

## Die Triage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion

**Michael Kubiciel**

### **Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:**

Kubiciel, Michael. 2021. "Die Triage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion."  
In Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft, edited by Eric Hilgendorf, Eilsa  
Hoven, and Frauke Rostalski, 217-30. Baden-Baden: Nomos.  
<https://doi.org/10.5771/9783748927389>.

### **Nutzungsbedingungen / Terms of use:**

**licgercopyright**

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under the following conditions:

**Deutsches Urheberrecht**

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publizieren>



# Die Triage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion

Michael Kubiciel\*

## A. Einleitung

Als sich Mitte März letzten Jahres die von dem Corona-Virus Sars-CoV-2 ausgelöste Pandemie ihrem (ersten) Höhepunkt näherte, bestand Anlass zur Sorge, dass das deutsche Gesundheitssystem an seine Kapazitätsgrenzen stoßen könnte. Die Berichte aus Italien, Frankreich und Spanien machten deutlich, was geschehen könnte, wenn die für die Behandlung der Lungenerkrankung CoVid-19 erforderlichen Betten mit intensivmedizinischer Versorgung nicht ausreichen, um den tatsächlichen Bedarf zu decken: Ärzte müssten dann über die Zuteilung knapper Ressourcen Entscheidungen treffen, in deren Folge ein Teil der Patienten ohne lebenserhaltende Behandlung bleibt und stirbt. Ob sie dabei demjenigen Vorrang einräumen, der zuerst als Patient aufgenommen worden ist, sich an materiell-klinischen Kriterien orientieren oder das Los entscheiden lassen: *Jede* Entscheidung führt unweigerlich zu einer Priorisierung von Patienten und ihren Überlebenschancen. Für das Verfahren, das dem Ziel dient, knappe medizinische Ressourcen möglichst nutzbringend zu verwenden, hat sich der Begriff „Triage“ etabliert. Es erlaubt Entscheidungen von der zeitlichen Priorität, in der die Hilfsbedürftigkeit entstanden ist, abzuweichen und die Zuteilung der Ressourcen von materiell-klinischen Kriterien, namentlich den Erfolgsaussichten, abhängig zu machen.<sup>1</sup>

Dabei lassen sich zwei Entscheidungssituationen unterscheiden, ohne dass aus dieser analytischen Unterscheidung bereits eine unterschiedliche normative Bewertung resultiert. In der gemeinhin als „*ex ante* Triage“ bezeichneten Fallgruppe ist zu entscheiden, welcher der fortlaufend eingelieferten Notfallpatienten einer intensivmedizinischen Behandlung zugeführt wird, wenn die Ressourcen aktuell oder in unmittelbarer Zukunft nicht mehr für die Behandlung aller ausreichen. In der „*ex post* Triage“ genannten Situation sind sämtliche intensivmedizinischen Behandlungsmöglich-

---

\* Zweitabdruck des in der „Zeitschrift für medizinische Ethik“ 2020 erschienenen Beitrags. Der Verfasser dankt dem Herausgeber für die freundliche Genehmigung.

1 *Brech, Triage und Recht*, 2008, S. 48 ff.

keiten erschöpft, so dass sich nur noch die Frage nach der Zulässigkeit einer Reallokation der vorhandenen Rettungsressourcen stellt. Konkret geht es um die Zulässigkeit einer Extubation eines künstlich beatmeten Patienten bzw. dem Entzug einer entsprechenden Beatmungsmaske, um diese Ressourcen einem anderen Patienten zuzuführen. In einer Pandemie, deren Krankheitsbilder oft lange intensivmedizinische Behandlungen erfordern, wird der in rechtlicher Hinsicht besonders umstrittene Fall der *ex post* Triage eher die Regel als die Ausnahme sein. Sie steht daher zu Recht im Zentrum der Debatte.

### B. Die Veränderung des rechtswissenschaftlichen Diskurses

Die Triage ist zwar ideengeschichtlich auf das militärische Sanitätswesen des 16. Jahrhunderts zurückzuführen<sup>2</sup> und wurde vor allem in den Schlachten des 19. und 20. Jahrhunderts praktiziert. Gleichwohl handelt es sich bei der Triage nicht um ein Verfahren, das allein in der Ausnahmelage von Krieg und Pandemie Anwendung findet. Es ist vielmehr ein in der gesellschaftlich-medizinischen „Normallage“ anerkanntes und praktiziertes *Procedere*: Es findet bei einem Massenanfall von Verletzten Anwendung, wenn (vorübergehend) die Zahl der Hilfsbedürftigen die Anzahl von Rettungskräften und -mitteln übersteigt. Dementsprechend hat die Rechtswissenschaft die von der Triage aufgeworfenen Rechtsfragen traditionell nicht im Zusammenhang von Kriegs- oder Katastrophenszenarien diskutiert, sondern anhand von Lehrbuchbeispielen und klassischen medizinischen Knappheitssituationen.<sup>3</sup>

