parallele zum TPG verweist im Übrigen auch *Zimmermann*, LTO v. 23.03.2020 (Anm. 11).

⁶⁹ *Duttge*, medstra 2020, 193, 194.

⁷⁰ *Brech* (Anm. 12), S. 351; *Dönicke* (Anm. 22), S. 104 ff.

⁷¹ *Brech* (Anm. 12), S. 351; nur für die ersten drei Sichtungskategorien auch *Dönicke* (Anm. 22), S. 104 ff.; eine Parallele zu den Sichtungskategorien erwägt auch *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 456.

(2) Vorrang des medizinischen Personals und Erfolgsaussicht der Behandlung

Als ein weiteres mögliches Kriterium wird vereinzelt auch die vorrangige Rettung des medizinischen Personals und sonstiger Personen in besonders systemrelevanten Funktionen genannt („Rettet die Retter.“)⁷².

Die Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) empfiehlt die Orientierung an dem Kriterium des erwarteten Behandlungserfolges⁷³. Nach diesem Kriterium hat derjenige Patient Vorrang, bei dem „eine höhere Überlebenswahrscheinlichkeit“ angenommen wird⁷⁴. Die Empfehlung der DIVI ist nicht speziell auf die strafrechtliche Pflichtenkollision bezogen; es wird sogar ausdrücklich klargestellt, dass keine „abschließende juristische Einordnung“ intendiert sei⁷⁵. Das Kriterium der Erfolgsaussicht hat auch im strafrechtlichen Schrifttum (teilweisen) Zuspruch gefunden. *Hoven* hält das Kriterium der Erfolgsaussicht für die Position der „derzeit wohl vorherrschenden Meinung“⁷⁶. Teilweise ist schlagwortartig vom „save the most“-Prinzip die Rede⁷⁷. Im Rahmen der strafrechtlichen Pflichtenkollision möchten *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, Hörnle, Hoven/Hahn, Müller, Rau* und *Sowada* das Kriterium der Erfolgsaussicht der Behandlung bei der Gewichtung der Rettungspflichten fruchtbar machen⁷⁸. Zur Begründung tragen *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis* vor, dass nur

72 Für die Heranziehung des Kriteriums etwa *Taupitz*, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 121 f. m. w. N.; *ders.*, MedR 2020, 440, 449; erwähnt auch bei *Zimmermann*, LTO v. 23.03.2020 (Anm. 11); ablehnend *Döncke* (Anm. 22), S. 116 ff.; *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 162; *Scholten* (Anm. 9), S. 148 ff.; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 633; gegen eine gesetzgeberische Berücksichtigung des Kriteriums auch *Gelinsky*, Was regeln in einem Triage-Gesetz? Zur Zuteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen, Teil 2, S. 7, abrufbar unter: <https://www.kas.de/documents/252038/7995358/Was+regeln+in+einem+Triage-Gesetz+-+Zur+Zuteilung+von+Überlebenschancen+bei+unzureichenden+medizinischen+Ressourcen.pdf/c5e49a9e-f607-524e-d389-ae9b71fd9aee?version=1.0&t=1587487117224> (Stand: 27.08.2020).

73 2. Version der Empfehlung der Deutschen Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) zum Thema „Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie“; S. 4, abrufbar unter: <https://www.divi.de/joomlatoools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/200416-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-2.pdf> (Stand: 27.08.2020).

74 So die Beschreibung des Kriteriums in der 2. Version der Empfehlung der DIVI (Anm. 73), S. 4. In der 1. Version der Empfehlung war noch von „eine[r] höhere Überlebenswahrscheinlichkeit bzw. eine[r] bessere[n] Gesamtprognose (auch im weiteren Verlauf)“ die Rede; abrufbar unter: https://www.divi.de/joomlatoools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/COVID-19_Ethik_Empfehlung.pdf (Stand: 27.08.2020).

75 Empfehlung DIVI (Anm. 73), S. 5.

76 *Hoven*, JZ 2020, 449.

77 *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405.

78 *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 133 f.; *Hörnle*, Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten, Verfassungsblog v. 04.04.2020, abrufbar unter: <https://verfas>

das Kriterium der Orientierung am Behandlungserfolg angemessen zum Tragen bringe, dass die Teilhabe an den Ressourcen des Gesundheitswesens nicht dem Einzelnen, sondern vielmehr der Allgemeinheit zustünde⁷⁹. Ferner wird vorgebracht, dass auch im Rahmen des rechtfertigenden Notstands gemäß § 34 StGB die Rettungschance Berücksichtigung finden würde⁸⁰. Bei einer ärztlichen Fehleinschätzung der Überlebenschancen der Patienten sei zur Vermeidung einer überzogenen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bei der Maßstabsfestlegung auf die Vermeidung von Rückschaufehlern zu achten⁸¹.

Laut *Hilgendorf* verdient die Orientierung an der Erfolgsaussicht zwar grundsätzlich „Beifall“; er verweist jedoch auch auf Konkretisierungsschwierigkeiten bei der Festlegung des „Erfolges“, da unklar bleibe, ob das bloße Überleben (ggf. mit Folgeschäden) oder nur ein Überleben ohne Folgeschäden gemeint sei⁸². Gewisse terminologische Unklarheiten des Kriteriums betonen auch *Merkel/Augsberg*⁸³. „Utilitaristische“ Kriterien wie die Erfolgsaussicht der jeweiligen Rettungsmaßnahme werden zum Teil auch grundsätzlich abgelehnt⁸⁴. In Fällen, in denen die Behandlung eines Patienten vollständig aussichtslos sei, soll es insoweit allerdings bereits an einer Behandlungspflicht fehlen⁸⁵. Einige Kritiker des Kriteriums der Erfolgsaussicht scheinen ohnehin von der Prämisse anzugehen, dass das Kriterium aktuell als bloß ethische Empfehlung ohne strafrechtliche Relevanz für

sungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/ (Stand: 27.08.2020); *Hoven/Hahn*, JA 2020, 481, 482; *Müller* (Anm. 29); *Rau*, in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Aufl. 2020, § 18 Rdn. 41; *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 455 f.

⁷⁹ *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 131 f.

⁸⁰ *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 134; *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 455.

⁸¹ *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 137.

⁸² *Hilgendorf*, Triage-Empfehlungen in der Coronakrise: Mit Rechtsfragen nicht die Ärzte belasten?, LTO v. 27.03.2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-klinisch-ethische-empfehlungen-aerzte-pflichtenkollision-moeglichst-viele-nutzbringend-reiten/> (Stand: 27.08.2020); kritisch zum unklaren Erfolgsbegriff auch *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402.

⁸³ *Merkel/Ausberg*, JZ 2020, 704, 713.

⁸⁴ *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), Vorbem § 32 ff. Rdn. 74, mit dem Zitat; ebenso *ders.*, MedR 2020, 627, 631 f.; ablehnend auch *Gelinsky*, Teil 2 (Anm. 72), S. 9 ff.; *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 153 f.; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 708 f. und 712 f.; *Rönnau*, JuS 2013, 113, 114; *Scholten* (Anm. 9), S. 204 und S. 206; *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402, wobei letztere davon ausgehen, dass das Kriterium ohnehin nur als ethische Empfehlung innerhalb grundsätzlich gleichrangiger Pflichten Bedeutung haben könnte; kritisch zu „Effektivitätsabwägungen“ auch *Dönicke* (Anm. 22), S. 106 ff.

⁸⁵ *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), Vorbem § 32 ff. Rdn. 74; ebenso *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 154; eine „Mindestnutzenschwelle“ postulieren auch *Ast*, ZIS 2020, 268, 270, und *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 631 f.

die Rangfolge der Pflichten bei der Pflichtenkollision diskutiert wird⁸⁶. Einige Vertreter des Schrifttums halten eine Gewichtung der Rettungspflichten anhand des Kriteriums der Erfolgsaussicht der Behandlung insbesondere vor dem Hintergrund der quantitativen wie qualitativen Unabwägbarkeit des menschlichen Lebens für problematisch⁸⁷. Als problematisch empfunden wird auch, dass im Falle einer unzutreffenden Einschätzung der Überlebenschancen zweier Patienten ein Erlaubnistatumsirrtum vorläge, wodurch für den Arzt das Risiko einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nach § 222 StGB verbleiben würde⁸⁸. Die Orientierung an der Erfolgsaussicht wird von anderen Autoren ferner deshalb kritisiert, weil die üblichen Scoring-Systeme im Ergebnis zu einer Benachteiligung älterer und vorerkrankter Menschen führen würden⁸⁹. Es würde „faktisch eine Priorisierung von Lebensrettung am Maßstab prognostizierter Restlebenszeit und (genormter) Restlebenszeit vorgenommen“⁹⁰. *Rönnau/Wegner* haben ferner angedeutet, dass sich das Kriterium der Überlebenswahrscheinlichkeit nicht gut mit der hergebrachten Bewertung der Pflichten anhand des Kriteriums der Dringlichkeit vertrage⁹¹. Kritisch äußert sich hinsichtlich des Kriteriums auch *Walter*, der annimmt, es sei mit der Verfassung unvereinbar, einem Patienten unter Verweis auf die besseren Behandlungschancen eines anderen die Behandlung zu versagen, da die Maxime „Wer hat, dem wird gegeben“ ungerecht sei⁹². *Engländer/Zimmermann* haben auch Bedenken im Hinblick auf die „Garantie des derivativen Teilhabeanspruchs aus Art. 2 II 1 i. V. m. Art. 3 I GG“ geäußert⁹³.

(3) Zufall

Walter sieht im Falle der Ressourcenknappheit eine Patientenauswahl per Losverfahren als einzig gerechte Lösung an⁹⁴. Ausschlaggebend sei dann „die Majestät

86 So offenbar *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 404 f.

87 *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 153; *Scholten* (Anm. 9), S. 204; ebenso auch *Gelinsky*, Teil 2 (Anm. 72), S. 10 ff.

88 *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 153.

89 *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405.

90 *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405.

91 *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405: „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“.

92 *Walter*, Zeit-online v. 02.04.2020 (Anm. 47).

93 *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402.

94 *Walter*, Zeit-online v. 02.04.2020 (Anm. 47).

des Schicksals, oder, für gläubige Menschen, der Wille Gottes“, nicht aber der Wille eines Menschen⁹⁵. Wenn ich *Walter* richtig verstehe, ist die Einführung eines Losverfahrens von ihm aber vor allem als ein Vorschlag an den Gesetzgeber gemeint. Dass es sich um ein Gewichtungskriterium der Pflichten innerhalb der rechtfertigenden Pflichtenkollision handeln soll, wird jedenfalls nicht ausdrücklich klargestellt. Von anderen Autoren wird auch das „Prioritätsprinzip“⁹⁶ bzw. „zeitliche Zufallsprinzip“⁹⁷ erwähnt. Danach soll derjenige Patient zuerst behandelt werden, der zuerst eingewiesen worden ist („First come, first served“⁹⁸). Zum Teil wird eine zufallsbasierte Lösung jedenfalls für Fälle, in denen sich aus Sachgesichtspunkten kein Vorrang eines Patienten ergibt, befürwortet⁹⁹.

