

Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage

Von Prof. Dr. Christian Jäger, Wiss. Mit. Johannes Gründel, Erlangen*

I. Einführung in die Problematik

Die durch das Coronavirus ausgelöste Pandemie zwingt Ärzte gegebenenfalls zur Entscheidung darüber, wer mit der Aussicht auf Überleben behandelt wird und wer sterben muss, weil ihm keine Behandlung mehr zuteilwird. Notwendig wird diese Entscheidung, wenn die Zahl der auf ein Intensivbett mit Beatmungsmöglichkeit angewiesenen Patienten die Anzahl der zur Verfügung stehenden Behandlungsplätze übersteigt. Die dann notwendige Auswahl wird als Triage¹ bezeichnet, ein Begriff, der ursprünglich aus Kriegszeiten stammt und kennzeichnend für die Entscheidung ist, die von den Ärzten getroffen werden muss.² Dass diese Wahl zwischen zwei Menschenleben jeden Mediziner in schwerste Konflikte stürzt, bedarf keiner besonderen Erwähnung. Dies ist in Kriegszeiten nicht anders als im Falle der Bekämpfung eines Virus, ganz abgesehen davon, dass auch dieser Kampf in der Vergangenheit bereits als Krieg gegen einen unsichtbaren Feind bezeichnet wurde.³ Auch wenn die Konfliktlagen vergleichbar sind, so unterscheidet sich der Vorgang der Triage im Kriegsfall oder im Falle einer Unfallkatastrophe von der Triage, die im Kampf gegen das Virus eingesetzt werden muss, doch erheblich. Denn im Krieg oder bei Unfällen erfolgt die Einordnung durch grobe Sichtung zunächst nach Dringlichkeit und innerhalb der dringlichen Fälle wiederum nach der Aussicht auf Erfolg der Behandlung. Letztlich muss auch die Triage im Kampf gegen das Virus an diesen beiden Kriterien der Dringlichkeit und der Erfolgsaussicht anknüpfen.⁴ So wird man etwa diejenigen Patienten, die nur vergleichsweise geringe Beschwerden zeigen, auf die Normalstation verlegen, während schwere Fälle in die Intensiv-

station eingewiesen werden. Allerdings wird man innerhalb der Gruppe der beatmungspflichtigen Patienten in Fällen der Ressourcenknappheit ebenfalls das Kriterium der Erfolgsaussicht als Entscheidungshilfe über Leben und Tod heranziehen müssen. Hier können – und dies ist der eigentliche Unterschied zu sonstigen Fällen der Triage, da sich die Auswahl in der Aufnahmestation des Krankenhauses abspielt – gegebenenfalls unterschiedliche genesungsrelevante Faktoren in die Entscheidung einfließen, wie etwa die Sauerstoffsättigung des Blutes, der Kreislaufzustand des Patienten, schwerwiegende gesundheitliche Vorschädigungen sowie gegebenenfalls die Gebrechlichkeit. Dies ändert aber nichts daran, dass der übergeordnete Gesichtspunkt der Erfolgsaussicht zum ausschlaggebenden Kriterium bei der Entscheidung über Leben und Tod erhoben wird. Als problematisch stellt es sich daher dar, wenn etwa die Empfehlungen der Schweiz oder die Vorgaben Italiens ein Lebensalter von 85 Jahren und mehr oder die verbleibende Lebenszeit des Patienten als absolute Auswahlkriterien benennen.⁵ Denn auf diese Weise werden „triage-untypische“ Verteilungskriterien herangezogen,⁶ die nicht mehr das Überleben möglichst vieler zum Ziel haben, sondern dem einzelnen Menschenleben kraft hohen Alters bzw. kraft reduzierter Lebenszeiterwartung einen geringeren Wert zuweisen. Augenfällig wird dies beispielsweise in einem Fall, in dem ein 85-jähriger nicht vorgeschädigter Patient mit noch vergleichsweise guten Überlebenschancen zu Gunsten eines 30-jährigen schwer vorgeschädigten Patienten mit vergleichsweise schlechten Überlebenschancen abgewiesen wird. Auch wenn dies juristisch möglich wäre, so müsste man dies ethisch als problematisch einstufen, da eine Bewertung von Handlungspflichten ohne Einbeziehung der Erfolgsaussichten als intransparent erscheinen muss.⁷

* Prof. Dr. Christian Jäger ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg; Johannes Gründel ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am selben Lehrstuhl. Die Verfasser bedanken sich bei Frau Anja Knobloch und Herrn Fabian Meinberger für die Unterstützung bei Erstellung des Beitrags und für dessen Durchsicht. Dank gilt schließlich auch den Mitgliedern des Klinischen Ethikkomitees am Universitätsklinikum Erlangen für intensive Diskussionen zur hier behandelten Thematik.

¹ Von französisch „trier“ (auslesen, aussuchen, sortieren).

² Vgl. dazu Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 21 Rn. 24.

³ So etwa Emmanuel Macron, Spiegel-Online v. 16.3.2020, abrufbar unter

<https://www.spiegel.de/politik/ausland/coronakrise-macron-schraenkt-bewegungsfreiheit-der-franzosen-drastisch-ein-a-d5e204f6-bba9-4758-abf0-1de53e6f930a> (14.4.2020)..

⁴ Diese beiden Kriterien liegen letztlich auch der Entscheidung über eine Organtransplantation zugrunde, vgl. dazu Scholz/Middel, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2018, TPG § 12 Rn. 8.

⁵ Vgl. die von der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften und der Schweizerischen Gesellschaft für Intensivmedizin veröffentlichten Richtlinien, S. 5, abrufbar unter

https://www.samw.ch/dam/jcr:4c30e233-6357-4b1a-98fa-27323db77ccc/richtlinien_v2_samw_triage_intensivmedizinische_massnahmen_ressourcenknappheit_20200324.pdf

(7.4.2020), sowie die von der italienischen Gesellschaft für Anästhesie, Reanimations- und Intensivmedizin (SIAARTI) herausgegebenen Empfehlungen, S. 9, abrufbar unter <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato6382982.pdf> (7.4.2020).

⁶ Vgl. dazu Weyma Lübke, Telepolis v. 22.3.2020, abrufbar unter

<https://www.heise.de/tp/features/Corona-Triage-4687590.html> (7.4.2020).

⁷ Dazu Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 32 ff. Rn. 74; zur berechtigten Kritik an einem absoluten Altersausschlussgrund aber die Stellungnahme von Dabrock und Augsberg für den Ethikrat vom 7.4.2020, abrufbar unter

II. Bisherige Ansätze für die juristische Lösung der Triageproblematik und ihre Übertragbarkeit auf die Ressourcenverteilung bei der Bewältigung der Coronapandemie

Bislang herrscht weitgehende Einigkeit darüber, dass medizinische Auswahlentscheidungen, die wegen mangelnder Ressourcen am Ende dazu führen, dass Patienten zugunsten anderer möglicherweise mit tödlicher Wirkung keine Behandlung mehr erfahren, auf Rechtswidrigkeitsebene zu lösen sind.⁸ Dies hat gleichzeitig zur Folge, dass Ärzte, die sich zu der schwerwiegenden Entscheidung durchringen, einen Patienten – etwa wegen zwar noch gegebener, aber deutlich geringerer Erfolgsaussichten – zugunsten eines anderen Patienten nicht mehr zu behandeln, weil die zeitlichen, persönlichen oder sächlichen Ressourcen fehlen, grundsätzlich den Tatbestand einer Tötung durch Unterlassen nach §§ 212, 13 StGB verwirklichen. Schon hieran könnte man freilich zweifeln, weil fraglich erscheint, wie sich der Arzt, der in einer Mangelage nur eine von zwei ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ergreifen kann und dies letztlich auch tut, dem Vorwurf der Pflichtverletzung aussetzen kann. Insoweit liegt die Forderung nahe, den Grundsatz des „ultra posse nemo obligatur“ bereits als Tatbestandsausschluss durchschlagen zu lassen. Auf diesen Gesichtspunkt wird noch später (IV. 1. d) bei der Pflichtenkollision zurückzukommen sein. Für die vorliegende Untersuchung soll allerdings zunächst die ganz herrschende Meinung zugrunde gelegt werden, wonach wegen fehlender Verrechenbarkeit der Pflichten nur eine Lösung auf Rechtfertigungsebene in Frage kommt.⁹ Die konkreten Rechtfertigungsmöglichkeiten richten sich dabei unter Zugrundelegung der h.M. nach Art und Umfang der kollidierenden Pflichten.¹⁰ Dabei ist zunächst die Grundsatzunterscheidung zu treffen, ob zwei Handlungspflichten kollidieren oder ob eine Handlungs- und eine Unterlassungspflicht aufeinander treffen.¹¹ Von dieser Grundüberlegung geht letztlich auch die ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates vom 27. März 2020 aus, wenn dort zwischen der Triage bei ex-ante-Konkurrenz und der Triage bei ex-post-Konkurrenz unterschieden wird.¹² Als ex-ante-Konkurrenz werden dort ersichtlich diejenigen Fälle angesehen, in denen die Zahl der unbesetzten Beatmungsplätze kleiner ist als die Zahl der Patienten, die ihrer akut bedürfen (Aufnahme-Triage; im Folgenden

1.).¹³ Nach juristischen Kriterien konkurrieren hier daher mehrere Handlungspflichten zur Versorgung von mehreren Patienten mit einem Beatmungsplatz. Dagegen ist nach Auffassung des Ethikrates eine ex-post-Konkurrenz gegeben, wenn alle verfügbaren Beatmungsplätze belegt sind (Fortsetzungs-Triage; im Folgenden 2.).¹⁴ Übertragen in rechtliche Kategorien konkurriert hier eine Handlungspflicht zur Beatmungsversorgung eines Patienten mit einer Unterlassungspflicht in Form der Untersagung der aktiven Beendigung der Beatmung bei einem anderen Patienten.