Betrachtet man die rechtswissenschaftliche Diskussionslandschaft näher, so fällt auf, dass sich in der Vergangenheit vor allem Vertreter der Strafrechtswissenschaft mit der Thematik befasst haben.<sup>4</sup> Seinen Grund hat dies darin, dass die für eine Triage kennzeichnende Dilemma-Situation besonders geeignet ist, strafrechtsdogmatische Grundbegriffe wie Unrecht und Schuld zu verdeutlichen und (ungeschriebene) Rechtsfertigungs- und

---

2 Treffend *Lübbe*, Orientierung in der Corona-Krise? Nicht mit Doppelbotschaften, *MedR* 2020, S. 434 (437): Das Prinzip „first come, first served“ werde außer Kraft gesetzt.

3 Statt vieler *Jescheck/ Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 367 (mit Fn. 56).

4 Vgl. nur *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 185. Treffend *Hoven*, Die Triage-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, *JZ* 2020, S. 449: „Jahrhundertproblem der Strafrechtswissenschaft“.

Entschuldigungsgründe zu erläutern und gegeneinander abzugrenzen. Es waren also, pointiert formuliert, vor allem dogmatische und didaktische Gründe ausschlaggebend dafür, dass sich die Strafrechtswissenschaft stärker als andere Disziplinen mit den Rechtsfragen der Triage befasst hat. Dabei hat die Strafrechtswissenschaft indes einen, wenn auch für ihre Disziplin entscheidenden Teilaspekt fokussiert: die *strafrechtliche* Bewertung der Auflösung einer Kollisionslage durch einen Arzt. Die Suche nach materiellen Kriterien einer fairen oder zumindest akzeptablen Ressourcenzuweisung wurde dadurch an den Rand gedrängt, obgleich sie der Frage nach den Rechtsfolgen einer Zuweisungsentscheidung logisch vorgelagert ist. Mitursächlich für diese Verdrängung ist gewiss auch der Umstand, dass die Triage lange Zeit als vergleichsweise ephemere Erscheinung eines größeren Diskurszusammenhangs erschien: der Ressourcenverteilung im Gesundheitswesen.

Die Sars-CoV-2-Pandemie hat die Diskussionslage nunmehr in zweifacher Weise verändert: Zum einen ist die mit dem Begriff Triage beschriebene dilemmatische Situation in das Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt. Zum anderen wird nicht mehr nur über die Rechtsfolgen einer ärztlichen Entscheidung über die Verteilung intensivmedizinischer Behandlungsressourcen gestritten, sondern auch und vor allem über die vorgelagerte Frage der materiellen Entscheidungskriterien. Diesem grundlegenden Perspektivenwechsel zum Trotz sind es nach wie vor Strafrechtswissenschaftler, die sich in der Diskussion zu Wort melden. Einerseits greifen sie dabei, in nicht immer unproblematischer Weise,<sup>5</sup> über die Grenzen ihrer Disziplin und ihrer rechtswissenschaftlichen Methodik hinaus. Andererseits hat die Beteiligung der Strafrechtswissenschaft den Vorteil, dass die Rechtsfolgen nicht aus dem Blick geraten, sondern stets mitgedacht werden. Denn selbst für einen Arzt, der vom Vorwurf des Totschlags freigesprochen wird, stellt die Unterscheidung zwischen nicht tatbestandsmäßig, gerechtfertigt oder entschuldigt – kurz: zwischen Unrecht und Schuld – keine bloß dogmatisch-didaktische Binnendifferenzierung dar; sie hat vielmehr erhebliche expressiv-symbolische und praktische Konsequenzen.<sup>6</sup>

Im Folgenden soll die veränderte rechtswissenschaftliche Diskurslandschaft kartographiert werden. Behandelt werden dabei insbesondere die Fragen, ob der Gesetzgeber die Triage gesetzlich regeln darf, nach welchen

---

5 *Windhöfel*, Juristischer Journalismus in der Corona-Krise, JZ 2020, S. 455.

6 *Gaede/Kubicjel/Saliger/Tsambikakis*, Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, medstra 2020, S. 129 f. Ebenso: *Bundesärztekammer*, Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels, S. 3.

Kriterien sich eine Zuteilungsentscheidung richten sollte und wie ein Triagieren strafrechtlich zu bewerten ist.