Die Randomisierung der Patientenauswahl hat allerdings auch Kritik erfahren: So wird ein Losverfahren etwa von *Rau* generell als „unzulässig“ angesehen¹⁰⁰. *Sowada* spricht in Bezug auf das Losverfahren von einer „Variante der offenen Kapitulation des Rechts vor der Tragik der Situation“¹⁰¹. *Duttge* lehnt ebenso den „verantwortungsscheuen Zufall des first-come-first-serve“ ab¹⁰². *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis* sehen im Zufallskriterium lediglich „eine ethische Notlösung“, die nur dann zum Tragen kommen könne, „wenn die diskriminierende Natur eines materialen Kriteriums belegt wäre“¹⁰³. Gegen das Kriterium wird eingewandt, dass es sowohl dem Selbstverständnis der Ärzte als auch der gesellschaftlichen Erwartung widerspreche, die Verteilung der Behandlungskapazitäten dem Zufall zu überlassen¹⁰⁴. *Taupitz* hat auch darauf hingewiesen, dass bei einem Zufallsentscheid dem Patientenzustand keine Bedeutung zukomme und damit knappe Ressourcen u. U. nicht in optimaler Weise eingesetzt würden¹⁰⁵.

95 Ebd.

96 *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 634; *Dönicke* (Anm. 22), S. 124 ff.: „Prioritätsgrundsatz“.

97 *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 133.

98 Dieses Zitat findet sich bei *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 133, und *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 456.

99 Für eine sekundäre Berücksichtigung des Prioritätsprinzips bei gleicher Dringlichkeit *Dönicke* (Anm. 22), S. 124 ff. und S. 148; für ein Losverfahren bei gleicher Dringlichkeit/Erfolgsaussicht *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402; bei gleicher Dringlichkeit plädiert für ein Losverfahren auch *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 634, wobei auch das Prioritätsprinzip in Erwägung gezogen wird; zurückhaltend hingegen *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 133.

100 *Rau*, in: Schmidt (Anm. 78), § 18 Rdn. 41.

101 *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 453.

102 *Duttge*, medstra 2020, 193, 194.

103 *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 133.

104 *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 133.

105 *Taupitz*, MedR 2020, 440, 449.

(4) Zwischenergebnis

Die vorstehend beschriebene Diskussion lässt sich holzschnittartig wie folgt zusammenfassen: In der Diskussion geht es um zwei Arten von Kriterien (Zufalls- und Sachkriterien). Innerhalb der Sachkriterien spielen vor allem die Behandlungsdringlichkeit sowie die Erfolgsaussicht eine wichtige Rolle. Bei der Argumentation werden vielfältige Aspekte herangezogen, wobei auffällig ist, dass insbesondere die verfassungsrechtlichen Implikationen teilweise anders verstanden werden.

bb) Identifikation der Faktoren einer überzeugenden Lösung

Um zu einem überzeugenden Lösungsvorschlag zu gelangen, müssen zunächst die maßgeblichen Faktoren einer überzeugenden Lösung identifiziert werden.

Die Normenhierarchie gibt vor, dass die Konkretisierung der Pflichtenkollision mit dem höherrangigem Recht, d.h. insbesondere dem Verfassungsrecht, in Einklang stehen muss. Damit ist zu klären, welche verfassungsrechtlichen Implikationen für die Triage zu beachten sind¹⁰⁶. Ein besonderes Augenmerk soll auf den vielfach herangezogenen Grundsatz „keine Abwägung Leben gegen Leben“ gelegt werden. Geprüft werden ferner die Implikationen des Art. 3 Abs. 1 GG. Aus dem Verfassungsrecht könnten sich auch erste Hinweise darauf ergeben, ob bei der Patientenauswahl eher anhand des Zufalls oder anhand eines Sachkriteriums (wie z. B. der Erfolgsaussicht der Behandlung) entschieden werden sollte.

In der bisherigen Diskussion wurden argumentativ Kriterien herangezogen, die auch in anderen Normen maßgeblich sind: Erstens wurde zum Teil eine Parallele zu den Kriterien der Interessengewichtung im Rahmen des § 34 StGB gezogen¹⁰⁷. Bevor die zu § 34 StGB anerkannten Gewichtungskriterien auch für die Pflichtenkollision fruchtbar gemacht werden können, ist zu prüfen, ob und warum die Faktoren der Interessengewichtung bei beiden Rechtfertigungsgründen identisch sind. Zweitens wird in der Diskussion teilweise auch auf die Regeln zur Organallokation, d.h. den Verteilungsregeln gemäß § 12 Abs. 3 S. 3 TPG eingegangen¹⁰⁸. Auch dieser Parallele gilt es nachzuspüren um diese ggf. für die Triage fruchtbar zu machen.

¹⁰⁶ Ausführlich dazu bereits *Brech* (Anm. 12), S. 180 ff.

¹⁰⁷ Darauf verweisen etwa *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1401; *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 134; *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 455.

¹⁰⁸ Darauf verweisen etwa *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1401; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 632 oder *Walter*, Zeit-online v. 02.04.2020 (Anm. 47); anders *Brech* (Anm. 12), S. 152f., der annimmt, dass die Vorschrift an und für sich „zur grundsätzlichen Beantwortung der Frage, nach welchen Kriterien und insbesondere nach welcher Kriterienreihenfolge knappe medi-

Zum Teil wurde auch mit den Folgen eines etwaigen Umstandsirrums der Ärzte (z. B. im Falle einer unzutreffenden Einschätzung der Behandlungsaussichten der Patienten) argumentiert. Dass sich als Folge eines Umstandsirrums eine etwaige Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ergeben könnte, ist aber ein bloßes Reflexproblem und taugt nicht als Argument gegen ein Rangverhältnis der Rettungspflichten. Die Irrtumsfolgen werden daher hier vernachlässigt.

(1) Präzisierung der verfassungsrechtlichen Implikationen

(a) Lebensschutz

Der in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verbürgte Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit ist für die Beurteilung der Triage von zentraler Bedeutung. Für das sog. Abwägungsverbot Leben gegen Leben werden im Detail verschiedene Begründungen vorgebracht¹⁰⁹. Die Begründungen widersprechen sich letztlich nicht, sondern ergänzen einander. Das Abwägungsverbot wird zum Teil mit der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 GG in Verbindung gebracht¹¹⁰. Teilweise wird auch auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Abschussermächtigung gekaperter Flugzeuge gemäß § 14 Abs. 3 LuftSiG a.F. verwiesen, in welchem die Tötung unschuldiger Passagiere auch bei Verfolgung des Ziels der Rettung einer Mehrzahl anderer Menschen für unzulässig erachtet wurde¹¹¹. Nach dem Bundesverfassungsgericht schließt es die Menschenwürdegarantie aus, „den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen“¹¹². Wann eine solche Degradierung zum Objekt erfolge, sei eine Frage des konkreten Einzelfalls¹¹³.

Bei der im Strafrecht im Zusammenhang mit dem Aggressivnotstand nach § 34 StGB vielfach angeführten Unabwägbarkeit des Lebens geht es im Kern darum, dass kein Mensch gezwungen werden darf, zur Rettung eines anderen sein

zinische Ressourcen insgesamt rechtlich verteilt werden dürfen bzw. müssen, keinen wesentlichen Beitrag zu leisten [vermag]“; kritisch zu einer Orientierung an § 12 Abs. 3 S. 1 TPG auch *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 714.

109 Überblick über verschiedene Begründungsansätze bei *Wilenmann*, ZStW 127 (2015), S. 888, 897 ff.

110 *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1401.

111 BVerfG NJW 2006, 751; darauf verweist *Amos*, LTO v. 09.04.2020 (Anm. 26); im Zusammenhang mit Tötungen durch aktives Tun auch *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1401; kritisch zum alleinigen Rekurs auf diese Entscheidung *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 705, die hervorheben, dass es eine etablierte einschlägige Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts gibt.

112 BVerfG NJW 2006, 751, 757.

113 BVerfG NJW 2006, 751, 758.

Leben hinzugegeben¹¹⁴. Das Solidaritätsprinzip, das § 34 StGB zugrunde liegt, reicht nicht so weit, dass die Opferung eines Menschenlebens erfasst wäre¹¹⁵. Die Opferung eines Menschenlebens kann weder mit einem quantitativen Überwiegen der Anzahl der Geretteten noch mit qualitativen Aussagen über den Wert des Lebens eines Menschen gerechtfertigt werden¹¹⁶. Zur Begründung wird vorgebracht, dass das Leben ein rein individuelles Rechtsgut sei, dessen Wert für den Einzelnen sich nicht einheitlich festlegen und abwägen lasse und bei dem es für eine summierende Betrachtung an einem Bezugspunkt fehle¹¹⁷.

In den hier interessierenden Fällen der Ressourcenknappheit geht es im Kern nicht um die Opferung eines Menschen (wie etwa bei den Passagieren im viel diskutierten Abschuss eines von Terroristen gekaperten Flugzeugs), sondern um ein Zuteilungsproblem¹¹⁸. Eine vollständig „grundrechtsschonende“ Lösung für alle Beteiligten ist schlechterdings unmöglich¹¹⁹. Notgedrungen müssen bei Pandemien manche Patienten „ihrem von ihrer Krankheit und der Mangelsituation bestimmten Schicksal überlassen [werden]“¹²⁰. Der Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision, der aus dem Grundsatz *impossilium nulla obligatio est* hergeleitet wird, trägt gerade einer situativen Knappheit der Rettungsmöglichkeiten Rechnung¹²¹. Im Ergebnis wird von der Rechtsordnung durch diesen Rechtfertigungsgrund akzeptiert, dass einer Person eben keine Rettung zuteil werden konnte. Dass im Ergebnis ein Leben preisgegeben wurde, kann dann auch nicht als ein Verstoß gegen das Abwägungsverbot gewertet werden¹²².

Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ist „in besonderem Maße egalitär“ in dem Sinne, dass jedes Leben per se den gleichen Wert hat und jede den Lebenswert vergleichende Betrachtung unzulässig ist¹²³. Schlagwortartig

114 Erb, in: MüKo-StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 116; Neumann, in: Festschrift für Roxin, 2001, S. 421, 432.

115 Erb, in: MüKo-StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 116; Neumann, in: NK-StGB (Anm. 25), § 34 Rdn. 74.

116 So z. B. Erb, in: MüKo-StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 117 f.; Kühl, Allg. Teil (Anm. 14), § 18 Rdn. 114; Neumann, in: NK-StGB (Anm. 25), § 34 Rdn. 74.

117 Neumann, in: Festschrift für Roxin, S. 421, 432; ders., in: NK-StGB (Anm. 25), § 34 Rdn. 74.

118 Auf diesen Unterschied verweist auch Brech (Anm. 12), S. 258; kritisch zur Parallele zum Flugzeugabschuss auch Hörnle, Verfassungsblog v. 04.04.2020 (Anm. 78), und Sowada, NStZ 2020, 452, 455.

119 Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129, 130.

