

# Triage und die Grenzen des Regelbaren

A. Katarina Weilert 

## 1 Einleitung

Es ist eng im Hörsaal. Pflichtfachvorlesung Strafrecht, Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuchfall soll den Jura-Erstsemestern die Pflichtenkollision näherbringen: Ein Vater sieht vom Ufer aus, dass seine beiden geliebten Kinder im See abgetrieben sind und kurz vor dem Ertrinken stehen. Er findet am Ufer einen Rettungsring, kann damit aber nur ein Kind außer Lebensgefahr bringen. Das andere Kind ertrinkt. Hat sich der Vater eines Totschlags durch Unterlassen an dem ertrunkenen Kind strafbar gemacht? »Im Ergebnis«, so heißt es im Juristenjargon, »sei bei gleichwertigen Handlungspflichten, von denen nur eine auf Kosten der anderen erfüllt werden kann, keine Strafbarkeit anzunehmen: *Ultra posse nemo obligatur*.« Würde sich nun aber etwas an dieser Bewertung ändern, wenn sich der Vater bewusst für sein leibliches Kind entschieden hätte, wohingegen er das adoptier-

te Kind dem Ertrinken preisgab? Oder wenn er den Jungen dem Mädchen vorgezogen hätte oder sein gesundes dem geistig behinderten Kind? »Nein«, so hören die Erstsemester den Dozenten ausführen, »denn das Strafrecht ist an dieser Stelle blind für die Motivation des Handelnden«. Auch unter diesen Umständen stünden sich gleichwertige Handlungspflichten gegenüber, von denen nur eine auf Kosten der anderen erfüllt werden könne.

Was seit Generationen der Juristenausbildung eher theoretisch oder jedenfalls aber als Einzelfallproblem daherkommt, hat in der Corona-Epidemie eine neue Dimension des Vorstellbaren oder – im Ausland bereits zur Realität Gewordenen – erreicht. Unter dem Begriff der »Triage« stellte sich angesichts erschreckender Bilder aus dem Ausland von überfüllten Intensivstationen und einem Armee-Konvoi mit Särgen in Bergamo im März 2020 auch in Deutschland die Frage, nach welchen Kriterien im Falle erschöpfter Kapazitäten auf den Intensivstationen die letzten lebensrettenden Plätze vergeben werden sollten. Vorschläge wurden unterbreitet von privatrechtlichen Vereinigungen wie der Bundesärztekammer (BÄK)<sup>1</sup> und der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI)<sup>2</sup>, aber auch der Deutsche Ethikrat äußerte sich mit einer Ad-hoc-Empfehlung »Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise« (2020) und einer Veranstaltung »Triage –

1 Bundesärztekammer 2020.

2 Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin 2020.

Priorisierung intensivmedizinischer Ressourcen unter Pandemiebedingungen« (März 2021).

In der Medizinethik sind Allokationsfragen, also der Umgang mit Knappheitssituationen und die Verteilung von medizinischen Behandlungsressourcen, nicht unbekannt,<sup>3</sup> jedoch hatten sie in der deutschen Diskussion bisher regelmäßig einen anderen Schwerpunkt. Allokationsfragen sind meist Fragen struktureller Verteilung, verbunden mit Überlegungen der Kostenreduktion. Die Diskussion in der Corona-Epidemie rankte sich nun aber nicht primär um die Frage, wie viel Geld in den Aufbau von intensivmedizinischen Versorgungsplätzen investiert werden sollte (hier war man von Staats wegen spendabel), sondern wem im Falle einer Knappheit vor Ort der Vorzug zu geben ist. Gegenwärtig ist dank der gegen Covid-19 verabreichten Impfungen der besonders vulnerablen Personengruppen und der durch Mutanten abgeschwächten Gefährlichkeit des Virus eine Überfüllung der Intensivstationen weniger zu befürchten, so dass die öffentliche Diskussion um die Triage etwas verblasst ist. Jedoch wäre es nahezu fahrlässig, mit der Impfstoffverfügbarkeit die Thematik als abgeschlossen zu betrachten. Vielmehr muss die Corona-Pandemie zum Anlass genommen werden, wichtige Diskussionen zu führen, die langfristig im Rahmen einer neuen Epidemie oder bereits kurzfristig durch impfresistente Mutanten von Covid-19 relevant werden können, da auch für die Zukunft die Gefahr droht, dass medizinökonomische und

3 Weilert et al. 2015.

politisch-lenkende Planungen von einer Pandemierealität überholt werden.

Die besondere Herausforderung der Triage liegt in ihrer Schnittstelle von Recht und Ethik und der Frage, ob und inwieweit eine Entscheidung über Leben und Tod durch Zuteilung von Ressourcen in einem akuten Versorgungsengpass rechtlich regelbar ist. Es stehen damit zentrale Fragen von Recht und Gerechtigkeit im Raum.

