

Auch die Art und Weise, wie Gottesdienst gefeiert werden würde, müsste insbesondere mit Blick auf die ältere Zielgruppe als explizite Risikogruppe eingeschränkt werden. Die Andacht als kurzer Gottesdienst zeigt, dass es liturgisch vertretbar ist, Gottesdienste zunächst auf 30 Minuten zu begrenzen. Ebenso ließe sich auf das Abendmahl verzichten, um Kontakte und körperliche Nähe auf ein Minimum zu reduzieren. Je nach theologischem Verständnis könnte die/der Pastor/in symbolisch das Abendmahl allein vor der Gemeinde durchführen. Da durch Singen der Ausstoß an Speichel und Aerosolen stark erhöht ist, wäre der Gesang zunächst auszusetzen und Musik nur über die Orgel zu spielen. Ebenso ließe sich auf einen Segen mit Handauflegen verzichten. Sollte diese Form wie z.B. bei Taufen theologisch nicht vertretbar sein, ließe sich die Hand auf der Schulter auflegen oder könnte eine Person aus dem gleichen Haushalt das Handauflegen übernehmen.

Die hier aufgeführten möglichen Einschränkungen zeigen: Mit klug ausgestalteten Auflagen können öffentliche Gottesdienste absolviert werden – auch in Zeiten von Corona. Maßstab darf nicht sein, Infektionsrisiken absolut auszuschließen, sondern ob eine „relevante Erhöhung der Infektionsgefahr zuverlässig verneint werden kann“.⁵⁸ Unter diesem Gesichtspunkt bestätigt inzwischen auch das BVerfG die Notwendigkeit einer Abwägung: „Maßgeblich für die Einschätzung ist *auch* das Gewicht des mit dem Verbot verbundenen Eingriffs in die Glaubensfreiheit“.⁵⁹ Das ebenso wie in Hamburg absolut geltende Verbot öffentlicher Gottesdienste der Corona-VO des Landes Niedersachsen wurde so durch das BVerfG mit Beschluss vom 29.04.2020 dahingehend geöffnet, dass auf Antrag im Einzelfall

auch Ausnahmen vom Verbot zugelassen werden mussten.⁶⁰

III. Fazit

Das absolute Verbot öffentlicher Gottesdienste stellt laut BVerfG einen „irreversiblen“⁶¹ und „überaus schwerwiegenden Eingriff“⁶² in die Religionsfreiheit dar. Da sich die Corona-Maßnahmen „nur“ auf die Kultusfreiheit als Religionsausübungsfreiheit und nicht auf das Denken und Fühlen beziehen, ist jedoch der Kernbereich der Religionsfreiheit nicht angetastet. Der Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 II GG wird somit entsprochen. Gleichzeitig war die HmbCorona-VO in der ersten bis zur vierten Fassung (02.04.2020 – 05.05.2020) rechtswidrig, weil sie keine Ausnahmeregelung für öffentliche Gottesdienste jedenfalls im stark eingeschränkten Rahmen enthielt. Gerade mit Blick auf abstrakte Härtefallklauseln als direkte Ausprägung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und die objektive Werteordnung des Grundgesetzes ergibt sich hier die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Abwägung im Einzelfall. Gesundheitsschutz kann und darf der Religionsfreiheit nicht bedingungslos vorgehen! Die Ausführungen zu möglichen Auflagen zeigen: Es kann in besonders gelagerten Einzelfällen gelingen, sowohl dem öffentlichen Gottesdienst als zentralem Bestandteil des Glaubens als auch dem infektionsschutzrechtlich Notwendigen Rechnung zu tragen. Wenn dies, wie gezeigt, tatsächlich möglich ist, ist es auch verfassungsrechtlich nötig, die Möglichkeit in Form einer abstrakten Ausnahmeregelung rechtlich einzuräumen.

58 BVerfG vom 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20, Rn. 16.

59 Ebd., Hervorhebung durch den Verfasser.

60 Ebd.

61 BVerfG vom 10.04.2020 – 1 BvQ 31/20, Rn. 10.

62 Ebd.

Jenny Joy Schumann*

Wer muss sterben, wenn es zu wenig Betten gibt?

Strafrechtliche Güterabwägung ärztlicher Lebensrettungsmaßnahmen im Kontext nicht ausreichender Versorgungskapazität in der Corona-Pandemie

Die aktuelle COVID-19-Pandemie konfrontiert die Rechtswissenschaft mit einem alten Problem in neuer Gestalt: Wer stirbt, wenn es zu wenige Behandlungskapazitäten für zu viele Patient/innen gibt? Dieser Beitrag prüft verschiedene Maßstäbe der Triage in formalisierter Form und ordnet diese im Kontext abstrakter Verfahrensprinzipien in verschiedene Machbarkeitskriterien ein. Hierbei werden ebenso Thesen der klassischen Moralphilosophie wie auch aktuelle Debatten der Strafrechtsdogmatik verknüpft und kritisch untersucht.