120 Taupitz, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 117, mit dem Zitat (Hervorhebung getilgt); identisch ders., MedR 2020, 440, 445.

121 Vgl. auch Dannecker/Streng, JZ 2012, 444, 448.

122 Für die Übertragung des Abwägungsverbots auf die Pflichtenkollision hingegen offenbar Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151, 153.

123 Gutmann, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz Kommentar, 1. Aufl. 2005, § 12 TPG Rdn. 45, mit dem Zitat unter Verweis auf die Ausführungen in BVerfGE 39, 1, 59.

wird dies als „Lebenswertindifferenz“ des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG bezeichnet¹²⁴. Bezogen auf die Triage wird, wie schon erwähnt, eine Patientenauswahl anhand des Kriteriums der Behandlungserfolgsaussicht teilweise als eine unzulässige qualitative Abwägung Leben gegen Leben angesehen¹²⁵. Bei der Berücksichtigung des Kriteriums der Behandlungserfolgsaussicht geht es richtigerweise aber gar nicht um eine Lebenswertbewertung, sondern allein um einen optimalen Einsatz der knappen vorhandenen Ressourcen. Die Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) betont auch ausdrücklich, man priorisiere die Patienten „nicht in der Absicht, Menschen oder Menschenleben zu bewerten, sondern aufgrund der Verpflichtung, mit den (begrenzten) Ressourcen möglichst vielen Patienten eine nutzbringende Teilhabe an der medizinischen Versorgung unter Krisenbedingungen zu ermöglichen“¹²⁶.

Das Abwägungsverbot wird teilweise auch so verstanden, dass der Staat sich jeder Aussage darüber, welches Leben vorrangig zu retten sei, von vornherein zu enthalten habe¹²⁷. So heißt es in der Stellungnahme des Ethikrates wörtlich, „dass [d]as Recht [...] für diese Entscheidung keine positiven Auswahlkriterien [biete]“¹²⁸. Empfohlen wird seitens des Ethikrates allerdings zugleich eine Entscheidungsfindung „nach wohl überlegten, begründeten, transparenten und möglichst einheitlich angewandten Kriterien“, wobei auf die Empfehlungen medizinischer Fachgesellschaften verwiesen wird¹²⁹. In der Zusammenschau ist diese Position – wie auch schon *Walter* anmerkte – „widersinnig“¹³⁰. Wenn man meint, dass der Staat in Anbetracht der grundsätzlichen Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens gar keine Auswahlkriterien vorgeben dürfe, kann man nicht im gleichen Atemzug die Entscheidung einfach anderen überlassen¹³¹. Wer eine Entscheidung delegiert, trifft damit auch eine Entscheidung. Der Gesetzgeber kann sich deshalb nicht einfach zurücklehnen und andere machen lassen. Der Gesetz-

124 Vgl. etwa *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Anm. 123), § 12 TPG Rdn. 45, unter Verweis auf *Lübbe*; dazu auch z. B. *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 631.

125 Dazu m.N. bereits oben II.2.c)aa)(2).

126 Empfehlung DIVI (Anm. 73), S. 4.

127 Ethikrat (Anm. 2), S. 4; *Merkel*, FAZ v. 04.04.2020 (Anm. 42), S. 13; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 707.

128 Ethikrat (Anm. 2), S. 4. Nur in negativer Hinsicht wurden einige unzulässige Kriterien namhaft gemacht („solche im Hinblick auf sozialen Status, Herkunft, Alter, Behinderung“).

129 Ebd.

130 *Walter*, Zeit-online v. 02.04.2020 (Anm. 47), mit dem Zitat.

131 Ebd.

geber ist wegen des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) eigentlich grundsätzlich verpflichtet, wesentliche Fragen selbst zu regeln¹³². Vor diesem Hintergrund ist der vielstimmige Ruf nach dem Gesetzgeber in der Triage-Frage¹³³ – also einer „Entscheidung über Leben und Tod“¹³⁴ – deshalb sehr berechtigt¹³⁵. Darüber hinaus überzeugt es nicht, das Abwägungsverbot als eine Art verfassungsrechtlichen Knebel für heikle Entscheidungsdilemmata zu verstehen¹³⁶. In Situationen, in denen lebenserhaltende Ressourcen in nicht ausreichendem Umfang zur Verfügung stehen, kann die Entscheidung nicht einfach ausgesetzt werden, denn irgendwer muss die knappe Ressource nun einmal erhalten und irgendwer eben nicht. In einer solchen Situation ist ein gesetzgeberisches Ringen um Verteilungsgerechtigkeit und kein Nachtwächterstaat gefragt.

(b) Existenzminimum, Gleichheitsgrundsatz und der Teilhabeanspruch an den Ressourcen des Gesundheitswesens

Dem GG lassen sich Anhaltspunkte für die Verteilung medizinischer Ressourcen entnehmen. Ein originärer Teilhabeanspruch des Bürgers besteht nur insoweit, als er das Existenzminimum betrifft¹³⁷. Ein Anspruch auf „ausreichende medizinische Versorgung“ (z. B. in Krisenzeiten) soll damit jedoch nicht einhergehen¹³⁸. Aus Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich für den Einzelnen aber jeden-

132 Dazu mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts z. B. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 3. Aufl. 2015, Bd. 2, Art. 20 Rdn. 113.

133 Eine gesetzgeberische Entscheidung fordern z. B. *Brech* (Anm. 12), S. 308 m. w. N.; *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 404: „schweres Versäumnis“; *Taupitz*, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 109 f., 124 f.; *ders.*, MedR 2020, 440, 442; *Walter*, Zeit-online v. 02.04.2020 (Anm. 47); *Witte*, MedR 2015, 491, 492 ff.; auf die Implikationen des Parlamentsvorbehalts und der Wesentlichkeitstheorie verweist auch *Gelinsky*, Teil 1 (Anm. 48), S. 6, die allerdings „Befürchtungen staatlicher Überforderungen nicht ausblenden möchte“.

134 Zitat von *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398.

135 Offen gelassen durch BVerfG, Beschl. v. 16.07.2020 – 1 BvR 1541/20, BeckRS 2020, 19319.

136 Kritisch auch *Lübbe*, MedR 2020, 434, 438.

137 *Lorenz*, in: Bonner Kommentar zum GG, Stand: 205. EL Juli 2020, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rdn. 661; *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, *Grundgesetz-Kommentar*, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rdn. 224; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, 3. Aufl. 2013, Bd. 1, Art. 2 Abs. 2 Rdn. 96; *Di Fabio*, in: Maunz/Düring, *Grundgesetz-Kommentar*, Stand: 90. EL Februar 2020, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rdn. 94: „Leistungsansprüche für eine Grundversorgung“; ferner *Brech* (Anm. 12), S. 191 f.; *Taupitz*, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 115; *ders.*, MedR 2020, 440, 443.

138 *Murswiek/Rixen*, in: Sachs (Anm. 137), Art. 2 Rdn. 225, mit dem Zitat; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rdn. 60.

falls ein derivativer Teilhabeanspruch an der medizinischen Versorgung¹³⁹. *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis* betonen „den Umstand, dass die Basisgleichheit aller von der Triage betroffenen Patienten sich auf eine faire Berücksichtigung ihrer Überlebensinteressen und -chancen beschränkt“¹⁴⁰.

Bei Teilhabeansprüchen ist das Verfahren der Zugangsgewährung gleichheitssichernd auszugestalten¹⁴¹. Was dies im Einzelfall bedeutet, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner „Numerus clausus-Entscheidung“ ausgeführt¹⁴². Der Gesetzgeber habe „sich in steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken um eine auch für den Benachteiligten zumutbare Auswahl zu bemühen“. Wichtig sei vor allem, jedem Bewerber „eine Chance zu belassen“. In einer neueren Entscheidung zur Studienplatzvergabe im Fach Humanmedizin hieß es noch ergänzend, dass „[d]ie verfassungsrechtlich gebotene Chancengleichheit [...] das Risiko des Fehlschlags einer Bewerbung auf einen Studienplatz ein[schließe]“¹⁴³. Da es bei der Triage wie bei der Studienplatzvergabe um die Verteilung einer begrenzten Ressource an grundsätzlich Gleichberechtigte geht¹⁴⁴, müssten insoweit die gleichen Grundsätze gelten. In Anbetracht des Umstands, dass die Triage bzw. der Zugang zu den intensivmedizinischen Ressourcen vom Gesetzgeber bislang nicht geregelt wurden, kann seitens der Rechtswissenschaft derzeit nur aufgezeigt werden, ob und inwieweit Art. 3 Abs. 1 GG im Zusammenspiel mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eine Ausstrahlungswirkung auf die bei der Triage anzulegenden Auswahlkriterien hat¹⁴⁵.

In der aktuellen Diskussion stehen sich im Wesentlichen zwei Arten von Kriterien gegenüber: Sachliche Auswahlkriterien einerseits und eine zufallsbasierte Auswahl andererseits. Für die Studienplatzvergabe hat sich das Bundesverfassungsgericht für ein sachliches Auswahlkriterium entschieden (nämlich die Eig-

139 Lorenz, in: BonnKomm-GG (Anm. 137) Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rdn. 664; in Bezug auf die Versorgung durch staatliche Einrichtungen auch *Di Fabio*, in: Maunz/Düring (Anm. 137), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rdn. 94, und *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Anm. 137), Art. 2 Abs. 2 Rn. 96; ferner *Brech* (Anm. 12), S. 197 ff.; *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 629; *Taupitz*, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 116; *ders.*, MedR 2020, 440, 444; *Witte*, MedR 2015, 491, 492; *Zimmermann*, LTO v. 23.03.2020 (Anm. 11).

140 *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 131.

141 *Brech* (Anm. 12), S. 204; *Taupitz*, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 116; *ders.*, MedR 2020, 440, 444.

142 Dazu und zum Folgenden BVerfG NJW 1972, 1561, 1567; auf diese Entscheidung verweisen auch z.B. *Brech* (Anm. 12), S. 204, S. 239 f., sowie im Zusammenhang mit dem TPG auch *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444, 447 f.

143 BVerfG NJW 2018, 361, 363 Rdn. 106.

144 Auf die Gleichberechtigung aller Studienbewerber verweist BVerfG NJW 1972, 1561, 1567.

145 Zur Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes auf die Patientenauswahl auch schon *Brech* (Anm. 12), S. 199 ff. m. w. N.

nung der Bewerber)¹⁴⁶. Ein Zufallsentscheid hat demgegenüber den Vorteil, dass jeder eine faire Chance erhält¹⁴⁷. *Zimmermann* hat auch darauf hingewiesen, dass das Zufallskriterium in anderen rechtlichen Zusammenhängen wie der Kita-Platz-Vergabe durchaus etabliert ist¹⁴⁸. Überlässt man die Auswahl dem Zufall, bedeutet dies allerdings, die Auswahl „blind“ für sachliche Unterschiede zu treffen¹⁴⁹. Art. 3 Abs. 1 GG verlangt vom Gesetzgeber Sachgerechtigkeit, also eine Wahrnehmung und differenzierte Berücksichtigung der Wirklichkeit und deren Strukturen¹⁵⁰. Sofern sich bei den Patienten tatsächliche Unterschiede ausmachen lassen, ist der Zufall daher unter Umständen ein schlechter Ratgeber¹⁵¹. In den Triage-Fällen ist für eine sachgerechte Lösung meines Erachtens deshalb vorrangig anhand von Sachkriterien zu entscheiden. Eine medizinisch fundierte Auswahl dürfte – wie *Gaede/Kubiciel/Salinger/Tsambikakis* bereits zu Recht hervorgehoben haben – sowohl dem Selbstverständnis der Mediziner als auch der Erwartungshaltung der Gesellschaft eher entsprechen als ein Zufallsentscheid¹⁵². Für „unentscheidbare Patt-Situationen“, bei denen sich der Vorrang eines Patienten nicht festlegen lässt, kann das Zufallskriterium dann ggf. sekundär herangezogen werden¹⁵³.