## 2 Begriff der Triage

Die »Triage« ist abgeleitet vom französischen Verb »trier« und bedeutet so viel wie »sortieren« oder auch »auswählen«. Der Begriff Triage stammte zunächst aus der Militärmedizin, als es darum ging, Soldaten auf dem Schlachtfeld zu sichten und in verschiedene Kategorien (Erstversorgung auf dem Schlachtfeld; Abtransport für weitere Behandlung oder auch für eine nur noch palliative Versorgung etc.) einzuteilen. Nach dem Zweiten Weltkrieg fand der Begriff auch allgemein Eingang in die Notfall- und Katastrophenmedizin. Die Tatsache, dass im Krieg oder nach einem Unglück die betroffenen Menschen »gesichtet« werden müssen, um über die treffende Art der Behandlung zu entscheiden, ist an sich nichts Ungewöhnliches, sondern eine solche Einschätzung ist vielmehr jeder ärztlichen Behandlung vorausgehend. Die Besonderheit der Triage rührt vielmehr daher, dass Krieg und Unglücksorte an sich schon Ausnahmesituationen darstellen, im Rahmen derer eine schnelle Beurteilung

erfolgen muss und nicht allen Menschen zu gleicher Zeit in gleicher Intensität medizinisch geholfen werden kann. Über das »Sichten« und »Sortieren« hinaus wird eine Auswahlentscheidung darüber getroffen, wem die möglicherweise lebensrettende Behandlung zuteil wird und wem nicht mehr. Eine *Ex-ante-Triage* bezeichnet dabei die Situation, dass unter mindestens zwei behandlungsbedürftigen Personen vorab des Beginns einer bestimmten Behandlung eine Entscheidung über die Vergabe medizinischer Ressourcen getroffen werden muss, da diese nicht für alle Behandlungsbedürftigen zur Verfügung steht. Vorauszusetzen ist dabei, dass es um Entscheidungen zwischen Personen geht, die eine intensivmedizinische Behandlung nicht bereits durch eine Patientenverfügung ausgeschlossen haben und für die eine medizinische Indikation für die Behandlung besteht. Unter einer *Ex-post-Triage* wird die Entscheidung über die Beendigung einer medizinischen lebensrettenden Maßnahme zugunsten einer anderen Person verstanden. Als »präventive Triage« gilt die Freihaltung eines Intensivplatzes für den Fall, dass ein prioritär zu behandelnder Patient diesen benötigt.<sup>4</sup>

4 Rönnau et al. 2020: 404.

### 3 Ein verfassungsrechtlicher Blick auf die Triage

Das Sterbenlassen eines Menschen zugunsten eines anderen weckt sofort den Verdacht, gegen die Grundrechte, insbesondere die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 1 GG), zu verstoßen. Auswahlentscheidungen, die einen Menschen gegenüber dem anderen bevorzugen, werfen die Frage nach den Differenzierungsverboten des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG auf. Doch darf beim schnellen Ruf nach den Grundrechten nicht vergessen werden, dass Grundrechte zunächst einmal nur die Beziehung vom Bürger zum Staat regeln. Das medizinische Personal eines privaten Krankenhauses ist (im Gegensatz zu einem Krankenhaus in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft) also nicht ohne weiteres an grundrechtliche Gehalte gebunden, sondern eine solche »Drittwirkung« der Grundrechte ist begründungsbedürftig. Das BVerfG geht in seiner Rechtsprechung in bestimmten Fallkonstellationen von einer sogenannten »mittelbaren Drittwirkung« zwischen Privaten aus<sup>5</sup> und konstatiert eine »Ausstrahlungswirkung« der Grundrechte auf die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen. Über die Auslegung von zivilrechtlichen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen wirken die Grundrechte als Teil einer sogenannten »objektiven Werteordnung«<sup>6</sup> bzw. »verfassungsrechtlichen Wertentschei-

5 St. Rspr.: BVerfG 1958: 205 f.; zuletzt: BVerfG 2018: 280, Rn. 32.

6 Grundlegend: seit BVerfG 1958: 205, juris Rn. 26.

dung«<sup>7</sup> in die Privatrechtsbeziehungen hinein. Unter Privaten könne die Idee nicht die einer Freiheitsmaximierung sein, sondern eines »Ausgleich[s] gleichberechtigter Freiheit«<sup>8</sup>. Hinzu tritt eine weitere Dimension der Grundrechte, nämlich die für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit anerkannte *Schutzpflicht* des Staates. So können also die Grundrechte für die Frage der Entscheidung in einer Triage-Situation auch in privaten Krankenhäusern Relevanz entfalten, obwohl dort das medizinische Personal nicht unmittelbar grundrechtsverpflichtet ist.<sup>9</sup>

Aber verstößt nun eine Ex-ante-Triageentscheidung gegen Grundrechte? Eine Nicht-Entscheidung, also das Sterbenlassen Aller trotz der Möglichkeit der Rettung Einzelner, wäre weitaus lebensverachtender – und strafbar! – als jede Entscheidung, die wenigstens ein Menschenleben zu retten versucht. Daher kann die Frage nur sein, ob es Kriterien der Auswahlentscheidung gibt, die mit den Grundrechten nicht zu vereinbaren sind. Die Auswahlentscheidung als solche ist dagegen unkritisch. Der Deutsche Ethikrat formulierte in seiner Ad-hoc-Stellungnahme: »Die Garantie der Menschenwürde fordert eine egalitäre Basisgleichheit und statuiert damit einen entsprechenden basalen Diskriminierungsschutz aller.«<sup>10</sup> Er konkretisiert den »Grund-