1. Die Kollision zweier Handlungspflichten (Aufnahme-Triage)

Innerhalb der ersten Fallgruppe ist wiederum zu unterscheiden, ob es sich um gleichwertige oder um ungleichwertige Handlungspflichten handelt.

a) Kollision gleichwertiger Handlungspflichten

aa) Grundsätzliche Rechtfertigung bei Pflichterfüllung im Rahmen des Möglichen

Bei der Kollision zweier gleichwertiger Handlungspflichten, von denen aber nur eine erfüllt werden kann, wird von der h.M.¹⁵ eine Rechtfertigung angenommen, wenn der Täter wenigstens einer Pflicht nachkommt, wenn also etwa der Garant von zwei ihm anvertrauten Personen nur eine retten kann und dies auch tut. Die Rechtfertigung folgt hier daraus, dass das Recht als Verhaltensordnung mit seinen Geboten nichts Unmögliches verlangen kann, weshalb der Verpflichtete eine Wahlmöglichkeit habe, mit der Folge, dass seine Entscheidung, wie auch immer sie ausfällt, vom Recht akzeptiert wird.¹⁶ Bezogen auf die Auswahlentscheidungen, die Mediziner bei Covid-19-Erkrankten treffen müssen, könnte man hier etwa an den Fall denken, in dem für zwei gleich schwer Betroffene nur ein Beatmungsgerät zur Verfügung steht und der Arzt sich daher für einen der beiden entscheiden muss.

An dieser Stelle soll nicht übersehen werden, dass es auch eine Auffassung gibt, die selbst bei der Kollision gleichwertiger Handlungspflichten nur von einer Entschuldigungsmöglichkeit ausgeht.¹⁷ Begründet wird dies vor allem damit, dass demjenigen, dem in einer Pflichtenkollision keine Rettung durch den Handlungspflichtigen zuteilwird, ein Notwehrrecht

<https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Pressekonferenzen/pk-2020-04-07-dabrock-augsberg.pdf> (14.4.2020); siehe dazu näher unten IV. 2.

⁸ Vgl. *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 41; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 74.

⁹ *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 41; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 74.

¹⁰ Vgl. etwa *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 11 ff.; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 71/72.

¹¹ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 35 Rn. 15; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 71/72.

¹² Vgl. ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates vom 27. März 2020, S. 4.

¹³ Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates vom 27. März 2020, S. 4, 3b Spiegelstrich 1.

¹⁴ Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates vom 27. März 2020, S. 4, 3b Spiegelstrich 2.

¹⁵ *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 41; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 73.

¹⁶ *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 41; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 73, 74.

¹⁷ So etwa *Momsen/Savic*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2019, § 34 Rn. 24; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 33 V. 2.; *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 32 Rn. 174; *Fischer* (Fn. 10), Vor § 34 Rn. 11a, 15.

zur zwangsweisen Durchsetzung seiner eigenen Rettung nicht abgesprochen werden dürfe. Dem ist aber entschieden zu widersprechen. Würde man in einer Triage-Situation dem einen Schwerverletzten ein Notwehrrecht zubilligen, so müsste das gleiche Recht dem anderen Schwerverletzten zustehen und auch er könnte daher den Arzt gerechtfertigt dazu zwingen, ihm zu Hilfe zu kommen. Wenn also beide bewaffnet wären, könnte dies dazu führen, dass sie im Ergebnis jede Rettung gerechtfertigt blockieren könnten. Dieses Teufelskreisargument zeigt, dass eine bloße Entschuldigung das Rechtsinstitut der Pflichtenkollision im Ergebnis ad absurdum führen würde.¹⁸

bb) Gleichwertigkeit der Handlungspflichten trotz unterschiedlicher Erfolgsaussichten beim Aufeinandertreffen von Lebensgefahren

Die schwierigsten Probleme stellen sich bei der Kumulierung von Lebensgefahren. Bei *Brech* heißt es hierzu: „Kollidieren wie im Fall der Triage mehrere menschliche Leben derart miteinander, dass nicht alle Leben gerettet werden können, so muss auch hier im Sinne eines maximalen Interessenschutzes das Ausmaß des drohenden Schadens (also der Toten) so niedrig wie möglich gehalten werden. D.h. höherwertig ist diejenige Handlungspflicht, bei der so viele Menschenleben wie möglich gerettet werden. Andernfalls handelt die triagierende Person rechtswidrig.“¹⁹

Dies ist freilich eine fragwürdige Betrachtung, da es einem strafrechtlichen Grundsatz entspricht, dass Menschenleben weder relativierbar noch quantifizierbar sind.²⁰ Zwar stammt dieser Grundsatz aus der Diskussion um eine mögliche Notstandsrechtfertigung im Wege der Abwägung von Leben. Jedoch wäre es widersprüchlich, dieses Prinzip bei § 34 StGB uneingeschränkt anzuwenden und im Rahmen der rechtfertigenden Pflichtenkollision wieder aufzugeben. Die Unabwägbarkeit menschlichen Lebens muss daher grundsätzlich auch bei der Triage zu dem Ergebnis führen, dass der Arzt gerechtfertigt ist, selbst wenn er sich für die Rettung desjenigen Patienten entscheidet, der weniger Überlebenschancen hat. Würde man dies anders sehen, so liefe der Arzt auch stets Gefahr, sich falsch zu entscheiden und einer Strafbarkeit nach § 222 StGB ausgesetzt zu sein. Denn nimmt der Arzt in der Situation der Triage bei zwei Patienten ein Risiko im Verhältnis von 60 zu 40 an, während es in Wahrheit genau umgekehrt liegt, so könnte ihn nur noch die Berufung auf einen Erlaubnistatbestandsirrtum vor einer Vorsatzbestrafung schützen. Die Fahrlässigkeitsbestrafung wäre davon jedoch unberührt.²¹ Allerdings sind diese Überlegungen theoretischer Natur, weil sich der Arzt in der kritischen Situation selbstverständlich dafür entscheiden wird, eine möglichst große Zahl der Patienten zu retten. Daher sind auch die von

verschiedenen medizinischen Fachgesellschaften, u.a. der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin, herausgegebenen Empfehlungen zur Entscheidungsfindung bei nicht ausreichenden Intensiv-Ressourcen,²² an denen sich der Arzt orientieren kann, durchaus sinnvoll. Dort werden Indikatoren für eine geringere Erfolgsaussicht der Behandlung angeführt.²³ Genannt sind in dem Papier insbesondere aktuelle Erkrankungen (und hier vor allem der Schweregrad der Erkrankung, etwa in Form eines akuten Lungenversagens; begleitende akute Organversagen; gegebenenfalls prognostische Marker für Covid-19-Patienten). Erwähnt ist auch der allgemeine Gesundheitsstatus (der etwa durch Gebrechlichkeit herabgesetzt sein kann); schließlich werden auch Komorbiditäten mit deutlich eingeschränkter Langzeitprognose namhaft gemacht (wie chronische Organversagen, schwere Organ-Dysfunktion, weit fortgeschrittene neurologische Erkrankungen, weit fortgeschrittene onkologische Erkrankungen oder schwere Immunschwächen).²⁴ All dies sind selbstverständlich Merkmale, die dem Arzt in der konkreten Entscheidungssituation Anhaltspunkte geben können. Jedoch sollte man die Rechtfertigung nicht von der strikten Befolgung dieser Empfehlungen abhängig machen. Vielmehr muss eine Rechtfertigung auch dann möglich sein, wenn sich der Arzt in seiner Konfliktlage für die Rettung auch nur eines Menschenlebens entscheidet, das in seiner Unabwägbarkeit nicht geeignet ist, eine Minderwertigkeit der einen Handlungspflicht gegenüber der anderen zu begründen.²⁵ Dem entspricht es auch, dass die h.M. als subjektives Rechtfertigungselement der rechtfertigenden Pflichtenkollision nur ein Handeln in Kenntnis der rechtfertigenden Situation verlangt.²⁶ Eine pflichtgemäße Prüfung oder ein achtenswertes Motiv ist danach nicht erforderlich. Dies ist nur erklärbar, wenn man den Standpunkt zugrunde legt, dass Menschenle-

²² Vgl. Empfehlungen der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), der Deutschen Gesellschaft für Interdisziplinäre Notfall- und Akutmedizin (DGINA), der Deutschen Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin (DGAI), der Deutschen Gesellschaft für Internistische Intensivmedizin und Notfallmedizin (DGIIN), der Deutschen Gesellschaft für Pneumologie und Beatmungsmedizin (DGP), der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin (DGP) und der Akademie für Ethik in der Medizin (AEM) vom 25. März 2020, im Folgenden: Covid-19-Empfehlungen.

²³ Hier und im Folgenden Covid-19-Empfehlungen (Fn. 22), S. 6, 12.

²⁴ Covid-19-Empfehlungen (Fn. 22), S. 7.

²⁵ So möglicherweise auch *Zimmermann*, LTO v. 23.3.2020, abrufbar unter

https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (7.4.2020);

Hilgendorf, LTO v. 27.3.2020, abrufbar unter

https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (7.4.2020),

der fordert, dass der Arzt in derartigen Situationen gerechtfertigt sein sollte, wie auch immer er sich entscheidet, soweit er in einem vertretbaren Rahmen handelt.

²⁶ Vgl. statt vieler *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 77.

¹⁸ Dazu schon *Jäger*, in: Stein/Greco/Jäger/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag, 2018, S. 171 (176).

¹⁹ *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 351.

²⁰ *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 116 ff.; *Fischer* (Fn. 10), § 34 Rn. 14 f.

²¹ Vgl. dazu *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 8), § 16 Rn. 123 ff.

ben einer Abwägung nicht zugänglich sind.²⁷ Anders verhält es sich freilich, wenn eine Rettung bereits gänzlich ausgeschlossen erscheint. Dann aber ist die Behandlung bereits nicht mehr indiziert, mit der Folge, dass eine Handlungspflicht zugunsten der konkreten Person nicht mehr besteht. Dementsprechend kann in einem solchen Fall auch nicht von der Kollision zweier gleichrangiger Handlungspflichten ausgegangen werden.

b) Kollision ungleichwertiger Handlungspflichten

aa) Ungleichwertigkeit der Handlungspflichten wegen klaren Rechtsgutgefälles

Unbestritten ist, dass der in einer Pflichtenkollision Befindliche dann gerechtfertigt ist, wenn er die eindeutig höherwertige Handlungspflicht auf Kosten der geringwertigen erfüllt.²⁸ In diesem Fall wird aber bereits regelmäßig eine Rechtfertigung nach § 34 StGB möglich sein.²⁹ So liegt der Fall etwa, wenn der Arzt einen zwar behandlungsbedürftigen, aber nicht lebensgefährlich betroffenen Patienten auf die Normalstation verbringen lässt und die Rettung des schwer betroffenen einleitet. Dieser Fall ist nach Notstandsregeln zu behandeln, sodass wegen des sich hier schon aus dem Rechtsgütergefälle ergebenden klaren Interessenübergewichts eine Rechtfertigung nach § 34 StGB möglich ist. Hiervon gehen letztlich auch die Covid-19-Empfehlungen³⁰ aus, wenn dort in einem ersten Schritt die Frage nach der intensivmedizinischen Behandlungsnotwendigkeit aufgeworfen wird und die Lösung des Konflikts im Falle der Verneinung in einer Verlegung auf eine Allgemeinstation gesehen wird.