In den Fällen akuter Ressourcenknappheit wird aus dem umfänglichen Lebensschutzauftrag des Grundgesetzes unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 1 GG nach vorzugswürdiger Auffassung ein sog. Optimierungsgebot, welches den Gesetzgeber zur Etablierung eines Verteilungssystems verpflichtet, bei dem möglichst viele Menschenleben gerettet werden¹⁵⁴. Der durch *Alexy* geprägte Begriff

146 BVerfG NJW 2018, 361, 363 Rdn. 108.

147 *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 634; auch *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 456, räumt im Hinblick auf das zufallsbasierte Kriterium der zeitlichen Reihenfolge ein, dass dadurch „dem Gedanken strikter Gleichbehandlung“ Rechnung getragen wird.

148 *Zimmermann*, LTO v. 23.03.2020 (Anm. 11); darauf verweist auch *Walter*, Zeit-online v. 02.04.2020 (Anm. 47); zur Randomisierung in anderen Kontexten ferner auch *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402; zur Relevanz des Prioritätsgrundsatzes in anderen rechtlichen Zusammenhängen auch *Döncke* (Anm. 22), S. 125.

149 *Gaede/Kubiciel/Salinger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 133, sprechen von „blind-formalen Entscheidungen“; *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 453, spricht von „rigoroser Ausblendung aller Sachaspekte“; vgl. zur Ergebnisblindheit formeller Auswahlkriterien in etwas anderem Zusammenhang auch *Spitzlei*, JA 2020, 372, 376.

150 *Kirchhof*, in: Maunz/Düring (Anm. 137), Art. 3 GG Rdn. 383.

151 So auch *Taupitz*, MedR 2020, 440, 449.

152 *Gaede/Kubiciel/Salinger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 133.

153 So mit dem Zitat auch *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402; ebenso auch *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 634; ähnlich *Gaede/Kubiciel/Salinger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 133.

154 *Brech* (Anm. 12), S. 237 ff.; *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444, 447 ff.; *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 455; *Taupitz*, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 117 f.; *ders.*, MedR 2020, 440, 444 f.; relativierend, jedoch grundsätzlich in diese Richtung auch *Ethikrat* (Anm. 2), S. 4.

des Optimierungsgebots bezieht sich darauf, dass Prinzipien „in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und daß das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt“, wobei die Reichweite der rechtlichen Möglichkeiten wiederum „durch gegenläufige Prinzipien und Regeln“ festgelegt werden soll¹⁵⁵. Das Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zuzuordnende „Prinzip des Schutzes des Lebens“ gebietet laut Alexy in diesem Sinne eine möglichst weitgehende Verwirklichung innerhalb der Grenzen des tatsächlich und rechtlich Möglichen¹⁵⁶. Bezogen auf die Ressourcenallokation bei Pandemien soll aus dem Optimierungsgebot folgen, dass das Lebensrecht jedes Einzelnen im Sinne praktischer Konkordanz so weit es geht zu berücksichtigen ist¹⁵⁷. Da die Auflösung bei Pandemien in der Maximierung der Überlebendenzahl besteht, ist schlagwortartig von einer „Maximierungsformel“ die Rede¹⁵⁸. Eine Patientenauswahl anhand des Kriteriums der Erfolgsaussicht der Behandlung ermöglicht es in diesem Sinne, „der Gesamtheit der vom Gesundheitswesen geschützten Personen den *prima facie* besten Nutzen zu[zu]führen“¹⁵⁹.

Teilweise wird der Aspekt der Gesamtnutzensteigerung jedoch für irrelevant gehalten¹⁶⁰. Stattdessen heißt es, dass GG stelle „den egalitären Schutz der Lebens- und Gesundheitsinteressen jedes einzelnen Patienten über die Maximierung dieser Interessen in Summe“¹⁶¹. Zimmermann spricht von der „antiutilitaristische[n], am normativen Individualismus orientierte[n] Ausrichtung des Grundgesetzes“¹⁶². Dass utilitaristische Erwägungen im Zusammenhang mit dem Aggressivnotstand keine Aufopferung von Menschenleben zu rechtfertigen vermögen, ist – wie bereits ausgeführt – unstreitig¹⁶³. Dass im Falle der Ressourcenerschöpfung bei Allokationsentscheidungen aber gleichermaßen kein Raum für utilitaristische Erwägungen ist, lässt sich dem GG keineswegs entnehmen¹⁶⁴. Im

155 Alexy, Theorie der Grundrechte, 1. Aufl. 1994, S. 75 f.; auf die dortigen Ausführungen bezieht sich auch Brech (Anm. 12), S. 238.

156 Alexy (Anm. 155), S. 414.

157 Taupitz, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 117 f.; ders., MedR 2020, 440, 445.

158 Z. B. Brech (Anm. 12), S. 208; Taupitz, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 116; ders., MedR 2020, 440, 444 f.; Witte, MedR 2015, 491, 493 f.

159 Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129, 134.

160 Ablehnend etwa Duttge, medstra 2020, 193; Gelinsky, Teil 2 (Anm. 72), S. 10 f.; Merkel/Augsburg, JZ 2020, 704, 705; Scholten (Anm. 9), S. 175 ff.; Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627, 631 f.; s. a. die Nachweise in den folgenden beiden Fußnoten.

161 Gutmann, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Anm. 123) § 12 TPG Rdn. 44.

162 Zimmermann, LTO v. 23.03.2020 (Anm. 11).

163 Dazu oben II.2.c)bb)(1)(a).

164 Nach Lübke, MedR 2020, 434, 439, ist die Frage, wo in der Verfassung utilitarische Erwägungen ausgeschlossen werden, „natürlich auch erlaubt“.

Gegenteil: Eine vollständige Ausblendung der Behandlungserfolgsaussicht bei der Patientenauswahl läuft am Ende des Tages auch auf die Preisgabe von mehr Menschenleben hinaus und würde damit in ergebnisblinder Weise den verfassungsrechtlich verbürgten Schutz aller Menschenleben geradezu konterkarieren¹⁶⁵. Zu Recht wurde auch bereits darauf hingewiesen, dass die Prämisse, dass jedes Menschenleben gleich wertvoll ist, zugleich zu der Einsicht zwingt, dass zwei Menschenleben mehr wert als eines allein sind¹⁶⁶.

Aus dem Optimierungsgebot lässt sich auch ableiten, dass bei einem akuten medizinischen Versorgungsengpass vorrangig das medizinische Personal sowie weitere Personen, welche die Infrastruktur sichern (z. B. Polizisten¹⁶⁷), zu behandeln sind, sofern dadurch wiederum mehr Menschen medizinische Behandlung zuteil werden kann¹⁶⁸. Es handelt sich dabei nicht um eine unzulässige qualitative Höherbewertung des Lebens von Angehörigen bestimmter Berufe¹⁶⁹. Die Privilegierung ist vielmehr ein bloßer Reflex, während es im Kern nur um die Maximierung der Überlebendenzahl geht. Es handelt sich in Wahrheit – in den Worten Wittes – um „eine sachlich begründete Auswahl anhand des instrumentellen Werts der priorisierten Schlüsselpersonen“¹⁷⁰.

(2) Die Parallele zu den Gewichtungskriterien bei § 34 StGB und § 12 Abs. 3 S. 1 TPG

Da es bei der Triage um die Frage der Behandlung von Patienten geht, sind bei dem Verteilungssystem richtigerweise insbesondere die „Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft“ (vgl. § 12 Abs. 3 S. 1 TPG)¹⁷¹ zu berücksichtigen. Für die

165 In diesem Sinne auch *Taupitz*, MedR 2020, 440, 445.

166 *Brech* (Anm. 12), S. 247, unter Berufung auf *Harris*; *Taupitz*, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 117; *ders.*, MedR 2020, 440, 445 m. w. N.; a. A. *Lübbe*, MedR 2020, 434, 438; *Scholten* (Anm. 9), S. 187, *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 633.

167 *Witte*, MedR 2015, 491, 495.

168 *Taupitz*, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 121 f.; *ders.*, MedR 2020, 440, 449; ebenso auch *Witte*, MedR 2015, 491, 495; „Die Priorisierung des Schlüsselpersonals trägt bereits den Keim der Vermeidung des weiteren Sterbens in sich“. Auf die Nutzenmaximierung verweist auch *Zimmermann*, LTO v. 23.03.2020 (Anm. 11), der allerdings zu bedenken gibt, dass Personen mit anderen Berufen dann keine Chance verbleiben würde; gänzlich ablehnend *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 162; vgl. dazu auch *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402.

169 Ebenso *Taupitz*, MedR 2020, 440, 449; *Witte*, MedR 2015, 491, 495; ablehnend *Dönicke* (Anm. 22), S. 116 ff.; *Scholten* (Anm. 9), S. 151 ff.; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 633.

170 *Witte*, MedR 2015, 491, 495.

171 Zum Teil wird dem Gesetzgeber insoweit ein „Kategorienfehler“ vorgeworfen, so *Gutmann*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* (Anm. 123), § 12 TPG Rdn. 21; a. A. *Rissing van Saan*, NStZ 2014, 233, 236.

weitere Präzisierung könnten § 34 StGB und § 12 Abs. 3 S. 1 TPG auch noch weitere Orientierung liefern. Gemäß § 12 Abs. 3 S. 1 TPG sind Spenderorgane insbesondere anhand der Kriterien der Dringlichkeit und der Erfolgsaussicht zu vermitteln. § 34 S. 1 StGB verlangt die „Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren“. Der Abwägungsfaktor des „Grades der drohenden Gefahr“ dürfte dem bereits genannten Kriterium der Dringlichkeit entsprechen¹⁷². Als weiterer Gesichtspunkt wird häufig die „Größe der Rettungschance“ genannt¹⁷³. Dieses Kriterium dürfte wiederum der bereits erwähnten „Erfolgsaussicht“ entsprechen¹⁷⁴.