7 BVerfG 2018: 280, Rn. 32.

8 BVerfG 2018: 280, Rn. 32.

9 Näher: Lindner 2020: 723.

10 Deutscher Ethikrat 2020: 3.

satz der Lebenswertindifferenz« und führt aus: »Jede unmittelbare oder mittelbare staatliche Unterscheidung nach Wert oder Dauer des Lebens und jede damit verbundene staatliche Vorgabe zur ungleichen Zuteilung von Überlebenschancen und Sterbensrisiken in akuten Krisensituationen ist unzulässig. Jedes menschliche Leben genießt den gleichen Schutz. Damit sind nicht nur Differenzierungen etwa aufgrund des Geschlechts oder der ethnischen Herkunft untersagt. Auch eine Klassifizierung anhand des Alters, der sozialen Rolle und ihrer angenommenen ›Wertigkeit‹ oder einer prognostizierten Lebensdauer muss seitens des Staates unterbleiben.«<sup>11</sup> Dass unmittelbar oder mittelbar diskriminierende Auswahlentscheidungen, die Menschen aufgrund ihrer ethnischen Herkunft oder Religion benachteiligen, nicht mit einem Menschenwürdeverständnis des Grundgesetzes vereinbar sind, ist so selbstverständlich, dass es nicht näher begründet zu werden braucht. Die Menschenwürde des Grundgesetzes wird üblicherweise in der Tradition kantischer Pflichtenethik ausgelegt. Die Handlung selbst einschließlich ihrer Motive muss einer allgemeingültigen Norm folgen, die sich aus der Vernunft heraus begründen lässt. Ein utilitaristisches Verständnis, das etwa in Großbritannien prägend ist, wird hierzulande meist abgelehnt. Es geht dann also nicht darum, möglichst viele Menschen zu retten oder möglichst diejenigen auszuwählen, die noch ein langes und gesundes Leben vor sich haben, sondern jedes Menschenleben ist prinzipiell als

11 Deutscher Ethikrat 2020: 3.

gleich anzusetzen und nicht gegeneinander in seiner Länge und Lebensqualität abwägbar. Aber folgt daraus nun das Ende jeglicher materiellen Kriterien für die Entscheidung, wer im Falle eines Engpasses intensivmedizinisch versorgt wird oder nicht? Darf es nur noch um formale Kriterien wie etwa die Reihenfolge des Eintreffens am Krankenhaus gehen? Muss in allen anderen Fällen das Los geworfen werden?<sup>12</sup> Schon das Kriterium des zeitlichen Eintreffens wirft Fragen auf: Ist es gerecht, dass jemand, der zentral wohnt und das Krankenhaus schnell erreichen kann, bevorzugt wird gegenüber jemanden, der in einer strukturschwächeren Gegend auf dem Lande lebt? Ist das für jegliche Kriterien und damit auch Gründe »blinde« Los gerechter als das bewusste Entscheiden aufgrund von Kriterien? »Vielleicht liegt gerade im Verweis auf das Zufallselement in der entzauberten Welt eines säkularen Rechtsstaats eine Würdeverletzung, weil hier den Betroffenen mit letaler Konsequenz rationale Gründe vorenthalten werden, die grundrechtsgebundene öffentliche Gewalt immer schuldet, und alle Menschen auf ihr – zufällig verteiltes – Glück zurückgeworfen werden. Verlangt der Staat tatsächlich, dass sich der Staat die Hände in Unschuld wäscht und wertungsfrei dem Schicksal seinen Lauf lässt, nur um eine – notgedrungen stets Lebenschancen von irgendjemand verkürzende – Wert-Entscheidung zu vermeiden?«<sup>13</sup> Auch der Zufall ist eine »intentionale Entscheidung und zwar eine, die sich an den

12 So Lindner 2020: 727.

13 Gärditz 2020: 383.

Grundrechten derjenigen, die ohne Triage unversorgt bleiben, messen lassen muss«. <sup>14</sup>

In der Philosophie wird zuweilen bei ethischen Dilemma-Entscheidungen mit Intuitionen gearbeitet. Es werden Fälle konstruiert, die zur Entscheidung gestellt werden. Treffen ein multimorbider 95-Jähriger und ein Teenager ohne weitere Vorerkrankungen zusammen im Krankenhaus mit einer Covid-Erkrankung ein und benötigen beide den Intensivplatz, so würden mit großer Wahrscheinlichkeit intuitiv die meisten dem Teenager die lebensrettende Behandlung zu Teil werden lassen. Die Entscheidung stellt kein Unwerturteil gegenüber dem 95-Jährigen dar, sondern ist Ausdruck einer Gleichheitsidee im Sinne einer »ausgleichenden Gerechtigkeit« an Lebenschancen und dem Durchleben verschiedener Lebensabschnitte, die dem Teenager verwehrt sind, wenn er früh verstirbt, dem alten Menschen aber vergönnt waren. Zu bedenken ist beim hoch umstrittenen Kriterium des Alters auch, dass jeder Mensch (sofern er nicht vorher verstirbt) alt wird – hierin unterscheidet sich das Alter von den meisten anderen Merkmalen einer Gruppenzugehörigkeit, bei denen der Persönlichkeitsbezug enger ist. <sup>15</sup> Auch scheinen konsequentialistische bzw. utilitaristische Argumente umso verlockender, je größer die Kluft zwischen den Folgen der Entscheidung ist. So steht für einen jungen Menschen die Einbuße an ganzen Lebensjahrzehnten auf dem Spiel, für den al-

