

<https://doi.org/10.1007/s00350-020-5613-0>

Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision

Detlev Sternberg-Lieben

Die pandemische Verbreitung des Virus SARS-CoV-2 und die hierdurch bei einer Vielzahl von Menschen verursachte schwere Lungenkrankheit COVID-19 hat auch in Deutschland zu einer Vielzahl das gesellschaftliche Leben erheblich beschränkender staatlicher Maßnahmen geführt. Diese haben eine unkontrollierbare massive Verbreitung des Virus und eine damit verbundene Überforderung des Gesundheitssystems, namentlich in Form einer (wie im Ausland bereits mitunter zu beobachtenden¹) Überlastung der Intensivstationen, insbesondere durch sog. beatmungspflichtige Patienten, bislang erfolgreich abgewendet. Die Auswirkungen dieser Pandemie sowie der zu ihrer Einhegung ergriffenen Maßnahmen beschäftigen zunehmend nicht nur die Verwaltungs- und Verfassungsgerichte², sondern auch die Rechtswissenschaft³. Nachfolgend soll das Augenmerk auf Konstellationen gerichtet werden, in denen die Zahl dringend zu versorgender Patienten die personellen und materiellen Ressourcen der Intensivstationen übersteigt, so dass entschieden werden muss, welche Patienten zuerst intensivmedizinisch versorgt und welche dann erst später beziehungsweise gar nicht mehr entsprechend behandelt werden. Es ist mithin eine Konstellation zu betrachten, die bislang als Triage nur aus der Kriegs- und Katastrophenmedizin⁴ bekannt war. Hierbei bleibt nur zu hoffen, dass diese nicht nur die Rechtsordnung an ihre Grenzen bringende, sondern vor allem die zur Patientenauswahl gezwungenen Ärzte psychisch bis über ihre Grenzen belastende Triage-Situation weiterhin vermieden werden kann.

A. Erfassen der Triage-Entscheidung durch das Strafrecht

I. Kurzer Überblick über in Betracht kommende Straftatbestände

Führt die Nichtbehandlung eines Patienten zu dessen Tod, so kommt eine Strafbarkeit des für seine Behandlung als Garant verpflichteten Arztes wegen einer (versuchten) vorsätzlichen Tötung durch Unterlassen in Betracht, §§ 212, 13, 22, 23 StGB. Grundsätzlich ist für die ärztliche Einstandspflicht als Garant kraft Übernahme⁵ die tatsächliche Übernahme der Behandlung (etwa durch den Untersuchungsbeginn) maßgeblich⁶. Bei einem im Krankenhaus tätigen Arzt ist zu berücksichtigen, dass seine Garantstellung bereits aus seiner Einbindung in die Krankenhaus-Organisation folgt: Da diese Einrichtung gegenüber den von ihr aufgenommenen Patienten die zu delegierende Verpflichtung zur Heilbehandlung übernommen hat, wächst dem dort tätigen Arzt infolge der internen Verantwortungsverteilung eine Garantstellung für alle in seinem Zuständigkeitsbereich aufgenommenen

Patienten zu⁷. Dies gilt zumindest dann, wenn er nach der Krankenhausorganisation zum Dienst eingeteilt ist⁸. Einer Übernahme der Behandlung durch ihn selbst bedarf es dann nicht.

Für die Erfolgskausalität in Fallkonstellationen des Eingreifens in den Kausalverlauf wird – ebenso wie beim Unterlassungsdelikt⁹ – eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit des Ausbleibens des Erfolges gefordert¹⁰, die vorliegend in der Regel zumindest sehr schwer bzw. i. d. R. gar nicht zur Überzeugung des Gerichts festzustellen sein dürfte. Für den dann in Betracht kommenden Totschlagsversuch liegt es nahe, eine korrespondierende Vorstellung des Täters zu verlangen. Auch der 5. Strafsenat hat in seiner Entscheidung zur Manipulation im Zusammenhang mit Leber-Allokationen ein entsprechendes Bewusstsein gefordert¹¹. Dann läge vorliegend kein Vorsatz bei dem über die Behandlung entscheidenden Arzt vor, wenn er – wie dies angesichts nicht sicher zu prognostizierender Krankheitsverläufe zumeist der Fall sein dürfte – zumindest gewisse Zweifel am Überleben des nichtbehandelten Patienten hegt¹². Diese im Ergebnis täterfreundliche, aber zu Straf-

- 1) Es sei hier nur an die Verhältnisse in norditalienischen Krankenhäusern erinnert: Tagesspiegel v. 7.3.2020 (abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/wissen/die-grausamkeit-der-triage-der-moment-wenn-corona-aerzte-ueber-den-tod-entscheiden/25650534.html>; abgerufen am 30.4.2020); Focus v. 22.3.2020 (abrufbar unter https://www.focus.de/politik/ausland/dramatischer-krankenhaus-notstand-triage-wie-im-krieg-norditaliens-aerzte-waehlen-intensivpatienten-nach-infektions-schwere-aus_id_11796601.html; abgerufen am 30.4.2020).
- 2) Pars pro toto für die anschwellende Zahl verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Entscheidungen seien hier nur genannt: OVG Bautzen, NJW 2020, 1384; VGH München, NJW 2020, 1240; BVerfG(K), NJW 2020, 1426, 1427 u. 1429 = MedR 2020, 475 m. Bespr. Katzenmeier MedR 2020, 471 ff.; NVwZ 2020, 622; BeckRS 2020, 8418 u. 8419.
- 3) Stellvertretend hierfür sei auf die Beiträge in MedR 2020, 433 ff. verwiesen.
- 4) Hierzu Brech, Triage und Recht, 2008, S. 48 ff.
- 5) Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 13, Rdnr. 28a; Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 157; Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. IV, Rdnr. 4.
- 6) Dannecker/Streng, MedR 2011, 133, 133; Frister/Lindemann/Peters, Arztstrafrecht, 2011, 1. Kap., Rdnr. 156.
- 7) Altenhain, NStZ 2001, 189; Frister/Lindemann/Peters, Arztstrafrecht, 2011, 1. Kap., Rdnr. 157.
- 8) BGH(Z), NJW 2000, 2741, 2742 = MedR 2001, 310, 311; weitergehend Altenhain, NStZ 2001, 189.
- 9) BGH Urt. v. 28.7.1970 – 1 StR 175/70 – = MDR 1971, 361, 362; Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 13, Rdnr. 61 m. w. N.
- 10) Zuletzt BGHSt 62, 223, 242 = MedR 2018, 31, 36; Rosenau, in: FS f. Schünemann, 2014, S. 689, 696.
- 11) BGHSt 62, 223, 242 = MedR 2018, 31, 36.
- 12) Hinsichtlich einer weiteren Gesundheitsverschlechterung beim Nichtbehandelten dürfte hingegen regelmäßig der Vorsatz gegeben sein, dass auch bei diesem Patienten eine weitere Gesundheitsverschlechterung zumindest für einen vorübergehenden Zeitraum hätte aufgehalten werden können.

barkeitslücken¹³ führende¹⁴ Auffassung des BGH macht allerdings verfehlt eine Beweisregel zum Tatbestandsmerkmal¹⁵. Eine bloße Möglichkeitsvorstellung sollte mithin auch für die Ursächlichkeit ausreichen und dürfte häufig vorliegen, da der Arzt die möglichen Folgen seines Handelns und damit den möglichen Lauf der Dinge (früheres Versterben ohne Intensivbehandlung als mit ihr) wird einschätzen können und sich mit ihr notgedrungen abfindet. – Stuft der auswählende Arzt den Gesundheitszustand der konkurrierenden Patienten falsch ein (etwa dadurch, dass er die Dringlichkeit der Behandlung nicht erkennt oder die Behandlungsnotwendigkeit eines anderen Patienten irrtümlich für höher erachtet¹⁶, so wäre an eine fahrlässige Tötung durch Unterlassen (§§ 222, 13 StGB) zu denken, doch wird regelmäßig die Kausalität seiner Fehleinschätzung für den Tod des Nichtbehandelten nicht nachweisbar sein, da dieser Patient möglicherweise auch bei seiner Intensivbehandlung nicht später verstorben wäre. – Schließlich wäre zumeist auch eine durch Unterlassen verübte vorsätzliche Körperverletzung (§§ 223, 13 StGB) tatbestandlich gegeben, da für eine Gesundheitsbeschädigung i. S. v. § 223 Abs. 1 StGB die Verschlimmerung oder Aufrechterhaltung einer bereits vorhandenen Krankheit sowie das Aufrechterhalten von Schmerzzuständen genügt¹⁷.

II. Kein rechtsfreier Raum

Ist ein Straftatbestand verwirklicht, dann ist eine zwar nicht rechtmäßige, aber auch nicht rechtswidrige, sondern nur „unverbotene“ Handlung, bei der sich das Recht einer Wertung enthält, ausgeschlossen: Der generellen Verbotsnorm liegt eine Bewertung durch die Strafrechtsordnung zugrunde, was eine rechtliche Indifferenz aber gerade ausschließt¹⁸. Im Übrigen würde vorliegend bei Annahme eines völlig rechtsfreien Bereiches zugespitzt formuliert der Arzt auch dann straflos bleiben, wenn er das tragische Dilemma dadurch zu „lösen“ versucht, das er völlig untätig bleibt¹⁹. Wollte man den „rechtsfreien Raum“ darauf begrenzen, dass der Arzt nur bei Erfüllung einer der ihn treffenden Pflichten straffrei bleibt, so wäre die Figur des rechts(wertungs)freien Raums verlassen und zutreffend anerkannt, dass die Rechtsordnung auch für diesen Bereich durchaus ein Gebot aufstellt, nämlich das der Rettung des einen oder des anderen Patienten.

III. Regulierte Selbstregulierung anstelle arzthethischer Eigensteuerung

1. Strafrecht und Arztethik

So hilfreich die inzwischen zahlreichen ethischen Stellungnahmen (z. B. Deutscher Ethikrat²⁰) und Handlungsempfehlungen von Fachgesellschaften (z. B. DIVI u. a. v. 25. 3. 2020²¹) namentlich für ein strukturiertes, wertbezogenes ärztliches Vorgehen in der Krise sind²², so wenig vermögen sie doch (straf-)rechtliche Steuerung zu ersetzen. Recht und Ethik befassen sich zwar mit demselben Thema, nämlich dem richtigen Verhalten von Menschen; sie verlangen mitunter gleichermaßen eine Abwägung gegenläufiger Interessen, wie etwa im Zusammenhang mit lebensbeendenden Maßnahmen der Unantastbarkeit des Lebens im Spannungsverhältnis zur Qualität des Lebens und Autonomie der Person. Aber auch dann, wenn man angesichts des Rückgriffs des (Straf-)Rechts auf ethisch bedeutsame Sachgehalte wie die Rechtsgüter Leben und Gesundheit ein beziehungsloses Nebeneinander von Recht und Ethik ablehnt²³, bildet nur das staatlich gesetzte Recht angesichts der Pluralität der Lebensverhältnisse und der höchstpersönlichen Entwürfe eines „guten Lebens“ die einzige für alle Bürger geltende Handlungsanleitung. Sicherlich ist die Basis rechtsgüterschützenden Strafrechts im ethisch-moralischen Bereich anzusiedeln (Verbrechen als sozialem

unerträgliche Tat, die Tadel verdient), doch handelt es sich bei der Strafrechtsanwendung nicht um die Umsetzung arzthethischer Vorgaben, sondern um die Anwendung von der Gemeinschaft positiv gesetzten Rechts.

Selbstredend ist die (Straf-)Rechtsordnung für ihren Vollzug auf weitere Faktoren neben der Norm selbst angewiesen, welche die Einlösung der normativen Erwartung unterstützen²⁴. Der Steuerungserfolg des Rechts hängt nicht zuletzt davon ab, welche weiteren außerrechtlichen handlungsleitenden Faktoren für die Rechtsbetroffenen in ihrem Verhalten maßgebend werden. Ohne ergänzende medizinische Ethik und hierauf basierender ärztlicher Moral könnte das (Straf-)Recht auch vorliegend seine steuernde Wirkung nicht oder zumindest nur eingeschränkt entfalten.