### C. Gesetzliche Regelung der Triage

#### I. Begrenzte Aussagekraft und Auslegungsoffenheit des geltenden Strafrechts

Sollten Ärzte vor der Frage stehen, wie sie knappe intensivmedizinische Ressourcen und die damit verbundenen Überlebenschancen verteilen sollen, kann ihnen das Recht keine Antwort geben, die Orientierung und Rechtssicherheit gewährt. Zwar finden auf derartige Entscheidungen die Tatbestände und allgemeinen Zurechnungsregeln des Strafrechts Anwendung, so dass sowohl bei der Nichtbehandlung eines Patienten als auch beim Entzug eines Respirators oder einer Beatmungsmaske zugunsten eines anderen ein Totschlag (ggfs. durch Unterlassen, § 13 StGB) gem. § 212 StGB in Betracht kommt. Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein strafatbestandsmäßiges Verhalten rechtmäßig ist oder entschuldigt werden kann, ist jedoch umstritten, zumal das Strafrecht keine spezifischen Vorgaben oder Kriterien enthält, *wie* der Arzt zu entscheiden und die Behandlungskapazitäten zu verteilen hat. Schon das breit gefächerte Spektrum an Meinungen in der (Straf-)Rechtswissenschaft zu zulässigen bzw. unzulässigen Entscheidungsparametern, die in die Auslegung des geltenden Strafrechts einfließen sollen (näher dazu unten 3.), zeigt die geringe Aussagekraft der strafrechtlichen Verhaltensnormen. Wenn nach Auffassung der Interpreten des geltenden Rechts die zeitliche Reihenfolge des Eintritts der Behandlungsnotwendigkeit, die Erfolgsaussichten der Behandlung, das Alter, ein Losverfahren etc. rechtlich relevant sein können, ist das ein eindrücklicher Beleg dafür, dass das geltende Strafrecht offen für eine Vielzahl verschiedener Interpretationen ist und damit einer hinreichenden Steuerungswirkung entbehrt.<sup>7</sup> Auch aus dem Verfassungsrecht lassen sich keine Vorgaben ableiten, die der entscheidende Arzt zu beachten hätte. Zum einen ist das Grundgesetz selbst interpretationsbedürftig, zum anderen verpflichtet die Verfassung unmittelbar nur den Staat, nicht

---

<sup>7</sup> Anderer Ansicht *Merkel/S. Augsburg*, Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen, JZ 2020, S. 704 (714): Verfassungs- und Strafrecht zögen Triage einen hinreichend deutlichen Rahmen.

Private.<sup>8</sup> Dieses rechtliche Vakuum lässt sich durch die Regeln der medizinischen Ethik, der Sozialmoral oder ärztliche Selbstregulierung nicht ausfüllen.<sup>9</sup> Denn selbst wenn diese außerrechtlichen Vorgaben eindeutig wären, so fehlte ihnen die rechtliche Verbindlichkeit. Daher kann der entscheidende Arzt nicht erwarten, dass ein Strafrichter die nach Maßgabe unverbindlicher Kriterien getroffene Priorisierungsentscheidung rechtlich nachvollzieht. Erst recht kann von einem Patienten nicht erwartet werden, dass er eine derart weitreichende, weil für ihn tödliche Entscheidung duldet, wenn deren Legitimationsgrundlage derart schwach fundiert ist.

## *II. Konfliktregulierung durch Ethik, informelle Regeln oder staatliches Recht?*

Angesichts dessen drängt sich die Frage auf, ob nicht der Gesetzgeber die erforderliche Rechtssicherheit schaffen sollte. Dies wird von einer Auffassung mit dem Argument befürwortet, die Primärverantwortlichkeit in einem demokratischen Rechtsstaat zur Regelung derart wesentlicher Fragen könne nicht bei medizinischen Fachgesellschaften, Ethikern, der Rechtswissenschaft oder Rechtsprechung liegen, sondern sei beim Gesetzgeber verortet.<sup>10</sup> Ethisch fundierte<sup>11</sup> Rechtsregeln aufzustellen, die die – für alle – notwendige Rechtssicherheit und Eingriffsberechtigung schaffen, ist legalistisch ohne weiteres möglich.

Andere treten diesem Ansinnen entschieden entgegen. Rechtssicherheit sei nicht das höchste Gut der Verfassung, diese müsse vielmehr gegenüber einer höherrangigen normativen Grundentscheidung zurücktreten. Diese laute: Eine „unmittelbare Entscheidung über Leben und Tod“ sei dem Staat untersagt.<sup>12</sup> Begründet wird die Existenz und Geltung dieser Grundentscheidung mit dem Argument, die „Art. 1, 2 und 3 des GG“ verböten

---

8 *Lindner*, Die Triage im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, MedR 2020, S. 723 f.

9 *Sternberg-Lieben*, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, MedR 2020, S. 627 (628 f.); ähnlich *Jäger/Grindel*, Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage, ZIS 2020, S. 151 (162).

10 *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis* (Fn. 6), medstra 2020, S. 129 (130 f.); ebenso: *Engländer/Zimmermann*, Rettungstötungen in der Corona-Krise?, NJW 2020, S. 1398 (1402); *Taupitz*, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, MedR 2020, S. 440 (442 f.).

11 Siehe etwa *Lübbe*, Corona-Triage, Verfassungsblog v. 15.3.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/corona-triage/>.