14 Lehner 2021: 262.

15 Lehner 2021: 256.

ten Menschen lediglich der mögliche Verlust von Monaten. Der junge Mensch hat regelmäßig größere Überlebenschancen und kann statistisch eher auf eine vollständige Heilung hoffen als ein multimorbider Hochbetagter, dessen klinische Erfolgsaussichten regelmäßig geringer sind und der sehr wahrscheinlich auch nach einem Überleben mit einer großen Einbuße an Lebensqualität zu rechnen hätte, unter Umständen sein Leben lang auf eine Beatmung angewiesen wäre. Daraus jedoch den Schluss zu ziehen, das Alter oder bestimmte Vorerkrankungen generell als Abgrenzungskriterium zur Norm zu erheben, wäre verfassungsrechtlich bedenklich, da ältere und kranke Menschen auf diese Weise von vornherein diskriminiert würden. Nicht unbedenklich ist damit auch das gerade in ärztlichen Kreisen vorgeschlagene Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht,<sup>16</sup> da hier mittelbare Diskriminierungen vorerkrankter, behinderter und alter Menschen überwiegend wahrscheinlich sind. Überdies erfordert die klinische Erfolgsaussicht eine komplexe Diagnose, die individuell gar nicht so schnell in einer Notsituation zu leisten ist. Daher muss fast zwangsläufig auf allgemeine Indikatoren zurückgegriffen werden, zu denen dann Vorerkrankungen und letztlich auch das Alter zählen. Hinzu kommt, dass Komorbiditäten und schwere Erkrankungen zwar in jedem Lebensalter auftreten können, aber die Wahrscheinlichkeit mit höherem Lebensalter statistisch signifikant ansteigt. Insbesondere sind diese Kriterien ungeeignet, wenn die Prognosen nicht so

16 Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), Version 2: 4.

weit auseinanderliegen, wie im hier gebildeten Beispielsfall. Andererseits wäre das Werfen eines Loses, das Ausdruck völliger Gleichsetzung der Personen ist, gleichzeitig ein Ausdruck der Blindheit gegenüber der individuellen Situation der betroffenen Menschen und ihrer Lebenshistorie. Der Preis ist hoch, da ein Verbot jeglicher materieller Kriterien die Zahl der Todesopfer in die Höhe treiben würde und die Chancengleichheit ohnehin nicht für alle dieselbe sein kann, wenn die Aussicht auf ein Überleben bereits durch individuelle Faktoren (wie den allgemeinen Gesundheitszustand) weitreichend mitbestimmt wird. »Nicht jede hoheitliche Entscheidung, die tödliche Folgen in Kauf nimmt, ist immer zugleich eine Entwürdigung. [...] Und nicht jede Setzung von Prioritäten oder Posterioritäten mit Todesfolge rechnet unzulässig einen ›Lebenswert‹ zu, auch wenn es Betroffene nachvollziehbar so empfinden mögen.«<sup>17</sup>

#### 4 Ein strafrechtlicher Blick auf die Triage

Das Strafrecht ist die juristische Disziplin, die sich – wie das Eingangsbeispiel zeigt – schon lange intensiv mit Dilemma-Situationen befasst, wie sie nun in der Corona-Epidemie vor Augen stehen. Im Strafrecht geht es allerdings »nur« um das Nadelöhr der Frage strafbaren oder straflosen Handelns, nicht hingegen um moralisch oder nach grundrechtlicher Wertung richtige Ent-

17 Gärditz 2020: 382.

scheidungen. Dennoch finden sich gerade in den allgemeinen Lehren zur Strafbarkeit Diskussionen, die eine breite Schnittstelle zur Rechtsphilosophie aufweisen. Im Falle der Ex-ante-Triage geht es um die schwierige Frage, wann ein Unterlassen überhaupt einem Begehen gleichwertig und damit strafbar sein kann. So ist zu klären, ob sich der Vater in unserem Ausgangsfall oder der Arzt in einem Versorgungsengpass eines »Totschlags oder ggf. Mordes durch Unterlassen« strafbar macht, wenn er nur ein Menschenleben rettet und das andere dem sicheren Tod preisgibt. Ein Strafbarkeitsvorwurf durch Unterlassen setzt voraus, dass der Beschuldigte »rechtlich dafür einzustehen hat«, dass der Tod nicht eintritt (§ 13 Abs. 1 StGB). Nun mag man eine Garantenpflicht des medizinischen Personals gegenüber den in die Obhut gebrachten kranken Menschen noch leicht annehmen, aber wie kann ein Strafvorwurf bestehen, wenn es nicht möglich war, alle Patienten medizinisch adäquat zu versorgen? Es kollidieren gleichwertige Handlungspflichten gegenüber den verschiedenen Patienten, denn solange noch eine Überlebenswahrscheinlichkeit für alle in der Klinik ankommenden Patienten gegeben ist (und kein entgegenstehender Patientenwille im Blick auf eine intensivmedizinische Behandlung vorliegt), ist das medizinische Personal jedem Menschen, sei er jung, alt, gebrechlich oder vorerkrankt, aus strafrechtlicher Perspektive in gleicher Weise verpflichtet. Die Juristen sind sich einig darin, dass niemand bestraft werden kann, der von zwei gleichwertigen Handlungspflichten nur eine erfüllt, wenn es ihm nicht möglich ist, beiden Pflichten gleichermaßen nachzukommen. Allerdings sind sich die Juristen uneins darüber, ob der

so Handelnde in Bezug auf den Versterbenden lediglich »entschuldigt« ist, also der persönliche Strafvorwurf entfällt, oder aber sein Unterlassen »gerechtfertigt«, das heißt schon nicht als rechtswidrig anzusehen ist. Eine Rechtfertigung lässt bereits das Strafunrecht entfallen, nicht erst den persönlichen Schuldvorwurf. Die Rechtfertigung drückt aus: Niemandem kann in einer solchen Situation ein Vorwurf gemacht werden, schon »objektiv« liegt kein strafunwürdiges Vergehen oder Verbrechen vor. Die herrschende Meinung geht von einem solchen Rechtfertigungsgrund aus.<sup>18</sup> Eingehend heißt es im bekannten von Claus Roxin begründeten Strafrechtslehrbuch: »Wo es einen richtigen Weg nicht gibt, ein Verhaltensfehler also nicht festgestellt werden kann, kann nur das Schicksal und nicht der ihm unterworfenen Mensch missbilligt werden«<sup>19</sup>. Selbst niedere Motive, die die Auswahlentscheidung bestimmt haben, können daran nichts ändern.<sup>20</sup> Dies mag zunächst überraschen, denn gesellschaftlich rangt sich die Diskussion ja gerade darum, welche Kriterien und Motive bei der Auswahlentscheidung leitend sein dürfen. Man könnte erwägen, ob das Strafrecht nicht an dieser Stelle »im Lichte der Grundrechte« auszulegen sei. Jedoch ist hier daran zu erinnern, dass Grundrechte zunächst nur das Verhältnis zwischen dem Bürger (als Grundrechtsträger) und Staat (als Grundrechtsverpflichtetem) bestimmen und der Arzt