Für die hiesige Fragestellung lassen diese Parallelen aber überhaupt nur dann tragfähige Rückschlüsse zu, wenn sich gemeinsame Grundstrukturen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, des § 34 StGB und § 12 Abs. 3 S. 1 TPG namhaft machen lassen. Dazu ist zunächst zu sagen, dass die rechtfertigende Pflichtenkollision nach vorzugswürdiger Auffassung kein Sonderfall des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB ist¹⁷⁵. Der wesentliche Unterschied der beiden Rechtfertigungsgründe ist – wie *Neumann* treffend ausgeführt hat – darin zu sehen, dass „die Regeln des rechtfertigenden Notstands lediglich ein Verbot suspendieren und damit den vorhandenen rechtlichen Handlungsspielraum des Betroffenen erweitern“, wohingegen „es bei der Pflichtenkollision darum [geht], für den Verpflichteten überhaupt die Möglichkeit rechtmäßigen Verhaltens zu schaffen“¹⁷⁶. Bei § 34 StGB muss das geschützte Interesse wesentlich überwiegen, während bei der Pflichtenkollision auch schon die Erfüllung eines nur geringfügig überwiegenden Interesses genügt¹⁷⁷, damit der Täter sich auf den Rechtfert-

172 So auch *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 134; *Sowada*, NStZ 2020, 452, 455.

173 *Kühl*, Allg. Teil (Anm. 14), § 8 Rdn. 123; *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 133: „Rettungschance“; zum „Grad der Eignung zur Gefahrenabwehr“ *Frister*, Allg. Teil (Anm. 22), 17. Kap. Rdn. 12.

174 *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 134; *Sowada*, NStZ 2020, 452, 455. Ablehnend wegen verfassungsrechtlicher Bedenken *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 712.

175 *Neumann*, in: NK-StGB (Anm. 25), § 34 Rdn. 125, spricht von einer „normative[n] Differenz“ dieser Rechtfertigungsgründe; zu den Unterschieden auch *Erb*, in: MüKo-StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 41.

176 *Neumann*, in: Festschrift für Roxin, S. 421, 424.

177 *Erb*, in: MüKo-StGB (Anm. 24), § 34 Rdn. 41; *Neumann*, in: Festschrift für Roxin, S. 421, 424; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB (Anm. 25), Vorbem §§ 32 ff. Rdn. 170; demgegenüber soll nach *Sowada*, NStZ 2020, 452, 454 f., wegen der Unsicherheiten im Zusammenspiel verschiedener Abwägungskriterien bei der Pflichtengewichtung in Anlehnung an den Maßstab des § 34 nur ein wesentliches Überwiegen des Interesses eines Patienten die Auswahlfreiheit des Arztes einschränken. Die im Einzelfall praktisch sicher nicht ganz einfache Interessengewichtung ist aber kein überzeugendes Argument für eine Modifikation des bei der Pflichtenkollision anzulegenden Maßstabs.

tigungsgrund berufen kann. Die unterschiedlichen Abwägungsmaßstäbe sind darauf zurückzuführen, dass es bei § 34 StGB um den Übergriff in eine fremde Rechtssphäre geht und die dem Opfer abzuverlangende Solidarität nur im Falle eines erheblichen Interessenübergewichts auf Täterseite erwartet werden kann, während es bei der Pflichtenkollision um die Nichtvornahme einer Rettungshandlung in Anbetracht zweier konkurrierender Rettungsinteressen geht¹⁷⁸.

Trotz der unterschiedlichen Anforderungen an die Interessengewichtung liegt beiden Rechtfertigungsgründen ein umfassender Interessenvergleich zugrunde, bei dem identische Gesichtspunkte zum Tragen kommen. Dies ergibt sich bei § 34 StGB bereits unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut. Bei der rechtfertigenden Pflichtenkollision ist dies hingegen weniger offensichtlich, da dem Begriff nach „Pflichten“ und nicht „Interessen“ situativ kollidieren¹⁷⁹. *Neumann* hat aber dargelegt, dass sich Pflichten letztlich auf Interessen zurückführen lassen¹⁸⁰. Es sei zu bedenken, dass „strafrechtliche Pflichten kein Selbstzweck sind, sondern ihre Funktion und ihre Legitimation denjenigen Interessen und Rechtspositionen verdanken, deren Schutz sie dienen“¹⁸¹. Bei der Pflichtenkollision gehe es „in Wahrheit um eine Kollision von Rettungsinteressen“¹⁸². Bei jeder Interessenabwägung ist der Staat verpflichtet, praktische Konkordanz, d. h. einen optimierenden Ausgleich der betroffenen Güter, herzustellen¹⁸³. Die Kriterien der Dringlichkeit und der Erfolgsaussicht sind vergrößernde Verallgemeinerungen möglicher Gesichtspunkte dieses Ausgleichs und tauchen deshalb in verschiedenen Kontexten auf. § 12 Abs. 3 S. 1 TPG regelt im Grunde nur einen Spezialfall einer Interessenkollision¹⁸⁴, bei dem es um die Verteilung von Spenderorganen geht.

cc) Dringlichkeit vs. Erfolgsaussicht

Die Kriterien der Dringlichkeit und der Erfolgsaussicht sind „geradezu gegenläufig“¹⁸⁵. Das Kriterium der Dringlichkeit ist an der individuellen Bedürftigkeit des Patienten ausgerichtet. Eine Auswahl unter Dringlichkeitsgesichtspunkten kann

178 *Neumann*, in: NK-StGB (Anm. 25), § 34 Rdn. 125.

179 Darauf verweist auch *Neumann*, in: Festschrift für Roxin, S. 421, 423.

180 *Neumann*, in: Festschrift für Roxin, S. 421, 423.

181 Ebd.

182 *Neumann*, in: Festschrift für Roxin, S. 421, 433.

183 Näher zur praktischen Konkordanz m. w. N. *Kalenborn*, JA 2016, 6 passim.

184 *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1401, sprechen zu Recht von einer „Spezialregel zur Organallokation“.

185 *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444, mit dem Zitat; inhaltlich ebenso *Brech* (Anm. 12), S. 271; *Gutmann/Fateh-Moghadam*, NJW 2002, 3365, 3368 f.; *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 455; *Taupitz*, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 124.

im Optimalfall eine Teilhabe mehrerer konkurrierender Patienten an den intensivmedizinischen Ressourcen bewirken, da dann sowohl der Patient gerettet werden kann, der dringender Hilfe benötigt, als auch derjenige, der vorübergehend noch eine Weile ausharren kann und dann später zum Zuge kommt¹⁸⁶. Im schlechtesten Fall bewirkt das Auswahlkriterium jedoch, dass nicht nur der behandelte Patient verstirbt, sondern auch noch der andere verdrängte Patient, der eigentlich bessere Erfolgsaussichten gehabt hätte, aber mangels frei werdender Ressourcen zum Sterben verurteilt wurde. Das Kriterium bewirkt mithin eine „suboptimale“ Ressourcenverteilung¹⁸⁷. Bei einer Entscheidung anhand des Kriteriums der Erfolgsaussicht werden vorrangig Patienten mit einer höheren Überlebenswahrscheinlichkeit behandelt. Eine Patientenauswahl anhand dieses Kriteriums bewirkt insgesamt eine Maximierung der Überlebendenzahl¹⁸⁸. Die Auflösung des „latenten Spannungsverhältnisses“ zwischen den Kriterien der Dringlichkeit und der Erfolgsaussicht kann letztlich nur durch den Gesetzgeber erfolgen¹⁸⁹. Zum Teil wird aus dem grundgesetzlichen Lebensschutzauftrag eine Vorreiterstellung des Kriteriums der Dringlichkeit abgeleitet¹⁹⁰. In den hier interessierenden Fällen, in denen es um Beatmungsplätze auf der Intensivstation geht, dürfte die Unvereinbarkeit der Kriterien praktisch ohnehin kaum problematisch sein. Es dürfte nämlich regelmäßig bei allen Patienten das Kriterium der Dringlichkeit zu bejahen sein (und zwar im Sinne akuter Dringlichkeit der Sichtungskategorie I), sodass es nur noch auf die jeweilige Erfolgsaussicht der Behandlung ankommt¹⁹¹. Für die genaue Bestimmung der für die jeweilige Erfolgswahrscheinlichkeit sprechenden Faktoren ist medizinische Expertise vonnöten. Es dürfte sich aber von selbst ver-

186 Vgl. Zimmermann, LTO v. 23.03.2020 (Anm. 11).

187 Gutmann/Fateh-Moghadam, NJW 2002, 3365, 3368, mit dem Zitat.

188 Dazu etwa Taupitz, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 116.

189 Taupitz, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 124, mit dem Zitat; kritisch zur fehlenden gesetzgeberischen Kriteriengewichtung bei § 12 Abs. 3 S. 1 TPG auch z.B. Gutmann/Fateh-Moghadam, NJW 2002, 3365, 3369; zum Austarieren des Zusammenspiels der Kriterien durch den Gesetzgeber unter Hinweis auf die Schwierigkeiten beim TPG auch Gelinsky, Teil 2 (Anm. 72), S. 12, die im Ergebnis hinsichtlich positiver Auswahlkriterien jedoch gesetzgeberische „Zurückhaltung“ empfiehlt.

190 Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627, 632; Taupitz, MedR 2020, 440, 443 m. w. N.; in diese Richtung wohl auch Duttge, medstra 2020, 1993, 194; für eine Versorgung von „Risikogruppen“ direkt nach dem „Schlüsselpersonal“ auch Witte, MedR 2015, 491, 495.

191 Auf die ähnliche Dringlichkeit und die damit einhergehende relativ hohe Bedeutung der Erfolgsaussicht verweist auch Sowada, NStZ 2020, 452, 456. Auf die grundsätzlich anzunehmende Dringlichkeit verweisen auch Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129, 133. Auch Ast, ZIS 2020, 268, 269 nimmt an, dass sich in akuten Fällen, in denen Patienten Beatmung benötigen, keine Pflichtenrangfolge anhand des Kriteriums der Dringlichkeit festlegen lässt. Dazu passt es auch, dass Fälle der „respiratorische[n] Insuffizienz“ laut Brech (Anm. 12), S. 53, in die Triagegruppe I einzuordnen sind.

stehen, dass das Zusammenspiel unterschiedlicher Faktoren (Vorerkrankungen usw.) zu berücksichtigen ist, weshalb der teils erhobene Vorwurf einer faktischen Altersdiskriminierung¹⁹² etwas zu weit geht¹⁹³.

dd) Differenzierte Priorisierung systemrelevanter Berufe

Vor dem Hintergrund der sog. Maximierungsformel ist es, wie bereits erwähnt, bei akuten Versorgungsengpässen konsequent, Angehörige systemrelevanter Berufe zu priorisieren¹⁹⁴. Da sich die Bevorzugung bestimmter Berufsgruppen aber nur mit der jeweils wahrgenommenen Funktion begründen lässt, sollte der Zusammenhang mit der allgemeinen Kapazitäts- und Nutzensteigerung nicht vorschnell bejaht werden. Im Anschluss an *Taupitz* ist vielmehr zu berücksichtigen, dass die Bedeutung des Optimierungsgebots als Rechtfertigungsgrundlage um so mehr zurücktritt, um so weniger konkret sich die vorrangige Rettung bestimmter Berufsgruppen in der Rettung anderer Menschen niederschlägt¹⁹⁵. Die Privilegierung von Angehörigen bestimmter Berufsgruppen setzt daher meines Erachtens voraus, dass die Systemrelevanz nur für unmittelbar bedeutsame Berufsgruppen angenommen wird. Die Bevorzugung ist weiterhin nur dann zu rechtfertigen, wenn im Falle eines hypothetischen medizinischen Versorgungsengpasses Grund zu der Annahme bestünde, dass durch die vorrangige intensivmedizinische Behandlung bestimmter Personen(-gruppen) eine Ressourcensteigerung im Bereich der medizinischen Versorgung und daraus folgend eine Maximierung der Überlebenszahl erreicht werden könnte. Entscheidend wäre damit, ob eine Genesung und eine Wiederaufnahme der systemrelevanten Tätigkeit stattfinden könnte, bevor die Versorgungskrise voraussichtlich schon wieder überwunden wäre¹⁹⁶. Dabei wäre natürlich zu berücksichtigen, dass der genaue Pandemieverlauf naturgemäß nur schwer vorhersagbar ist. Ob bei COVID-19-Patienten, die zunächst so schwer erkrankt sind, dass sie auf intensivmedizinische Behandlung angewiesen sind, eine Heilung, die eine zeitnahe Rückkehr in den Beruf zulässt, überhaupt

192 Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398, 1402; Rönna/Wegner, JuS 2020, 403, 405.