Aus Sicht des Rechts ist ferner auch die Entlastungsfunktion von Standesethik festzuhalten²⁵: Je besser ärztliche Binnensteuerung (ausgerichtet an ärztlicher Ethik) funktioniert (also sorgfältiges Handeln infolge persönlichen Pflichtgefühls geübt wird), desto mehr kann auf Sanktionen des Straf- oder Haftungsrechts verzichtet werden. Recht und Ethik/Moral verhalten sich wie kommunizie-

13) Es verbleibt (neben §§ 223, 13 StGB) aber der Tatbestand einer unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c StGB), da bei diesem abstrakten Gefährdungsdelikt bereits die bloße Nicht-Hilfeleistung pönalisiert wird, so dass es auf eine Erfolgskausalität und diesbezüglichen Vorsatz nicht ankommt. Eine sich plötzlich und rasch verschlimmernde Krankheit ist als „Unglücksfall“ einzustufen, Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 323c, Rdnr. 6 m. w. N.

14) Ulsenheimer, JuS 1972, 252, 253.

15) Engländer, JuS 2001, 958, 960; Haas, HRRS 2016, 384, 395 f.; I. Sternberg-Lieben/D. Sternberg-Lieben, JZ 2018, 32, 37 m. w. N. in Fn. 67; Verrel, MedR 2014, 464, 467.

16) Dann läge ein die Vorsatzbestrafung ausschließender Erlaubnistatbestandsirrtum, vgl. Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 16, Rdnrn. 16 ff., über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen einer rechtfertigenden Pflichtenkollision vor.

17) Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 223, Rdnr. 5. – Dies würde auch für den Fall gelten, dass Patienten, die nicht intensivmedizinisch behandelt werden können, auch keine palliativmedizinische Versorgung erfahren.

18) Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, vor § 32, Rdnr. 8 m. w. N. (auch zur Gegenansicht); a. A. gerade für sog. Dilemma-Situationen Koriath, JRE 11 (2003), 317, 333 ff. Allerdings kann vom Gesetzgeber im Wege bloß prozeduraler Rechtfertigung (also einer von der Einhaltung spezifischer Verfahrensnormen abhängenden Strafflosigkeit rechtsgutstangierender Handlungen) im Ergebnis ein prozedural abgesicherten „rechtswertungsfreier“ Raum geschaffen werden, wie dies angesichts der Unklärbarkeit des Wertungsvorrangs im Falle des Schwangerschaftsabbruchs der Fall ist (s. §§ 218a Abs. 1 Nr. 1, 219 StGB i. V. mit dem Schwangerschaftskonfliktgesetz). Vorliegend könnte dies bei gleichermaßen behandlungsbedürftigen Patienten de lege ferenda durch Einführung eines Losverfahrens (hierzu im Text unter B. I.3.) geschehen.

19) Vgl. Schünemann, GA 2020, 1, 5.

20) Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-hoc-Empfehlung v. 27. 3. 2020, MedR 2020, 466; krit. Weyma Lübke, MedR 2020, 434 ff.

21) Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie – Klinisch-Ethische Empfehlungen v. 25. 3. 2020; Version 2 v. 16. 4. 2020 (abrufbar über <https://divi.de/register/aktuelle-informationen>; aufgerufen am 10. 5. 2020); s. Buyx/Lipp, MedR 2020, 433 f.

22) Auch Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129, 136 f. betonen die Bedeutung dieser Empfehlungen.

23) Auch das BVerfG hat bereits 1979 im Zusammenhang mit ärztlicher Patientenaufklärung die gemeinsame Schnittmenge der zwei sich schneidenden Kreise von Recht und Ethik hervorgehoben, BVerfGE 52, 131, 169 f.

24) Hoffmann-Riem, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 373.

25) Sternberg-Lieben, ZIS 2018, 111, 120.

rende Röhren: Was an bindenden Handlungsvorgaben auf der einen Seite (Ethik/Moral) fehlt, muss auf der anderen Seite (Recht) gesteigert vorhanden sein. Allerdings dürfte letztlich die medizinische Steuerung des Rechts (etwa durch dessen unerlässliches Anknüpfen im haftungsrechtlichen Rekurs auf ärztliche Leitlinien) größer sein als umgekehrt die rechtliche Feinsteuerung ärztlicher Praxis. Auch würde die Festlegung von konkreten Handlungsvorgaben für jeden Einzelfall mit seiner Fülle aktueller Entscheidungssituationen das Recht überfordern. Auch im Bereich ärztlichen Handelns gilt die Feststellung von *Stolleis*, dass im Wettrennen von Hase (Naturwissenschaft) und Igel (Recht) anders als in Grimm's Märchen dem Igelehepaar die Rolle des strukturell bedingten Verlierers zukommt²⁶.

2. Regulierte Selbstregulierung

Wenn hier auch die unentbehrliche Ergänzungsfunktion medizinischer Ethik sowie der Handlungsleitlinien für das Recht zu betonen war, so bleibt es doch die originäre Funktion der Rechtsordnung als der für alle Bürger gemeinsamen Friedensordnung, die Grenzen zulässigen Verhaltens zu bestimmen, sofern Rechte Dritter betroffen sind. Folglich ist auch im Arzt-Patienten-Verhältnis gerade in Krisensituationen wie der hier besprochenen staatlich gesetztes und angewandtes Recht unerlässlich²⁷. Dies fügt sich ein in das nicht nur im Bereich der Technik zu beobachtende Phänomen einer „regulierten Selbstregulierung“, wobei das Merkmal der Regulierung zu betonen ist: Bei der Triage-Entscheidung handelt es sich um eine Konstellation, in welcher materielle Gerechtigkeit in der Verteilung von Rettungs-Chancen letztlich inhaltlich nicht erreichbar ist. Dies zieht eine gesetzgeberische Zurückhaltung unter dem Leitgedanken regulierter Selbstregulierung nach sich²⁸, also das Überlassen von Regel-Bildungen an fachkompetente gesellschaftliche Gruppen. Hier darf der Staat angesichts seiner Garantienstellung für grundgesetzlich geschützte Güter allerdings nicht außen vor bleiben, er kann sich aber auf eine Grenzkontrolle beschränken. Staatlich regulierte Selbstregulierung geht im Gegensatz zu ausschließlich gesellschaftlicher Selbstregulierung von einer staatlichen Regelungsverantwortung aus²⁹. Bei ihrer Ausfüllung werden im Zuge von Verantwortungsteilung das Wissen und der Selbstgestaltungswille der durch die Regulierung Betroffenen aktiviert, wobei bei der Selbstregulierung stets die allgemeine Rechtsordnung zu beachten ist³⁰. Der imperativen staatlichen Steuerung durch Ge- oder Verbote kommt erhebliche Bedeutung für den Rechtsgüterschutz zu, da im Bereich gesellschaftlicher Selbstregulierung keine hinreichende Garantie einer quasi-automatischen angemessenen Berücksichtigung aller betroffenen Interessen besteht. Das Vertrauen auf die Problemlösungskapazität privater Akteure kann nicht unbegrenzt sein: es beruht auch auf der ergänzenden staatlichen Garantienstellung³¹. Immerhin geht es vorliegend um eine gleichheitsgerechte Teilhabe am knappen Gut „Intensivbehandlung“. Verteilungsentscheidungen betreffen in Mangelsituationen wie dieser nicht nur ein überindividuelles Interesse an gerechter Verteilung, sondern vor allem die Rechtsposition potentieller Empfänger³². Der derivative Teilhabanspruch (Art. 2 Abs. 2 i. V. mit Art. 3 Abs. 1 GG) sichert die gleichheitsgerechte Teilhabe beim Zugang zu staatlichen Leistungen (hier: Gesundheitsversorgung); so verbietet sich etwa bei lebensbedrohlich Erkrankten eine Differenzierung zwischen COVID-19 und anderen Erkrankungen³³.

Auch für die Rechtsanwendung gilt³⁴, dass die staatliche Schutzverantwortung für grundrechtlich geschützte Positionen (hier: Leben und Gesundheit prospektiver Patienten) die Zulässigkeit von Selbstregulierung beschränkt. Nach der insoweit nicht verhandelbaren grundgesetzlichen Vorgabe gilt dies eben auch für Bereiche, in denen dezentralisiertes Wissen in den subgesellschaftlichen Einheiten (vorliegend also insbesondere im Bereich der Intensivmediziner) gebün-

delt ist und deshalb eine Regulierungsentscheidung grundsätzlich besser dort getroffen werden sollte³⁵. Hierdurch darf sich jedoch – ebenso wie beim Anknüpfen des rechtlich gebotenen Behandlungsstandards an den medizinischen Standard³⁶ – das Recht³⁷ nicht aus der Verantwortung stehlen; diese ist vielmehr kompetenziell sinnvoll zu verteilen. Somit kann der Rechtsanwender nur dann in zulässiger Weise an die von der medizinischen Profession eigenständig entwickelten Regulierungen anschließen³⁸, wenn diese Vorgaben einer von ihm kontrollierten Rezeption unterliegen, wie dies als Grenzkontrolle etwa beim ärztlichen Standard als Vorgabe für die vom Arzt einzuhaltenen Sorgfaltsanforderungen der Fahrlässigkeit der Fall ist³⁹.

Insoweit abschließend ist noch hinzuzufügen, dass auch im Bereich ärztlichen Handelns eine persönliche Gewissensentscheidung – wie auch sonst im Recht – keine Übergriffe in Rechtspositionen Dritter legitimiert; ein ärztlicher „Gewissensvorbehalt“ ist nicht anzuerkennen: Eine Gewissensentscheidung erhebt nicht über die verfassungsmäßige Ordnung⁴⁰.

B. Ex-ante-Triage

Hierunter ist eine Konstellation zu verstehen, in der die Zahl der Patienten, über deren erstmalige Intensivbehandlung

26) *Stolleis*, FAZ v. 30.12.2003, S. 7.

27) Die Zuständigkeit des Rechts betonen auch *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398.

28) Der Dt. Ethikrat, MedR 2020, 466 ff. hat allerdings bei seiner Ablehnung einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorgabe das Element der „Regulierung“ aus dem Auge verloren; krit. auch *Taupitz*, MedR 2020, 440, 442 f.

29) Zum Folgenden s. *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 371 ff.

30) Hierzu *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 382 ff.

31) *Hoffmann-Riem*, ebd.

32) So *Jäger/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402; im Zusammenhang mit Verteilungsnormen bei der *Organallokation* BGHSt 62, 223, 236 (= MedR 2018, 31, 35); *Böse*, ZJS 2013, 117, 120; *Haas*, HRRS 2016, 384, 390 ff.; *Rissing-van-Saan*, NStZ 2018, 5, 62 f.; *I. Sternberg-Lieben/D. Sternberg-Lieben*, JZ 2018, 32, 33; a. A. *Bader*, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 295 ff.; *Bilte*, StV 2013, 753, 755; *Schroth/Hofmann*, medstra 2018, 3, 8 f.; *Verrel*, MedR 2013, 464, 467.

33) Für alle: *Taupitz*, MedR 2020, 440, 444.

34) Jeweils im Zusammenhang mit der Triage: *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 197 ff.; *Jäger/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402.

35) S. *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 179 f., 324.

36) Hierzu *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 277 ff.; *Sternberg-Lieben/Schuster* in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 15, Rdnr. 212.

37) Inwieweit dies durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung wesentlicher Triage-Fragen, namentlich diejenige der (un)zulässigen Entscheidungskriterien hierfür, geschehen sollte (hierfür *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 130 f.; *Taupitz*, MedR 2020, 440, 441 ff.) sei dahingestellt; es sollte allerdings hierbei Missgriffe wie § 12 Abs. 3 TPG (hierzu im Text um Fn. 71) oder der als verfassungswidrig aufgehobene § 217 StGB vermieden werden.