18 Näher: Roxin et al. 2020: 888, § 16 Rn. 118.

19 Roxin et al. 2020: 888, § 16 Rn. 119.

20 Hörnle, 2021: 13; Roxin et al. 2020: 889, § 16 Rn. 121.

nicht durch eine solche Auslegung zum Grundrechtsverpflichteten gegenüber dem Patienten gemacht werden kann. Allenfalls grundrechtliche Schutzpflichtüberlegungen haben dazu geführt, bestimmte Straftatbestände *durch den Gesetzgeber* zu schaffen. Eine strafbarkeitsbegründende Auslegung im Sinne des Wertungshorizonts der Grundrechte konfligierte überdies mit einem anderen, in Art. 103 Abs. 2 GG niedergelegten Verfassungsprinzip, nämlich dem Grundsatz »nulla poena sine lege« (keine Strafe ohne Gesetz). Eine Tat kann danach nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Trotz möglicherweise diskriminierender Motive ist festzuhalten: Auch gegenüber dem jungen, gesunden oder nach der Religion oder Ethnie oder aufgrund sonstiger Merkmale bevorzugten Menschen besteht die Rechtspflicht zur Lebensrettung, nicht nur zugunsten des schwachen, alten, religiös Andersgesinnten oder aus sonstigen Gründen diskriminierten Menschen. Ein strafbares Unterlassen kann dem so Handelnden trotz niederrangiger Motive im Rahmen einer Ex-ante-Triage also nicht vorgeworfen werden.

Sind sich Strafrechtler also in Bezug auf die Ex-ante-Triage noch recht einig, so divergieren die Meinungen bei der Beurteilung der Ex-post-Triage. Wird einem schwer an Covid-19 erkrankten Menschen, für den eine medizinische Indikation noch immer gegeben ist, zugunsten eines anderen Menschen das Beatmungsgerät weggenommen, so fragt es sich, ob der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in der *Handlung* (Abschalten des Geräts) oder in der *Unterlassung* der Beatmung liegt. Für eine bloße Unterlassungstat wird das Argument vorgebracht, dass das Ge-

rät alleine ohnehin nicht ausreichend sei für die Versorgung des Menschen, sondern dass es der beständigen begleitenden Akte des medizinischen Personals bedürfe, den Menschen am Leben zu erhalten.<sup>21</sup> Auch wird im Rahmen der passiven Sterbehilfe, also des Sterben-Lassens, nicht mehr darauf abgestellt, ob etwa eine Magensonde erst gar nicht gelegt oder ob sie auf Wunsch wieder gezogen wird.<sup>22</sup> Gleiches gilt für die Abschaltung eines Gerätes, wenn sich herausstellt, dass eine Patientenverfügung vorliegt, aufgrund derer eine intensivmedizinische Behandlung nicht mehr gewünscht wird. Es liegt in einem solchen Falle keine Einwilligung für die Behandlung vor. Wird das Gerät abgeschaltet, ist dies nicht als eine aktive Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) zu werten, sondern als ein bloßes Sterbenlassen. Während die aktive Entnahme lebenswichtiger Organe bei einem noch lebenden Menschen immer eine aktive Tötung darstellt, unabhängig davon, ob der Tod unmittelbar bevorsteht, ist das Abschalten eines intensivmedizinischen Gerätes nicht eindeutig als aktive Handlung oder passives Unterlassen qualifizierbar. Hörbare Gründe sprechen dafür, trotz der aktiven Handlung den Gesamtcharakter eines Behandlungsabbruchs eher in einem Unterlassen einer Hilfeleistung zu sehen.<sup>23</sup> Sinnvoll erscheint es dabei, danach zu differenzieren, ob das Abschalten durch das medizinische Personal oder sonstige für die

21 Hörnle 2021: 14.

22 BGH 2010: 201–203, juris Rn. 28–31.

23 Sowada 2020: 457.

Behandlung hinzugezogene Hilfspersonen vorgenommen wird oder ob Außenstehende das Gerät abschalten.<sup>24</sup> Dem medizinischen Personal kommt eine Handlungspflicht zu und so hat das Nicht-mehr-Behandeln den Charakter eines Unterlassens, wohingegen Außenstehende aktiv die Versorgung durch das Gerät und Krankenhauspersonal unterbrechen, wenn sie das Gerät abschalten. Geht man in Bezug auf das medizinische Personal bei einer Ex-post-Triage davon aus, dass (wie bei der Ex-ante-Triage) zwei Handlungspflichten, nämlich gegenüber dem neu ankommenden Patienten und gegenüber dem bereits beatmeten Patienten, in Konkurrenz zueinander stehen, so wäre strafrechtlich gesehen ein Handlungsspielraum für die Ex-post-Triage eröffnet. Sieht man dagegen im Abschalten des Gerätes immer ein aktives Tun, so kollidiert eine Handlungspflicht (gegenüber dem neuen Patienten) mit einer Unterlassenspflicht (gegenüber dem bereits beatmeten Patienten). Eine Handlungs- und Unterlassenspflicht sind jedoch nicht gleichwertig, so dass eine *rechtfertigende Pflichtenkollision* ausscheidet. Auch ein *rechtfertigender Notstand* nach § 34 StGB scheint hier nicht mehr möglich zu sein. Denn ein *rechtfertigender Notstand* setzt voraus, dass »bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt«. Steht Leben gegen Leben scheidet nach einmütiger Überzeugung eine Berufung auf den *rechtfertigen-*