bb) Ungleichwertigkeit der Handlungspflichten bei auf einem Rechtfertigungsgrund beruhender Nichterfüllung

Sofern die mangelnde Erfüllung einer Handlungspflicht durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt ist, kann man ebenfalls nicht von einer Gleichwertigkeit der Handlungspflichten ausgehen, zumal es dann ersichtlich an einer Kollisionslage fehlt.³¹ Auch diese Fälle können im hier interessierenden Zusammenhang der Triage im Rahmen der Coronapandemie durchaus relevant werden. Zwar wird der Fall selten, wenngleich nicht ausgeschlossen, sein, dass ein Covid-19-Erkrankter zugunsten eines anderen sein Leben opfert, indem er selbst auf Weiterbehandlung zugunsten eines anderen verzichtet. Jedoch konkurrieren Corona-Patienten nicht nur untereinander, sondern gegebenenfalls auch mit anderen Erkrankten (etwa mit schwer Krebskranken oder mit Herz-

Kreislauf-Patienten) um Beatmungsplätze. So ist durchaus denkbar, dass sich etwa aus einer Patientenverfügung ergibt, dass eine Person in ihrem konkreten Krankheitszustand ohnehin keine Weiterbehandlung mehr wünscht. Dann liegt bereits eine mögliche Rechtfertigung für einen Abbruch vor, sodass es an einer Kollisionslage durch gleichwertige Handlungspflichten fehlt.

2. Die Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht

Kein Fall der rechtfertigenden Pflichtenkollision soll nach herrschender Meinung vorliegen, wenn nicht zwei Handlungspflichten, sondern eine Handlungspflicht mit einer Unterlassungspflicht kollidiert.³² Diese Fälle der Pflichtenkollision unterliegen nach herkömmlicher Auffassung ausschließlich und unmittelbar den Notstandsregeln, da die Pflichtenkollision nur ein Wahlrecht zur Normbefolgung, aber kein Eingriffsrecht zur Normverletzung geben kann.³³ So liegt etwa keine rechtfertigende Pflichtenkollision vor, wenn der Vater, der von zwei an sich klammernden Kindern nur eines retten kann, das andere dadurch tötet, dass er es unter Wasser drückt, um wenigstens mit dem einen Kind an Land zu kommen. Übertragen auf die Corona-Fälle führt dies zu einer bislang viel zu wenig beachteten Problematik: Eine gerechtfertigte Auswahl unter zwei Patienten könnte möglicherweise nur dann erfolgen, wenn nicht bereits einer von ihnen an einem Beatmungsgerät angeschlossen ist. So scheint dies auch der Ethikrat zu sehen, wenn es in dessen ad-hoc-Empfehlung zur ex-post-Konkurrenz heißt:

„In diesem Szenario, in dem alle verfügbaren Beatmungsplätze belegt sind, müsste – bei für alle Versorgten fortbestehender Indikation, deren Feststellung der ärztlichen Urteilskraft obliegt – die lebenserhaltende Behandlung eines Patienten beendet werden, um mit dem dafür erforderlichen medizinischen Gerät das Leben eines anderen zu retten. Solche Entscheidungen sind erheblich problematischer. Hier können Grenzsituationen entstehen, die für das behandelnde Personal seelisch kaum zu bewältigen sind. Wer in einer solchen Lage eine Gewissensentscheidung trifft, die ethisch begründbar ist und transparent – etwa von medizinischen Fachgesellschaften aufgestellten – Kriterien folgt, kann im Fall einer möglichen (straf-)rechtlichen Aufarbeitung des Geschehens mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen. Objektiv rechtens ist das aktive Beenden einer laufenden, weiterhin indizierten Behandlung zum Zweck der Rettung eines Dritten jedoch nicht. Hier muss an den oben formulierten prinzipiellen Imperativ erinnert werden: Auch in Katastrophenzeiten hat der Staat die Fundamente der Rechtsordnung zu sichern.“³⁴

²⁷ Näher hierzu unten IV. 2. a).

²⁸ *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 73; *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 41.

²⁹ Vgl. dazu etwa für den Fall der Konkurrenz von leichter und schwerer bzw. lebensgefährlicher Verletzung *Schlehofer*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 247; *Rönnau*, JuS 2013, 113 (114); *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 74 m.w.N.

³⁰ Vgl. Covid-19-Empfehlungen (Fn. 22), S. 6, 12.

³¹ Vgl. *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 21 Rn. 97.

³² Vgl. statt vieler *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 7), § 34 Rn. 4.

³³ *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 41; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 71/72; *Perron* (Fn. 32), § 34 Rn. 4.

³⁴ Abrufbar unter

<https://apps.ethikrat.org/i-net/dl/0752882001585229198.pdf> (7.4.2020).

Hier wird ganz deutlich, dass eine Rechtfertigung aus Sicht des Ethikrates nach bereits erfolgter Versorgung mit dem Beatmungsgerät nicht mehr möglich ist, selbst wenn die Aussichten des Patienten weit weniger vielversprechend sind als diejenigen des neu hinzukommenden Covid-19-Erkrankten. Damit folgt der Ethikrat dem Dogma der bisher ganz h.M., wonach eine rechtfertigende Pflichtenkollision nur dann gegeben sein kann, wenn gleichrangige Handlungspflichten kollidieren (zwei Patienten kommen in die Klinikaufnahme und es steht nur ein Beatmungsgerät zur Verfügung, das für eine Erfüllung der Handlungspflichten, nämlich die Rettung der beiden, nicht ausreicht).³⁵ Nicht dagegen ist eine Rechtfertigung möglich, wenn die Handlungspflicht (Rettung des einen Patienten durch Anschließen an das Beatmungsgerät) mit der Unterlassungspflicht (Unterlassen der Tötung des anderen durch Abnahme vom Beatmungsgerät) kollidiert.³⁶ Dies führt freilich zu der merkwürdigen Situation, dass gegebenenfalls wenige Minuten der konkreten Einlieferungszeitpunkte darüber entscheiden, ob der Arzt gerechtfertigt oder nur entschuldigt sein kann.³⁷ Die juristischen Folgen sind dabei zumindest nach h.M. elementar: Ist der Arzt bei der Konkurrenz von Handlungs- und Unterlassungspflicht nicht gerechtfertigt, sondern nur entschuldigt, so könnte nach herkömmlicher Auffassung ein Ehemann den Arzt niederschießen, wenn Letzterer im Begriff ist, seine Frau vom Beatmungsgerät zu trennen.³⁸ Dies wirft freilich die Frage auf, ob eine Nothilfebefugnis gegen entschuldigtes Verhalten stets zu gewähren ist (sogleich III.) und noch grundsätzlicher, ob das strenge Dogma der Notwendigkeit einer Konkurrenz von zwei gleichwertigen Handlungspflichten für die rechtfertigende Pflichtenkollision für die Fälle der Triage überdacht werden muss (anschließend IV.).

III. Die Rechtsfolgen einer bloßen Entschuldigungslösung

Sofern man die vom Ethikrat in Bezug genommene h.M. als richtig unterstellen und daher annehmen würde, dass bei der ex-post-Triage allenfalls eine Entschuldigung des Arztes infrage kommt, so würde sich tatsächlich das von *Kubiciel* adressierte Folgeproblem anschließen, ob der Ehemann den Arzt in Nothilfe erschießen dürfte, um eine Trennung seiner Frau vom Beatmungsgerät zu verhindern.

Zwingend wäre die Bejahung eines Nothilferechts des Ehemanns allerdings selbst dann nicht. Denn der Verantwortungsausschluss des Arztes würde hier in einem übergesetzlichen entschuldigenden Notstand begründet liegen, da dieser

³⁵ Vgl. nur *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 41; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 73.

³⁶ *Erb* (Fn. 8), § 34 Rn. 40; *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor § 32 ff. Rn. 75; *Rönnau*, JuS 2013, 113 (114 f.).

³⁷ Näher dazu unten IV. 1. a).

³⁸ Hierauf weist *Kubiciel* auf Twitter (abrufbar unter https://twitter.com/m_kubiciel/status/1243109066878136320 [7.4.2020]) zu Recht kritisch hin, wenn es bei ihm heißt: „Wenn wir die Tat des Arztes nur entschuldigen, dürfte der Ehemann den Arzt niederschießen, wenn letzterer im Begriff ist, seine Frau vom Beatmungsgerät zu trennen. Das kann nicht sein“.

eine Gefahrengemeinschaft von mehreren Patienten vorfindet, die er jedoch wegen Ressourcenknappheit nur zum Teil retten kann. Da sich hier alle Patienten in Lebensgefahr befinden, liegt der Fall anders als der berühmte Weichensteller-Fall. Dort lenkt der Weichensteller einen führerlosen Zug zur Rettung von zehn auf den Gleisen spielenden Kindern um und bewirkt auf diese Weise, wie von ihm vorhergesehen, dass zwei zuvor ungefährdete Gleisarbeiter getötet werden.³⁹ Dagegen befinden sich in den hier zu beurteilenden Fällen alle Patienten in Lebensgefahr, sodass eine Entschuldigung wegen übergesetzlichen entschuldigenden Notstands analog § 35 StGB durchaus naheliegt. Der Verantwortungsausschlussgrund des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands beruht dabei nach einer starken Literaturlösung – anders als etwa § 20 StGB – nicht auf einer fehlenden normativen Ansprechbarkeit, sondern auf der Anerkennung einer fehlenden präventiven Bestrafungsnotwendigkeit. Die Gesellschaft hat für den Täter in seiner Konfliktsituation Verständnis und verzichtet daher auf Strafe, gerade weil der übergesetzliche entschuldigende Notstand auf einer sozialetischen Konfliktlösung beruht. Dies aber sollte dann auch zu einem sozial-ethischen Ausschluss des Nothilferechts führen.⁴⁰ Selbst der Ehemann müsste hier daher mit Blick auf die Ausübung seines Nothilferechts als Teil der Gesellschaft Verständnis für den Täter aufbringen und wäre allenfalls seinerseits nach § 35 StGB entschuldigt, wenn er den Arzt gewaltsam an einer Trennung seiner Frau vom Beatmungsgerät hindern würde. Lediglich das – allerdings sehr theoretische – Notwehrrecht eines Patienten bliebe insoweit erhalten, da dieser selbstverständlich das gesellschaftliche Verständnis nicht in gleicher Weise zu teilen hätte, weil er als unmittelbar Betroffener gerade kein Extraneus wäre.⁴¹ Jedenfalls zeigt sich, dass die Gewährung eines Nothilferechts auch bei Bejahung einer Entschuldigungslösung keinesfalls zwingend vorgezeichnet wäre. Dies entbindet allerdings nicht von der Beantwortung der weitergehenden Frage, ob die Annahme einer bloßen Entschuldigung im Falle der ex-post-Triage rechtlich plausibel erklärbar ist, wenn man im Falle der ex-ante-Triage eine Rechtfertigung zulässt.