12 *Merkel/Augsberg* (Fn. 7), JZ 2020, S. 704 (712).

eine „Notstandsopferung“ von Menschen nach dem Prinzip einer „Abwägung Leben gegen Leben“. <sup>13</sup> Prägend für die Rechtsordnung sei der Grundsatz, „dass keine Person verpflichtet ist, ihr Leben zu Gunsten des Lebens einer anderen Person zu opfern“, da eine solche Rettungspflicht impliziere, dass das Leben des einen mehr wert sei als das Leben eines anderen. Eine solche Abwägung verletze die von der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) geschützte Basisgleichheit aller Menschen“. <sup>14</sup> Auch der Deutsche Ethikrat betont, dass der Staat menschliches Leben nicht bewerten und deshalb auch nicht vorschreiben dürfe, „welches Leben in einer Konfliktsituation vorrangig zu retten ist“. Noch in Notzeiten habe der Staat nicht allein die Pflicht, möglichst viele Leben zu retten, sondern müsse „auch und vor allem die Grundlagen der Rechtsordnung“ garantieren. <sup>15</sup> Die Garantie der Menschenwürde fordere eine „egalitäre Basisgleichheit“, die jede Be- und Abwertung des Lebens ausschließe. Da eine gesetzliche Regelung der Triage notwendig Regelungen zur Priorisierung von Menschenleben enthielte, sei der Gesetzgeber an einer gesetzlichen Regelung der Triage verfassungsrechtlich gehindert. Die maßgebliche Normenordnung bleibe daher das Strafrecht. <sup>16</sup> Da das Strafrecht, wie gesehen, interpretationsoffen ist, soll die Frage, ob eine – nach welchen Kriterien auch immer vorgenommene – Triage gegen strafrechtliche Verhaltensnormen verstößt, letztlich mit Hilfe „außerrechtlicher Standards“, etwa der medizinischen Fachgesellschaften, beantwortet werden. <sup>17</sup>

Diese Position läuft auf eine Privatisierung der Priorisierungsentscheidung hinaus, da der vom Strafrecht aufgespannte Entscheidungsrahmen durch Kriterien ausgefüllt werden soll, die nicht der Staat, sondern Private – Einzelpersonen oder gesellschaftliche Institutionen – aufgestellt haben. Die oben angesprochene Geltungsfrage bleibt dabei bewusst offen – mehr noch: in dieser Offenheit soll ein Vorzug liegen. Indes verkennt diese Auffassung, dass gerade die von ihr betonte Bedeutung der Menschenwürde und weiterer Grundrechte sich nicht mit einem Verzicht auf eine unterverfassungsrechtliche Regulierung verträgt: Wesentliches muss der Gesetzgeber regeln. Er darf sich nicht damit begnügen, einen Rahmen zu schaffen,

---

13 *Merkel/Augsberg* (Fn. 7), JZ 2020, S. 704 (712).

14 *Lindner* (Fn. 8), MedR 2020, S. 723 (724 f.).

15 *Deutscher Ethikrat*, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, Ad-hoc-Empfehlung vom 27.3.2020, S. 4 f.

16 *Lindner* (Fn. 8), MedR 2020, S. 723 (724). – Insofern ist die Triage nicht in einem gänzlich rechtsfreien Raum verortet, zutreffend *Merkel/Augsberg* (Fn. 7), JZ 2020, S. 704 (707 f.). Ebenso *Sternberg-Lieben* (Fn. 9), MedR 2020, S. 627 (629).

17 Ebenso *Lindner* (Fn. 8), MedR 2020, S. 723 (724).

den ein Arzt durch eine Ad-hoc-Entscheidung bzw. auf Grundlage medizinischer oder ethischer Richtlinien ausfüllt. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Ad-hoc-Entscheidung des Arztes bzw. die Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften auf Maximen beruht, die eine (vorgeblich verfassungswidrige) Abwägung „Leben gegen Leben“ nach Maßgabe von Behandlungschancen vorsehen.<sup>18</sup> Hier stellt sich in aller Dringlichkeit die Frage, weshalb Private eine Regelung treffen dürfen, deren Umsetzung der Staat in Gestalt seiner Strafgerichte zu tolerieren hat, während dem Gesetzgeber die Schaffung einer vergleichbaren Regelung kategorisch untersagt sein soll.

Widerspruchsfrei beantworten lässt sich diese Frage nicht. Denn wenn eine von medizinischen und ethischen Kriterien vorstrukturierte Abwägung von Leben gegen Leben tatsächlich Grundprinzipien unserer Verfassung verletzen sollte, wäre der Staat nicht nur an der Schaffung eines Gesetzes mit entsprechenden Regeln gehindert. Er dürfte die Verbindlichkeit dieser Regeln auch nicht dadurch anerkennen, dass seine Gerichte diese Regeln als maßgebliche Interpretationshilfe bei der Anwendung des auslegungsbedürftigen Strafrechts heranziehen. Umgekehrt bedeutet das: Sollten sich Kriterien für eine Priorisierungsentscheidung finden lassen, die verfassungsrechtlich unbedenklich sind, dürfen diese nicht nur zur Interpretation des allgemeinen Strafrechts herangezogen werden; der Gesetzgeber sollte sie auch zur Grundlage eines besonderen Gesetzes machen, das die Rechtsfragen der Triage umfassend regelt.