I. Einführung

Das altbekannte Problem der medizinischen Triage stellt sich in abgewandelter Form in der aktuellen COVID-19-Pandemie. COVID-19 ist eine sehr infektiöse Krankheit i.S.d. § 2 Nr. 3 IfSG. Bei 81 % der Erkrankten ist der Verlauf mild, bei 14 % schwer und bei 5 % kritisch.¹ Der kritische Verlauf kann jede/n Patient/in treffen. Bei schweren Verläufen muss mit einer intensivmedizinischen Behandlung einschließlich Intubation

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig. Dieser Beitrag beruht auf einer dort in einem Seminar von Professorin Dr. Elisa Hoven eingereichten Seminararbeit.

¹ OVG Lüneburg BeckRS 2020, 6187, Rn. 5.

gerechnet werden. Auch das deutsche Gesundheitssystem kann schnell an seine Grenzen stoßen, wenn sich die Anzahl an Intensivpatient/innen mit langer Liege- und Behandlungsdauer aufaddiert.² Folglich muss für den Notfall festgelegt werden, welche/r Patient/in behandelt werden kann, wenn die Versorgungskapazitäten nicht mehr für die auf Behandlung wartenden Patient/innen ausreichen.

In einer derartigen Ausnahmesituation hat sich das Konzept der medizinischen Triage als Krisenbewältigungsmittel etabliert, um das gravierende Knappheitsproblem der Ressourcen bestmöglich für die Patient/innen zu bewältigen. Als Triage bezeichnet man hierbei medizinische Selektionsverfahren, welche eine Priorisierungsreihenfolge aller betreffenden maximaltherapeutisch behandlungsbedürftigen Patient/innen vergibt, wenn nicht für alle Bedürftigen eine Maximaltherapie zur Verfügung steht.³ Traditionelles Optimierungsziel der Triage ist eine solche Verteilung von Patient/innen und Ressourcen, die die größtmögliche Anzahl an Personen rettet und dabei möglichst viele Personen die Überlastungssituation mit möglichst wenig Schaden überstehen lässt.⁴

Grundlegend können bei der Analyse der situativen Triage-Verfahrenssystematik drei verschiedene Anwendungsszenarien identifiziert werden: Die Ex-Ante-Triage, die Ex-Post-Triage sowie die Präventive Triage.⁵ Diese Unterscheidung ist insofern sowohl von juristischer als auch praktischer Relevanz als es verschiedene moralische und rechtliche Problemfelder jeweils ungleich adressiert und diese daher auch unterschiedlich behandelt werden müssen. Als Ex-Ante-Triage wird jene Situation bezeichnet, in der mehr Patient/innen auf eine Behandlung warten, als Behandlungskapazitäten bestehen, sodass das medizinische Fachpersonal auswählen muss, welche/r Patient/in behandelt werden kann. Die Ex-Post-Triage unterscheidet sich von der Ex-Ante-Triage insofern, als dass hier eine laufende Behandlung abgebrochen wird, um Kapazität für eine/n eintreffende/n Patient/in zu schaffen, dem/der aufgrund von Triage-Kriterien Priorität eingeräumt werden soll. Die Präventive Triage beschreibt Szenarien, in welchen zwar noch Behandlungskapazität vorhanden ist, aber ein/e Patient/in abgewiesen wird, da der Platz für eine/n eventuell zukünftig eintreffende/n Patient/in mit besseren Chancen anhand von Triage-Kriterien freigehalten werden soll. Die Präventive Triage ist grundsätzlich unzulässig. Wird einem/r Bedürftigen die Behandlung verweigert, obwohl keine Konkurrenz mit einem/r anderen konkreten Bedürftigen besteht, begeht der/die entscheidende Arzt/Ärztin zumindest Körperverletzung durch Unterlassen.⁶

² Hörnle, Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten, Verfassungsblog vom 04.04.2020, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020); OVG Lüneburg BeckRS 2020, 6187, Rn. 5.

³ Deutsche Gesellschaft für KatastrophenMedizin e.V., Covid-19-Pandemie – Medizinische und ethische Aspekte bei der Verteilung knapper Ressourcen und der Triage-Situation, http://www.dgkm.org/sites/default/files/Covid-19_DGKM.pdf (01.06.2020), S. 7; Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise – AD-HOC-EMPFEHLUNG, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 7.

⁴ Rönnau/Wegner, Grundwissen – Strafrecht: Triage, JuS 2020, 403 (403).

⁵ Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 ff.

⁶ Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403, (406 f.)