38) Ärztliche Standesauffassung kann mit dem gebotenen Pflichtenstandard korrelieren, ihn aber nicht allein determinieren (*Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe [usw.], 1991, S. 1162). Andernfalls wäre eine mit der Schutzpflicht des Staates für grundrechtlich geschützte Güter des Einzelnen nicht mehr vereinbare Kompetenzübertragung an Private gegeben, vor der *Schünemann*, in: FS f. *Lackner*, 1987, S. 366, 377, 391 für den vergleichbaren Bereich der Regeln der Technik nachdrücklich gewarnt hat; entsprechend *Taupitz*, ebd., S. 523.

39) *Katzenmeier*, MedR 2004, 34, 36; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 15, Rdnr. 212.

40) Verfehlt OLG(Z) München, NJW 2003, 1743, 1745; and. aber BGH(Z), NJW 2005, 2385, 2386 = MedR 2005, 719, 721; s. a. *Zimmermann*, Rettungstötungen, 2009, S. 275 ff.

gleichzeitig zu entscheiden ist, die Behandlungskapazitäten übersteigt⁴¹, so dass eine Auswahlentscheidung unerlässlich ist. Für deren rechtliche Behandlung bieten sich die anerkannten Grundsätze der Pflichtenkollision an.

I. Rechtfertigende Pflichtenkollision

Dieser Rechtfertigungsgrund kommt nur bei Unterlassungsdelikten in Betracht, und dort auch nur dann, wenn den Täter zur selben Zeit⁴² mehrere rechtliche Handlungspflichten treffen, er aber nur die eine oder andere erfüllen kann⁴³. Hier ist der Täter nicht nur dann gerechtfertigt, wenn er die höherwertige auf Kosten der geringwertigen Pflicht erfüllt (z. B. Rettung eines Schwerverkrankten unter Zurückstellen eines nur leicht Erkrankten), sondern auch bei einer Kollision gleichwertiger Pflichten (z. B. ein Arzt kann von zwei ihm anvertrauten Menschenleben infolge eines Mangels an Rettungsmöglichkeiten nur eines retten), wenn er wenigstens einer von ihnen nachkommt⁴⁴: Das Recht kann als Verhaltensordnung mit seinen Geboten nichts Unmögliches verlangen⁴⁵. Hier hat der Verpflichtete deshalb eine Wahlmöglichkeit mit der Folge, dass seine Entscheidung, wie immer sie auch ausfällt, vom Recht akzeptiert wird⁴⁶; andernfalls würde jegliche Rettung blockiert werden, da der Erfüllung der einen Pflicht immer zugleich die Anweisung im Wege stünde, auch dem anderen Handlungsauftrag nachzukommen und umgekehrt: Jedes der betroffenen Interessen könnte ja für sich gerettet werden, nur nicht alle zusammen. Die Pflichtenkollision nimmt damit eine Sonderstellung innerhalb der Rechtfertigungsgründe ein, weil sich die Rechtfertigung hier – bedingt durch die besondere Situation, für die der Grundsatz „impossibilia nulla est obligatio“ gelten muss – nicht erst (wie etwa beim Notstand oder auch der Notwehr) aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses ergibt.

1. Rangverhältnis der Pflichten

Was das über die Rechtfertigung entscheidende Rangverhältnis der Pflichten betrifft, so gilt Folgendes⁴⁷: Da der Pflichtenkollision zugleich als Primärebene eine Kollision von Rettungsinteressen zugrunde liegt, richtet sich diese abgeleitete Pflichtbewertung nach der Wertrelation der kollidierenden Rettungsinteressen. Das Rangverhältnis von Pflichten gleicher Art (insbesondere mehrerer Garantienpflichten) bestimmt sich mithin nach dem Grad der Schutzwürdigkeit der Rechtsgüter, auf deren Erhaltung sie sich richten. Es kommt dafür aber nicht allein auf den abstrakten Stellenwert der Rechtsgüter an; vielmehr sind im Einzelfall noch weitere Umstände von Bedeutung, wie z. B. die unterschiedliche Nähe der drohenden Gefahren: die akute Gefahr eines schweren Gesundheitsschadens wiegt auch im Falle einer Triage schwerer als eine nur entfernte Lebensgefahr⁴⁸, eine akute Lebensgefahr wiegt schwerer als eine weniger dringliche, die realistischweise noch später abwendbar ist⁴⁹. Der ärztlicherseits festgestellten Dringlichkeit des jeweiligen Behandlungsbedürfnisses kommt somit vorrangbegründende Bedeutung zu, so dass sich zwischen einem Patienten, zu dessen Lebenserhaltung sofort eingegriffen werden muss, und einem nicht derart Gefährdeten die Frage einer Pflichtenkollision (anders als im Falle der sog. Ex-post-Triage – hierzu unter C.) mangels gleichwertiger Handlungspflichten gar nicht stellt⁵⁰. – Bei einer bloßen Gesundheitsgefährdung bei den Auszuwählenden ist angesichts dieser ja gleichwertigen Rechtsgüter zusätzlich auf das nach ärztlicher Einschätzung drohende Ausmaß der Beeinträchtigung abzustellen.

Ebenso wie beim rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB kommt bei der Gewichtung der abzuwägenden Interessen den Präferenzen der Beteiligten entscheidende Bedeutung zu: Wenn einer der Rechtsgutsinhaber, zu dessen Schutz die rettende Behandlung erfolgen soll, sich den

Schutz seines Lebens verboten hat (dies kann auch vorab in einer sog. Patientenverfügung geschehen), ist ebenso wie im Falle von § 34 StGB⁵¹ eine Rettungshandlung gegen den Willen des Gefährdeten unzulässig und auch als Körperverletzung strafbar⁵², so dass gar keine Kollisionslage ärztlicher Behandlungspflichten vorliegt.

a) Leben gegen Leben: Prinzip der Lebenswertindifferenz als Schranke utilitaristischer Lösung

Unter einem utilitaristischen Blickwinkel wäre es gesellschaftlich sinnvoll, die Triage-Entscheidung daran auszurichten, bei welchen Patienten längerfristige, besser noch: gesellschaftsnützliche, gesundheitliche Erfolge zu erwarten wären. Dies hätte zur Folge, dass bereits infolge einer nicht coronavirus-bedingten Vorerkrankung Schwerstkranke, bei denen infolge ihres krankheitsgeschwächten Gesundheitszustandes eine Intensivbehandlung mutmaßlich nur

41) S. Dt. Ethikrat“ Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-hoc-Empfehlung v. 27. 3. 2020, MedR 2020, 466, 468.

42) Deshalb kommt mangels aktueller Kollisionslage ein „Freihalten“ von Plätzen der Intensivbehandlung (*präventive Triage*) von vornherein nicht in Betracht: *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1309, 1401; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 407.

43) Diese für den Rechtfertigungsgrund unabdingbare Kollisionslage entfele dann, wenn einer der um den Behandlungsplatz konkurrierenden Patienten rechtzeitig in einem anderen Krankenhaus ebenso hinreichend versorgt werden könnte, vgl. *Gaede u. a.*, medstra 2020, 129, 136.

44) Würde hingegen der Arzt völlig untätig bleiben, so griffe der Rechtfertigungsgrund nicht ein, doch wird dies sicherlich eine auf philosophische Diskurse (*Buridans Esel*) beschränkte Frage bleiben. Nur soviel: Der Arzt hätte nur das Unrecht zu verantworten, das er durch Pflichterfüllung hätte vermeiden können, so dass er sich nur wegen eines durch Unterlassen verübten Delikts strafbar machte, da er nur einen (Nicht-)Handlungsunwert bei mehrfachem Erfolgswert verwirklicht (*Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Mitsch*, Strafrecht AT, 12. Aufl. 2016, § 21, Rdnr. 101; *Paeffgen/Zabel*, in: Nomos Kommentar, StGB, 5. Aufl. 2017, vor § 32, Rdnr. 177; *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl. 2006, vor § 32, Rdnr. 126).

45) *Lenckner*, MedKlin 64 (1969), 1000, 1002; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, vor § 32 Rdnr. 73; *Merkel*, FAZ v. 4. 4. 2020, S. 11.

46) *Nach Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 351 i. V. mit 208 ff. und *Mitsch*, in FS f. U. *Weber*, 2004, S. 49, 64 aber nur dann, wenn auf diesem Wege so viele Menschen wie möglich gerettet werden; dies würde aber Rechtfertigung nur dann eintreten lassen, wenn der Arzt die Person mit den größeren Erfolgsaussichten auswählte; abl. *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 25; *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 16, Rdnr. 10. Diese Nützlichkeitsüberlegung ist jedoch mit dem Grundsatz der Lebenswertindifferenz nicht vereinbar, da Bezugspunkt für die Rechtsordnung das Lebensinteresse des Einzelnen ist, *Neumann*, in: Nomos Kommentar, StGB, 5. Aufl. 2017, § 34, Rdnr. 132.

47) *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, vor § 32, Rdnr. 18.

48) *Lenckner*, MedKlin 64 (1969), 1000, 1002. Schätzt der Arzt die Gefahrensituation falsch ein, so wäre Fahrlässigkeitsbestrafung denkbar (§§ 230, 13 StGB infolge Gesundheitsverschlechterung [die Todes-Kausalität dürfte i. d. R. nicht hinreichend sicher feststellbar sein]), doch wird in der Drucksituation der Triage mit ihrem Zwang zur schnellen Entscheidung regelmäßig kein Sorgfaltsverstoß des Arztes vorliegen, so auch *Gaede u. a.*, medstra 2020, 129, 137, die zu Recht vor einem bei der Fahrlässigkeitsbeurteilung nicht seltenen Rückschaufehler (s. nur *Duttge*, ZIS 2011, 349, 350; *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 187) warnen.

49) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 350; *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1401.

50) *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405.

51) Hierzu *Neumann* in FS f. *Kühl*, 2014, S. 569, 578 f.; *ders.* in Nomos Kommentar, StGB, 5. Aufl. 2017, § 34, Rdnr. 82a; *Momsen/Savic*, in: BeckOK/StGB, 45. Ed. (Stand 1. 11. 2019), § 34, Rdnr. 12.1.

52) *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, vor § 211, Rdnr. 28e.

eine gewisse Verlängerung ihrer Lebensspanne zur Folge hätte, hinter Patienten mit höherer Lebenserwartung (bzw. höherer gesamtgesellschaftlicher Nützlichkeit) zurückzutreten hätten, und zwar auch dann, wenn eine unterlassene Intensivbehandlung bei ihnen mit hoher Wahrscheinlichkeit den alsbaldigen Tod zur Folge hätte.

Ginge man davon aus, dass knappe Ressourcen möglichst effizient eingesetzt werden sollten, so wäre dies vom Ansatz durchaus plausibel (allokative Effizienz als Richtschnur normativer Ökonomik, also Effizienz als Rechtsprinzip – so der programmatische Titel der Standardschrift von Eidenmüller⁵³). Sollen aber allein hieraus normative Vorgaben entwickelt werden, so würde das Recht als bloße Sozialtechnologie begriffen, das sich nur an der ökonomischen Logik⁵⁴ orientiert. Eine derart utilitaristische Herangehensweise stößt angesichts der grundgesetzlichen Vorgaben rasch an ihre Grenzen: Als normativer Ansatz ist diese allgemeine Wohlfahrtsökonomie an den Maßstäben der Verfassung, namentlich dem der Grundrechte des Einzelnen, zu messen⁵⁵. Es sind also die Grundrechte, die einer einfachgesetzlichen Aufwertung des Effizienzziels Grenzen ziehen. Entsprechendes gilt dann auch für die Rechtsanwendung.

Unabhängig von der Normierungsebene haben alle Regelungen, die im Bereich der Patientenauswahl (sei es im Falle der Organallokation, sei es in Triage-Konstellationen) getroffen werden, dem Gesichtspunkt der sog. Lebenswert-Indifferenz Rechnung zu tragen⁵⁶: Das Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG), die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) verbieten jede unmittelbare oder auch nur mittelbare Differenzierung nach dem Lebenswert des Einzelnen⁵⁷, aber auch ein Abstellen auf die zu erwartende Dauer oder Qualität seines Lebens⁵⁸.