193 Einschränkung zur Altersdiskriminierung bei einer hinreichenden Vielfalt der einzubeziehenden Aspekte auch Gaede/Kubicieł/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129, 133.

194 Dazu m. w. N. oben II.2.c)bb)(1)(b).

195 *Taupitz*, in: Klöpfer (Anm. 1), S. 103, 122; ders., MedR 2020, 440, 449.

196 In diese Richtung (unabhängig von den Corona-Fällen) auch Dönicke (Anm. 22), S. 116: „Eine solche Rettung wichtiger Leute ist aber nur dann sinnvoll, wenn sie bald wieder einsatzfähig sind [...]“, wobei angenommen wird, dass bei schwerverletzten Patienten eine Priorisierung deshalb von vornherein ausgeschlossen sei; kritisch dazu Scholten (Anm. 9), S. 148 f.

realistisch ist, wäre unter Einbeziehung medizinischer Expertise auch noch zu klären¹⁹⁷.

d) Verbleibender Auswahlspielraum und Überlegungen de lege ferenda

Sofern sich unter den Gesichtspunkten der Privilegierung systemrelevanter Berufe sowie der Behandlungserfolgsaussicht (bei angenommener gleicher Dringlichkeit) kein Vorrang eines bestimmten Patienten begründen lässt, handelt ein Arzt, der im Falle einer akuten Ressourcenknappheit jedenfalls einen der konkurrierenden Patienten an das Beatmungsgerät anschließt, im Ergebnis hinsichtlich des Sterbenlassens des anderen Patienten gerechtfertigt. Nach herrschender Meinung spielt es keine Rolle, ob sich der Täter von anstößigen Kriterien (z. B. Rassismus) leiten lässt¹⁹⁸. Dies wird damit begründet, dass die Berücksichtigung dieser Kriterien zu Lasten des Täters „gesinnungsstrafrechtlichen Charakter“ hätte¹⁹⁹. Außerdem „würde der Richter in die missliche Lage versetzt, zulässige von unzulässigen Auswahlkriterien unterscheiden zu müssen“²⁰⁰.

Das letztgenannte Argument ist meines Erachtens nur ein sehr schwaches. Die Rechtsordnung enthält durchaus Anhaltspunkte dafür, welche Differenzierungskriterien sie nicht toleriert. Orientierung liefern Art. 3 Abs. 3 GG, das AGG²⁰¹ und die „Deklaration von Genf“, welche der (Muster-)Berufsordnung der Ärzte vorangestellt wurde. Zuzugeben ist aber, dass de lege lata diese Regelungen „strafrechtlich belanglos“ sind²⁰². Der Hinweis auf die Vermeidung gesinnungsstrafrechtlicher Strukturen ist nicht von der Hand zu weisen, da der Täter andernfalls letztlich nicht für das objektive Resultat seiner Entscheidung, sondern allein für die Motive seiner Auswahlentscheidung einstehen müsste. Die möglicherweise „schändlichen“ Auswahlmotive des Arztes werden durch die Zuerken-

197 Wenn man dies verneinen würde, käme eine Priorisierung dann aber z. B. bei der zukünftigen Verteilung von Impfstoffen gegen das Virus SARS-CoV-2 in Betracht.

198 Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151, 153; Rönnau, JuS 2013, 113, 115; ders., in: LK-StGB (Anm. 20), Vor §§ 32 ff. Rdn. 123; Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403, 404; Satzger, Jura 2010, 753, 757; darauf verweisen auch Hoven, FAZ Einspruch exklusiv v. 31.03.2020 (Anm. 65), sowie Zimmermann, LTO v. 23.03.2020 (Anm. 11).

199 Satzger, Jura 2010, 753, 757, mit dem Zitat; inhaltlich ebenso auch Scholten (Anm. 9), S. 221 und S. 222; Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627, 634.

200 Satzger, Jura 2010, 753, 757.

201 Auf die Bedeutung des AGG (als Konkretisierung des Art. 3 Abs. 3 GG) bei ärztlichen Auswahlentscheidungen verweisen auch Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403, 404.

202 In Bezug auf den Gleichheitsgrundsatz auch Zimmermann, LTO v. 23.03.2020 (Anm. 11), mit dem Zitat.

nung des – allein der situativen Überforderung Rechnung tragenden – Rechtfertigungsgrundes der Pflichtenkollision gerade nicht gebilligt; sie liegen aber gewissermaßen außerhalb des Sichtfeldes der Rechtsordnung.

Nichtsdestotrotz wird teilweise kritisch angemerkt, dass die Patienten letztlich „ärztlicher Willkür“ ausgesetzt seien²⁰³. Für den „rechtsfreie[n] Raum, der auch grobe Ethikverstöße (zB korruptive oder diskriminierende Zuteilungsentscheidungen) straflos lässt“ wird aktuell eine gesetzgeberische Regelung angestrebt²⁰⁴. Der Vorwurf ärztlicher Willkür ist in Bezug auf entscheidungsleitende diskriminierende Motive sicher nicht von der Hand zu weisen. Der Willkürvorwurf geht aber in Bezug auf das Entscheidungsergebnis zu weit. Es lässt sich bei gleichrangigen Rettungspflichten nämlich gerade nicht behaupten, dass der benachteiligte Patient vorzuziehen gewesen wäre. Unbehagen bereitet gleichwohl der Umstand, dass im Falle einer (hypothetischen) generellen Überlastung der Intensivstationen die Triage an der Tagesordnung stünde und Patienten, die einer Gruppe mit bestimmten Merkmalen angehören, systematisch ausgeschlossen werden könnten. Einer solchen Entwicklung könnte tatsächlich nur der Gesetzgeber durch Vorgaben für die einzuhaltende Behandlungsreihenfolge entgegenreten. Der Gesetzgeber sollte in dieser schwierigen Frage wieder die Zügel in die Hand nehmen, die Ärzte von der Bürde einer schwierigen Gewissensentscheidung befreien und für mehr Transparenz aus Patientensicht sorgen. De lege ferenda empfehlen *Walter*²⁰⁵ *Engländer/Zimmermann*²⁰⁶ und *Sternberg-Lieben*²⁰⁷ die Einführung eines Losverfahrens. *Dönicke* hat schon vor Jahren bei Katastrophen bei gleicher Behandlungsdringlichkeit eine Orientierung am Prioritätsprinzip empfohlen²⁰⁸. Wenn sich zwischen den Patienten keine medizinisch relevanten Unterschiede ausmachen lassen, ist eine zufallsbasierte Behandlungsreihenfolge in der Tat die einzig überzeugende Lösung. In einer akuten Überlastungssituation auf den Intensivstationen ist die Praxistauglichkeit des vorgeschlagenen Losverfahrens aber eher zweifelhaft. Praktikabler dürfte eine am „zeitlichen Zufallsprinzip“

203 *Zimmermann*, LTO v. 23.03.2020 (Anm. 11).

204 *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402, mit dem Zitat; für eine nähere Regelung der Auswahlkriterien auch *Brech* (Anm. 12), S. 360 f. *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 714, befürworten die Schaffung eines eigenständigen Straftatbestandes nur für den Fall diskriminierender oder auf Korruption basierender Auswahlentscheidungen (vgl. zur Kritik am Begriff des „rechtsfreien Raumes“ im Zusammenhang mit der gleichwertigen Pflichtenkollision bei der ex ante-Triage *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 707). Für die Regelung eines Negativkatalogs der Auswahlkriterien auch *Gelinsky*, Teil 2 (Anm. 72), S. 5 f.

205 *Walter*, Zeit-online v. 02.04.2020 (Anm. 47).

206 *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402.

207 *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 634.

208 *Dönicke* (Anm. 22), S. 124 ff. und S. 148.

orientierte Regelung sein, bei der die Patienten in Ansehung ihrer Einlieferungsreihenfolge zu behandeln sind (Prioritätsprinzip).

III. Die „Fortsetzungs-Triage“ (ex post-Triage)

Bei der sog. Fortsetzungs-Triage ist die Lage im Ausgangspunkt eine andere, da der Arzt in eine bereits begonnene intensivmedizinische Behandlung eingreift, um einen anderen Patienten behandeln zu können. Zu dieser Konstellation lassen sich zwei Lager unterscheiden. Während die eine Strömung die Beendigung der Beatnungsmaßnahme als rechtswidrig (und allenfalls als entschuldigt) einordnet²⁰⁹, plädiert die andere Strömung für eine Annäherung an die Beurteilung der Aufnahme-Triage²¹⁰. Die Vertreter der letztgenannten Ansicht wollen es dem Arzt prinzipiell zugute halten, wenn er sich auch nach bereits aufgenommenen Beatmung für die Umverteilung des Beatmungsgeräts an einen anderen Patienten entscheidet und damit jedenfalls einem anderen Patienten Rettung zukommen lässt. Teilweise wird dies aber nur für den Fall einer evident besseren Behandlungsaussicht des neuen Patienten befürwortet²¹¹. Die dogmatischen Anknüpfungen und Begründungen der divergierenden Lösungen werden nachfolgend skizziert und kritisch gewürdigt.

1. Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen

In Bezug auf die Unterbrechung der Behandlung gegenüber einem Patienten stellt sich die Frage, ob insoweit ein Tun oder ein Unterlassen vorliegt. Die Kriterien der Abgrenzung von Tun und Unterlassen sind umstritten. Bezogen auf die Fälle der Fortsetzungs-Triage führen die unterschiedlichen Sichtweisen (teilweise) auch zu unterschiedlichen Ergebnissen:

²⁰⁹ Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398, 1401; Ethikrat (Anm. 2), S. 4; Gelinsky, Teil 2 (Anm. 72), S. 8 f.; Lindner, medstra 2020, 199; Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704, 711 ff.; Rönna/Wegener, JuS 2020, 403, 405 f.