³⁹ In diesem Weichensteller-Fall kann man wegen der Tötung zuvor gänzlich Ungefährdeter an einer Entschuldigung zweifeln, vgl. *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2019, Rn. 208.

⁴⁰ Vgl. zur Herleitung des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands aus dem Gesichtspunkt der fehlenden Bestrafungsnotwendigkeit *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 22 Rn. 145 ff. Zum daraus abzuleitenden Ausschluss des Nothilferechts bereits *Jäger*, ZStW 115 (2003), 765 (788 f.); im Anschluss hieran auch *Roxin*, a.a.O., § 22 Rn. 151; krit. dagegen zu dieser Art des sozialetischen Ausschlusses des Nothilferechts *Pawlik*, JZ 2004, 1045.

⁴¹ Näher *Jäger*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 127 (129).

IV. Eigener Ansatz: Die rechtfertigende Pflichtenkollision als Auflösung der Konkurrenz zweier Rettungspflichten

1. Die rechtfertigende Pflichtenkollision beim Behandlungsabbruch

a) Widersprüche der herrschenden Meinung

Dass die h.M., deren Auffassung auch der Stellungnahme des Ethikrats zugrunde liegt, bei medizinischer Ressourcenknappheit und hier insbesondere in Pandemiesituationen, teilweise versagt und die Entscheidung über die (Un-)Rechtmäßigkeit rettenden Verhaltens von bloßen Zufällen und zweifelhaften Wertungen abhängig macht, zeigen eindrücklich folgende Beispielfälle:

Beispiel 1: Patienten P und Q werden mit Covid-19-bedingter Atemnot gleichzeitig in die Intensivstation eingeliefert. Aufgrund der höheren Überlebenschancen schließt Ärztin A den Q an das letzte freie Beatmungsgerät der Klinik an.

Beispiel 2: Q wird unmittelbar nach dem Anschluss des P an das letzte freie Beatmungsgerät der Klinik eingeliefert. Aufgrund der wesentlich höheren Überlebenschancen nimmt A den P nun wieder vom Beatmungsgerät und schließt Q an.

Beispiel 3: Diesmal wird Q in dem Zeitpunkt eingeliefert, in dem P gerade an das Beatmungsgerät angeschlossen wird. A erkennt die wesentlich besseren Behandlungschancen des Q und bricht deshalb das Anschließen des P ab und versorgt Q mit dem Atemgerät.

Beispiel 4: Die Transportwägen von P und Q kommen zeitgleich an der Einfahrt des Krankenhauses an. Da der Wagen des P jedoch Vorfahrt hat, wird dieser zuerst eingeliefert und daher an das Beatmungsgerät angeschlossen.

Beispiel 5: Diesmal schließt A nicht P an, sondern wartet auf Q, dessen Einlieferung unmittelbar bevorsteht, da sie die Werte von P und Q kennt und daraus zutreffend auf die höheren Behandlungschancen bei Q schließt.

Beispiel 6: Die Covid-19 Patienten P und Q werden zur Einlieferung ins Krankenhaus mit demselben Großraumrettungswagen (GRTW) von zu Hause abgeholt. Da sich Q am Beginn der Route des GRTW befindet, P dagegen an deren Ende, wird Q weiter hinten im GRTW positioniert, sodass P zuerst aus dem GRTW herausgeschoben und in die Intensivstation gebracht wird.

Variante 1: Während das Transportpersonal von der Intensivstation zum GRTW zurückeilt, beginnt A bereits mit dem Anschließen des P.

Variante 2: A wartet mit dem Anschließen des P auf Q, um sich ein persönliches Bild vom Zustand beider Patienten zu machen und entscheidet sich dann aufgrund der besseren Behandlungschancen für Q.

Variante 3: A kennt die Reihenfolge der Route und die Behandlungschancen von P und Q, weil die Krankheitswerte bereits während der Fahrt durchgegeben worden sind, sodass sie von vornherein beschließt, Q anzuschließen.

Beispiel 7: Wie Beispiel 6, allerdings werden P und Q bereits im GRTW mittels eines (manuellen) Beatmungsbeutels unterstützend beatmet, sodass die Behandlung des Q vor derjenigen des P begann. A handelt wie in den Varianten des Beispiels 6.

Beispiel 8: Wie Beispiel 7, diesmal erfolgt die Beatmung jedoch jeweils durch ein fest installiertes Beatmungsgerät im GRTW.

Die Beispiele zeigen in anschaulicher Weise, dass die h.M., auf die sich auch der Ethikrat in seiner ad-hoc-Empfehlung beruft, zu geradezu absurden Ergebnissen gelangt, indem sie die rechtfertigende Pflichtenkollision auf die Kollision zweier gleichwertiger Handlungspflichten (in den Beispielfällen die Pflicht zur Beatmung zweier Patienten, obwohl nur ein Beatmungsgerät zur Verfügung steht) reduziert. Folge ist nämlich, dass eine Rechtfertigung über den Gesichtspunkt der Pflichtenkollision in allen Fällen ausscheidet, in denen ein Patient bereits an das möglicherweise rettende Beatmungsgerät angeschlossen wurde, weil dann eine Handlungspflicht (Rettung des noch unversorgten Patienten) und eine Unterlassungspflicht (Gebot einen bereits mit einem Beatmungsgerät versorgten Patienten nicht aktiv vom Beatmungsgerät zu nehmen) konkurrieren. Zufälligkeiten entscheiden dann über eine mögliche Rechtfertigung, zu der die h.M., deren Auffassung auch der Stellungnahme des Ethikrates zugrundeliegt, nur bei der Kollision gleichwertiger Handlungspflichten gelangen kann. Während A in Beispiel 1 danach gerechtfertigt ist, handelt sie in Beispiel 2 unter Zugrundelegung der h.M. höchstens entschuldigt. Die Bewertung von Beispiel 3 hängt dagegen davon ab, ob man wertungsmäßig im Abbruch der Aufnahme von Rettungsbemühungen ein aktives Tun oder ein Unterlassen sieht. Im Beispiel 4 hängt die Frage danach, wer beatmet wird – und damit auch die Frage, ob A im Falle eines Umentscheidens zugunsten des Q gerechtfertigt oder bestenfalls entschuldigt ist – vom bloßen Zufall der Vorfahrtsregelung ab, während in Beispiel 5 eine Rechtfertigung anzunehmen wäre, sodass der A ihr vorheriges behandelndes, und damit potentiell rechtsguterhaltendes Verhalten im Vergleich zu Beispiel 4 schadet. In den Beispielen 6 bis 8 tritt zu diesem Widerspruch noch die Frage, auf welche Weise und in welcher Reihenfolge die Erstversorgung vorgenommen wird.

All diese Aspekte sind jedoch Zufallsfaktoren, die mit dem eigentlichen Rangverhältnis der kollidierenden Handlungspflichten in keinerlei normativem Zusammenhang stehen. Deshalb hat der BGH in der Entscheidung „Putz“ zutreffend festgestellt, dass die Abgrenzung zwischen aktiven Handlungen und passiven Unterlassungen nach Maßgabe der in Dogmatik und Rechtsprechung entwickelten Kriterien problematisch sei, weshalb es sinnvoll und erforderlich erscheine, alle Handlungen in diesem Zusammenhang als Behandlungsabbruch zusammenzufassen.⁴² Hier weist Hoven zu Recht darauf hin, dass sich diese Rechtsprechung gut auf die Triage-Situation übertragen lässt.⁴³ Denn wenn man hier mit

⁴² BGHSt 55, 191 (202 f.).

⁴³ Hoven, FAZ-Online v. 31.3.2020, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?premium> (7.4.2020); so offenbar auch Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis in einer neuen Stellungnahme, die diesen Ansatz von Hoven ebenfalls aufzugreifen scheint (zitiert nach LTO v. 9.4.2020, abrufbar unter

der h.M. zwischen Handlungs- und Unterlassungspflichten differenzieren würde, würden sich die vom BGH festgestellten und in den oben genannten Beispielen verdeutlichten Zufälligkeiten bei der Pflichtenkollision auf die Frage der Rechtfertigung oder der Entschuldigung auswirken. Dies hätte aber nach der h.M. zur Folge, dass dem Patienten, der aktiv vom Beatmungsgerät genommen wird, konstruktiv ein Notwehrrecht zustünde, zum anderen aber dem Arzt mit dem Hinweis, dass eine ex-post-Triage – wie es der Ethikrat formuliert – nicht rechtens sein könne, ein Unrechtsvorwurf gemacht wird, der seinem Handeln in der Situation der Ressourcenknappheit nicht gerecht wird. Die bloße Ermöglichung einer Entschuldigung, zu der sich der Ethikrat nicht einmal klar bekennt, bürdet dem Arzt in der kritischen Situation eine Verantwortung auf, die seiner Rolle bei der Lebenserhaltung möglichst Vieler nicht gerecht wird, und stigmatisiert ihn dadurch als rechtswidrig handelnd.