Im Folgenden wird gezeigt, dass nicht jede Priorisierungsentscheidung, die auf Grundlage einer vergleichenden Betrachtung von Patienten getroffen wird, die verfassungsrechtliche Basisgleichheit der Patienten missachtet. Eine Abwägung von Leben gegen Leben ist – unter näher zu bestimmenden Bedingungen – auch in der Triage-Situation verfassungsrechtlich zulässig.

#### D. Entscheidungskriterien

##### I. Reichweite der Priorisierungskriterien

Bevor wir uns denkbaren materiellen Kriterien zuwenden, ist zu erörtern, welche Reichweite ihre Aussage haben soll, anders gewendet: ob die Kriterien für beide Anwendungsvarianten der Triage – *ex ante* und *ex post*

---

<sup>18</sup> Lübbe (Fn. 2), MedR 2020, S. 434 (437).

– gültig sein können. Die klinisch-ethischen Empfehlungen zu Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin gehen davon aus, dass in Situationen, in denen keinerlei Ressourcen mehr verfügbar sind, „eine Einschränkung der sonst gebotenen patientenzentrierten Behandlungsentscheidungen erforderlich“ ist. „Aus Gerechtigkeitsabwägungen“ sollten alle intensivpflichtigen Patienten bei der Priorisierung gleichermaßen berücksichtigt werden, was eine Therapiezieländerung bei laufender intensivmedizinischer Behandlung nach einer Re-Evaluation erforderlich mache.<sup>19</sup> Infolgedessen darf eine laufende intensivmedizinische Versorgung abgebrochen und in eine palliative Versorgung übergeleitet werden, so dass die freigewordene Ressource von einem anderen Patienten mit besseren Erfolgsaussichten genutzt werden kann.<sup>20</sup> Auch die Orientierungshilfe der Bundesärztekammer geht davon aus, dass Ärzte – unter der Bedingung einer „existenziellen Knappheit“ – die Fortführung einer Intensiv- oder Beatmungstherapie im Wege einer Einzelfallentscheidung beenden und die Behandlungsmöglichkeiten anderen Patienten mit besseren Erfolgsaussichten zur Verfügung stellen können.<sup>21</sup>

Dem tritt eine traditionell stark vertretene Meinung in der Rechtswissenschaft entgegen. Ihr zufolge stellt die Vornahme einer *ex post* Triage einen tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen (sowie nach überwiegender Auffassung auch schuldhaften) Totschlag dar – unabhängig von den materiellen Kriterien, die der Reallokationsentscheidung zugrunde liegen.<sup>22</sup> Diese Auffassung beruht auf der Annahme, dass der Entzug einer bereits gewährten Behandlung einen (aktiven) Eingriff in die Rechtssphäre des Behandelten darstelle, die dieser auch dann nicht dulden müsse, wenn er die Voraussetzung dafür ist, dass der Arzt der gegenüber einem anderen Patienten bestehenden Behandlungspflicht nachkommen kann. In einer

---

19 Zu den Zitaten siehe *DIVI*, Klinisch-ethische Empfehlungen zur Entscheidung über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, 2. Fassung, S. 4 und 8.

20 *DIVI* (Fn. 19), S. 9.

21 *Bundesärztekammer* (Fn. 6), S. 2 f.

22 *Engländer/Zimmermann* (Fn. 10), *NJW* 2020, S. 1398 (1399); *Lindner* (Fn. 8), *MedR* 2020, S. 723 (727); *Merkel/Augsberg* (Fn. 7), *JZ* 2020, S. 704 (710 ff.); *Rönnau/Wegner*, Triage, *JuS* 2020, S. 403 (405); *Sternberg-Lieben* (Fn. 9), *MedR* 2020, S. 627 (635). – Andere Ansicht: *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis* (Fn. 6), *medstra* 2020, S. 129 (134 ff.); *Hoven* (Fn. 4), *JZ* 2020, S. 449 (452 ff.); *Jäger/Grindel* (Fn. 9), *ZIS* 2020, S. 151 (163); *Taupitz* (Fn. 10), *MedR* 2020, S. 440 (446). S. ferner *Esser/Wasmeier*, „Corona-Dilemmata“, *JURA* 2020, S. 668 (672).

solchen Situation konkurrierten, heißt es, zwei Pflichten unterschiedlicher Typen miteinander.<sup>23</sup> Denn der bereits von intensivmedizinischen Apparaturen behandelte Patient habe nicht nur ein Behandlungsrecht wie jeder andere Bedürftige, sondern einen Integritätsanspruch, der nicht zugunsten eines anderen Patienten zurückgenommen werden dürfe: Ein künstliches System zur Unterstützung von Organfunktionen, das „vollständig in den Körper integriert“ sei, ist Bestandteil dieser körperlichen Organfunktion. Die Beendigung der Behandlung bedeute daher nicht nur die Unterbindung ihrer künftigen lebenserhaltenden Wirkung, sondern verändere einen „Status quo des intakten Organverbunds“ zum Schlechteren. Diese Verschlechterung zur Rettung anderer müsse der Behandelte nicht dulden.