Im Strafrecht ist vom rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) her das Bewertungsverbot menschlichen Lebens altbekannt, wenngleich nicht unbestritten (Grundsatz der Unabwägbarkeit des Lebens): Ein Leben darf bei der Abwägung der betroffenen Interessen nicht rechtlich höher gewertet werden, weil es kollektiv betrachtet nützlicher für die Gesellschaft erscheint. Die Überlebensinteressen dürfen mithin nicht nach persönlichen Eigenschaften des Rechtsgutsträgers bewertet werden (Studentin, Professor, Nobelpreisträgerin oder Mörder). Man kann dies als Eigenschaftsbewertungsverbot bezeichnen. Die Lebensinteressen dürfen aber auch nicht danach gewichtet werden, ob das Leben der Betroffenen mit Sicherheit oder Wahrscheinlichkeit kurz oder lang dauern wird (Dauerbewertungsverbot: Jede Lebensverkürzung stellt ein Tötungsdelikt dar). Seine Grundlage findet dieses Prinzip der Lebenswert-Indifferenz schon darin, dass eine Entziehung des Lebens gleichzeitig die Realisierung aller anderen möglichen Interessen des Betroffenen unmöglich macht. Das Leben ist die unerlässliche Basis für alle individuellen Entfaltungsmöglichkeiten.

Dieser Ansatz führt allerdings nicht zwangsläufig zu der Konsequenz, dass die Perspektive des Einzelnen maßgeblich sein soll und nicht die Perspektive der Gesellschaft, wie dies bei einer utilitaristischen Betrachtung der Fall wäre⁵⁹. Die entscheidende Begründung ist aus dem Grundgesetz zu gewinnen, das in Art. 1 Abs. 1 GG die Menschenwürde an die Spitze der Verfassungspyramide stellt. Der Staat ist nach dieser Leitentscheidung, die auch die Auslegung der Grundrechte prägt, um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates oder der Gemeinschaft willen⁶⁰. So ist das Leben des Einzelnen deswegen unabwägbar, weil der Staat die Perspektive des Einzelnen für prinzipiell maßgeblich hält⁶¹. Mit Reinhard Merkel⁶² kann gesagt werden, dass der Staat als Rechtsstaat die Primäraufgabe hat, eine Grundordnung zu garantieren, die eine Rechtspflicht des Einzelnen zur Lebensaufopferung ausschließt⁶³, und in den Worten von Claus Roxin: „Es darf also auch nicht der Schwachsinnige zur Rettung des Nobelpreisträgers, der welche Greis

zur Erhaltung des kraftvollen Jünglings, der sozialschädliche Kriminelle zur Bewahrung wertvollen Lebens geopfert [ich ergänze: oder bei der Triage übergangen⁶⁴] werden.“⁶⁵

a) Minimalnutzenschwelle

Das grundgesetzliche Gebot der Lebenswertindifferenz schützt das Recht jedes einzelnen Patienten, Zugang zur Intensivbehandlung zu erhalten nur dann sofern überhaupt ein gewisser Behandlungserfolg erwartet werden kann⁶⁶. Diese – ärztlicherseits festzustellende, aber durchaus rechtlich eng zu bemessende⁶⁷ – Minimalnutzenschwelle⁶⁸ ist zulässig, also ein Kriterium, das auf die generelle Eignung der Intensivbehandlung zur Lebenserhaltung und gerade nicht auf mittel- bis langfristige Erfolgsresultate abstellt. Hiermit ist dann keine quantitative oder qualitative Bewertung des Lebensrechts des Übergangenen verbunden: Die Behandlung wird dem Patienten nicht vorenthalten, weil sie einem anderen Patienten besser, sondern weil sie dem Übergangenen gar nicht helfen kann⁶⁹. Demgegenüber sind utilitaristische Verteilungsmodelle, die sich an der Maximierung des aggregierten Gesamtnutzens des Patientenkollektivs (also etwa an höherer Lebenserwartung oder größerer – fremddefinierter [!] – Lebensqualität) ausrichten, von vornherein unzulässig⁷⁰; sie verfehlen das Ge-

53) Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl. 2015.

54) Im Sinne einer Steigerung des gesellschaftlichen Wohlstands im Allgemeinen, der dann eintritt, wenn die Gesamtvorteile der von einer Entscheidung profitierenden Personen den Gesamtnachteil aller hiervon mit „Kosten“ belasteter Individuen überwiegen (hierzu am Beispiel des deliktsrechtlichen Schadensersatzes Faltmann, ZJS 2017, 10f.).

55) Steinbach, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 108.

56) So bspw. auch Gaede u. a., medstra 2020, 129, 132: Wahrung der Basisgleichheit.

57) Dannecker/Streng in FS f. W. Schiller, 2014, S. 127, 141, aber auch dies., JZ 2012, 444, 449ff. (jeweils im Zusammenhang mit Organallokation).

58) Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann u. a. (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, S. 59, 78ff.; für zumindest relativen Vorrang der individuellen Dringlichkeit gegenüber dem utilitaristischen Erfolgsaussichtskriterium auch Höfling, JZ 2007, 481, 487; s. a. BVerfGE 115, 118, 158 zu § 14 Abs. 3 LuftSiG i. d. F. v. 11.1.2005.

59) Wilenmann, ZStW 127 (2015), 888, 902.

60) Vgl. die ursprüngliche Formulierung von Art. 1 Abs. 1 GG im Herrenreichseer Verfassungsentwurf, JöR 1 N. F. (1951), S. 48 (allerdings mit ausschließlich staatsgerichtetem Bezug).

61) Wilenmann, ZStW 127 (2015), 888, 905f. Den Menschenwürde-Bezug betont auch Gutmann, in: Gutmann/Schmidt (Hrsg.), Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2003, S. 179.

62) Merkel, JZ 2007, 373, 381.

63) Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann u. a. (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, S. 59, 80.

64) And. Hoven, JZ 2020, 449, 452 (bei deutlich unterschiedlicher Lebenserwartung als ergänzendes Kriterium neben der Erfolgsaussicht).

65) Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 16, Rdnr. 33 (im Zusammenhang mit der Interessenabwägung bei § 34 StGB); so auch in Bezug auf das menschliche Leben Eser, JZ 1986, 786, 795: „Ablehnung jeder Differenzierung nach seinem ‚Wert‘“.

66) Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann u. a. (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, S. 59, 84.

67) Eine derartige „Arbeitsteilung“ zwischen Recht und Medizin ist bspw. auch bezüglich des Todeszeitpunkts bekannt, vgl. Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, vor § 211, Rdnr. 18.

68) So auch Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann u. a. (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, S. 59, 81.

69) Bader, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 344.

70) So auch Gutmann, in: ders./Schmidt (Hrsg.), Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2003, S. 179, 204; ders./Fateh-Moghadam, in: Gutmann u. a. (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, S. 59, 81.

bot eines lebenschancengleichen Zugangs zu den knappen Ressourcen der Intensivmedizin. Dies gilt nicht nur für die unmittelbare Zuteilung von Lebenschancen durch den Staat, sondern auch im Falle der den Einzelfall in den Blick nehmenden Rechtsanwendung (hier also bei Anwendung der rechtfertigenden Pflichtenkollision).

In diesem Zusammenhang sei an das Recht der Organtransplantation erinnert: Bekanntlich besteht zwischen den beiden vom Gesetzgeber in § 12 Abs. 3 TPG gewählten Fixpunkten (Dringlichkeit/Erfolgsaussicht einer Organverpflanzung) ein struktureller Widerspruch⁷¹. Angesichts des verfassungsrechtlichen Höchstwerts menschlichen Lebens stehen diese beiden Parameter jedoch keineswegs gleichberechtigt nebeneinander. Die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG verlangt nach einer teleologischen Reduktion der Vorschrift und gebietet, Dringlichkeit und Erfolgsaussicht keineswegs gleichgewichtig nebeneinander anzusetzen. Es besteht vielmehr – sofern nach ärztlicher Erkenntnis eine Minimalnutzenschwelle überschritten werden kann – ein strikter Vorrang der Dringlichkeit⁷². Somit sind auch bei der Triage-Entscheidung nur aussichtslos Erkrankte zurückzustellen⁷³.

Um diese „Minimalnutzenschwelle“ – wie auch im Falle der Organallokation zur Transplantation – nicht im Widerspruch zum Prinzip der Lebenswertindifferenz treten zu lassen, sollte sie bereits dann erreicht sein, wenn die Intensivbehandlung nicht nur einen kurzen Aufschub des Leidens verspricht⁷⁴; Risiken, die ein Nichtüberleben der Intensivbehandlung befürchten lassen, sind als Kontraindikation zu berücksichtigen⁷⁵. Es ist einzuräumen, dass die damit notwendige Grenzziehung zwischen erforderlicher minimaler und nicht akzeptabler größerer (bzw. optimaler Erfolgsaussicht) fließend ist; sie unterfällt ärztlicher Beurteilung. Jedenfalls würden Krankheiten, die lediglich generell lebensverkürzend wirken (können), also etwa eine Krebserkrankung oder eine Herz-Kreislauf-Vorerkrankung, die zu fordernde „Erfolgsaussicht“ der Therapie nicht entfallen lassen, da es sich nicht um eine der Aufnahme intensivtherapeutischer Maßnahmen unmittelbar entgegenstehende medizinische Kontra-Indikation handelt⁷⁶. Für die rechtfertigenden Pflichtenkollision ist das (utilitaristische) Kriterium der generellen Erfolgsaussicht einer Behandlungsmaßnahme unerheblich⁷⁷, es sei denn, die ärztliche Handlungspflicht wäre wegen Aussichtslosigkeit der Heilbehandlung (kein Mindestnutzen) ohnehin entfallen.

Demgegenüber wäre eine Differenzierung je nach erwartbarer Überlebenszeit nach Ende der Intensivbehandlung nicht zulässig⁷⁸, da hierdurch die grundlegende Vorgabe der Lebenswertindifferenz verlassen wäre, verbunden mit einer Hintanstellung von Menschen im höheren Lebensalter, von Personen mit gravierenden Vorerkrankungen sowie ggfs. auch von Behinderten⁷⁹. – Auch eine an sog. Qalys (quality-adjusted life years: hiernach soll nicht nur die konkret zu erwartende restliche Lebenszeit, sondern auch die jeweilige, abstrakt zu bemessende Lebensqualität entscheidend sein⁸⁰) ausgerichtete Auswahl scheidet aus, da hiermit ebenfalls eine rechtlich unvertretbare Hintanstellung älterer Menschen und von Personen mit nicht nur leichteren Behinderungen verbunden wäre: Die Beurteilung von Lebensqualität hat, jedenfalls wenn es bei einem einzelnen Menschen um Entscheidungen über Leben und Tod geht (anderes mag für den Bereich abstrakter Makroallokation gelten), stets auf Grund seiner höchstpersönlichen Bewertung zu erfolgen⁸¹; auch ein alter oder schwerbehinderter Mensch hat ein ebenso starkes wie selbstredend auch gleich schutzwürdiges Interesse an seinem Leben wie ein junger und völlig gesunder Mensch⁸². Eine derartige Differenzierung verstieße gegen den fundamentalen Anspruch auf lebenswertindifferente Achtung seines unantastbaren Eigenwerts⁸³.