b) Die rechtfertigende Pflichtenkollision als Auflösung der Widersprüche

Die oben unter III. angestellten Überlegungen, denen ein lediglich entschuldigtes Verhalten der Ärzte in der ex-post-Triage zugrunde gelegt wurde, befreien das medizinische Personal weder vom Stigma des rechtswidrigen Handelns noch verhindern sie ein Notwehrrecht des angeschlossenen Patienten, der den behandelnden Arzt gegebenenfalls sogar töten dürfte. Doch es ist auch dogmatisch nicht überzeugend, den Unterschied zwischen gerechtfertigtem und rechtswidrigem, allenfalls entschuldigtem Verhalten von Zufälligkeiten in den Abläufen wie den in den Beispielen 1 bis 8 beschriebenen, aber auch der technischen Gestaltung der bei der Behandlung eingesetzten Maschinen abhängig zu machen. Würde man das Beatmungsgerät nämlich derart gestalten,⁴⁴ dass es stündlich einen positiven Impuls zur Fortsetzung der Beatmungstätigkeit bräuchte, läge zweifellos ein Unterlassen vor, wenn der Arzt völlig untätig bliebe und deshalb diesen positiven Impuls nicht setzen würde. Dies hätte zur Folge, dass er aufgrund einer rechtfertigenden Pflichtenkollision gerechtfertigt wäre, wenn diese Untätigkeit darauf beruht, dass er den Patienten nach dessen Tod vom Beatmungsgerät nehmen und dieses einem anderen Patienten mit höheren Überlebenschancen zur Verfügung stellen möchte. Zieht er dagegen aktiv den Stecker eines Beatmungsgeräts, wäre er nach h.M. nicht gerechtfertigt, da die Unterlassungspflicht bei der Pflichtenkollision der Handlungspflicht vorgehen soll. Dies würde wohl auch für ein solches Impulsgerät gelten, bei dem der Stecker, unmittelbar bevor der Impuls gesendet werden müsste, gezogen würde, obwohl hier der Tod zur selben Zeit und in derselben Gestalt eintreten würde. Um solche Ungleichbehandlungen zu verhindern, hatte die frühere h.L.⁴⁵ vor dem Hintergrund der konsentierten passiven

Sterbehilfe auch Fälle des aktiven Tuns in ein normativ verstandenes Unterlassen umgedeutet. Dies stieß als dogmatisch unzulässiger Kunstgriff zu Recht auf Kritik⁴⁶ und wurde vom BGH zugunsten einer einheitlichen Kategorie des Behandlungsabbruchs aufgegeben.⁴⁷ Wie *Hoven* zutreffend feststellt, lässt sich diese Rechtsprechung auf die rechtfertigende Pflichtenkollision übertragen.⁴⁸ Denn dieselben Zufälligkeiten, die den Unterschied zwischen zulässiger passiver Sterbehilfe und unzulässiger aktiver Sterbehilfe ausmachen, wirken im Pandemiefall gleichermaßen im Verhältnis zwischen zulässiger Entscheidung bei der Kollision zweier Handlungspflichten und vermeintlich unzulässiger Entscheidung bei der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflichten.

Beispielhaft: Wenn ein Arzt in einem Katastrophenfall bei zwei Verunglückten eine Mund-zu-Mund-Beatmung durchführen muss, sie aber nur bei einem von beiden durchführen kann (etwa weil sie an unterschiedlichen Unfallstellen zu weit voneinander entfernt eingeklemmt sind), dann ist er gerechtfertigt, wenn er sie auch nur bei einem von beiden durchführt (z.B. bei dem aussichtsreicheren Verunglückten). Aber auch wenn er die Mund-zu-Mund-Beatmung bereits bei einem Verunglückten durchführt und erst dann bemerkt, dass es sich um ein wenig aussichtsreiches Unterfangen handelt, weshalb er von diesem ablässt und sich dem andern zuwendet, stellt sich dies für den Betroffenen als Unterlassen dar. Hier würde niemand daran zweifeln, dass das Nichtfortsetzen der Mund-zu-Mund-Beatmung ein Unterlassen darstellt, auch wenn sich der Arzt aktiv der anderen Person zuwendet. Auch diese Rettungsverlagerung wäre daher zweifelsfrei einer rechtfertigenden Pflichtenkollision zugänglich, weil zwei Handlungspflichten (Beginn der Beatmung bei X und Fortsetzung der Beatmung bei Y) kollidieren. Soll sich dann ernsthaft an dieser Beurteilung etwas ändern können, nur weil der Arzt die Beatmung nicht mit dem Mund, sondern mit einer Maschine durchführt, von der er den X zunächst abnehmen muss? Dies wäre geradezu absurd und sachlich nicht gerechtfertigt.

In Wahrheit kollidieren hier nämlich nicht zwei Handlungspflichten oder eine Unterlassungspflicht („Unterlasse es, X von der Beatmungsmaschine zu nehmen!“) mit einer Handlungspflicht („Beatme Y!“), sondern zwei Handlungspflichten miteinander. Dabei bezieht sich eine Behandlungssituation und damit auch eine Behandlungspflicht, wie

https://www.lto.de/persistent/a_id/41273/ [14.4.2020]).

⁴⁴ Beispiel nach *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 116.

⁴⁵ *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2017, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 98. m.w.N.

⁴⁶ Vgl. nur zur alten Auffassung allg. *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vor §§ 211 ff. Rn. 21 ff.; *Fischer* (Fn. 10), 57. Aufl. 2010, Vor §§ 211–216 Rn. 16 ff.; *Otto*, NJW 2006, 2217; *Roxin*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 83 ff.; vgl. auch Sterbehilfe und Sterbebegleitung, Bericht der Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz v. 23.4.2004, S. 64 ff.

⁴⁷ BGHSt 55, 191 (202 f.).

⁴⁸ *Hoven*, FAZ-Online v. 31.3.2020, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?premium> (7.4.2020).

der BGH zu Recht feststellt,⁴⁹ fast regelmäßig auf eine Vielzahl von aktiven Handlungen und passiven Unterlassungen, sodass ein Herunterbrechen auf eine Handlungs- bzw. Unterlassungspflicht nicht sachgerecht erscheint. Akzeptiert man dagegen, dass hier zwei Behandlungspflichten miteinander kollidieren, sind diese beim Rechtsgut Leben aufgrund dessen Unabwägbarkeit als gleichwertig zu betrachten,⁵⁰ sodass dem Arzt die freie Wahl bleibt, ob er die bereits laufende Behandlung fortsetzt oder die Behandlung des neuen Patienten aufnimmt. Gerechtfertigt ist er in beiden Fällen.

c) Auf der Suche nach dem höheren Prinzip

Zurück bleibt ein ungutes Gefühl, hier ein „Sonderrecht für Ärzte“ zu schaffen, wenn man der Kollision (gleichwertiger) Behandlungspflichten eine rechtfertigende Wirkung zuspricht. Doch tatsächlich handelt es sich bei der Kollision zweier Behandlungspflichten nicht um ein Sonderrecht für Ärzte, sondern um die spezielle Ausprägung eines höheren Prinzips.

aa) Unzulässigkeit der allgemeinen Gleichsetzung von Handlungs- und Unterlassungspflichten

Hoven erblickt dieses höhere Prinzip ganz offensichtlich in der Gleichwertigkeit von Unterlassen i.S.d. § 13 StGB und aktivem Tun. Bei ihr heißt es hierzu mit Blick auf die h.A.: „Eine Mutter soll etwa nicht Kind A dem Löwen zum Fraß vorwerfen dürfen, damit er Kind B verschont – gerechtfertigt ist sie hingegen, wenn sie nichts unternimmt und Kind B stirbt. Ob diese Sichtweise zwingend ist, kann – und sollte – man hinterfragen.“⁵¹ Jedoch führt die Hinterfragung gerade dieses Falles zu der Lösung, dass eine rechtfertigende Pflichtenkollision ausgeschlossen sein muss. Denn das erstgenannte Verhalten der Mutter stellt mit Bezug auf das Opfer (Kind A) gerade kein Laufenlassen der ursprünglichen Gefahr durch bloße Rettung des anderen Kindes dar, sondern die Mutter erhöht hier das Risiko für das Kind A sogar, indem es dieses dem Löwen zum Fraß vorwirft. Hiergegen muss sich das Kind aber im Wege der Notwehr widersetzen dürfen.⁵² Das Abschneiden des Rechtfertigungsgrundes für das Kind A wäre hier grob unbillig.

bb) Rettungspflichten als allgemeine Pflichtenform

Anders sähe es jedoch aus, um *Hovens* Beispiel abzuwandeln, wenn Kind A und Kind B beide in einem Rollstuhl sitzend von einem Löwen verfolgt werden und die Mutter nur

eines davon retten kann, indem sie dessen Rollstuhl schiebt.⁵³ Da sie den Rollstuhl des B aufgrund geringerer Reibung für schneller und leichter zu schieben hält, rennt sie gleich zu B und rettet diesen, während A vom Löwen gefressen wird. Hier würde niemand an einer rechtfertigenden Pflichtenkollision zweifeln.

Dann muss aber auch eine Rechtfertigung kraft Pflichtenkollision möglich sein, wenn die Mutter zunächst das ihr näher befindliche Kind A schiebt, kurz darauf aber erkennt, dass der Rollstuhl des A aufgrund eines verformten Reifens schwergängig ist, wodurch die Fluchtchancen geringer sind als mit B, deshalb den Rollstuhl des A loslässt und, während A ausrollt, zum Rollstuhl des B eilt, den sie dann vom Löwen wegschiebt. Denn in diesem Fall befinden sich A und B in einer Gefahren- und Rettungsgemeinschaft, aufgrund der begrenzten personellen Ressourcen ist jedoch nur die Rettung eines Kindes möglich, wenngleich nicht sicher. Dies entspricht letztlich der Behandlungssituation: Der Löwe entspricht der Atemnot⁵⁴, die allein vor Ort befindliche Mutter entspricht dem Arzt mit nur einem einzigen zur Verfügung stehenden Beatmungsplatz, die Kinder entsprechen den Patienten. Sachliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung gegenüber dem Arzt sind nicht ersichtlich.

Dass der Pflichtenkollision das übergeordnete Prinzip der Gefahren- und Rettungsgemeinschaft zugrunde liegt, zeigt auch folgender Fall:

Feuerwehrmann F löscht mithilfe einer Pumpe, mit der er Wasser aus einem Teich saugt, eines von zwei Häusern, in denen sich jeweils eine Person befindet (in einem Haus der X, im anderen der Y) und in denen beide (X und Y) vom Feuer eingeschlossen um Hilfe rufen. A kann nur ein Haus löschen, da nur eine Pumpe mit einem Schlauch zur Verfügung steht. A beginnt sofort mit dem Löschen des Hauses des X, weil er davon ausgeht, dass das Löschen und damit die Rettung des X leichter möglich sein wird, während er bei einem Löschbeginn mit dem Haus des Y eher für möglich hält, dass er letzteren doch nicht mehr retten kann. Hier würde niemand an einer rechtfertigenden Pflichtenkollision zweifeln.

Dann muss aber auch eine Rechtfertigung kraft Pflichtenkollision in Betracht kommen, wenn F nach kurzem Löschen des Hauses des Y feststellt, dass das Feuer bei diesem – entgegen seiner ursprünglichen Erwartung – doch schon zu weit vorangeschritten ist und die Aussichten auf Löschung des Hauses des X und damit dessen Rettung aussichtsreicher ist. Für den Y stellt sich das aktive Umlenken des Schlauches auf das Haus des X nämlich dennoch als ein Unterlassen der Fortsetzung seiner (des Y) Rettung dar, weil er mit der ursprünglichen Gefahr des Feuers allein gelassen wird.