Alle drei Triage-Szenarien erfordern neben medizinischer Expertise insbesondere auch eine moralphilosophische sowie strafrechtstheoretische Grundlage, auf welcher eine allgemein- sowie rechtsverträgliche Bewältigungsmethode ethisch-funktional aufsetzen kann. Hierfür wird im Folgenden eine analytische Betrachtung der verbliebenen zwei Szenarien sowie insbesondere auch eine logische Anforderungsarchitektur an einen möglichen Triage-Algorithmus unter Berücksichtigung ebendieser moralphilosophischen und strafrechtstheoretischer Prämissen untersucht. Hierbei stellt sich vor allem die Frage nach einem Grundkompass, an welchem sich die Bewertung der Einzelmaßnahmen messen lässt und welcher aufbauend auf minimalen Axiomen logisch kohärent und abgeschlossen ist.

II. Die medizinische Triage als strafrechtlicher Sonderfall des Ex-Ante-Trolley-Problems

Im sog. Trolley-Problem wird klassischerweise ein/e über alle unmittelbaren Handlungskonsequenzen bewusste/r Entscheider/in vor einen Weichenhebel gestellt, der einen unaufhaltsamen Zug entweder auf ein Gleis mit einer oder auf ein Gleis mit einer Vielzahl an Personen lenken kann. Die Zugweichen sind dabei vor jeder möglichen Handlung standardmäßig so gestellt, dass der Zug über das Gleis mit den vielen Personen gelenkt würde. Angepasst auf die Ex-Ante-Triage-Situation stellt sich ein vergleichbares Analog Szenario dar, in welchem der Zug – hier Sinnbild des unbehandelt unaufhaltsamen Sterbeprozesses durch eine COVID-19-Infektion – auf eine Weichenkonstruktion dergestalt trifft, dass von exemplarisch zwei Personen entweder nur Person A, nur Person B oder keiner von beiden überleben kann. Die Weiche ist dabei ursprünglich so gestellt, dass die entsprechende Schiene unweigerlich zum Tod beider Personen führen würde. Eine Entziehung der Entscheidungspflicht führte mithin also zum schlechtmöglichsten Fall durch gänzliche Ausblendung der Handlungs- gegenüber der Unterlassungspflicht, da ein etwaiges Unterlassen einer Entscheidung auch a priori nicht insofern kategorisch allgemeines Gesetz werden könnte, als es final die zugunsten der Unterlassung abgewogenen Leben selbst vernichtet. Insofern würde jede Handlung sowohl zugunsten Person A als auch zugunsten Person B auch a priori gegenüber einem sicheren Tod beider zu bevorzugen sein; die Handlungspflicht überwiegt hier mithin die Unterlassungspflicht.⁷

III. Die medizinische Triage als strafrechtlicher Sonderfall des Ex-Post-Trolley-Problems

In Abwandlung des obigen Trolley-Problems zu einer Ex-Post-Situation ergibt sich ein schematisch zwar einfacheres, ethisch aber noch komplexeres Dilemma. Der/Die Weichensteller/in kann in diesem Fall zwischen zwei Personen entscheiden, wobei eine Entscheidung für die eine Person das Todesurteil für die andere Person darstellt. Im Kontext der mit dieser Trolley-Problemvariation verwandten Ex-Post-Triage ist die Person A, über die der Zug in der Ursprungsweichenstellung nicht rollen

⁷ Anders: Hoven, Die Triage-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, JZ 1975, 449 (452).

würde, gleichzusetzen mit dem/der Patienten/in, der/die bereits in Intubation befindlich ist: Beide überleben, sofern der/die Arzt/Ärztin bzw. Weichensteller/in sich nicht zu Gunsten von Person B entscheidet.⁸ Im Unterschied zum Ex-Ante-Problem ist hier jedoch auch bei Unterlassen stets eine Person gerettet, was die jeweiligen Gewichtungen von Handlungs- und Unterlassungspflichten in ihrer Abwägung gegeneinander verschiebt. Aus diesem Grund trennt auch der Deutsche Ethikrat zwischen Ex-Ante- und Ex-Post-Triage. Die medizinischen Fachgesellschaften tun dies indes nicht.⁹ Diese Differenzierung ist strafrechtlich jedoch relevant.¹⁰ So dürfte ein/e deontologische/r Weichensteller/in abweichend vom Ex-Ante-Fall keine Weichenstellung vornehmen, da diese aktive Handlungspflicht zur Rettung einer Person in unauflöselichem Konflikt zum Unterlassen der Tötung einer a priori gleichwertigen Person steht. Insbesondere dürfe es kein allgemeines Gesetz werden, Menschen willentlich durch aktives Handeln zu töten – egal wie vermeintlich nobel auch der aposteriorische Zweck sei. Der/Die utilitaristische Weichensteller/in macht seine/ihre Entscheidung für oder gegen die Weichenstellung dagegen allein an dem angenommenen zukünftigen Nutzen des überlebenden Menschen fest. Dieses Abwägen von Menschenleben auf Grundlage ihrer Eigenschaften steht jedoch unter einem erheblich anderen Vorzeichen als die Ex-Ante-Triage sowie möglicherweise in Konflikt mit der egalitären Basisgleichheit der Menschen aus Art. 1 GG, weswegen dem Ethikrat bei seiner scharfen Unterscheidung der Situationen zuzustimmen ist. Wie aber ist rechtlich ein solcher Abbruch von Behandlungsmaßnahmen zu beurteilen?