Deshalb dürfen auch sog. Scoring-Tabellen⁸⁴ zur raschen Einstufung der Erfolgsaussichten einer Behandlung nicht unbesehen eingesetzt werden⁸⁵. Sicherlich steht die Beantwortung der ärztlichen Sachverstand erfordernden Frage der Dringlichkeit sowie unmittelbaren Erfolgsaussichten einer Behandlung den Ärzten zu. Dieses grundsätzliche Anknüpfen der (straf)rechtlichen Beurteilung an die ärztliche Indikation steht aber unter dem Vorbehalt, dass die hierbei eingesetzten Wertmaßstäbe mit zwingenden rechtlichen Vorgaben (hier: Lebenswertindifferenz) im Einklang stehen. Es bleibt dabei: Bei der Erfolgsaussicht einer Maßnahme (sofern nicht wegen Aussichtslosigkeit die Handlungspflicht ohnehin entfällt) darf lediglich auf die medizinische Indikation für eine Intensivtherapie, also auf die klinischen Erfolgsaussichten für die unmittelbar anstehende Behandlung⁸⁶, abgestellt werden, die dann nicht besteht oder nach Aufnahme der Behandlung entfallen ist, sofern ein Überleben dieser Behandlung nicht zu erwarten ist⁸⁷. Etwas anderes gilt nur dann, wenn bekannt ist oder nach Aufnahme der Behandlung bekannt wird, dass der Patient eine mit erheblicher Wahrscheinlichkeit drohende Spätfolge der Behandlung und die damit einhergehende Be-

71) *Gutmann/Fateh-Moghadam*, NJW 2002, 3365, 3368f.; *Sternberg-Lieben*, ZIS 2018, 111, 119.

72) *Sternberg-Lieben*, ZIS 2018, 111, 119; so auch *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: *Gutmann u. a.* (Hrsg.), *Grundlagen einer gerechten Organverteilung*, 2003, S. 59, 105f.

73) *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402.

74) Vgl. *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: *Gutmann u. a.* (Hrsg.), *Grundlagen einer gerechten Organverteilung*, 2003, S. 59, 82 im Anschluss an *Schott*, *Patientenauswahl und Organallokation*, 2001, S. 361.

75) *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402.

76) Vgl. *M. Schneider*, *Verfassungsmäßigkeit des Rechts der Organallokation*, 2015, S. 189; ebenso *Bader*, *Organmangel und Organverteilung*, 2010, S. 377f.

77) So bereits *Lenckner*, *MedKlin* 64 (1969), 1000, 1003: Zwar mag es vernünftiger sein, einen Patienten mit größeren Überlebenschancen zu behandeln, doch würde diese utilitaristische Überlegung bedeuten, dass das Recht seine (durch die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG geleferierte) ethische Grundlage verleugnete.

78) *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402.

79) *Rönnau/Wegner*, *JuS* 2020, 403, 405; s. a. *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402.

80) Hierzu *Bader*, *Organmangel und Organverteilung*, 2010, S. 448f.; *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 266f.; jew. m. w. N.

81) So hat auch das BVerfG in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit von § 217 StGB betont, „dass der Einzelne seine Identität und Individualität selbstbestimmt finden, entwickeln und wahren kann“, wozu auch zählt, „dass der Mensch über sich nach eigenen Maßstäben verfügen kann und nicht in Lebensformen gedrängt wird, die in unauf lösbarem Widerspruch zum eigenen Selbstbild und Selbstverständnis stehen“ (NJW 2020, 905, 906 f.). Diese individuelle Maßgeblichkeit eigener Beurteilung hat nicht nur in Bezug auf die Beendigung des eigenen Lebens maßstabsetzend zu sein!

82) *Bader*, *Organmangel und Organverteilung*, 2010, S. 450.

83) *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 267.

84) Etwa *Clinical frailty scale score*, DÄBL. 116 (2019), 73ff.

85) Krit. *Tölmeir*, *FAZ* v. 7.4.2020; einschränkend auch die Orientierungshilfe der BÄK v. 5.5.2020, S. 2 (aufzurufen unter <https://www.bundesaerztekammer.de/corona-pandemie/>; abgerufen am 10.5.2020).

86) Auch die BÄK betont in ihrer Orientierungshilfe v. 5.5.2020 (o. Fn. 85), S. 2 den unmittelbaren, zeitlich und inhaltlich nicht zu weit ausdehnenden Behandlungskontext dieser Prognose, um bestimmte Patientengruppen nicht von vornherein zu benachteiligen.

87) Nicht zu berücksichtigen sind das positive Kriterium einer hinreichenden Sicherheit oder zumindest großen Wahrscheinlichkeit des Überlebens der Intensivtherapie sowie der umgekehrte Parameter einer im Verhältnis zu „konkurrierenden“ Patienten geringeren Wahrscheinlichkeit des Überlebens.

einträchtigung seiner Lebensqualität von vornherein nicht eingehen will: dann liegt ja bereits ein von ihm verfügbares Behandlungsverbot vor.

c) Keine Quantifizierbarkeit menschlichen Lebens

Müsste ein Arzt in der Triage-Situation zur Lebensrettung nach seiner Einschätzung entweder einen Patienten (P1) für einen längeren Zeitraum künstlich beatmen oder stattdessen zwei Patienten (P2 und P3) nacheinander jeweils über einen kürzeren Zeitraum entsprechend intensivmedizinisch versorgen, so handelt er auch dann strafrechtlich gerechtfertigt, wenn er sich für die Rettung von P1 entscheidet: Die Rettung zweier Menschenleben begründet keine höherwertige Pflicht als der Schutz nur eines Menschen; der Wert menschlichen Lebens steigt im Kollisionsfall eben nicht mit der Zahl⁸⁸: Für jeden Betroffenen ist sein eigenes Leben unersetzlich; es kollidieren vorliegend nicht das eine Leben von P1 und die zwei Leben von P2 und P3; vielmehr stehen jeweils das eine Leben von P1/P2 sowie von P1/P3 im Widerstreit⁸⁹: Für eine normative Höhergewichtung der größeren Zahl fehlt es an einer Basis⁹⁰. Infolge der Unabwägbarkeit (hier: Nicht-Addierbarkeit⁹¹) menschlichen Lebens ist für die strafrechtliche Bewertung die Zahl der auf Kosten anderer zu rettenden Menschen ohne Bedeutung⁹².

a) Beispiele unzulässiger Auswahlkriterien

aa) Lebensalter

Für eine Berücksichtigung des Lebensalters könnte zwar die durchschnittlich geringere „Restlebenszeit“ älterer Patienten sprechen. Dies lässt ihre Intensivbehandlung im Vergleich zu jüngeren Patienten als suboptimal erscheinen, mithin eine rein utilitaristische Begründung. Denkbar wäre aber auch ein eher egalitärer Ansatz: Älteren Patienten wurde ja bereits das Privileg eines langen Lebens zuteil; somit wäre es gerecht, Jüngere zu behandeln, die sonst dieses Stadium länger gelebten Lebens gar nicht erreichen könnten⁹³.

Letztendlich verbirgt sich hinter diesen Ansatz die Überlegung, dass das Leben im Alter weniger wert sei als in der Jugend (womit letztlich ein sozialer Allokationsgedanke am Horizont erscheint, nämlich die Überlegung bzw. Unterstellung geringerer gesellschaftlicher Produktivität älterer Menschen)⁹⁴. Das Grundgesetz mit seinem Gebot der Lebenswertindifferenz nimmt aber nur den hier und jetzt hilfsbedürftigen Menschen in den Blick, dem unabhängig von seinem Lebensalter das gleiche Lebensrecht zusteht wie jedem anderen, auch jüngeren, Menschen⁹⁵. Die Auswahlentscheidung darf also nicht an Lebenswert oder Lebenssinn anknüpfen

bb) Tätigkeit in einem systemrelevanten Beruf (soziale Wertigkeit)

Auch dieses Kriterium scheidet als Auswahl Gesichtspunkt aus: „Systemrelevanz“ ist kaum hinreichend verbindlich festzulegen; wo beginnt und wo endet die Unentbehrlichkeit der beruflichen Tätigkeit für das Aufrechterhalten (welcher wichtigen?) Gesellschaftsfunktionen? Auch wäre sie in der Krankenhaus-Notaufnahme – von Ausnahmefällen (eigenes Personal) abgesehen – sicherlich nicht hinreichend rasch aufzuklären. Wesentlich ist aber auch hier der Umstand, dass mit diesem Auswahlkriterium in unzulässiger Weise die Lebenswertgleichheit aller Menschen negiert und das einzig zulässige Auswahlkriterium (Dringlichkeit der Behandlung und deren Mindestersparnis) verlassen würde⁹⁶.

cc) Vorverschulden eines Patienten

Für eine Hintanstellung entsprechender Patienten könnte immerhin die nichtmedizinische Erwägung sprechen, dass die Betroffenen die Konsequenzen eines von ihnen frei gewählten Lebensstils tragen sollten, anstatt das Risiko, nicht behandelt werden zu können, anderen Patienten aufzubürden⁹⁷. Hierbei handelt es sich um ein Gerechtigkeits-

argument, wie es auch vom rechtfertigenden Notstand her bekannt ist⁹⁸: Die Hinnahme wesentlicher Freiheitsverluste kann vom Bürger nicht verlangt werden kann, es sei denn, er ist dafür verantwortlich⁹⁹.

Unserer Rechtsordnung liegt zwar die Vorstellung eines selbstverantwortlich agierenden Einzelnen zugrunde. Die Realität entspricht aber keineswegs immer dieser Idealvorstellung¹⁰⁰. Bei der Triage könnten i. Ü. durch dieses Tor einer entsprechenden Kontra-Indikation sachfremde Erwägungen in den Entscheidungsprozess einfallen¹⁰¹:

- 88) So aber die plakative Formulierung von *Harris*, *Der Wert des Lebens*, 1995, S. 52; s. a. *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 247: Aus der Gleichheit aller Menschen folge, dass der Schutz vieler Menschenleben immer eine höhere Pflicht ergäbe als der Schutz weniger Menschenleben; ebenso *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Mitsch*, *Strafrecht AT*, 12. Aufl. 2016, § 21, Rdnr. 99; *Mitsch*, in: *FS f. U. Weber*, 2004, S. 49, 64; *Taupitz*, *MedR* 2016, 440, 445 f., der aber nur bei sich verschärfender Ressourcenknappheit auch mittelfristige Erfolgsaussichten berücksichtigt sehen will.
- 89) So auch *Momsen/Savic*, in: *BeckOK/StGB*, 45. Ed. (Stand 1.11.2019), § 34, Rdnr. 10.1.
- 90) *Neumann*, in: *Nomos Kommentar, StGB*, 5. Aufl. 2017, § 34, Rdnr. 74; s. aber auch *Mitsch*, in: *FS f. U. Weber*, 2004, S. 49, S. 63.
- 91) Hingegen umgekehrt für ein „Quantifizierungsgebot“ zur Rettung möglichst vieler Leben: *Taupitz*, in: *FS f. G. Fischer*, 2010, S. 521, 529; *ders.*, *MedR* 2016, 440, 445; ebenso im Zusammenhang mit Organallokation *Dannecker/Streng*, *JZ* 2012, 444, 447 ff.
- 92) *Neumann*, in: *Nomos Kommentar, StGB*, 5. Aufl. 2017, § 34, Rdnr. 132; *Roxin*, *Strafrecht AT I*, 4. Aufl. 2006, § 16, Rdnr. 124; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, *StGB*, 30. Aufl. 2019, vor § 32, Rdnr. 74; *Wilenmann*, *ZStW* 127 (2015), 888, 908 f.
- 93) Nachw. bei *Bader*, *Organmangel und Organverteilung*, 2010, S. 439; s. a. *Hörnle/Wöhlers*, *GA* 2018, 12, 28 (im Zusammenhang mit der Programmierung autonomer Kfz).
- 94) *Bader*, *Organmangel und Organverteilung*, 2010, S. 444 f.; abl. auch *Schott*, *Patientenauswahl und Organallokation*, 2001, S. 318 ff.
- 95) *Bader*, *Organmangel und Organverteilung*, 2010, S. 445 ff.; *Engländer/Zimmermann*, *NJW* 2020, 1398, 1402; *Gaede u. a.*, *medstra* 2020, 129, 132; *Rönnau/Wegner*, *JuS* 2020, 403, 404; *Sternberg-Lieben*, *ZIS* 2018, 130, 133; *Taupitz* in *FS f. G. Fischer*, 2010, S. 521, 532; *ders.*, *MedR* 2016, 440, 448; einschränkend (Berücksichtigung bei klinischer Erfolgsaussicht, um die Diskriminierungsgefahren einer weitgehenden Nicht-Regelung zu vermeiden) aber *Gaede u. a.*, ebd., 133 f.; *Jäger/Gründel*, *ZIS* 2020, 151, 162: Lebensalter nicht allein ausschlaggebendes Kriterium; and. auf konsequentialistischer Basis *Hoven*, *JZ* 2020, 449, 451: Jeder Mensch hat denselben Wert, die Dauer seines Lebens hingegen nicht.
- 96) *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 299, der aber auf der Basis seiner auf eine Maximierung der Überlebenden-Zahl zielenden Optimierungskonzeption eine vorrangige „Rettung der Retter“ – hier also Ärzte und Pflegekräfte – ausnahmsweise für zulässig erachtet (ebenso *Taupitz*, *MedR* 2020, 440, 449; *Witte*, *MedR* 2015, 491, 494; ähnlich *Bernsmann*, *Entschuldigung durch Notstand*, 1989, S. 346); zu Recht abl. *Engländer/Zimmermann*, *NJW* 2020, 1398, 1401; *Jäger/Gründel*, *ZIS* 2020, 151, 162.
- 97) Entsprechende Nachw. bei *Bader*, *Organmangel und Organverteilung*, 2010, S. 461.
- 98) *Wilenmann*, *ZStW* 127 (2015), 888, 909.
- 99) Ist der Betroffene kein Unbeteiligter, sondern gerade derjenige, dem die Gefahr zuzurechnen ist, weil sie in seinem Herrschaftsbereich ihren Ursprung hat (sog. Defensiv-Notstand, so könnte das durch die Tat verletzte Gut situativ weniger schutzwürdig sein als bei der Inanspruchnahme eines völlig Unbeteiligten. Aber auch dann ist eine Tötung nicht durch § 34 StGB gerechtfertigt: Selbst dann, wenn Leben gegen Leben steht, kann der bloße Umstand der Gefahrverursachung durch das Opfer für Dritte noch kein Recht begründen, dieses zu töten, *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, *StGB*, 30. Aufl. 2019, § 34, Rdnr. 30 m. w. N. auch zur Gegenansicht.
- 100) Konsequenterweise werden Schmerzmittel-, Alkohol- und Nikotin-Abusus inzwischen in der Medizin als suchtbedingte Krankheiten verstanden.
- 101) *Bader*, *Organmangel und Organverteilung*, 2010, S. 210 f.; *Weigel*, *Organvermittlung und Arzthaftung*, 2017, S. 89.