All diesen Fällen ist gemein, dass der Retter zunächst eine aus Effizienzgesichtspunkten falsche, aus seiner späteren

⁴⁹ BGHSt 55, 191 (202 f.).

⁵⁰ Zur grundsätzlichen Unabwägbarkeit menschlichen Lebens *Jäger*, ZStW 115 (2003), 765.

⁵¹ *Hoven*, FAZ-Online v. 31.3.2020, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?premium> (7.4.2020).

⁵² Allgemein zur Notwehrprobe *Momsen/Savic* (Fn. 17), § 32 Rn. 13.

⁵³ Für die Parallele zu den Pandemiefällen muss dabei davon ausgegangen werden, dass der Mutter, genau wie dem Arzt, keine (akute) Gefahr droht.

⁵⁴ Unabhängig davon, ob die Patienten wegen Covid-19 oder einer anderen Erkrankung auf ein Behandlungsgerät angewiesen sind.

Sicht schlechte oder schlicht eine andere Entscheidung getroffen hat, sei es aufgrund einer tatsächlichen Fehleinschätzung oder wegen (durchaus verständlicher) Unkenntnis zukünftiger Umstände. Hätte er diese Umstände im Vorfeld gekannt, die entsprechende Einschätzung zutreffend getroffen oder hätte er sich schon zu Beginn anders entschieden, könnte er sich dabei auf eine rechtfertigende Pflichtenkollision berufen.⁵⁵ Das nach der h.M. mit ihrer Differenzierung zwischen Handlungs- und Unterlassungspflichten gerechtfertigte Verhalten würde zu einer Perpetuierung dieses Fehlers zwingen, es sei denn, der Retter kann diesen Konflikt durch bloße (vorübergehende) Untätigkeit auflösen. Dass sich aber ein Garant in einer Konstellation durch Untätigkeit rechtmäßig verhalten könnte, während das Tätigwerden zugunsten eines anderen Rettungsbedürftigen, also ein pflichtgemäßeres Verhalten als die vorübergehende bloße Untätigkeit beiden Rettungsbedürftigen gegenüber, rechtswidrig wäre, ist kaum mit dem Sinn der Garantienpflicht vereinbar und bildet einen nicht hinnehmbaren Wertungswiderspruch.

Man darf also bei den strafrechtlichen Verhaltenspflichten im Rahmen der Pflichtenkollision nicht, wie klassisch, einen Dualismus von Handlungs- und Unterlassungspflichten zugrunde legen, sondern man muss eine Trias aus Handlungs-, Unterlassungs- und Rettungspflichten anerkennen. Denn in Konkurrenzfällen stellt das aktive Tätigwerden zugunsten einer Person zugleich das passive Unterlassen der Rettung einer anderen dar. Darüber hinaus ist die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen teilweise von bloßen Zufälligkeiten abhängig und häufig besteht auch die Rettungspflicht einer Person aus Handlungs- und Unterlassungspflichten.

Dies entspricht auch dem Wesen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, die stets durch zwei Elemente gekennzeichnet ist: durch eine Mangelsituation einerseits und durch ein teilweises Laufenlassen des Geschehens andererseits.⁵⁶

Dabei kann die Mangelsituation vielfältige Ursachen haben. Personalknappheit, Materialknappheit, zu hohes Patientenaufkommen oder – im schlimmsten Fall – eine Kumulation der genannten Gründe, wie dies häufig in Katastrophenfällen zu verzeichnen ist und auch bei der Bekämpfung der Coronapandemie in vielen Ländern der Fall war oder noch ist.

Hinsichtlich des gerechtfertigten Laufenlassens des Geschehens wird bislang davon ausgegangen, dass stets zwei oder mehrere Handlungspflichten kollidieren müssen.⁵⁷ Der Täter muss also mindestens eine von mehreren Handlungspflichten unerfüllt lassen, um mindestens eine andere Handlungspflicht erfüllen zu können. Dies ist aber nicht das entscheidende Kriterium. Maßgeblich ist vielmehr, dass sich das Verhalten des Täters bei wertender Betrachtung als Nicht-Rettung darstellt. Dies ist aber immer dann der Fall, wenn eine Rettung entweder überhaupt nicht aufgenommen wird oder wenn eine Rettung abgebrochen wird.

Entscheidend ist daher nicht die Situation des Behandlungsabbruchs, sondern viel allgemeiner die Tatsache der Nicht-Rettung in der Situation der Ressourcenknappheit. Eine rechtfertigende Pflichtenkollision liegt daher nicht nur dann vor, wenn angesichts der Mangelsituation die Rettung des einen Rechtsguts zugunsten des anderen Rechtsguts gar nicht erst aufgenommen wird, sondern auch dann, wenn die bereits begonnene Rettung des einen zugunsten des anderen abgebrochen wird. Maßgeblich muss nämlich die Tatsache sein, dass auch bei einem späteren Abbruch die schicksalhaft bestehende Gefahr nicht vergrößert wird. Dies wird durch die oben angeführten Löwen- und Feuerwehrmann-Fälle untermauert, in denen sich der Retter jeweils in derselben Kollisionslage wie der Arzt im Falle des Behandlungsabbruchs befindet, weshalb er sich auch auf denselben Rechtfertigungsgrund berufen können muss.

Daran erkennt man auch, dass der von *Hoven* bemühte Rekurs auf die Rechtsprechung des BGH am Ende doch in die Irre führt, weil durch ihn verschleiert wird, dass hinter der Rechtfertigung durch Pflichtenkollision ein höheres Prinzip steht. Die Rechtsprechung im Fall „Putz“ betrifft zwar wie in den Coronakonkurrenzen einen Behandlungsabbruch. Darin erschöpft sich aber bereits die Gemeinsamkeit. Der Fall, den der BGH zu entscheiden hatte, betraf die (mutmaßliche) Einwilligung in einen Behandlungsabbruch und damit einen Sachverhalt, in dem nur eine Person betroffen war, zu deren Autonomieverwirklichung, d.h. zu deren Gunsten auf die Differenz von Tun und Unterlassen verzichtet wurde. Der BGH wollte damals erreichen, dass der Einzelne den Abbruch seiner Behandlung unter allen Umständen erwirken kann, gleichviel, ob dies durch ein Untätigbleiben oder durch ein Handeln (im konkreten Fall: Entfernen einer PEG-Sonde) erreicht werden soll. Aber natürlich kann kein Zweifel daran bestehen, dass das aktive Entfernen der PEG-Sonde gleichzeitig auch ein Unterlassungselement in sich trägt, nämlich die Unterlassung der Behandlungsfortsetzung. Nur spielt dies im Falle der Betroffenheit einer Person keine Rolle, weil dieses Unterlassen durch ein aktives Handeln bewirkt wird. In den Fällen der Pflichtenkollision liegt dies aber anders, weil es dort um die Kollision mehrerer Rechtsgutsträger geht, nämlich um ein Handeln für eine bestimmte Person, die sich für die andere als Unterlassen mit Blick auf die von Anfang an bestehende Gefahr darstellt und daher zu deren Lasten auswirkt. Soweit man dem mit dem Argument entgegentreten möchte, dass es in der Sache „Putz“ um eine Erweiterung des Schutzes des Patienten ging, während die Anwendung der rechtfertigenden Pflichtenkollision den Rechtsgüterschutz des Patienten wieder verkürzt, ist dem der Unterschied zwischen den Betrachtungswinkeln der verschiedenen Rechtfertigungsgründe entgegenzuhalten: Die (mutmaßliche) Einwilligung blickt auf die Autonomie des Rechtsgutsinhabers und versucht dem Prinzip „*volenti non fit iniuria*“ Geltung zu verschaffen.⁵⁸ Demgegenüber fokussiert sich die rechtfertigende Pflichtenkollision als einziger Rechtfertigungsgrund ausschließlich auf die Lage des Täters, der sich in einer Situation

⁵⁵ Vgl. allerdings zu den Grenzen der Entscheidungsfreiheit bei der Pflichtenkollision noch unten IV. 2.

⁵⁶ *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor §§ 32 ff. Rn. 73.

⁵⁷ Vgl. dazu auch die Verweise in Fn. 15.

⁵⁸ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 23 Rn. 7.

befindet, in der er zu mehr verpflichtet als zu leisten imstande ist. Dieser Rechtfertigungsgrund dient daher der Umsetzung des Prinzips „*ultra posse nemo obligatur*“.⁵⁹

Alles in allem zeigt sich damit, dass auch die ex-post-Triage entgegen der vom Ethikrat geteilten h.M. einer Rechtfertigung zugänglich ist. Entscheidend dafür ist aber nicht eine ausschnittshafte Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH im Fall „Putz“, sondern der übergeordnete Gesichtspunkt der Rettungsbemühung der einen Person durch Unterlassen der Rettungsbemühungen zulasten einer anderen Person in der Situation der Ressourcenknappheit, wobei gleichgültig ist, ob das Unterlassen von vornherein durch eine fehlende Aufnahme von Rettungsbemühungen oder durch deren späteren Abbruch bewirkt wird, solange dies nur zur Rettung der anderen Person geschieht, die sich ebenfalls in der die Ressourcenknappheit auslösenden Gefahr befindet, sodass von einer Gefahren- und Rettungsgemeinschaft gesprochen werden kann.

d) Tatbestandslosigkeit oder Rechtfertigung des Handelns in der Pflichtenkollision

Nach allem bleibt allerdings die Frage, ob eine Pflichtenkollision tatsächlich – wie dies die h.M. vertritt – nur als Rechtfertigungsgrund in Ansatz zu bringen ist oder ob sogar eine tatbestandsausschließende Wirkung anzunehmen ist.