1. Rechtliche Behandlung des Abbruchs von Behandlungsmaßnahmen

In einer Leitentscheidung hat der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Jahr 2010¹¹ entschieden, dass ein Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer bereits begonnenen medizinischen Behandlung nur insofern gerechtfertigt ist, wenn es dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patient/innenwillen gem. § 1901a BGB entspricht. Es wäre ein Fehlschluss zu denken, dass es erlaubt wäre, einen Menschen zum Nutzen eines anderen dann zu töten, wenn auch die Rettung des/der zu Tötenden aufgrund einer rechtfertigenden Pflichtenkollision unterlassen werden dürfte.¹² Ist bei einer Kollision von Unterlassungs- und Handlungspflicht kein rechtfertigender Behandlungsabbruch möglich, bleibt nur der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB.¹³ Voraussetzung ist hierbei, dass das zu schützende Rechtsgut – hier das Leben des/der neu eintreffenden Patient/in – das beeinträchtigte Rechtsgut – das Leben des/der bereits in Behandlung stehenden Patient/in – wesentlich überwiegt

und die Tat ein angemessenes Mittel ist.¹⁴ Die qualitative wie auch quantitative Unabwägbarkeit des Lebens, gesichert durch die Menschenwürdegarantie, steht einer Rechtfertigung entgegen.¹⁵ Auch ein entschuldigender Notstand gem. § 35 StGB scheidet aus, da – genauso wie für den übergesetzlichen entschuldigenden Notstand – weder ein erdrückender quantitativer Überhang der zu rettenden Personen noch ein Näheverhältnis besteht.¹⁶ Zudem handelt es sich bei der Ex-Post-Triage nicht um individuelle Schuld in existentiellen Ausnahmesituationen, sondern um einen auf Wiederholung angelegten Selektionsmechanismus.¹⁷ Folglich ist die Garantenpflicht, die gegenüber dem/der bereits in Behandlung befindlichen Patient/in besteht, vorrangig zu beachten. Beachtet der/die behandelnde Arzt/Ärztin diese nicht und kommt der/die Patient/in zu Schaden, liegt hierin eine strafbare (versuchte) Tötung oder Körperverletzung.

2. Erhöhte Problematik der Ex-Post-Triage

Es wird teilweise kritisiert, dass die unterschiedliche Bewertung der Ex-Ante-Triage und der Ex-Post-Triage lediglich von der Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen abhängt.¹⁸ Ein/e Patient/in kann in einem Fall somit zeitlich rein zufällig eine Behandlung erhalten und ebendiese in einem anderen Fall verweigert bekommen, nur weil sich bereits ein/e andere/r Patient/in in einer Behandlung befindet, aber dennoch geringere Priorität im Sinne der Ex-Ante-Triage hat. Diese Unwert-Unterscheidung ist in der Rechtsdogmatik jedoch von gravierender Rechtsüberzeugung: Es ist etwas anderes, wenn man jemandem das Beatmungsgerät entreißt und seine/ihre bereits verdichtete Hoffnung auf Behandlung zerstört, um die Rettungschance umzuverteilen, als gestattete man einem/r von zwei Patient/innen, die Behandlung benötigen, ein Beatmungsgerät – so auch die Modalitätenäquivalenz gem. § 13 I StGB. Das Prinzip der zufälligen Priorität gibt den betroffenen Patient/innen und dem medizinischen Fachpersonal (rechts-)sicherheits- und stabilitätsstiftende Funktion im Kontext einer Pandemie.¹⁹

⁸ *Deutscher Ethikrat*, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 4.

⁹ *Von der Meden*, Kontrolle in der Ausnahmesituation, LTO.de vom 27.03.2020, https://www.lto.de/persistent/a_id/41129/ (28.05.2020).

¹⁰ *Engländer/Zimmermann*, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, 1398 (1401); *Von der Meden*, https://www.lto.de/persistent/a_id/41129/ (28.05.2020).

¹¹ BGH NJW 2010, 2963 ff.

¹² *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (405).

¹³ *Hilgendorf*, Mit Rechtsfragen nicht die Ärzte belasten, LTO.de vom 27.03.2020, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020).

¹⁴ *Müller*, Pflichtenkollision und Triage in der Coronakrise, beck-blog.de vom 02.04.2020, <https://community.beck.de/2020/04/02/pflichtenkollision-und-triage-in-der-coronakrise> (19.05.2020); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 34 Rn. 1.