Diese Argumentation überzeugt weder in phänomenologischer noch in normativer Hinsicht. Zum einen liegt ihr eine einseitige medizintechnische Vorstellung von einer intensivmedizinischen Behandlung von Covid-19-Patienten zugrunde: Nicht alle schwer erkrankten Patienten werden (sofort) intubiert, vielmehr kann eine intensivmedizinische Behandlung auch durch nicht-invasive Beatmungstechniken wie CPAP (*continuous positive airway pressure*) – laienhaft: durch Atemmasken – erfolgen. Letztere sind weniger eng mit dem Körper verbunden als eine Infusion und bilden erst keinen „Organverbund“ im oben zitierten Sinne, dennoch können sie nicht weniger (lebens-)wichtig sein. Wäre also die Art der künstlichen Beatmung normativ entscheidend, könnten die Ressourcen in dem Fall der Atemmaske mit tödlichen Folgen entzogen und anderen zur Verfügung gestellt werden. Erst recht dürfte ein Arzt eine manuelle Beatmung mittels eines Beatmungsbeutel beenden.<sup>24</sup> Beim Einsatz eines intubierten Respirators wäre all dies hingegen ausgeschlossen, obgleich die Konsequenzen für den behandelten Patienten in allen Fällen dieselben sein können.

Diese Beispiele verweisen auf ein tieferliegendes Problem. Die Apparatedizin ist so vielgestaltig und entwicklungs offen, dass sich aus dem (momentanen) Stand der Technik keine zwingenden Wertungen ableiten lassen. Dies gilt nicht nur für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen, sondern auch für die Frage, ob zwischen der *ex post* und der *ex ante* Triage eine normativ erhebliche Differenz besteht.<sup>25</sup> Es kommt hinzu, dass gerade die Triage in der Pandemie-Lage oder bei einem Massenansturm von

---

23 Dazu und zum Folgenden *Merkel/Augsberg* (Fn. 7), JZ 2020, S. 704 (712).

24 *Lübbe* (Fn. 2), MedR 2020, S. 434 (436).

25 In diesem Sinne auch *Lübbe* (Fn. 2), MedR 2020, S. 434 (436).

Verletzten durch eine „radikale Zeitlichkeit“ geprägt ist.<sup>26</sup> Dies verweist zum einen auf großen Zeitdruck, unter dem die Entscheidungen über die Verteilung der lebenserhaltenden medizinischen Ressourcen getroffen werden müssen. Zum anderen kann die getroffene Ressourcenzuweisung deshalb nicht als dauerhaft gelten, weil sich die Gesamtlage, in der sich die Behandlung des Einzelnen vollzieht, ständig ändert. Wenn sich aber die Situation durch eine ständige Veränderung des Verhältnisses von Hilfsbedürftigen und Rettungsmitteln fortlaufend weiterentwickelt, kann der Anspruch auf faire Teilhabe an (begrenzten) kollektiven Ressourcen nicht zu einem dauerhaften subjektiven Recht auf individuelle Behandlung erstarben.<sup>27</sup> Vielmehr darf die Behandlung in mehr oder weniger kurzen Zeiträumen überprüft und beim Vorliegen normativ überzeugender Gründe entzogen werden.

## II. Kriterien

Normativ überzeugende Kriterien für eine juristische Bewertung einer (Re-)Allokationsentscheidung müssen in medizinrechtlicher Hinsicht „sachgerecht“ sein.<sup>28</sup> In diesem – spezifischen – Sinne sachgerecht ist eine medizinische Entscheidung immer dann, wenn sie sich an den klinischen Erfolgsaussichten eines realistischen Therapiezieles orientiert. Für die nähere Bestimmung dieses medizinischen Kriteriums haben die Fachgesellschaften Indikatoren und Verfahren beschrieben,<sup>29</sup> die auf Ebene vieler Krankenhäuser und Kliniken weiter spezifiziert worden sind. Da diese Kriterien in einem unmittelbaren Sachzusammenhang mit der zu treffenden Triage-Entscheidung stehen, ist es teleologisch angemessen sie auch der rechtlichen Bewertung zugrunde zu legen.