Es ist nicht auszuschließen, dass bewusst oder unbewusst Wertungen einfließen, die von der Ablehnung eines bestimmten Lebensstils getragen werden (etwa desjenigen von Drogenabhängigen oder von Personen, die sich nicht an die zur Eindämmung der Corona-Pandemie ergangenen staatlichen Beschränkungen hielten), deren sozialer Wert als geringerwertig eingestuft wird¹⁰². Um einer verkappten Heranziehung von Bewertungen des Lebensrechts gemäß sozial schädlichem (bzw. umgekehrt sozial nützlichem) Verhalten von vornherein entgegenzutreten, ist darauf zu bestehen, dass auch dieser Personenkreis nur dann ausgeschlossen wird, wenn nach medizinischen Erfahrungssätzen die „Mindestnutzenschwelle“ der Intensivbehandlung nicht erreicht wird. Kein soziales Vorverhalten kann die Vorenthaltung elementarer Gesundheits- und Lebenschancen rechtfertigen: Die Grundlagen menschenwürdigen Daseins stehen jedem Menschen voraussetzungslos zu, sie müssen nicht verdient werden¹⁰³. Die einzig angemessene Reaktion der Rechtsordnung besteht darin, den „Schuldigen“ den für sein „Vergehen“ etwa vorgesehenen Sanktionen (also etwa aus den §§ 29 ff. BtmG bzw. aus § 74 sowie §§ 73 Abs. 1 Nr. 1 u. 1a IfSG) zuzuführen¹⁰⁴. Im Übrigen wäre der auswählende Arzt in der konkreten Situation kaum in der Lage, hinreichend sichere Feststellungen zum „Vorverschulden“ zu treffen¹⁰⁵.

2. Auswahl aus missbilligenswerten Motiven

Bei dem für jeden Rechtfertigungsgrund erforderlichen subjektiven Rechtfertigungselement genügt es, dass der Täter in Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage das tut, was ihm objektiv erlaubt ist; den Motiven desjenigen, der sich mit seinem Handeln objektiv in den Grenzen des Rechts hält, kommt keine rechtliche Bedeutung zu¹⁰⁶. Wenn sich also ein Arzt bei seiner Auswahlentscheidung in Fällen gleicher Behandlungsbedürftigkeit positiv oder negativ bspw. vom Geschlecht, von der Inländer- oder Ausländereigenschaft oder den ihm bekannten politischen Überzeugungen der Patienten leiten ließe, so ist dies mit Sicherheit (arzt) ethisch zu tadeln; objektiv bewegt er sich jedoch noch innerhalb der nur einen äußeren Rahmen setzenden Vorgaben der Strafrechtsordnung¹⁰⁷; alles andere liefe auf ein Gesinnungsstrafrecht hinaus¹⁰⁸.

3. Auswahl an Hand des Zufallsprinzips (hier: Losverfahren)

Wenn mithin als Fazit festzuhalten ist, dass als einziges Auswahlkriterium (neben der Grundvoraussetzung eines Mindestnutzens der Behandlung) lediglich auf die Dringlichkeit der Behandlungsaufnahme abzustellen ist, so steht zu erwarten, dass damit in einer nicht zu geringen Anzahl von Fällen, in denen jeweils höchst dringlich zu Behandelnde konkurrieren, eine Patt-Situation eintritt. Diese kann m.E. nur durch ein Abstellen auf das formelle Kriterium des Zufalls (zugegeben: notdürftig) bewältigt werden. Hierfür kommt dann – allerdings nur in Fällen der Ex-post-Triage – neben einem Losverfahren auch noch das Prioritätsprinzip (hierzu sogleich unter C.II.) in Betracht: Da materielle Verteilungsgerechtigkeit inhaltlich nicht überzeugend hergestellt werden kann, darf der Arzt – oder auch zukünftig der Gesetzgeber – auf ein Instrument formaler Chancengleichheit zur Verwirklichung unparteiischer Verfahrensgerechtigkeit, nämlich das Losverfahren zurückgreifen¹⁰⁹. Sicherlich irritiert es auf den ersten Blick, sozusagen „Glücksspiele auf den Intensivstationen“ zu veranstalten. Verfassungsrechtlich wäre ein Losverfahren aber keineswegs unzulässig, da das ihm immanente Zufallsprinzip¹¹⁰ die Idee der Lebenswertindifferenz, also das Gebot eines „statusblinden“ absolut gleichwertigen Lebensschutzes aller Patienten, perfekt umsetzt¹¹¹: Alle Patienten haben die gleiche Zuteilungschance. Wenn in der Entscheidungssituation – noch dazu unter großem Zeitdruck – alle Ent-

scheidungsalternativen gleich plausibel sind, das Ergreifen einer Handlungsalternative aber besser ist als ein Nichthandeln, dann kann eine derartige Zufallsentscheidung auch vor dem Recht bestehen¹¹²; dies gilt auch dann, wenn die Rechtsordnung selbst die prekäre Entscheidungssituation dadurch herbeiführt, dass sie bei tatsächlicher Ungleichheit (etwa Lebensalter) rechtliche Gleichheit durch Differenzierungsverbote (hier: Lebenswertindifferenz) herstellt¹¹³. Allerdings würde vorliegend ein Losverfahren dann dem Zufall allzu viel Raum geben und deshalb mit grundgesetzlichen Lebensschutzpflichten nicht zu vereinbaren sein, wenn medizinische Parameter den Vorrang eines Patienten zu begründen vermögen. Dann (also bei fehlendem Mindestnutzen einer Intensivbehandlung) läge allerdings gar keine rechtfertigende Pflichtenkollision vor, da es an der Gleichrangigkeit der Behandlungspflichten fehlen würde.

II. Nachrangigkeit des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands

Im Bereich der Rechtswidrigkeit hat die endgültige Entscheidung darüber zu fallen, ob der prospektive Täter die generell gültigen Verhaltensregeln des Rechts befolgt hat,

102) Zum umgekehrten „People like Us“-Phänomen, also der Bevorzugung von Patienten der eigenen sozialen Schicht: *Bader*, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 380.

103) *Schott*, Patientenauswahl und Organallokation, 2001, S. 352; s. a. *Bader*, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 468 ff., 495 f.

104) *Lenckner*, MedKlin 64 (169), 1000, 1003.

105) *Lenckner*, ebd.

106) *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 161; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 404; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, vor § 32, Rdnr. 14.

107) Vgl. *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 29; *Merkel*, in: FS f. *Schroeder*, 2006, S. 297, 316; *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl. 2006, vor § 32, Rdnr. 127, *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 16, Rdnr. 121.

108) Auch eine pflichtgemäße Prüfung ist nicht erforderlich (*Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 153).

109) Sympathisierend *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 297 ff. (aber Vorrang des Prioritätsprinzips: S. 302 ff.); *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405; *Zimmermann*, Rettungstötungen, 2009, S. 147 ff., 419 ff.; abl. *Gaede u. a.*, medstra 2020, 129, 133; *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 90; *Taupitz*, MedR 2020, 440, 449; im Zusammenhang mit Organallokationen zust. *Bader*, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 509 ff. m. w. N. zur Gegenauffassung in Fn. 671 f.; *Oelert*, Allokation von Organen in der Transplantationsmedizin, 2002, S. 53 f. (willkürliches und hilfloses Verfahren); *Schott*, Patientenauswahl und Organallokation, 2001, S. 358, 394; *M. Schneider*, Verfassungsmäßigkeit des Rechts der Organallokation, 2015, S. 142 ff.

110) Grundsätzlich positiv zum Losverfahren als althergebrachtem (man denke an die Besetzung öffentlicher Ämter im antiken Griechenland oder in italienischen Stadtstaaten der Renaissance: *Deppenheuer*, JZ 1993, 171, 173; s. a. *Bernsmann*, Entschuldigung durch Notstand, 1989, S. 337) und auch dem deutschen Recht der Neuzeit keineswegs unbekanntem (hier seien nur als Beispiele angeführt: §§ 5 S. 3 BWahlG, 15 Abs. 2 S. 2 BVerfGG, 45 Abs. 2 VG sowie BVerfGE 43, 291, 324 – Studienplatzvergabe) Entscheidungsverfahren: *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405; *Sternberg-Lieben*, ZIS 2018, 130, 143; *Zimmermann*, LTO v. 23. 3. 2020.

111) *Bader*, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 511; *Sternberg-Lieben*, ZIS 2008, 111, 124.

112) Grundsätzlich *Arnault*, Zufall in Recht und Spiel, in: *ders.* (Hrsg.), Recht und Spielregeln, 2003, S. 171, 183 ff., 187; *Deppenheuer*, JZ 1993, 171 ff.; *Spitzlei* (Zufall als Entscheidungskriterium usw.), VerwArch 2020 [im Erscheinen].

113) Vgl. *Deppenheuer*, JZ 1993, 171, 176 f.; s. a. *Berg*, Der Staat 1976, 1, 22 f.

während im Rahmen der Schuld das individuelle Andershandelndkönnen zu klären bleibt¹¹⁴. *Schünemann* weist zu recht darauf hin, dass die Unterscheidung von Unrecht und Schuld in eine „bloße Spiegelfechtere“ verwandelt würde, wenn die verhaltenssteuernde Kraft des Rechts durch eine auf ausschließlich generelle Kriterien (hier: Dilemma-Situation) gestützte Verneinung der Schuld wieder aufgehoben würde¹¹⁵: So ist das normative Problem, was in einer existentieller Notsituation von Rechts wegen gesollt ist, nicht zu bewältigen¹¹⁶.