¹⁵ BVerfGE 115, 118 (127); *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1399); *Müller*, <https://community.beck.de/2020/04/02/pflichtenkollision-und-triage-in-der-coronakrise> (19.05.2020); *Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 130; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (405).

¹⁶ *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1400).

¹⁷ *Hörnle*, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020); *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (405); *Walter*, Lasst das Los entscheiden!, ZEIT ONLINE vom 02.04.2020, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020).

¹⁸ *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (405 f.); *Tsambikakis*, Rechtsexperten legen Handlungsempfehlung für Triage vor, Pressemitteilung vom 09.04.2020, <https://www.tsambikakis.com/aktuelles/handlungsempfehlung-triage> (01.06.2020): Sieht einen Entzug der begonnenen Behandlung als rechtmäßig an, wenn eine „evidente“ bessere klinische Erfolgsaussicht des/der neu eintreffenden Patienten/in vorliegt.

¹⁹ *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (406); *Walter*, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020); im Zweifel für eine Fortsetzung der bereits begonnenen Behandlung ist: *Von der Meden*, https://www.lto.de/persistent/a_id/41129/ (28.05.2020).

IV. Rechtliche Maßstäbe und Anforderungen an einen möglichen Triage-Algorithmus

Für die ärztliche Ethik ist ein verbindlicher rechtlicher Rahmen in Form der fundamentalen Verfassungsvorgaben zu beachten. In seiner Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz argumentiert das Bundesverfassungsgericht, dass die Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 I GG explizit eine Objektifizierung von Menschenleben im Sinne Zähl- oder in Zweck-Mittel-Relation verfügbarer Einheiten ausschließt und weiterhin auch eine Abwägung ebendieser Menschenleben auf Grundlage ihrer spezifischen voraussichtlichen Lebensdauern vom konstitutiven Würdebegriff des Grundgesetzes ausgeschlossen ist.²⁰ Diese Anschauung impliziert insbesondere auch eine egalitäre Basisgleichheit und damit auch ein effektives Diskriminierungsverbot. Zudem ist der Grundsatz der Lebenswertindifferenz zu beachten, nach welcher menschliches Leben nicht be- oder abgewertet werden darf.²¹ Die abstrakt-universelle Anwendbarkeit des BVerfG-Urteils auf abweichende ethische Abwägungssituationen in anderen Rechtsdisziplinen und -situationen ist umstritten.²² Im Folgenden wird neben der rechtfertigenden Pflichtenkollision eine Axiomatik möglicher Leitsätze formalisiert. Anhand dieser können objektive Bewertungskriterien aufgestellt und ihrerseits hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit bewertet werden.

1. Rechtfertigende Pflichtenkollision

In der Literatur wird bisweilen die Frage diskutiert, ob der Gedanke der rechtfertigenden Pflichtenkollision auch auf die medizinische Triage angewandt werden kann.²³ Ein/e im Krankenhaus handelnde/r Arzt/Ärztin hat eine Garantienstellung und ist verpflichtet, Corona-Patient/innen intensivmedizinisch zu behandeln. Reichen die Kapazitäten nicht aus, um allen Patient/innen eine Behandlung zu ermöglichen, befindet er/sie sich in einer Handlungspflichtenkollision.²⁴ Aus strafrechtlicher Sicht dient die medizinische Triage dazu, ebendiese Pflichtenkollision zu vermeiden.²⁵ Dies tut sie, indem sie zwischen den diversen Handlungspflichten des/der Arztes/Ärztin eine Rangordnung etabliert und somit verhindert, dass die verschiedenen Handlungspflichten des/der Arztes/Ärztin gegeneinander konkurrieren. Solch ein Verfahren, das Pflichten in höherrangig und nachrangig einsortiert, kann dem/der Arzt/Ärztin die Entscheidungsfindung erleichtern. Weicht er/sie jedoch von diesem Verfahren ab, drohen ihm/ihr möglicherweise strafrechtliche Konsequenzen. Wer von zwei gleich-

artigen und gleichwertigen Handlungspflichten, die *faktisch* beide nicht erfüllt werden können, eine erfüllt, handelt nach der rechtfertigenden Pflichtenkollision gerechtfertigt.²⁶ Gründe werden hierbei nicht geprüft, denn niemand darf vom Recht gezwungen sein, Unmögliches zu leisten.²⁷ Das Prinzip der rechtfertigenden Pflichtenkollision hat sich bei Unterlassungsdelikten etabliert und kann nur diese rechtfertigen.²⁸ Besonderes Augenmerk liegt hierbei auf „gleichartig“ und „gleichwertig“: Ist eine der beiden Pflichten rechtlich höher-rangig, dann ist diese auch bevorzugt zu erfüllen.