Nicht sachangemessen wäre es hingegen, wenn eine derart existenzielle Entscheidung vom Zufall abhinge und beispielsweise in einem Losverfahren

---

26 Näher dazu *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis* (Fn. 6), *medstra* 2020, S. 129 (131 f.).

27 Was den Fall einer Organtransplantation von dem hier diskutierten Fall der Beendigung einer künstlichen Beatmung nach einer Triage unterscheidet, ist also weniger die biologisch-technische Art der Verbindung zwischen Organismus und Apparat, sondern die Dauerhaftigkeit und Stabilität der Lage.

28 *Lindner* (Fn. 8), *MedR* 2020, S. 723 (727).

29 *DIVI* (Fn. 19), S. 8.

ren getroffen würde.<sup>30</sup> Zudem entspräche ein solches Verfahren kaum dem Selbstverständnis der Mediziner und wäre auch Angehörigen kaum zu vermitteln.<sup>31</sup> Als nicht sachgerecht lassen sich ferner sämtliche Kriterien ausscheiden, die in keinem teleologischen Zusammenhang mit der zu treffenden *medizinischen* Entscheidung über die Aufnahme bzw. Fortführung einer Behandlung stehen. Im Gesundheitswesen und damit auch in der Triage-Situation begegnen sich die Bürger als (hilfsbedürftige) Patienten und Mitversicherte. Folglich konkurrieren Behandlungsrechte von Patienten miteinander, nicht Bürger mit ihrem Gesamtportfolio an identitätsbestimmenden Merkmalen, sozialen Rollen, Funktionen und Nützlichkeiten. Abzustellen ist bei der Triage-Entscheidung daher auf den konkreten medizinischen Zusammenhang, nicht auf den personellen, sozialen oder gesundheitspolitischen Gesamtkontext der Entscheidung, zumal die Fernwirkungen bzw. der Gesamtnutzen einer Allokationsentscheidung ohnehin kaum zu ermitteln ist.

Kommt es also nicht auf eine utilitaristische Gesamtbetrachtung an, dann stellt sich die Frage nach einer vorrangigen Berücksichtigung von Personen eines bestimmten Status (verheiratet, erziehungsberechtigt) oder mit besonderen beruflichen Funktionen nicht. Dasselbe gilt für das Alter des Patienten, soweit die zu erwartende Lebensdauer als ein Indikator für den persönlichen oder gesellschaftlichen Gesamtwert des Einzelnen erachtet wird.<sup>32</sup> Möglich ist es jedoch, ein (besonders hohes) Alter als subsidiären Indikator für die klinischen Erfolgsaussichten einer intensivmedizinischen Behandlung heranzuziehen.<sup>33</sup>

### III. Rechtsfolgen einer kriterienbasierten (Re-)Allokationsentscheidung

Damit bleibt zu klären, wie eine Entscheidung zu bewerten ist, die auf Grundlage der gerade skizzierten Kriterien gefällt wird. Die Antwort hängt davon ab, ob man der Frage das geltende Recht zugrunde legt oder sie rechtspolitisch – *de lege ferenda* – beantwortet.

Auf der Basis des geltenden Rechts sollen klinische Kriterien im Fall der *ex ante* Triage keine Rolle spielen, da hier zwei Behandlungspflichten mit-

---

30 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>.

31 Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis (Fn. 6), medstra 2020, S. 129 (133).

32 Hoven (Fn. 4), JZ 2020, S. 449 (451).

33 Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis (Fn. 6), medstra 2020, S. 129 (133).

einander konkurrieren, von denen der Arzt eben nur eine erfüllen könne: Falls ein freies Beatmungsgerät verblieben ist, soll der Arzt stets straflos bleiben, wenn er diese Ressource (irgend-)einem Patienten zur Verfügung stellt, selbst wenn für diese Auswahl sachfremde Erwägungen ausschlaggebend waren.<sup>34</sup> Dem ist – auf Grundlage der *lex lata* – zuzustimmen. Denn selbst wenn man klinischen Kriterien die oben beschriebene Bedeutung beimisst, wäre es unangemessen, die getroffene Auswahlentscheidung als Tötungsunrecht zu bezeichnen und zu sanktionieren, solange die Verbindlichkeit der Kriterien nicht gesetzlich festgeschrieben ist. Eine Bestrafung wegen Totschlags durch Unterlassen nach einer im hiesigen Sinne fehlerhaften Auswahlentscheidung hätte nicht die ausreichend feste gesetzliche Grundlage, die ein solches Verdikt verlangt (Gesetzlichkeitsprinzip, Art. 103 Abs. 2 GG). *De lege ferenda* wäre es dem Gesetzgeber aber ohne weiteres möglich, die rechtliche Verbindlichkeit klinischer Kriterien für eine *ex ante* Triage festzuschreiben. Dabei könnte der Gesetzgeber einen (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Verstoß gegen die Vorgaben für eine Auswahlentscheidung in einem speziellen Straftatbestand regeln, um die Kriterien rechtsverbindlich zu machen und einen Rückgriff auf den Totschlagstatbestand mit seiner hohen Strafandrohung zu sperren.