24 BGH 2010: 205 f., juris Rn. 39; Wessels et al. 2020: 427, Rn. 1164.

den Notstand aus, denn es darf nicht ein Leben zugunsten eines anderen geopfert werden.<sup>25</sup> Damit bleibt festzuhalten, dass die Ex-post-Triage aus strafrechtlicher Perspektive nur dann als legale Handlungsoption in Betracht käme, wenn das Abschalten des Gerätes als Unterlassen der Aufrechterhaltung der lebenswichtigen Funktionen gewertet wird. Manche Medizinethiker fordern, dass alle (nicht nur die durch Covid-19) intensivmedizinisch versorgten Menschen am Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht zu messen sind.<sup>26</sup> Jedoch: Ist jemand in der Obhut intensivmedizinischer Behandlung angekommen, hat er gleichsam den Rettungsring umgeschnallt, scheint es grausam, ihn wieder herauszustoßen.<sup>27</sup> Oder in den Worten des Strafrechtslehrers Günther Jakobs: »Das übernommene Vertrauen wiegt stärker als das erst noch zu übernehmende.«<sup>28</sup> Für den bereits am Gerät hängenden gehe es um das »Systemvertrauen«<sup>29</sup> in die vorbehaltlose Versorgung. Überdies: Wer kann schon genau die klinischen Erfolgsaussichten beziffern? In Frage steht aber, ob allein der zeitliche Vorsprung des »schon am Gerät hängenden« Menschen diesen aus der Gefahrengemeinschaft vollständig herausnimmt.<sup>30</sup> Es sind Grenzsituationen vorstellbar, in de-

25 Lackner et al. 2020: 319, § 34 Rn. 7; Roxin et al. 2020: 888, § 16 Rn. 117.

26 Marckmann et al. 2020: 175.

27 Rönnau 2020: 406.

28 Jakobs 1991: 421 § 13 Rn. 23.

29 Sowada 2020: 457.

30 Für ein Ausscheiden aus der Gefahrengemeinschaft: Sowada 2020: 458.

nen sich ein Missverhältnis auftut, wenn ein Mensch mit einer minimalen Überlebenschance einen Intensivplatz über Wochen blockiert, mit Hilfe dessen in der gleichen Zeit mehrere Kranke mit guter Prognose hätten behandelt werden können, die nun versterben. Eine solche Entscheidung kann aber nur im Team aus Ärzten und Angehörigen gefällt werden und kann jedenfalls nicht ad-hoc zugunsten eines gerade ankommenden Patienten geschehen. Bedacht werden müssen hierbei auch die Auswirkungen auf das gesamte System Krankenhaus, wenn nicht mehr die Indikation für die Weiterbehandlung maßgeblich ist, sondern Erwägungen der Priorisierung und Rationalisierung Einzug halten. Insgesamt ist eine strafrechtliche Sicht, die im Ausnahmefall einen Handlungsspielraum eröffnet, nicht gänzlich von der Hand zu weisen, birgt aber auch erhebliche Gefahren, da Sie Tor und Tür öffnet für das fremdbestimmte Opfern des Einen zugunsten des Anderen.

## 5 Sollte die Situation der Triage geregelt werden und wenn ja, durch wen?

Der Ethikrat konstatiert in seiner Ad-hoc-Empfehlung zur Coronakrise, dass es für die Situation der Triage »keine rechtlich und ethisch umfassend befriedigende Lösung« gebe und spricht von »nahezu unlösbare[n] Dilemmata«.<sup>31</sup> Folgt aus einer An-

31 Deutscher Ethikrat 2020: 3.

sicht, nach der es keine gerechten Kriterien geben kann, aber schon notwendigerweise, dass eine Vorabregelung nicht sinnvoll ist oder sogar rechtlich zu unterbleiben hätte? Oder kommt eine Nicht-Regelung eher einer Vogel-Strauß-Taktik nahe, also einer Verweigerung, dem Problem offen in die Augen zu sehen? Tatjana Hörnle, Strafrechtlerin und Direktorin der Abteilung Strafrecht am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg, lässt keinen Zweifel daran, dass sie eine Nicht-Regelung nicht für eine legitime Option hält: »Ein Punkt ist auch unbestreitbar: Es muss allgemeine Regeln geben. Es ist unmöglich, die erforderlichen Überlegungen im konkreten Einzelfall auf Station ad hoc anzustellen unter dem Zeitdruck und Stress, der dann herrscht. Es sind vorab Auswahlkriterien zu definieren, die auch sinnvoll auf einer Checkliste strukturiert sein sollten, um die konkrete Entscheidung so unkompliziert wie möglich zu machen.«<sup>32</sup> Auch Stimmen aus dem Bereich der Medizinethik fordern eine gesetzlich oder jedenfalls staatliche Regelung.<sup>33</sup> Bedacht werden muss hier, dass der Bund zwar die Strafrechtskompetenz hat, jedoch die Länder für den Gesundheitsbereich verantwortlich sind – ohne Bundeskompetenz würden unterschiedliche gesetzliche Regelungen auf Landesebene eher verwirren als Klarheit stiften.