Kollidieren Handlungs- und Unterlassungspflicht – wie bei der Ex-Post-Triage – kommt § 34 StGB infrage, welcher zur Abwendung einer größeren Gefahr die Hinnahme der geringeren legitimiert. Diese Regelung hilft jedoch bei gleicher Dringlichkeit nicht weiter.²⁹ Jedoch kann es bei falscher Beurteilung der Lage durch die Handelnden/Unterlassenden passieren, dass trotz der objektiven Rechtswidrigkeit die Tat (Unterlassung) nicht vorsätzlich war. So können Verpflichtete entschuldigt gehandelt haben und ebenso strafflos bleiben.

Das wirft auch die Frage auf, ob sich die Beurteilung ändert, wenn allgemeine Regeln ex ante bestimmte Kriterien zur Auswahl als unzulässig einordnen. Beispielsweise haben der Ethikrat und sieben medizinische Fachgesellschaften Empfehlungen formuliert, die sich gegen eine Berücksichtigung von Lebensalter und sozialen Kriterien aussprechen.³⁰ Darf der/die behandelnde Arzt/Ärztin sich auch auf eine rechtfertigende Pflichtenkollision berufen, wenn eines dieser „Tabu-Kriterien“ ausschlaggebend für seine/ihre Entscheidung war? Die rechtfertigende Pflichtenkollision prüft die Gründe, die zur Entscheidung führten, nicht nach.³¹ Wie jedoch die Rechtspre-

²⁰ BVerfG NJW 2006, 751 (759).

²¹ Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin, Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie – Klinisch-ethische Empfehlungen, abrufbar unter https://aem-online.de/fileadmin/user_upload/COVID-19_Ethik_Empfehlung-v2.pdf (03.06.2020), S. 4 f.; Deutscher Ethikrat, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 3.

²² Hoven, JZ 1975, 449 (450 f.); Hörnle, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020).

²³ Gewohnheitsrechtlich anerkannt: RGSt 20, 190 ff.; Hilgendorf, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020).

²⁴ Für eine Anwendung: Hilgendorf, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020).

²⁵ Zimmermann, Wer stirbt zuerst?, LTO.de vom 23.03.2020, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

²⁶ Müller, <https://community.beck.de/2020/04/02/pflichtenkollision-und-triage-in-der-coronakrise> (19.05.2020).

²⁷ Deutsche Gesellschaft für Katastrophenmedizin e.V., http://www.dgkm.org/sites/default/files/Covid-19_DGKM.pdf (01.06.2020), S. 2; Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1400); Deutscher Ethikrat, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 4; Erb, in: Joecks/Miebach, MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 41; Hilgendorf, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020); Hoven, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPc=s3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020); Müller, <https://community.beck.de/2020/04/02/pflichtenkollision-und-triage-in-der-coronakrise> (19.05.2020); Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404); Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 32 Rn. 71 f.

²⁸ Hilgendorf, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020).

²⁹ Zimmermann, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020); Hilgendorf, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020).

³⁰ Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin, https://aem-online.de/fileadmin/user_upload/COVID-19_Ethik_Empfehlung-v2.pdf (03.06.2020), S. 4 f.; Deutscher Ethikrat, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 3, 8; dagegen sieht es als zulässiges „Zusatzkriterium“: Hörnle, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020); für eine Anwendung des Alterskriteriums: Hoven, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPc=s3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020).

³¹ Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1400); Hoven, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPc=s3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020); Hörnle, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020); Zimmermann, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

chung entscheiden würde, ist noch nicht klar abzusehen.³² Sicher ist, dass Empfehlungen medizinischer Fachgesellschaften nicht als Entschuldigungsgründe gelten.³³

2. Axiomatik der Leitsätze

Um ein konsistentes universelles Verfahren zu sichern, müssen die Leitsätze eines möglichen Triage-Algorithmus in einer kohärenten inneren Ordnung zueinander stehen und sowohl moralphilosophische wie auch rechtsdogmatische Probleme adressieren, damit gleichsam eine ethische Vertretbarkeit wie auch Rechtssicherheit des Verfahrens gewährleistet werden kann. Im Folgenden wird ein System untersucht, welches auf fünf Determinanten – namentlich: Verfahrensbegründetheit, Konsistenz, Gleichheitsgrundsatz, Prioritätsprinzip und Dringlichkeitsprinzip – beruht und diese kritisch reflektiert.