²¹⁰ Zu dieser Strömung gehören etwa Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129, 134 ff.; Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151, 154 ff.; Hörmle, Verfassungsblog v. 04.04.2020 (Anm. 78); Hoven, JZ 2020, 449, 453 f.; dies., FAZ Einspruch exklusiv v. 31.03.2020 (Anm. 65); Hoven/Hahn, JA 2020, 481, 483 f.

²¹¹ So Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129, 136.

Eine Ansicht nimmt ein aktives Tun an, wenn der Täter bei seinem Handeln Energie aufgewendet hat²¹². Wenn der behandelnde Arzt z. B. durch Knopfdruck ein Beatmungsgerät abschaltet, muss er Energie aufwenden, weshalb nach dieser Ansicht ein aktives Tun vorliegen würde. Dies gilt ebenso, wenn man berücksichtigt, dass bei einer Extubation „nicht einfach ein Abschaltknopf gedrückt, sondern eine zuvor invasiv eingefügte Hohlsonde in einem recht aufwendigen Eingriff wieder aus der Luftröhre entfernt [wird]“²¹³. Andere rekurren für die Abgrenzung auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit²¹⁴. *Merkel/Augsberg* und *Sternberg-Lieben* betonen, dass durch die Beatmung bereits eine Stabilisierung des Status quo erfolgt sei²¹⁵. Die spätere Wegnahme der „bereits materialisierten Rettungschance“ sei daher wertungsmäßig als aktives Tun einzuordnen²¹⁶. Einige Vertreter der Literatur nehmen allerdings an, dass in Fällen, in denen eine lebenserhaltende Maschine von einem Arzt abgeschaltet wird, der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf dem Unterlassen der weiteren Rettung liegt²¹⁷. Teilweise wird dann von einem „Unterlassen durch Tun“ gesprochen²¹⁸. Zur Begründung wird vorgebracht, dass die Maschinen direkte ärztliche Maßnahmen ersetze und deren Abschaltung daher ebenso beurteilt werden müsse wie die Einstellung ärztlicher Unterstützungsmaßnahmen²¹⁹. Diese Sichtweise wurde vom BGH (im Anschluss an Kritik aus dem Schrifttum) allerdings zu Recht als nicht akzeptabler „Kunstgriff“ angesehen²²⁰.

Während „eine normative Betrachtung unter Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns“ mit dem Ziel der Ermittlung des „Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit“ in der älteren Rechtsprechung noch Rückhalt fand²²¹, hat der BGH diese He-

212 So z. B. *Freund*, in: MüKo-StGB (Anm. 24), § 13 Rdn. 9.

213 *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 711, die sich dabei allerdings nicht speziell auf das Kriterium des Energieeinsatzes beziehen.

214 *Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), Vorbem §§ 13 ff. Rdn. 158a.; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 48 Rdn. 10.

215 *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 711; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 635.

216 *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 635, mit dem Zitat; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 711.

217 *Ast*, ZIS 2020, 268, 272; *Dönicke* (Anm. 22), S. 141; *Kühl*, Allg. Teil (Anm. 14), § 18 Rdn. 17; *ders.* JA 2014, 507, 510; *Sowada*, NStZ 2020, 452, 457; zu dem gleichen Ergebnis gelangt auch *Frister*, Allg. Teil (Anm. 22), 22. Kap. Rdn. 7 f., der sich dafür ausspricht, die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei lebenserhaltenden Apparaturen „nicht nach der Art des Steuerungsvorgangs, sondern nach dessen Ergebnis vorzunehmen“.

218 *Kühl*, Allg. Teil (Anm. 14), § 18 Rdn. 17 m. w. N.; *Satzger*, Jura 2010, 753, 756.

219 Z. B. *Kühl*, Allg. Teil (Anm. 14), § 18 Rdn. 17; *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, Bd. 4, Vorbem § 211 Rdn. 119; *Sowada*, NStZ 2020, 452, 457.

220 BGH NJW 2010, 2963, 2967 Rdn. 30 m. w. N.; sehr kritisch dazu *Ast*, ZIS 2020, 268, 272, der von einer „Entgleisung“ spricht.

221 Mit den Zitaten BGH NStZ 2003, 657, m. w. N. aus der Rechtsprechung.

rangehensweise in seiner Entscheidung zum sog. Behandlungsabbruch im Jahr 2010 verworfen²²². Nach Ansicht des BGH ist ein vom Patienten konsentierter Behandlungsabbruch unabhängig von der Einordnung als Tun oder Unterlassen gerechtfertigt²²³. In der aktuellen Diskussion zur Triage wurde teilweise eine Parallele zu dieser BGH-Entscheidung gezogen²²⁴. Für die ex post-Triage wurde daraus gefolgert, dass die Abgrenzung von Tun und Unterlassen gerade in medizinischen Fragen ohnehin aufgeweicht sei²²⁵ und es bei der Triage im Kern um zwei kollidierende Behandlungspflichten gehe²²⁶. Gegen diese Argumentation ist aber zu Recht vorgebracht worden, dass es dem BGH in der Entscheidung zum Behandlungsabbruch darum ging, dem gegen die Weiterbehandlung gerichteten Patientenwillen zum Durchbruch zu verhelfen²²⁷, während sich in den Triage-Fällen gerade die dringenden Behandlungsbedürfnisse verschiedener Patienten gegenüberstehen²²⁸.

Damit ist an allgemeinere Grundsätze zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen anzuknüpfen: Haben Rettungsmaßnahmen einen Bedürftigen bereits erreicht (z. B. wenn der Ertrinkende den zugeworfenen Rettungsring bereits ergriffen hat und dieser wieder zurückgezogen wird), wird der Rückbau der Rettungsbemühungen vielfach als aktives Tun gewertet²²⁹. Konsequenterweise ist die Beendigung der Beatmungsmaßnahmen dann ebenfalls als ein aktives Tun einzuordnen²³⁰.

222 BGH NJW 2010, 2963, 2966 f.

223 BGH NJW 2010, 2963, 2967 f.

224 Auf diese Parallele rekurrieren *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 135; *Hoven*, JZ 2020, 449, 454; *dies.*, FAZ Einspruch exklusiv v. 31.03.2020 (Anm. 65), sowie *Hoven/Hahn*, JA 2020, 481, 483.

225 *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 135; *Hoven*, JZ 2020, 449, 454; kritisch dazu *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1401.

226 *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 135; *Hoven*, JZ 2020, 449, 454; *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 157; in diese Richtung ohne Bezugnahme auf die BGH-Rechtsprechung zum Behandlungsabbruch auch *Hörnle*, Verfassungsblog v. 04.04.2020 (Anm. 78).

227 Vgl. BGH NJW 2010, 2963, 2965 f.; auf die fehlende Relevanz der Patientenautonomie verweisen *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405; *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 457; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 636.

228 Zutreffend *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 159; *Merkel*, FAZ v. 04.04.2020 (Anm. 42), S. 13; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 636.

229 Mit dem Beispiel *Kühl*, Allg. Teil (Anm. 14), § 18 Rdn. 21; *Rengier*, Allg. Teil (Anm. 214), § 48 Rdn. 21 ff.; diese Ansicht teilt auch z. B. *Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 160.

230 Diese Sichtweise liegt offenbar den Ausführungen von *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405 f., zugrunde; im Ergebnis ebenso *Lindner*, medstra 2020, 199; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 711; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 635.

2. Keine (rechtfertigende) Pflichtenkollision

Sofern man in den Fällen der sog. Fortsetzungs-Triage den Behandlungsabbruch richtigerweise als aktives Tun bewertet, sieht sich der behandelnde Arzt einem Unterlassungsgebot hinsichtlich des Behandlungsabbruchs bei dem einem Patienten („Unterbrich die Behandlung ggü. Patient A nicht!“) und einem Handlungsgebot hinsichtlich der Behandlung des anderen neuen Patienten („Behandle Patient P!“) ausgesetzt²³¹. Ob in Fällen, in denen eine Unterlassungs- und eine Handlungspflicht konkurrieren, eine Rechtfertigung über die Regeln der Pflichtenkollision in Betracht kommt, ist umstritten. Die herrschende Meinung lehnt dies ab und zieht in diesen Fällen nur § 34 StGB als möglichen Rechtfertigungsgrund für die Handlung heran²³². Für diese Sichtweise spricht, dass anderenfalls der Abwägungsmaßstab des § 34 StGB (wesentliches Überwiegen des geschützten gegenüber dem beeinträchtigten Interesse) unterlaufen werden könnte²³³.

Durch die teils vorgeschlagene Konstruktion des Beatmungseingriffs als Unterlassen gelangen andere zur Annahme der Kollision zweier Handlungspflichten gegenüber beiden Patienten²³⁴, sodass dann (in der Konsequenz unstreitig) die rechtfertigende Pflichtenkollision anwendbar wäre. Für die Heranziehung der Pflichtenkollision plädieren auch *Jäger/Gründel*, welche eine strikte Orientierung an den Kategorien Tun/Unterlassen ablehnen und stattdessen betonen, dass sich auch in den Fällen der ex post-Triage im Kern zwei kollidierende Rettungspflichten von Patienten in einer „Gefahren- und Rettungsgemeinschaft“ gegenüberstehen²³⁵.

Selbst wenn man hier von der Anwendbarkeit der rechtfertigenden Pflichtenkollision ausgehen würde, wäre eine Rechtfertigung im Ergebnis aber richtigerweise vor dem Hintergrund des sog. Abwägungsverbots ausgeschlossen²³⁶. Auch

²³¹ Vgl. auch *Satzger*, Jura 2010, 753, 756.

²³² So *Neumann*, in: Festschrift für Roxin, S. 421, 428; *Satzger*, Jura 2010, 753, 755; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), Vorbem § 32ff. Rdn. 71 und Rdn. 72; *Rönnau*, JuS 2013, 113; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405.

²³³ *Rönnau*, JuS 2013, 113.

²³⁴ *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 135; *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 157 ff.

²³⁵ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 157 ff.; ablehnend *Ast*, ZIS 2020, 268, 274.