aa) Die Rechtfertigung als Ausdruck einer individualisierenden Betrachtung

Gegen eine Lösung über den Wegfall der Garantenpflicht im Kollisionsfall könnte man den Einwand erheben, dass dies im Kollisionsfall zu einem gänzlichen Fortfall der Garantenpflichten führen müsste. Sofern man nämlich die Garantenstellung dergestalt beschränkt, dass sie nur besteht, soweit sie nicht mit einer anderen Garantenstellung kollidiert, wäre der Arzt in Kollisionsfällen gar kein Garant mehr und müsste niemanden der Patienten retten. Beschränkt man dagegen die Reichweite der Garantenpflicht dergestalt, dass der Arzt in einem solchen Fall nur einen Patienten retten muss, würde die individuelle Garantenpflicht, die auf der Behandlungsübernahme inter partes und damit regelmäßig auf einem Behandlungsvertrag beruht,⁶⁰ zu einer allgemeinen Garantenpflicht, irgendeinen der Patienten zu retten. Dass dies typischerweise weder im Interesse des konkreten Patienten liegt noch von dessen tatsächlichen Willen erfasst wird und damit auch keine Einigung hinsichtlich einer solchen Regelung der Garantenpflicht erzielt wurde, liegt auf der Hand. Zudem ließe sich argumentieren, dass ein solcher Weg dem Wesen von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit widerspricht, denn einen eigenen Patienten infolge eigener Untätigkeit nicht weiter zu behandeln und damit sterben zu lassen, ist regelmäßig Unrecht und damit von der Indizwirkung der

Tatbestandsmäßigkeit umfasst, während die Kollisionssituation einen Ausnahmestandard darstellt, der dieses vorläufige Unwerturteil im konkreten Einzelfall zu beseitigen vermag.⁶¹ Bei individueller Betrachtung ist der Arzt daher in einer solchen Situation über die Pflichtenkollision gerechtfertigt.

bb) Der Tatbestandsausschluss als Ausdruck einer kollektiven Betrachtung

Ein anderes Bild ergibt sich freilich, wenn man die Perspektive auf die in der Pflichtenkollision bestehende Gefahren- und Rettungsgemeinschaft richtet, in der sich die Betroffenen befinden. Dann nämlich stellt sich das Handeln des Arztes in Wahrheit als eine besondere Form der Risikoverringerung dar.⁶² Denn der in die Situation der Pflichtenkollision geworfene Arzt sieht sich bei Lichte betrachtet vor die Wahl gestellt, einem Doppelrisiko den Lauf zu lassen oder das Doppelrisiko auf ein Einzelrisiko zu halbieren. Wenn sich die Opfer aus Sicht des Retters in einer Gefahrengemeinschaft befinden und der Pflichtige keine getrennten Handlungsmöglichkeiten hat, ist es unter Zugrundelegung dieser Perspektive unzutreffend, die Risiken zu trennen. Denn so wie die Opfer in ihrem Schicksal miteinander verbunden sind, so lässt sich auch deren Gemeinschaftsrisiko in der echten Pflichtenkollision nicht trennen. Im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, stimmt dies auch mit der von *Roxin* vertretenen Auffassung überein, wonach bei den Unterlassungsdelikten die Tatbestandserfüllung zu verneinen ist, wenn der Täter in einer Pflichtenkollision auch nur eine der gebotenen Handlungen vornimmt. Er leitet dies daraus ab, dass bei den Unterlassungsdelikten von einem den Tatbestand und die Rechtswidrigkeit umspannenden Gesamtunrechtstatbestand auszugehen sei mit der Folge, dass dort die Bejahung einer auf dem Tatbestand aufbauenden Rechtswidrigkeit unpassend sei. Im Falle der Rechtfertigung habe der Unterlassende schon nicht für den Nichteintritt des Erfolges einzustehen und darüber hinaus entspreche das Unterlassen dann auch nicht einem aktiven Tun. Hiergegen sprechen allerdings die soeben (unter aa) genannten individualisierenden Erwägungen. Erst wenn man den Blick auf die kollektive Dimension der Problematik wirft, wird der eigentliche Gesichtspunkt der Risikoverringerung deutlich. Für die vorliegende Untersuchung kann die Frage allerdings offenbleiben, da die Straflosigkeit des Unterlassens in der Pflichtenkollision nicht von der Einordnung als

⁵⁹ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 137; *Freund*, in: Joecks/Miebach (Fn. 8), § 13 Rn. 197.

⁶⁰ *Sommer/Tsambikakis*, in: Clausen/Schroeder-Printzen (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 65.

⁶¹ Vgl. dazu *Fischer* (Fn. 10), Vor § 13 Rn. 46; *Kühl* (Fn. 59), § 3 Rn. 2, § 6 Rn. 1; *Rengier* (Fn. 58), § 8 Rn. 3, § 17 Rn. 1; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 134, 187, 397, 399; gegen eine Trennung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit aber die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, vgl. etwa *Schroth*, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafrecht, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 595; *Schünemann*, GA 1985, 341 (347); für eine Lösung über die Rechtfertigung bei Unterlassen aus eben diesen Erwägungen *Brech* (Fn. 19), S. 353 f.

⁶² Hierzu schon *Jäger*, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S. 30.

Zurechnungsausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund abhängt.⁶³

2. Umfang und Grenzen der erlaubten Kollisionsauflösung in der Pflichtenkollision

Nachdem die Darlegungen unter IV. 1. gezeigt haben, dass entgegen der vom Ethikrat in seiner ad-hoc-Stellungnahme geteilten h.A. eine rechtfertigende Pflichtenkollision sowohl bei der ex-ante- als auch bei der ex-post-Konkurrenz möglich sein muss, bleibt das Wie der Kollisionsauflösung zu bestimmen. Dabei wird man dem Arzt wegen der grundsätzlichen Unabwägbarkeit des menschlichen Lebens einen weiten Entscheidungsspielraum einräumen müssen (im Folgenden a), der allerdings seine rechtlichen Grenzen in der Einhaltung der medizinischen Standards findet (im Folgenden b) und gegebenenfalls ethisch auch weitergehenden Vorgaben und Beschränkungen unterworfen sein kann (im Folgenden c).

a) Grundsätzliche Freiheit des Arztes bei der Auflösung des Pflichtenwiderstreits

Wegen der Unabwägbarkeit menschlichen Lebens wird man dem Arzt bei der Lösung des Pflichtenwiderstreits rechtlich prinzipiell weitestgehende Entscheidungsfreiheit einräumen müssen. Dies gilt bei der rechtfertigenden Pflichtenkollision in Bezug auf das Tötungsdelikt insbesondere grundsätzlich auch für den Fall, dass sich der Arzt bei seiner Wahl von sachfremden Erwägungen leiten lässt, soweit dies noch vom subjektiven Rechtfertigungselement gedeckt ist.⁶⁴ Denn das Handeln aus einem anstößigen Motiv hindert die Rechtfertigung nicht, solange es in Kenntnis der Rechtfertigungslage erfolgt.⁶⁵ Gleichgültig, wie sich der Arzt entscheidet, entfällt daher in derartigen Situationen das Erfolgsunrecht ebenso wie das Handlungsunrecht.⁶⁶ Hierfür streitet auch der Rechtsgüterschutz: Selbst wenn die Rettung eines Menschenlebens aus sachfremden Erwägungen erfolgt, wird ein Leben gerettet und damit der Verlust eines absoluten und damit gleichwertigen Rechtsguts abgewendet. Andernfalls würde man den Arzt nur aufgrund seiner inneren Motivlage bestrafen, was letztlich auf die Befürwortung eines unzulässigen Gesinnungsstrafrechts hinausläufe.⁶⁷ Wenn sich also beispielsweise das medizinische Personal entgegen der Covid-19-Empfehlungen zugunsten eines reichen Mannes mit vergleichsweise schlechten Überlebenschancen und gegen eine jüngere Frau mit besseren Erfolgsaussichten entscheidet, weil es sich von dem Mann oder dessen Erben eine

großzügige Spende an das Krankenhaus als Dank für den Einsatz verspricht, dann ist dies zweifellos moralisch verwerflich und kann ggfs. zu einer anderweitigen Strafbarkeit und standesrechtlichen Folgen führen.⁶⁸ Mit Blick auf die Tötung der Frau dagegen handelt das Personal weiterhin in einer rechtfertigenden Pflichtenkollision, in der es sich für das andere, gleichwertige Interesse entschieden hat, und ist daher nicht wegen Totschlags durch Unterlassen nach §§ 212, 13 StGB strafbar.

b) Die medizinischen Standards als Grenzen der ärztlichen Entscheidungsfreiheit

Rechtlich sollte die Entscheidungsfreiheit des Arztes allerdings dort ihre Grenze finden, wo sie der Einhaltung der medizinischen Standards eindeutig widerspricht. Denn an den Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis bleibt der Arzt auch in der Notlage gebunden. Wenn daher der Arzt bei seiner Auswahlentscheidung eine Person mit zahlreichen Vorschädigungen und daher geringsten Erfolgsaussichten einer anderen Person mit hohen Überlebenschancen geradezu willkürlich vorzieht, so wird man dies als Verletzung der ärztlichen Standards verstehen können, die jedenfalls eine Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung nicht ausschließt.⁶⁹ Nichts anderes sollte etwa auch dann gelten, wenn ein Arzt einen Patienten, auf den die Behandlung bereits hervorragend angesprochen hat, wieder vom Beatmungsgerät zugunsten einer anderen Person trennt, deren Erfolgsaussichten wegen Vorschädigungen, wie er weiß, höchst fragwürdig sind. In derartigen Fällen wäre die Entscheidung nicht nur unethisch, sondern auch medizinisch nicht nachvollziehbar, sodass eine Bestrafung wegen vollendeter oder versuchter⁷⁰ Tötung durch Unterlassen nach §§ 212, 13 StGB oder wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen nach §§ 222, 13 StGB nicht ausgeschlossen erschiene. Allerdings sind dies nur theoretische Erwägungen, da von den Ärzten zu erwarten ist, dass sie die in der Notlage erforderlichen Entscheidungen nach bestem Wissen und Gewissen fällen werden. Soweit sie dies tun und ihre Gründe nachvollziehbar dokumentieren, wird eine Strafbarkeit daher grundsätzlich ausscheiden, selbst wenn sich die Einschätzung der Überlebenschancen später als unzutreffend erweist. Denn eine Fehleinschätzung ist in derartigen Krisenlagen noch längst keine Verfehlung ärztlicher Standards. Letztere könnte nur dann bejaht werden, wenn eine nach medizinischen Kriterien gänzlich unververtretbare Entscheidung getroffen worden ist.

⁶³ Dies beruht letztlich darauf, dass Tatbestands- und Rechtswidrigkeit gemeinsam das Gesamtunrecht bilden, vgl. *Jäger*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 59.

⁶⁴ Vgl. dazu *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor §§ 32 ff. Rn. 77.

⁶⁵ *Sternberg-Lieben* (Fn. 7), Vor §§ 32 ff. Rn. 77 m.w.N.

⁶⁶ Vgl. *Fischer* (Fn. 10), § 32 Rn. 27 m.w.N. zur Behandlung des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements.