a) Verfahrensbegründetheit und Konsistenz

Eine in der Literatur häufig vertretene Anschauung erachtet die vollkommene Randomisierung von Priorisierungsmechanismen in Triagefragen als gerechtigkeitstheoretisch plausibel, teilweise gar als besonders geeignetes superiores Entscheidungsmittel.³⁴ Argumentativ wird dabei häufig darauf verwiesen, dass die Rechtsordnung Randomisierungen auch in anderen Situationen unentscheidbarer Rechtssituationen zulasse, wie beispielsweise bei Bürgermeister/innenwahlen.³⁵ Diese Betrachtungsweise unterschlägt jedoch sowohl die aposteriorischen Konsequenz- wie auch die apriorischen Pflichtunterschiede zwischen den Situationen, in welchen ein Losentscheid derzeit möglich ist, und der Besonderheit der Triage. Konkret spielt hierbei insbesondere die praktische Reversibilität der jeweiligen Prozesse eine gewichtige Rolle: Eine Bürgermeister/innenwahl kann bei einer moralischen Neubewertung der Lage wiederholt werden; sie ist regelmäßig reversibel. Entscheidungen über Leben und Tod wie sie bei der Triage getroffen werden, sind dagegen jedoch regelmäßig irreversibler Natur. Während also eine Bürgermeister/innenwahl ohne evidente Implikationen für die Menschenwürde oder körperliche Unversehrtheit der betroffenen Akteure/innen vorgenommen werden können, verbleibt eine Resurrektion der infolge gewürfelter Triage unbehandelt verstorbenen Patient/innen regelmäßig ohne Erfolg. Eine Randomisierung der Triage wi-

derspricht überdies auch moralphilosophischen Grundsätzen: Weder kann durch Würfelglück utilitaristisch eine aktive Mehrung möglichst hohen Nutzens möglichst Vieler sichergestellt noch eine deontologische Pflichtentscheidungs begründung im Sinne einer kategorischen Verallgemeinerbarkeitsprüfung schlüssig dargelegt werden. Auch in der Anschauung des Rawlsschen Schleier des Nichtwissens³⁶ kann nicht schlüssig begründet werden, inwiefern eine Vorstellung des Losentscheidens in einer wissensverschleierte Gesellschaft auf universelle Akzeptanz für einen gerechtigkeitstheoretischen Selektionsansatz treffen sollte. Schließlich kann mit kleiner, aber nicht auszuschließender Wahrscheinlichkeit, auch immer eine Entscheidung dergestalt getroffen werden, dass stets Patient/innen mit geringer Überlebenswahrscheinlichkeit ausgewählt, aber nach Prozesseingriff kurz darauf an den Operationsfolgen versterben, was von einem/r objektiven Entscheider/in auch in Unkenntnis seiner/ihrer eigenen Situation nicht rational gutgeheißen werden kann. Das Vorgehen bei einer Triage muss daher aus rechtsethischen wie auch -dogmatischen Gründen stets wohlbegründet und konsistent auch bei einer theoretisch gedachten Neubewertung der Lage unter Berücksichtigung aller notwendigen Faktoren funktionieren. Insbesondere müssen gleiche situative Ausgangsvoraussetzungen daher injektiv-erwise auch zu gleichen Entscheidungsergebnissen führen.

b) Gleichheitsgrundsatz

Wie jedwede andere Rechtspraxis und -dogmatik muss sich auch eine mögliche Triage-Richtlinie an ihrer rechtsethischen Angemessenheit sowie verfassungsmäßigen Verhältnismäßigkeit messen lassen. Dies inkorporiert in besonderer Weise auch die Diskriminierungsverbote des Art. 3 GG und des Art. 18 AEUV, die formell zwar zuvörderst als bürgerliche Abwehrrechte gegen den Staat und seine Organe rechtlich unmittelbare Wirkung entfalten, mittelbar jedoch zuweilen in Verbindung mit § 2 I AGG auch analoge Anwendung im Gesundheitswesen finden.³⁷

Verlangt wird daher unter anderem auf dieser Grundlage sowohl im Medizinrecht im Allgemeinen wie auch der Triage-Problematik im Besonderen ein apriorischer Ausschluss von Alter, Geschlecht, sozialer Kriterien und Herkunft als Selektionsfaktoren der Triage.³⁸ Insbesondere in Bezug auf eine mögliche Einbeziehung des Alters als Triage-Selektionsfaktor herrscht ob seiner empirischen Relevanz für Sterblichkeitsabschätzungen jedoch Unstimmigkeit in der rechtsdogmati-

³² Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1402); Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (405); Hoven, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPIC=3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020); Hörnle, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020).

³³ Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020).

³⁴ Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1402); Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404 f.); Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020); Zimmermann, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020); dagegen: Deutsche Gesellschaft für KatastrophenMedizin e.V., http://www.dgkm.org/sites/default/files/Covid-19_DGKM.pdf (01.06.2020), S. 8.

³⁵ Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020); Zimmermann, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

³⁶ Das Rawlssche Konzept des „Veil of ignorance“ bezeichnet einen erdachten Zustand menschlicher Akteure/innen in einer fiktiven Entscheidungssituation, in welcher sie zwar über die zukünftige Gesellschaftsordnung oder Gesetze, welche auf diese wirken, entscheiden können, jedoch nicht wissen, an welcher Stelle dieser Ordnung sie sich später befinden werden.