Haben wir es mit einer Ex-ante-Triage zu tun, so muss eine Entscheidung getroffen werden. Jede Verweigerung einer Ent-

32 Hörnle 2021: 15.

33 Marckmann et al. 2020: 174, 177.

scheidung würde dazu führen, dass keiner der behandlungsbedürftigen Patienten aufgenommen, sondern alle abgewiesen würden. Dies wäre sowohl strafrechtlich ein nicht zu rechtfertigendes bzw. entschuldbares Unterlassen als auch ethisch ein weder im Sinne des Konsequentialismus noch im Rahmen einer Pflichtenethik hinnehmbares Verhalten. Die Dilemma-Situation, die der Ethikrat markiert, kann also nicht die Entscheidungsnotwendigkeit und damit die Anwendung von Entscheidungskriterien oder jedenfalls formalen Entscheidungsmechanismen (dem Wurf des Loses) aufheben.

Wer aber sollte die Kriterien definieren, anhand derer entschieden wird? Im Frühjahr 2020 haben sich Menschen mit Behinderungen mit einer Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht gewendet, um zu erwirken, dass der Gesetzgeber Vorgaben für eine Triage-Situation selbst definiert.<sup>34</sup> Aufgrund ihrer Behinderungen fürchteten sie zum einen, ein besonderes Risiko für einen schweren Covid-19-Verlauf zu haben, und zum anderen, gerade wegen ihrer mit der Behinderung einhergehenden Komorbidität und Gebrechlichkeit von einer lebensrettenden Behandlung im Falle einer Triage-Situation ausgeschlossen zu werden. Bisher liegt die Entscheidungsgewalt faktisch bei den Krankenhäusern und dem medizinischen Personal. Diese können für ihre Entscheidungsfindung auf Vorschläge etwa der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) oder auch der Bundesärzte-

34 BVerfG 2020.

kammer (BÄK) zurückgreifen, beides privatrechtliche Vereinigungen. Die in der Medizin vorherrschende Logik ist die der Erfolgsaussicht einer Behandlung. Daher erhofften sich die Beschwerdeführer offensichtlich, dass eine gesetzliche Regelung sie hier besser schützen könnte. Einen Antrag auf einstweilige Anordnung hatte das Gericht im Juli 2020 abgelehnt. Mit Beschluss vom Dezember 2021 forderte das Gericht den Gesetzgeber dann aber doch auf, unverzüglich geeignete Vorkehrungen zu treffen, um einer Diskriminierung wegen einer Behinderung in einer Triage-Situation vorzubeugen. Dabei stehe dem Gesetzgeber ein »weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum« zu.<sup>35</sup> Offengelassen hat das Gericht, ob der Gesetzgeber materielle oder nur prozedurale Kriterien definiert und damit im Grunde nichts Substantiiertes zum fast unlösbaren Problem beigetragen.<sup>36</sup> Der Deutsche Ethikrat scheint skeptisch gegenüber gesetzlichen Regelungen: »Der Staat darf menschliches Leben nicht bewerten, und deshalb auch nicht vorschreiben, welches Leben in einer Konfliktsituation vorrangig zu retten ist.«<sup>37</sup> Aus dem »Verbot einer eigenen staatlichen Bewertung« folge jedoch nicht »dass entsprechende Entscheidungen nicht akzeptiert werden können.«<sup>38</sup> Der Deutsche Ethikrat sieht die Fachgesellschaften hier in einer wichtigen Rolle.

35 BVerfG 2021: Rn. 99.

36 BVerfG 2021: Rn. 128

37 Deutscher Ethikrat 2020: 4.

38 Deutscher Ethikrat 2020: 4.

Gesetzliche Regelungen haben die demokratische Legitimation auf ihrer Seite. Nach der sogenannten Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts<sup>39</sup> muss der Gesetzgeber gerade die für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Entscheidungen selbst treffen. Dem Staat obliegt eine Schutzpflicht für Leib und Leben seiner Bürger, jedoch hilft dies für die Triage-Situation nicht weiter, da diese Schutzpflicht gegenüber jedem Menschen gleichermaßen besteht, jede Regelung sich mithin nur als ein »Umverteilen« des Schutzes darstellen kann, da das Problem der Triage ja gerade darin besteht, dass ein Schutz aller Schutzbedürftigen nicht möglich ist.<sup>40</sup> Überdies können Gesetze eine Einzelfallentscheidung vor Ort nicht ersetzen. Gesetzlich kann festgelegt werden, welche Kriterien gelten und welche nicht zur Anwendung gebracht werden dürfen. Für die Organvermittlung durch die hierfür eingerichtete Vermittlungsstelle hat der Gesetzgeber neben der Dringlichkeit die Erfolgsaussicht als leitendes Kriterium etabliert (§ 12 Abs. 3 Transplantationsgesetz). Doch ist die Erfolgsaussicht im Rahmen einer Triage-Situation schwerer bestimmbar als bei Menschen, die bereits auf ein Spenderorgan warten und deren Gesundheitszustand bereits eingängig klinisch erfasst wurde.