²³⁶ Zum Abwägungsverbot im Rahmen der Pflichtenkollision beim Abbruch einer bereits aufgenommenen Rettungsmaßnahme *Neumann*, in: NK-StGB (Anm. 25), § 34 Rdn. 130; *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 458; im Zusammenhang mit der Rechtfertigung nach § 34 StGB auch *Lindner*, medstra 2020, 199 f.; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 711 f.; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 635; in diese Richtung auch *Merkel*, FAZ v. 04.04.2020 (Anm. 42), S. 12 f.; a. A. *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 158, die das Abwägungsverbot offenbar als Argument für die Gleichwertigkeit der Behandlungspflichten im Rahmen der Pflichtenkollision verstehen; für

wenn der Patient, zu dessen Gunsten der Arzt handelt, das Gerät dringender benötigt oder auch mit größerer Wahrscheinlichkeit erfolgreich behandelt werden könnte, steht das Abwägungsverbot Leben gegen Leben einer Rechtfertigung entgegen²³⁷. Die Wegnahme eines Beatmungsgeräts stellt letztlich eine gezielte Opferung eines Menschen dar und ist daher mit der Menschenwürdegarantie und dem im GG verbürgten Lebensschutz nicht zu vereinbaren²³⁸. Damit wird das „Prinzip der zufälligen Priorität“ bzw. das Motto „Wer hat, der hat!“ zugrunde gelegt²³⁹. Zum Teil wird kritisch eingewandt, dass der Zufall „mit dem eigentlichen Rangverhältnis der kollidierenden Behandlungspflichten in keinerlei normativem Zusammenhang [stünde]“²⁴⁰. Dagegen ist jedoch zu sagen, dass der Eingriff in eine laufende Behandlung schon im Ausgangspunkt normativ ganz anders zu bewerten ist als die knappheitsbedingte Auswahl derjenigen Patienten, denen ein Beatmungsgerät zugeteilt wird. Derjenige Patient, der bereits behandelt wird, hat die rettende Ressource bereits erhalten und unterscheidet sich damit maßgeblich von Patienten, welche sich noch im „Konkurrenzkampf“ um diese Ressource befinden²⁴¹.

Demgegenüber vertreten *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis* die Position, dass ein Patient auf einer Intensivstation – anders als etwa bei einer Organtransplantation – noch keine verfestigte Position erhalten habe, da ihm die Gerätschaften nicht dauerhaft zugeteilt würden²⁴². Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es für die Verfestigung der Position eines Patienten nicht auf die Art der eingesetzten

gleichwertige kollidierende Pflichten (mit der Konsequenz einer Auswahlfreiheit des Arztes) auch *Hoven*, JZ 2020, 449, 454.

237 Auf das Abwägungsverbot rekurren auch *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405.

238 Dass es keine Rechtspflicht zur Opferung des eigenen Lebens geben könne, betont auch *Merkel*, FAZ v. 04.04.2020 (Anm. 42), S. 13.

239 *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 406, mit den Zitaten; im Anschluss daran auch *Sowada*, NSTZ, 452, 458; zur Bedeutung des Prioritätsprinzips auch *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1401. In die gleiche Richtung geht das von *Ast*, ZIS 2020, 268, erwähnte Verbot des „quieta non movere“, welches dieser im Ergebnis aber nicht für ausschlaggebend hält.

240 *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 156, mit dem Zitat; inhaltlich ebenso *Hoven/Hahn*, JA 2020, 481, 484.

241 *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 406: „Jemandem die 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.“; mit einem ganz ähnlichen Beispiel auch *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 458; auf die Bedeutung des Status quo verweisen auch *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 711f.; kritisch zu dieser Position *Hoven/Hahn*, JA 2020, 481, 483f., sowie *Hoven*, NSTZ Editorial, Heft 7/2020.

242 *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 135; ähnlich *Hoven/Hahn*, JA 2020, 481, 483: „Die Überlassung des Beatmungsgeräts verschafft dem ersten Patienten allenfalls eine faktische, jedoch keine rechtlich relevante ‚privilegierte Position‘“.

medizinischen Hilfen ankommen kann, da dies zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen würde. Entscheidend ist vielmehr, dass ein Patient, der bereits beatmet wird, konkreten Grund hat, grundsätzlich darauf zu vertrauen, dass seine intensivmedizinische Behandlung so lange fortgesetzt bis, wie er diese benötigt²⁴³. Müsste ein Patient damit rechnen, medizinische Geräte jederzeit wieder abgeben zu müssen, würde dies das Vertrauen im Arzt-Patienten-Verhältnis nachhaltig zerstören²⁴⁴. Die Achtung des Vorrangs der bereits begonnenen Behandlung dient damit letztlich der Wahrung des Rechtsfriedens²⁴⁵. Sie verhindert überdies auch, dass die Ärzte der „psychologische[n] Qual“ eines Behandlungsabbruchs ausgesetzt werden²⁴⁶.

3. Kein rechtfertigender Notstand nach § 34 StGB

Eine Rechtfertigung des Arztes über § 34 StGB ist konsequenterweise aus denselben Gründen ebenfalls ausgeschlossen.

4. Begrenzte Entschuldigungsmöglichkeiten

Anders als es in den Ausführungen des Ethik-Rates anklingt²⁴⁷, kommt auch eine Entschuldigung des Arztes nur in wenigen Fällen in Betracht²⁴⁸. Ein entschuldigender Notstand gemäß § 35 StGB kommt allenfalls dann in Betracht, wenn der Patient, dem das Beatmungsgerät nach der Wegnahme zur Verfügung gestellt

243 Zum Vertrauen des Patienten m. w. N. auch schon *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 345f.; darauf verweisen auch *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 134 Fn. 48, welche sich mit der Argumentation dann aber nicht weiter auseinandersetzen; die Bedeutung des Vertrauensschutzes betonen auch *Dönicke* (Anm. 22), S. 126 f. und S. 141; *Sowada*, NStZ 2020, 452, 457 f., sowie *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 636.

244 *Sowada*, NStZ 2020, 452, 458; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 406, heben ebenfalls hervor, dass die Patienten „in stetiger Unsicherheit“ leben müssten.

245 *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 8), Vorbem § 32 ff. Rdn. 74.

246 *Sowada*, NStZ 2020, 452, 458.

247 Ethikrat (Anm. 2), S. 4.

248 Zweifelnd zur Sichtweise des Ethikrates auch *Sowada*, NStZ 2020, 452, 459; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 636; *Walter*, Zeit-online v. 02.04.2020 (Anm. 47). *Sowada* bezweifelt ebd. auch, dass die Äußerung des Ethikrates einen unvermeidbaren Verbotsirrtum gem. § 17 S. 1 StGB begründen kann. Näher zur Frage des unvermeidbaren Verbotsirrtums auch *Lindner*, medstra 2020, 199, 200 ff.

wird, ein Angehöriger oder eine sonstige Naheperson des Arztes ist²⁴⁹. Der sog. übergesetzliche Notstand wird zwar zum Teil in Urteilen erwähnt²⁵⁰; bislang ist seitens der Rechtsprechung aber keine ausdrückliche Anerkennung erfolgt²⁵¹. Im Schrifttum wird diese Rechtsfigur verschiedentlich für Fälle herangezogen, in denen sich der Täter in einer Gruppe ohnehin Todgeweihter, die sich in einer Art „Gefahrgemeinschaft“ befinden, für das „kleinere Übel“ entscheidet und dadurch zumindest einen Teil der todgeweihten Personen rettet²⁵². Dazu passt es, dass mit Blick auf die Triage zum Teil vertreten wird, dass sich alle Patienten, welche intensivmedizinische Behandlung benötigen, in einer „Gefahrgemeinschaft“ befinden²⁵³. Da das Leben aller dieser Patienten am seidenen Faden hängt, würde sich der Arzt durch die Rettung irgendeines Patienten in Bezug auf das Patientenkollektiv bereits für das „kleinere Übel“ entscheiden. Wenn man aber den Blick nur auf diejenigen beiden Patienten richtet, zwischen denen das Beatmungsgerät gewechselt wird, ergibt sich ein anderes Bild: Da alternativ für einen der beiden Patienten ein Beatmungsgerät zur Verfügung stand, lässt sich keineswegs sagen, dass der Arzt durch den Umbau des Beatmungsgeräts ein größeres Unheil abgewendet hat²⁵⁴. Im Übrigen ist der übergesetzliche entschuldigende Notstand „ganz auf die Frage individueller Schuld in existentiellen Ausnahmesituationen zugeschnitten“ und damit auf eine Auswahlproblematik, die im schlechtesten Falle an der Tagesordnung stehen könnte, schwerlich übertragbar²⁵⁵.

249 So auch schon *Brech* (Anm. 12), S. 363; *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 135; *Lindner*, medstra 2020, 199, 200; *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 459.

250 Z. B. in BGH NJW 2010, 2963, 2965 Rdn. 20.

251 Dazu mit Rechtsprechungsnachweisen bereits *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 135; auf die fehlende Anerkennung durch die Rechtsprechung verweist auch *Lindner*, medstra 2020, 199, 200.

252 *Neumann*, in: NK-StGB (Anm. 25), § 35 Rdn. 60 ff.; *Rönnau*, JuS 2017, 113, 116.

253 Dazu im Zusammenhang mit der Pflichtenkollision *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 160; einschränkend in Bezug darauf, ob der Patient, dem das Beatmungsgerät genommen wird, bereits verloren ist, *Walter*, Zeit-online v. 02.04.2020 (Anm. 47).

254 Dass nur eine andere Person gerettet wird, betont auch *Walter*, Zeit-online v. 02.04.2020 (Anm. 47); ebenso *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 637; *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 459, wobei der Hinweis auf die vom Arzt bezweckte Erhöhung der Rettungschance der „übrigen Hilfsbedürftigen“ unklar bleibt; siehe auch *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 140, die auch den Fall der Rettung einer Schwangeren in ihre Überlegungen einbeziehen.

255 *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 406, mit dem Zitat; inhaltlich ebenso *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 459.

IV. Fazit

In den Fällen der Aufnahme-Triage steht die rechtfertigende Pflichtenkollision einer Strafbarkeit des Arztes entgegen, wenn dieser sich bei der Patientenauswahl an der Behandlungsdringlichkeit und -erfolgsaussicht orientiert. Eine Bevorzugung von Angehörigen systemrelevanter Berufe wäre gerechtfertigt, wenn dadurch möglicherweise eine Ressourcensteigerung der medizinischen Versorgung während der Krise und daraus resultierend eine Maximierung der Überlebendenzahl erreicht werden könnte. In Fällen, in denen die Bevorzugung eines Patienten nicht mit den vorstehenden Kriterien begründbar ist, hat der Arzt *de lege lata* die freie Wahl. Egal für welchen Patienten und aus welchem Motiv heraus er sich entscheidet, ist er strafrechtlich über die rechtfertigende Pflichtenkollision dispensiert. *De lege ferenda* ist für diese Fälle eine gesetzgeberische Vorschreibung des Prioritätsprinzips bei der Behandlungsreihenfolge zu empfehlen.

Beim Eingriff in eine bereits begonnene künstliche Beatmung („Fortsetzungs-Triage“) macht sich der Arzt wegen aktiver Tötung strafbar. Um dieses teilweise als unbefriedigend empfundene Ergebnis zu korrigieren, wird zum Teil auf unterschiedlichen Ebenen des Verbrechensaufbaus versucht, einen Gleichlauf mit den Fällen der Aufnahme-Triage zu erzeugen. Diese Ansätze unterlaufen jedoch die Wertung, dass der Eingriff in eine laufende Behandlung der Opferung eines Menschenlebens gleichkommt und daher vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich fundierten Abwägungsverbots rechtswidrig ist. Sie sind daher zurückzuweisen. Als Entschuldigungsgrund kommt nur § 35 Abs. 1 StGB in Betracht.