Im Hinblick auf die intrikate *ex post* Triage fragt sich ob, eine Auswahlentscheidung, die den oben genannten Sachkriterien entspricht, schon nach geltendem Recht straflos bleiben kann. Gegen die Berücksichtigung spricht nicht deren fehlende gesetzliche Fixierung, da das Gesetzlichkeitsprinzip dem Schutz des Beschuldigten dient; der interpretatorische Rückgriff auf diese Kriterien zur Eingrenzung der Strafbarkeit ist daher nicht ausgeschlossen. Für eine Berücksichtigung spricht, dass es sich um Kriterien handelt, die wegen ihrer Sachnähe eine teleologisch angemessene Strafbarkeitseinschränkung ermöglichen und den entscheidenden Ärzten Rechtssicherheit vermitteln. Ärzten eine unausweichliche Entscheidungspflicht aufzuerlegen, ihnen aber zugleich Strafe anzudrohen, wenn sie eine medizinisch angemessene Entscheidung treffen, ist widersprüchlich. Solange der Gesetzgeber diesen Widerspruch nicht explizit auflöst, ist *de lege lata* von einem rechtmäßigen Handeln auszugehen, wenn der Arzt eine Triage auf Basis der oben genannten Kriterien durchführt, die Fortsetzung der Behandlung unterbricht und die Ressourcen anderen Patienten zur Verfügung stellt.

---

34 So Engländer/Zimmermann (Fn. 10), NJW 2020, S. 1398 (1399); Lindner (Fn. 8), MedR 2020, S. 723 (727); Merkel/Augsberg (Fn. 7), JZ 2020, S. 704 (706 f.).

## E. Fazit

Im weiteren Verlauf der SARS-CoV-2-Pandemie könnten auch hierzulande intensivmedizinische Behandlungsmöglichkeiten vorübergehend knapp werden. Selten wird es dabei so sein, dass zwei Patienten um eine noch freie medizinische Ressource konkurrieren. In einer Pandemie, die zu einer Erkrankung mit teils sehr langer Behandlungsdauer führt, wird vielmehr regelmäßig darüber zu entscheiden sein, ob bereits genutzte intensivmedizinische Ressourcen neu verteilt, d.h. die Behandlung des einen zugunsten der Behandlung eines anderen Patienten unterbrochen wird. Unabhängig davon, welche der beiden Situationen vorliegt, gilt: *Jede* Entscheidung über die Zuteilung von Ressourcen stellt eine Priorisierungsentscheidung dar, so dass eine Abwägung, welchem Patienten die Behandlungsmöglichkeit gewährt und höhere Überlebenschancen eröffnet werden unausweichlich ist. Diskutieren lässt sich allein, nach welchen Kriterien diese Entscheidung bzw. Abwägung erfolgen soll: Gilt die Regel „first come, first served“? Oder soll dieses zeitliche Zufallsprinzip von einem Triage-Verfahren durchbrochen werden können? Es sind Ärzte, die diese Fragen beantworten und eine für Patienten schlechterdings existentielle und für sie selbst belastende Entscheidung treffen müssen. Das Mindeste, was sie in dieser Situation verlangen können, ist normative Handlungsorientierung und Rechtssicherheit. Ärzte auf eine individuelle „Gewissensentscheidung“<sup>35</sup> zu verweisen hieße, sie in dieser moralischen Grenzsituation alleine zu lassen und sie zudem mit rechtlichen Risiken zu belasten, die von berufs- und zivilrechtlichen Konsequenzen bis hin zu Strafverfahren reichen können. Sollte der Gesetzgeber keine Verteilungsregeln einführen, haben Ärzte eine Entscheidung zu treffen und Juristen diese ggfs. zu prüfen. Dabei kommen insbesondere den klinisch-ethischen Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie erhebliche Bedeutung zu. Diese Empfehlungen nehmen zwar ausdrücklich nicht in Anspruch, eine „abschließende juristische Einordnung“ zu sein.<sup>36</sup> Dennoch können die in den Empfehlungen enthaltenen Regeln und Verteilungsverfahren zur Spezifizierung des geltenden, auslegungsbedürftigen Strafrechts herangezogen werden. Nach der hier

---

35 Vgl. *Deutscher Ethikrat* (Fn. 15), S. 4, für den Fall einer Triage bei einer „ex post Konkurrenz“ mit einer Entscheidung über die Einstellung der Behandlung eines Patienten zur Rettung eines anderen.

36 *DIVI* (Fn. 19), S. 3.

*Michael Kubiciel*

vertretenen Auffassung ermöglichen sie rechtmäßige Entscheidungen sowohl in der *ex ante* wie in der *ex post* Triage.