⁶⁷ Vgl. zur Unzulässigkeit eines solchen Gesinnungsstrafrechts *Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2019, Rn. 702.

⁶⁸ In Betracht käme u.U. beispielsweise eine Strafbarkeit gem. § 299a StGB.

⁶⁹ So wohl auch *Hilgendorf*, LTO v. 27.3.2020, abrufbar unter

https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (7.4.2020).

⁷⁰ Eine vollendete Tötung der aussichtsreicheren Person käme jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn nicht nachgewiesen werden kann, ob die verstorbene Person überhaupt auf die Behandlung angesprochen hätte.

c) *Ethische Vorgaben und Beschränkungen*

Damit ist bereits ein letzter Aspekt der hier vorgelegten Untersuchungen erreicht: Dieser betrifft die mit der Pflichtenauflösung verbundene ethische Dimension. So kann kein Zweifel daran bestehen, dass Vorgaben der medizinischen Fachgesellschaften einer verteilungsgerechten und transparenten Bewältigung des Versorgungsdilemmas dienlich sein können. Dabei ist es verständlich, wenn etwa die Covid-19-Empfehlungen in ihrer konkreten Ausgestaltung eine gewisse Offenheit zeigen und damit im Widerspruch etwa zu amerikanischen Vorbildern stehen, bei denen vielfach eindeutig messbare Krankheitswerte als Indikator dafür angesetzt werden, wann eine medizinische Behandlung im Falle der Ressourcenknappheit eingestellt werden kann.⁷¹ Die offen formulierten Covid-19-Empfehlungen tragen damit der Tatsache Rechnung, dass es sich bei abstrakten Vorgaben dieser Art stets nur um Orientierungshilfen handeln kann, die den Arzt in der kritischen Situation jedoch nicht von der Verantwortung für die konkrete Entscheidung entheben können. Deshalb ist es auch gut und richtig, dass das Lebensalter in den Empfehlungen nicht zu einem allein ausschlaggebenden Auswahlkriterium erhoben wird. Andererseits bleibt das Papier an entscheidenden Stellen auch zu vage. So stellen sich Ärzte etwa die Frage, ob die Tätigkeit in einem systemrelevanten Beruf als ausschlaggebender Gesichtspunkt bei der Auswahlentscheidung in der Triage eine Rolle spielen darf. Im Ergebnis wird man dies jedoch klar verneinen müssen, da mit einer solchen Berücksichtigung die Kriterien der Erfolgsaussicht und Dringlichkeit gänzlich verlassen werden. Auch müsste eine derartige Vorgabe vor ethischem Hintergrund zu einer nicht hinnehmbaren Verunsicherung in der Bevölkerung beitragen. Des Weiteren sprechen sich die Covid-19-Empfehlungen dafür aus, eine Entscheidung grundsätzlich nur im Mehraugenprinzip herbeizuführen. Hiergegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Jedoch sollten die Empfehlungen dringend auf die Möglichkeit einer externen Hilfe bei der Auswahlentscheidung hinweisen, mit der Folge, dass nicht oder jedenfalls nicht nur die behandelnden Ärzte zugleich diejenigen sein sollten, die in der Triage tätig werden. Nur auf diese Weise kann eine weitestgehende psychische Distanzierung von den zweifellos schwer erträglichen Auswahlfolgen gewährleistet werden. Zu erwägen ist in diesem Zusammenhang bei verbleibenden Zweifeln eine – wenn nötig auch nur telefonische – Rücksprache mit Nichtbehandlern oder die Beiziehung einer externen Ethikberatung, sofern dies die zeitlichen und personellen Ressourcen zulassen. Schließlich äußern sich die Covid-19-Empfehlungen auch nicht dazu, ob die Auswahlentscheidungen stations- oder sogar klinikübergreifend stattfinden sollen. Auch hier würden sich Ärzte sicherlich klare Vorgaben wünschen. Im Ergebnis wird man dabei eine möglichst weitgehende einheitliche Handhabung

⁷¹ Vgl. etwa die *Ethical Considerations for Decision Making Regarding Allocation of Mechanical Ventilators during a Severe influenza Pandemic or Other Public Health Emergency* aus dem Jahre 2011, abrufbar unter https://www.cdc.gov/about/advisory/pdf/VentDocument_Rel ease.pdf (7.4.2020).

für wünschenswert halten müssen. Wie diese Handhabung im Einzelnen erfolgt, ist damit freilich nicht vorgegeben. Möglich, wenngleich fragwürdig und mit Blick auf das Ziel der Rettung möglichst vieler bedenklich, wäre hier – zumindest in den soeben unter b) dargestellten Grenzen – sogar eine Entscheidung durch das Los.⁷² Ebenso wäre es sicherlich nicht einmal als unethisch zu betrachten, wenn lediglich die Gruppe der Corona-Erkrankten, nicht dagegen sonstige Patientengruppen (etwa Krebspatienten, Herz-Kreislauf-Erkrankte etc.), in die Triage-Entscheidung einbezogen würden.⁷³ Wichtig wäre nur, dass hier eine einheitliche Handhabung mit nachvollziehbarer Begründung (Verengung bzw. Erweiterung der Gefahrengemeinschaft) gefunden würde. All dies sind Fragen, die durch die Covid-19-Empfehlungen nicht beantwortet werden und auf die im hier gesteckten Rahmen nicht weiter eingegangen werden kann. Erwähnt sei lediglich noch, dass auch die Frage der verfügbaren Palliativbetten ein Auswahlkriterium darstellen kann. Denn stets sollte sichergestellt werden, wie die Covid-19-Empfehlungen zu Recht fordern, dass diejenigen Patienten, die von der Beatmung genommen werden, wenigstens menschenwürdig sterben können.⁷⁴ Neben der Erhöhung der Beatmungsbetten sollte daher auch für eine Erhöhung der Palliativbetten gesorgt werden.⁷⁵

V. Fazit

Der Beitrag hat gezeigt, dass die herkömmlichen Versuche der Bewältigung von Triage-Settings nicht zuletzt im Angesicht der Coronapandemie neu zu überdenken sind (zur Problematik allgemein oben I.). Nach überkommener Auffassung setzt eine rechtfertigende Pflichtenkollision die Kollision von gleichwertigen Handlungspflichten voraus, deren Erfüllung nur teilweise möglich ist (vgl. oben II.). Dementsprechend hat sich auch der Ethikrat der Auffassung der h.M. angeschlossen, wonach eine Rechtfertigung einer Auswahlentscheidung nur bei der ex-ante-Triage (Aufnahme-Triage), nicht aber bei der ex-post-Triage (Fortsetzungs-Triage) in Betracht kommt (vgl. näher oben II. 2.). Zwar muss diese

⁷² Dafür *Tonio Walter*, *Zeit Online* v. 2.4.2020, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung/komplettansicht> (7.4.2020).

⁷³ Zwingend einbezogen werden müssten deren Beatmungspplätze lediglich bei fehlender Indikation einer Weiterbehandlung. Dann aber läge auch nicht mehr ein Fall der Triage vor.

⁷⁴ Das Erfordernis einer möglichen palliativen Behandlung im Falle der Aussichtslosigkeit betonen zu Recht auch die beteiligten Fachgesellschaften, vgl. Covid-19-Empfehlungen (Fn. 22), S. 5, 7 ff., 12.

⁷⁵ Auf die Notwendigkeit der Einbeziehung der Palliativmedizin in die Überlegungen zur Vorbereitung auf die Pandemiefolgen hat insoweit zu Recht der Präsident der European Association for Palliative Care und Vizepräsident der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin, Christoph Ostgathe, hingewiesen, vgl. <https://eapcnet.wordpress.com/2020/03/20/start-thinking-about-palliative-care-in-times-of-a-pandemic-the-case-of-corona/> (7.4.2020).

h.M., der zufolge bei einer ex-post-Auswahl allenfalls eine Entschuldigung in Betracht kommt, nicht notwendig zu einer Zulassung eines Nothilferechts Dritter führen, weil der übergesetzliche entschuldigende Notstand als Ausdruck einer durch eine ethische Konfliktlage ausgelösten fehlenden Bestrafungsnotwendigkeit einen sozialetischen Ausschluss von Nothilfebefugnissen nach sich ziehen sollte (dazu oben III.). Dies ändert aber nichts daran, dass eine partielle Entschuldigungslösung zu schwer hinnehmbaren Zufälligkeiten und Widersprüchen führt, deren Auflösung durch einen generellen Unrechtsausschluss dringend angezeigt erscheint (oben IV. 1. a) und b). Dabei hat sich gezeigt, dass die Situation der Triage durch die Konkurrenz zweier Behandlungspflichten gekennzeichnet ist und der Rechtfertigung ein höheres Prinzip der Rettungspflichtenkonkurrenz in der Gefahrengemeinschaft bei Ressourcenknappheit zugrunde liegt. Dieses Prinzip beansprucht unabhängig davon Geltung, ob es sich um eine ex-ante- oder eine ex-post-Auswahl handelt, und ist generell auf alle Fälle der Rettungspflichtenkollision übertragbar (oben IV. 1. c) aa) und bb). Diese Pflichtenkonkurrenz in der Gefahrengemeinschaft gibt sogar Anlass dazu, über einen Zurechnungs- und damit Tatbestandsausschluss kraft kollektiver Risikoverringerung nachzudenken, auch wenn diese Einordnung für das Ergebnis einer Straflosigkeit keine Rolle spielt (oben IV. 1. d). Schließlich hat sich gezeigt, dass dem Arzt bei seiner Auswahlentscheidung ein weiter Ermessensspielraum zusteht, der seine Grenzen erst dort findet, wo medizinische Standards klar verletzt werden (oben IV. 2. a) und b). Jedoch sollte man sich davor hüten, jeden Fehler bei der Gewichtung der Überlebenschancen als Ausdruck einer Verletzung von Standards zu betrachten. Eine Grenze dürfte erst dann überschritten sein, wenn der Stand der medizinischen Erkenntnis klar und willkürlich verletzt wird. Jenseits dessen bleibt der Arzt jedoch in seiner Entscheidung frei. Dies ändert aber nichts daran, dass Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften als vereinheitlichende Entscheidungshilfen sinnvoll und nützlich sind (dazu sowie zu möglichen Handhabungen im Einzelnen oben IV. 2. c). Am Ende ist und bleibt das Erfordernis der Triage ein Dilemma fast unmenschlichen Ausmaßes, bei dem nicht nur der Arzt, sondern auch der Jurist unausweichlich mit den Grenzen einer verteilungsgerechten Medizin konfrontiert wird.