C. Ex-post-Triage

I. Tun oder Unterlassen

Eine Ex-post-Triage, also der Abbruch einer bereits laufenden Behandlung zugunsten eines neu ankommenden Patienten, ist grundsätzlich unzulässig¹¹⁷: Es ist hier nicht der Raum, um auf die Abgrenzungsproblematik zwischen aktivem Tun und Unterlassen einzugehen. Diese ist vorliegend zwar nicht für die grundsätzliche Strafbarkeit von Bedeutung, da bei der Tätigkeit eines Krankenhausarztes angesichts seiner ärztlichen Garantenstellung sowohl bei einem aktiven Tun als auch bei einem Unterlassen Strafbarkeit gegeben wäre, so dass die Abgrenzung „nur“ für die Anforderungen an die Kausalität zwischen ärztlichem Verhalten und Todes- bzw. Verletzungserfolg sowie für die Frage (fakultativer) Strafmilderung beim Unterlassen (§ 13 Abs. 2 StGB) relevant ist. Bei einer nachträglichen Triage wird diese Abgrenzung jedoch insoweit bedeutsam, als nur im Falle des Unterlassens (der Weiterbehandlung des bereits Versorgten) möglicherweise die rechtfertigende Pflichtenkollision eingreifen könnte, während bei aktivem Tun der lebensverkürzende Abbruch der Intensivbehandlung nur über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) Rechtfertigung erfuhr.

Stellt man (m. E. vorzugswürdig) bei der Abgrenzung Tun/Unterlassen auf den normativ zu bestimmenden Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des ärztlichen Verhaltens ab¹¹⁸, so wird man ein aktives Tun anzunehmen haben: Die Anordnung des Arztes zum Entzug der intensivmedizinischen apparativen Unterstützung bewirkt unmittelbar die Entziehung einer bereits materialisierten Rettungschance beim Erstbehandelten¹¹⁹. Dies hat folgende Konsequenz: Nur weil der Arzt gegenüber einem bedrohten Rechtsgut (Leben des später eingelieferten Patienten) grundsätzlich handlungspflichtig ist, ist es ihm nicht gestattet, Güter Dritter (Leben eines bereits behandelten Patienten) zu verletzen, ohne durch Wahrnehmung wesentlich überwiegender Interessen nach § 34 StGB legitimiert zu sein¹²⁰; nur dann ist der Einzelne verpflichtet, eigene Rechtsgüter preiszugeben, aber eben nur zugunsten überwiegender Interessen anderer¹²¹. Dies ist im Fall der Ex-post-Triage angesichts der Gleichwertigkeit menschlichen Lebens nicht der Fall. Schon im sog. Seilschaftsfall (ein Bergsteiger kann sein Leben nur dadurch retten, dass er den unter ihm am selben Seil hängenden Bergsteiger, der ihn nur wenige Minuten später mit in die Tiefe gerissen hätte, abschneidet) verbietet sich eine Güterabwägung i. S. d. § 34 StGB zwischen dem noch zu rettenden Leben des Abschneidenden und dem ohnehin verlorenen Leben des Abgeschnittenen. Selbst wenn aber in dieser umstrittenen Frage¹²² eine Rechtfertigung angenommen würde, so beruhte dies auf dem Umstand einer Gefahrengemeinschaft innerhalb der Bergsteiger-Seilschaft, die möglicherweise nicht nur eine Handlungspflicht in Gefahrensituationen zugunsten der andern Mitglieder, sondern auch eine Pflicht zur Opferung eigener Rechtsgüter (auch des eigenen Lebens?) beinhaltet. Eine derartige – freiwillig begründete, gegenseitige Unterstützung bzw. Aufopferung garantierende – Gefahrengemeinschaft besteht aber

unter Corona-Patienten wie auch sonst unter Schwerstkranken mitnichten¹²³; sie stellen lediglich eine zufällig zusammentreffende „Unglücksgemeinschaft“ dar. – Auch eine Rechtfertigung im Wege des ebenfalls in § 34 StGB zu verortenden sog. Defensivnotstands¹²⁴ kommt nicht in Betracht: Im Falle der um einen Behandlungsplatz konkurrierenden Notgemeinschaft Kranker sind deren Krankheiten ein sie persönlich treffendes Unglück; selbst bei einem pflichtwidrigen, zur Infektion führenden Vorverhalten läge noch kein „Angriff“ auf die erst erheblich später um die Behandlungsplätze konkurrierenden anderen Erkrankten vor (zur Irrelevanz des Vorverschuldens s. a. im Text nach Fußnote 96).

Für die um rettende Behandlungsplätze konkurrierenden Patienten gilt mithin das von *Reinhard Merkel*¹²⁵ auf den Punkt Gebrachte: „Eine solche Rechtspflicht zur Hinnahme der (aktiven) Aufopferung des eigenen Lebens für Dritte und durch Dritte, ist unter keinem Gesichtspunkt zu legitimieren. Das ist nicht eine Extravaganz des hiesigen positiven Rechts, sondern das Gebot eines fundamentalen Rechtsprinzips. ‚His life is the only one he has‘, schreibt der amerikanische Philosoph *Robert Nozick* in einem anderen Kontext, und selbst wenn dieses Leben nur noch kurz ist, kann es keine zwangsrechtliche Pflicht zu seiner Opferung geben.“¹²⁶ Umgekehrt macht sich der die ursprüngliche Behandlung fortsetzende Arzt trotz seiner auch für den später Eingelieferten bestehen-

114) And. i.E. der Dt. Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-hoc-Empfehlung v. 27.3.2020, MedR 2020, 466, 468.

115) GA 2020, 1, 8: Selbstwiderspruch der Rechtsordnung („Du sollst nicht töten, aber wenn Du es tust, brauchst Du keine Strafe zu befürchten“).

116) So auch *Koriath*, JRE 11 (2003), 317, 331: Es geht um das normative Problem, was in existentieller Notsituation von Rechts wegen gesollt ist.

117) And. *Leckner*, MedKlin 64 (1969), 1000, 1005 mit dem Hinweis darauf, dass sich der Arzt aber auch bei Fortsetzung der bereits begonnenen Behandlung nicht strafbar macht.

118) St.Rspr. des BGH seit BGHSt (GS) 6, 46, 59, die auch durch BGHSt 55, 191 = MedR 2011, 32 m. Anm. *Duttge* nicht aufgegeben wurde: BGHSt 56, 277, 286 = MedR 2012, 11, 12; 59, 292, 296; *Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, vor § 13, Rdnr. 158a m. w. N.

119) So auch *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 406: verdichtete Hoffnung auf Überleben.

120) Grundsätzlicher Vorrang von Unterlassungs- gegenüber Handlungspflichten: *Duttge*, in: FS f. *Schöch*, 2010, S. 599, 609; *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1399; *Erb*, in: MüKo/StGB, 3. Aufl. 2017, § 34, Rdnr. 40; *Hörnle/Wohlens*, GA 2018, 1215; *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 119; *ders.*, JuS 1971, 474, 475; *Merkel*, JZ 2007, 373, 381 (Grundfunktion des Rechts: Sicherung der persönlichen Freiheitssphäre); *Neumann*, in: Nomos Kommentar, StGB, 5. Aufl. 2017, § 34, Rdnr. 125; abl. *Hoven*, JZ 2020, 449, 452 f.

121) *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 32 ff.; *Neumann*, in: FS f. *Roxin*, 2001, S. 421, 426.

122) Zur Behandlung dieser umstrittenen Fallkonstellation: *Neumann*, in: Nomos Kommentar, StGB, 5. Aufl. 2017, § 34, Rdnrn. 76 f. (Rechtfertigung); a. A. *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 34, Rdnr. 24.

123) And. aber *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 158 ff., wobei die hierdurch begründete Pflichtenkollision (bzw. der Ausschluss objektiver Zurechnung: 160) nicht von den Zufällen einer ex-ante- oder ex-post-Auswahl abhängen soll (163); sachentsprechend *Taupitz*, MedR 2020, 440, 446.

124) Hierzu *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 34, Rdnr. 30. I. Ü. wäre auch im Defensivnotstand eine Tötung nicht gerechtfertigt (BGHSt 48, 255, 257; *Perron*, ebd.; str.).

125) FAZ v. 4. 4. 2020, S. 13.

126) Entsprechend (zu § 14 Abs. 3 LuftSiG) *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080, 1082; *Hörnle/Wohlens*, GA 2018, 12, 15.

den Garantenstellung nicht wegen dessen Nichtbehandlung strafbar, da ihm die zu seiner Rettung erforderliche Maßnahme zulasten des Erstbehandelten von Rechts wegen nicht möglich ist¹²⁷. Allerdings spielt der Entstehungszeitpunkt der Pflichten insoweit keine Rolle, als eine erhebliche Lebensgefährdung bei einem erst später eingelieferten Patienten zuerst zu behandeln ist, sofern bei dem Patienten, dessen Behandlung bereits begonnen wurde, nur eine abstrakte Gefahr für sein Leben besteht (z. B. nur vorsorgliche Einweisung in die Intensivstation zur Beobachtung)¹²⁸.

Der hier getroffenen Differenzierung von aktivem Tun und Unterlassen kann nicht die Grundsatzentscheidung des BGH zur Zulässigkeit einer vom Patienten konsentierten passiven Sterbehilfe¹²⁹ entgegengehalten werden¹³⁰. Der 2. Strafsenat hatte sich hier für die Zulässigkeit eines Behandlungsabbruchs ausgesprochen, und zwar im Ergebnis zutreffend unabhängig davon, ob dies durch ein Unterlassen (z. B. Nichtaufnahme einer neuen Behandlung) oder durch ein aktives Tun („Abschalten“ i. S. e. der Ersetzung einer bereits begonnenen Behandlung durch palliative Versorgung) erfolgt. Ob der hierfür gewählte Weg eines durch (mutmaßliche) Patienteneinwilligung gerechtfertigten Behandlungsabbruchs dogmatisch zutreffend und sinnvoll ist¹³¹, soll hier dahingestellt bleiben. Wesentlich ist vielmehr, dass diese Entscheidung ihre materielle Rechtfertigung in den Spezifika zulässiger Sterbehilfe i. w. S. findet: Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG¹³²) dispensiert das Tötungsunrecht¹³³. Hiermit kann die Triage-Situation schon deshalb nicht gleichgesetzt werden, weil hier einer der Patienten sein Leben gegen oder zumindest ohne seinen Willen verlore.

II. Legitimer Vorrang des Prioritätsprinzips

Dieser Vorrang des mehr oder weniger zufällig zuerst Behandelten ist auch legitimierbar: Da bei der Triage eine Auswahlentscheidung dringend zu treffen, hierbei aber keine materielle Verteilungsgerechtigkeit erreichbar ist, kommt dem Prioritätsprinzip als Instrument formaler Chancengleichheit zur Verwirklichung unparteiischer Verfahrensgerechtigkeit erhebliche, m. E. entscheidende Bedeutung zu¹³⁴: Wie auch dem Losverfahren ist dem altbekannten¹³⁵ Prioritätsprinzip das Zufallsprinzip immanent, wodurch der Ansatz einer Lebenswertindifferenz, also das Gebot eines „statusblinden“ absolut gleichwertigen Lebensschutzes aller Patienten, umgesetzt wird: Alle Patienten haben ursprünglich die gleiche Zuteilungschance inne. Sicherlich wird damit an Zufälligkeiten, die die Krankenhauseinlieferung sowie der Behandlungsbeginn mit sich bringt¹³⁶, angeknüpft¹³⁷. Diese Ausprägung des Zufallsprinzips findet seine Legitimation aber darin, dass dieser zufälligen Priorität eine Rechtssicherheit (gerade auch für die behandelnden Ärzte) und Stabilität von Verhaltenswartungen stiftende Funktion zukommt (deutlich Rönnau¹³⁸: „Wer hat, der hat“): Dieses Anknüpfen an ein „materialisiertes Vertrauen“¹³⁹ verhindert, dass ein Patient während seiner gesamten Intensivbehandlung (in einer seine Menschenwürde durchaus tangierenden Weise) zu befürchten hat, dass ihm zugunsten eines „Nachrückers“ die lebensnotwendige Heilbehandlung entzogen wird¹⁴⁰. Dieser Gedanke eines Schutzes des Status quo schlägt i. Ü. auch dann durch, wenn man vorliegend von einem Unterlassen der Weiterbehandlung durch den Arzt ausgeht: Es würde dann an der Gleichwertigkeit der kollidierenden Rettungspflichten fehlen.¹⁴¹ Dies muss selbst dann gelten, wenn die Überlebenschance des neu Aufgenommenen jene des bereits Behandelten evident übersteigt¹⁴², es sei denn, die (soweit möglich) fortlaufend zu überprüfende

Indikation zur Weiterbehandlung ist mittlerweile entfallen¹⁴³, so dass gar keine Kollision von Behandlungspflichten mehr vorläge.