39 BVerfG 1977: 73 f., juris Rn. 78 f.

40 Schutzpflicht ablehnend: Lehner 2021: 260.

## 6 Zum Schluss

Während der tragische Eingangsfall des Vaters, der nur einem seiner beiden Kinder helfen kann, noch keine Notwendigkeit zur Bestimmung gesetzlicher Kriterien für diese Dilemma-Situation nach sich zieht, wacht in der Corona-Pandemie eine ganze Gesellschaft darüber, welche Kriterien zur Anwendung kommen könnten, wenn ein Versorgungsengpass zu Triage-Entscheidungen führen würde. Es ist problematisch, wenn die Entscheidung über Leben und Tod von Einzelpersonen ohne Vorgabe konsentierter und demokratisch legitimierter Kriterien getroffen wird. Andererseits sind materielle Kriterien, die jeweils mindestens mittelbar zu einer Benachteiligung bestimmter Personengruppen führen würden, durch den Gesetzgeber nach herrschendem Verfassungsverständnis kaum abbildbar. Jedoch ist auch der Verzicht auf jegliche inhaltliche Kriterien und der Rekurs auf rein formale Mechanismen (wie der Wurf des Loses) keine notwendigerweise gerechte Lösung. Gerade »an den Rändern« entfalten konsequentialistische Modelle eine gewisse Überzeugungskraft, die jedoch nicht mit rechnerischer Genauigkeit quantifizierbar ist. Wenn im situativen Entscheidungskontext konsequentialistische Entscheidungen getroffen werden, bedeutet dies nicht, dass die egalitäre Basisgleichheit notwendig verletzt wird. Eine Diskriminierung liegt erst vor, wenn es um gleiche bzw. vergleichbare Sachverhalte geht und eine ungleiche Behandlung unter keinen Umständen mehr rechtfertigbar ist. Hier sollte für das Handeln im Einzelfall ein anderer Maßstab gelten als für generell abstrakte Normen.

## 7 Literaturverzeichnis

Bundesärztekammer 2020: Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels v. 5. Mai 2020. In: Deutsches Ärzteblatt 117 (20): A-1084-1087.

Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin 2020: Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie, Klinisch-ethische Empfehlungen, v. 25.03. 2020 (Version 1), <https://www.divi.de/joomla-tools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/200325-covid-19-ethik-empfehlung-v1.pdf>; Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, Klinisch-ethische Empfehlungen v. 17.04. 2020 (Version 2), <https://www.divi.de/joomla-tools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/200417-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-2.pdf>.

Deutscher Ethikrat 2020: Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise: Ad-Hoc-Empfehlung. Berlin. <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>.

Gärditz, Klaus F. 2020: Grundrechtliche Schutzpflichten und medizinische Ressourcenallokation in der Corona-Krise. In: Zeitschrift für Lebensrecht 2020: 381–388.

- Hörnle, Tatjana 2021: Straf- und verfassungsrechtliche Aspekte. In: Deutscher Ethikrat, Forum Bioethik am 24. März 2021, Triage – Priorisierung intensivmedizinischer Ressourcen unter Pandemiebedingungen, Transkription. <https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/fb-2021-03-24-transkription.pdf>.
- Jakobs, Günther 1991: Strafrecht, Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Berlin, de Gruyter.
- Lackner, Karl/Kühl, Christian/Heger, Martin 2018: Strafgesetzbuch: Kommentar. 29. Aufl. München, Beck.
- Lehner, Roman 2021: »Triage« und Grundrechte – Überlegungen aus der Perspektive von Schutzpflichtendogmatik und Diskriminierungsverboten. In: Die Öffentliche Verwaltung 2021: 252–262.
- Lindner, Josef F. 2020: Die »Triage« im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte. In: Medizinrecht 38 (9): 723–728.
- Marckmann, Georg/Neitzke, Gerald/Schildmann, Jan 2020: Triage in der COVID-19-Pandemie – was ist gerecht? In: Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin 11 (4): 172–178.
- Rönnau, Thomas/Wegner, Kilian 2020: Grundwissen – Strafrecht: Triage. In: Juristische Schulung 60 (5): 403–407.
- Roxin, Claus/Greco, Luís 2020: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl. München, Beck.
- Sowada, Christoph 2020: Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise. In: Neue Zeitschrift für Strafrecht 40 (8): 452–460.

Weilert, A. Katarina/Augsberg, Steffen 2015: Rationalisierung, Rationierung und Priorisierung aus rechtlicher Perspektive. In: Weilert, A. Katarina (Hg.): Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat. Interdisziplinäre Zugänge. Baden-Baden, Nomos: 391–407.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut 2020: Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau. 50. Aufl. Heidelberg, Müller.

## 8 Urteile

Bundesgerichtshof (BGH) 2010: Urteil vom 25. Juni 2010 – 2 StR 454/09 – (»Gerechtfertigte Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch«). In: BGHSt 55: 191–206.

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 1958: Beschluss des Ersten Senats vom 15. Januar 1958 – 1 BvR 400/51 – (»Lüth«). In: BVerfGE 7: 198–230.

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 1977: Beschluss vom 21. Dezember 1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 – (»Sexualkundeunterricht«). In: BVerfGE 47: 46–85.

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 2018: Beschluss des Ersten Senats vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09 – (»Stadionverbot«). In: BVerfGE 148: 267–290.

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 2020: Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 16. Juli 2020 – 1 BvR 1541/20 – (»Erfolgloser Eilantrag gegen Untätigkeit des Gesetzgebers zu Vorgaben für eine sog Triage bei Kapazitätsengpässen im Gesundheitswesen infolge der Covid-19-Pandemie – Folgenabwägung«).

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 2021: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16. Dezember 2021 – 1 BvR 1541/20 – (»Triage«).

## ORCID

A. Katarina Weilert  <https://orcid.org/0000-0002-6143-5177>