III. Kein übergesetzlicher entschuldigender Notstand

Anders als vom Deutschen Ethikrat angedeutet¹⁴⁴, bleibt ein Arzt, der sich unter Hintansetzen des erstbehandelten Patienten für die rettende Behandlung des erst später eingelieferten entscheidet, auch nicht infolge entschuldigenden Notstands straflos¹⁴⁵: Die Legitimation einer überge-

-
- 127) *Erb*, in: MüKo/StGB, 3. Aufl. 2017, § 34, Rdnr. 40): Für das Opfer der Notstandshandlung und die von diesem geschuldete Mindestsolidarität ist es völlig irrelevant, in welcher Beziehung der Notstandstäter zum Inhaber des gefährdeten Rechtsguts steht; a. A. *Ast*, ZfS 2020, 268, 271 f. (ärztliches Wahlrecht).
- 128) *Lenckner*, MedKlin 64 (1969), 1000, 1002 f.
- 129) BGHSt 55, 191 = MedR 2011, 32 m. Anm. *Duttge*.
- 130) So aber *Hoven*, JZ 2020, 449, 454.
- 131) Krit. *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, vor § 211, Rdnr. 28b m. w. N.
- 132) Hierzu zuletzt dezidiert BVerfG, NJW 2020, 905, 906 f.
- 133) So auch *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405; ebenfalls abl. *Jäger/Gründel*, ZfS 2020, 151, 157.
- 134) Grundsätzlich *Vofßkuhle*, Die Verwaltung 1999, 21, 37, 40 f. (abl. *Tömuschat*, Der Staat, 1973, 433, 455: Schein der Ordnung/kaschierte Willkür); bei der Triage *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 302 ff.; *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1401; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 406; *Zimmermann*, Rettungstötungen, 2009, S. 158 ff.; s. bereits *Eser*, in: *Auer/Menzel/Eser* (Hrsg.) Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, 1977, S. 99, 134.
- 135) Man denke nur an *Eike von Repgow/Sachsenspiegel* im 13. Jahrhundert: „Wer ouch erst zu der mulen kumt, de sal erst malen“ (zitiert nach *Vofßkuhle*, Die Verwaltung 1999, 21, Fn. 2).
- 136) Hierzu die vielfältigen Beispiele von *Jäger/Gründel*, ZfS 2020, 151, 156 f.
- 137) Insoweit sei *Vofßkuhle*, Die Verwaltung 1999, 21, 41, Fn. 41, zitiert: „Wir Menschen sind stets mehr unsere Zufälle als unsere Leistungen (unter Bezug auf *Marquard*, Apologie des Zufälligen, 1987, S. 6).
- 138) *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl. 2006, vor § 32, Rdnr. 123; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 406; zust. *Satzger*, Jura 2010, 753, 756; den Aspekt des Vorteilerhaltungs- und Vertrauensschutzgedankens betont auch *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 303; a. A. *Küper*, JuS 1971, 574, 576.
- 139) So *Künshner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 377; s. a. *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3. Aufl. 1978, S. 121: Vertrauenstatbestand im sozialen Raum.
- 140) Diese Grenze (ärztliche Anordnung des Beginns der Intensivbehandlung) sollte zwecks klarer Unterscheidung auch dann gelten, wenn ein Patient mit größeren Überlebenschancen in wenigen Minuten erwartbar ist (and. *Merkel*, FAZ 4.4.2020, S. 13 für den Fall, dass der „Zweitpatient“ sich schon auf dem Weg zur Klinik befindet und dem Team der Intensivstation bereits angekündigt wurde, bevor der „Erstpatient“ angeschlossen werden konnte). Dies ist nicht unbillig, da auch bei gleichzeitiger Einlieferung beider Patienten eine Entscheidung zugunsten des Patienten mit geringeren (aber noch vorhandenen) Überlebenschancen zulässig gewesen wäre.
- 141) Vgl. *Satzger*, Jura 2010, 753, 756.
- 142) And. aber *Gaede u. a.*, medstra 2020, 129, 136, die an anderer Stelle (ebd., 135) eine Überlebenschance von 20% vs. 80% gegenüberstellen; zurecht abl. *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 406 unter Hinweis darauf, dass im klinischen Alltag diese Evidenz kaum rechtssicher festzustellen wäre.
- 143) Möglicherweise will *Taupitz*, MedR 2020, 440, 447 seine „besonders guten medizinischen Gründe“ für den Entzug der Heilchance hierauf beschränken.
- 144) Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-hoc-Empfehlung v. 27.3.2020, MedR 2020, 466, 468.
- 145) So auch *Gaede u. a.*, medstra 2020, 129, 135; a. A. *Hoven*, JZ 2020, 449, 454 (hilfsweise bei verneinter Rechtfertigung).

setzlichen Entschuldigung liegt nicht schon darin, dass die Rechtsordnung wegen der Ausweglosigkeit der Lage keine verbindliche Entscheidung mehr treffen und deshalb nicht mehr als ein gewissenhaftes Handeln verlangen kann. Die Straflosigkeit ergibt sich vielmehr aus dem Zusammentreffen zweier Schuld minderungsgründe¹⁴⁶: Der Täter muss unter einer – der Konstellation von § 35 StGB¹⁴⁷ vergleichbaren – starken motivatorischen Kraft seiner Gewissensentscheidung handeln und – dies ist wesentlich, um ein unkontrollierbares Ausufern dieses strafbefreienden „Notausgangs“ zu verhindern – das kleinere Übel wählen, im Lebensnotstand also eine größere Zahl von Menschenleben retten¹⁴⁸. Im Fall der Ex-post-Triage wird aber das Unrecht von vornherein nicht gemindert (da nur das Leben von P1 gegen dasjenige von P2 ausgetauscht wird), so dass auch das vom Unrechtsquantum abhängige Schuldmaß nicht entsprechend reduziert ist.

146) *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, vor § 32, Rdnr. 116.

147) Der entschuldigende Notstand ist von vornherein nicht einschlägig, da es an der von ihm geforderten besonderen Nähebeziehung von Täter und Gerettetem fehlt; sie kann nicht aus der ärztlichen Garantenstellung hergeleitet werden, da der Arzt auch gegenüber dem Erstbehandelten in einer entsprechenden Pflichtenstellung steht.

148) *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, Strafrecht AT, 12. Aufl. 2016), § 18, Rdnr. 49; *Hörnle*, in: FS f. *Herzberg*, 2008, S. 555, 572; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, vor § 32, Rdnr. 116; *Zimmermann*, Rettungstötungen, 2009, S. 292ff.; *Rönnau*, in: *Leipziger Kommentar*, StGB, 12. Aufl. 2006, vor § 32, Rdnr. 356; ohnehin gegen Straflosigkeit einer Tötung durch Umverteilung von Rettungschancen *Jäger*, ZStW 115 (2003), 765, 779; *Neumann*, in: *Nomos Kommentar*, StGB, 5. Aufl. 2017, § 35, Rdnr. 62; *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 22, Rdnr. 163; and. hingegen *Kühl*, Strafrecht AT, 12. Aufl. 2017, § 12, Rdnr. 100 (aber auch Rdnr. 106).

Pandemie durch SARS-CoV-2/Covid-19

Datenbasis verbessern, Prävention gezielt weiterentwickeln, Bürgerrechte wahren

Matthias Schrappe, Hedwig François-Kettner, Franz Knieps, Holger Pfaff, Klaus Püschel und Gerd Glaeske

Abstrakt

Basierend auf einer mehrdimensionalen Analyse der epidemiologischen, präventiven und juristischen Implikationen der Pandemie durch SARS-CoV-2/Covid-19 werden Handlungsempfehlungen entwickelt. Asymptomatische Übertragungen machen repräsentative Stichproben sowie epidemiologische Untersuchungen der herdförmigen Ausbrüche notwendig. Spezifische Präventionsansätze (Schutz der Risikogruppen) müssen allgemeine Maßnahmen (z. B. Kontakteinschränkungen) ergänzen, die Grundsätze der Risikokommunikation sollten beachtet werden. Die Einschränkung der Grundrechte ist zeitlich strikt zu begrenzen und muss auf transparenten und nachvollziehbaren Abwä-

gungsprozessen beruhen, die rechtsstaatlichen Maßstäben genügen.

Einleitung

SARS-CoV-2/Covid-19 stellt eine typische Infektionskrankheit dar. Die mittlere Inkubationszeit beträgt 5 Tage, es besteht eine ca. 2 Tage währende präsymptomatische Phase mit hoher Infektiosität, der oligo- bzw. asymptomatische Verlauf ist häufig, hohes Alter und bestehende Vorerkrankungen bedingen eine schlechte Prognose und die Letalität liegt insgesamt unter 1%. Die Tatsache der möglichen Übertragung durch asymptomatisch infizierte macht die quantitative Erfassung der Infizierten und Erkrankten sehr schwierig. Zahlreiche Infizierte zeigen auch im weiteren Verlauf keine Symptome oder entwickeln nur die Zeichen eines grippalen Infektes, so dass sie anhand des klinischen Verlaufes nicht erkannt (und evtl. getestet) werden können. In der Folge stellt sich die Identifizierung von Übertragungswegen als problematisch heraus, so dass sich Infektionsherde bilden können, die erst relativ spät als solche erkannt werden.

Wie auch bei anderen Epidemien (z. B. Ebola) sind es zu Beginn gerade Einrichtungen der Gesundheitsversorgung, die als Ausbreitungsort in Frage kommen. Die Patienten wenden sich an diese Institutionen und führen dort zu einer hohen Belastung, die meisten Institutionen sind jedoch noch nicht vorbereitet, es fehlen Schutzmaterialien, und durch Infektion (und Ausfall) von Mitarbeitern kommt es zu einer galoppierenden Dysfunktionalität dieser Einrichtungen. Die damit in Zusammenhang stehenden Eindrücke sind für die öffentliche Rezeption der Epidemie von tragender Bedeutung (etwa die TV-Bilder aus Bergamo und anderen Regionen). In der nächsten Phase kommen dann andere Herde hinzu, z. B. Pflegeheime oder kritische Arbeitsumgebungen (z. B. Schlachthöfe). Sehr schnell müssen jedoch nicht nur die einzelnen Einrichtungen, sondern

Prof. Dr. med. Matthias Schrappe, Universität Köln, ehem. Stellv. Vorsitzender des Sachverständigenrates Gesundheit, Venloer Str. 30, 50672 Köln, Deutschland

Hedwig François-Kettner, Pflegemanagerin und Beraterin, ehem. Vorsitzende des Aktionsbündnis Patientensicherheit Berlin, Sarntaler Weg 40, 12209 Berlin, Deutschland

Franz Knieps, Jurist und Vorstand eines Krankenkassenverbands Berlin, Winterfeldtstr. 25, 10781 Berlin, Deutschland

Prof. Dr. phil. Holger Pfaff, Universität Köln, Zentrum für Versorgungsforschung, ehem. Vorsitzender des Expertenbeirats des Innovationsfonds, Eupener Straße 129, 50933 Köln, Deutschland

Prof. Dr. med. K. Püschel, Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf, Institut für Rechtsmedizin, Butenfeld 34, 22529 Hamburg, Deutschland

Prof. Dr. rer.nat. Gerd Glaeske, Universität Bremen, SOCIUM Public Health, ehem. Mitglied im Sachverständigenrat Gesundheit, Mary-Somerville-Straße 3, 28359 Bremen, Deutschland