³⁷ Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404).

³⁸ Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin, https://aem-online.de/fileadmin/user_upload/COVID-19_Ethik_Empfehlung-v2.pdf (03.06.2020), S. 4 f.; Deutscher Ethikrat, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 3, 8; Hilgendorf, https://www.lto.de/persistent/a_id/41115/ (15.05.2020); Höfling, in: Sachs, GG Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 35; Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404); Zimmermann, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

schen Literatur.³⁹

Es lässt sich regelmäßig ein inverser Zusammenhang von bereits gelebter Lebenszeit und der maximal verbleibenden Restlebensdauer wie auch biologisch altersbedingter Sterblichkeitswahrscheinlichkeit beobachten, welche durchaus von Relevanz für eine solche Triagemethode sein können.⁴⁰ So würde ein/e rational und objektiv urteilende/r Beobachter/in in der Wahl zwischen einer langen und einer kurzen Lebensdauer eines Individuums mit hoher Wahrscheinlichkeit stets ersterem den Vorzug geben, da jedes weitere Lebensjahr auch immer neue Möglichkeiten individueller Selbstentfaltung des/der Einzelnen offeriert, welche zum Wohle des Individuums selbst wie auch im Kontext des sozialen Gefüges der Zivilisation zum Nutzen der Gemeinschaft investiert sein kann.⁴¹ Hernach besäße jedes Lebensjahr einen apriorischen Nutzenwert; seine Maximierung könnte also legitimes Optimierungsziel einer utilitaristisch motivierten Triage sein und damit die bereits gelebte Lebensdauer – das Alter – zu einem triagerelevanten Faktor erheben.⁴²

Könnte eine solche Anschauung, wie sie beispielsweise bereits in Italien de facto Verwendung findet, de lege lata auch in Deutschland verhältnismäßige Praxis werden? Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage in analoger Weise bereits in seinem Urteil zum Luftsicherheitsgesetz unter Berufung auf den dem Art. 1 GG inhärenten egalitären Basisgleichheitsgrundsatz verneint: Die Würde jedes Menschen ist ohne Ansehung seiner verbleibenden Restlebensdauer gleichwertig;⁴³ jedwede Differenzierung der Wertigkeit des Lebens anhand seiner etwaigen Dauer verbietet sich hiermit. Eine apriorische Beurteilung von Lebensdauern auf Basis aposteriorischer Alterszahlen verschließt sich zudem dem erkenntnistheoretischen Informationsproblem des/der Entscheider/in: Der/Die Arzt/Ärztin als Weichensteller/in im Trolley-Problem ist nicht perfekt über den Gesamtzustand der postoperativen Lebensentwicklung des/der zu triagierenden Patienten/in informiert. Die Lebensdauer eines Menschen ist schließlich kein uniform mathematisierbares Gut, da jedes menschliche Leben durch eine unüberschaubare Vielzahl von Faktoren in seiner Länge bestimmt und seine Dauer dem menschlichen Auge folglich nicht stets unmittelbar evident ist. Dieses unwägbare menschliche Fehlervermögen ist einer kognitiven und damit auch erkenntnistheoretischen Beschränktheit als unauslöschliche Kategorie des Menschseins zuzurechnen. Jedweder rechtliche Versuch, dieses Faktum zu umgehen, muss als eine Anmaßung

von Wissen an der Imperfektion des Wissens der Handelnden scheitern und stellt folglich die unmittelbare Frage nach der Angemessenheit des Alters als Triage-Faktor.

c) Prioritätsprinzip

Könnte im Kontext der Ex-Post-Triage ein Entzug von Intubationsmaßnahmen eines/r bereits behandelten Patienten/in zu Gunsten eines/r neu eingelieferten Patienten/in überhaupt statthaft sein? Einerseits ließe sich das eigentumsrechtliche sog. Müller-Prinzip⁴⁴ dergestalt analog auf die Triage anwenden, wonach ein/e früher eingelieferte/r Patient/in strikt vor jener/jenem zu bevorzugen ist, der ihm/ihr in der Ankunft nachfolgt.⁴⁵ Andererseits ließe sich argumentieren, dass Zeit ein dem Zufall gleichzusetzendes Maß der Priorisierung ist.⁴⁶ Hierbei ist zu untersuchen, ob die Einbeziehung der Ankunftszeit die Kriterien des Konsistenzprinzips in einer Weise verletzt, die es als Maßstab in Triagesituationen ausscheiden lässt. Dafür muss aufgrund der verschiedenen Voraussetzungen zwischen der Ex-Ante- und der Ex-Post-Triage unterschieden werden. Da die reine Ankunftszeit in der Ex-Ante-Triage keine konkrete Aussagekraft über die medizinische Kondition oder Überlebenschance der Patient/innen vor und nach dem Eingriff entfaltet und hinsichtlich Verfahrensergebnissen bei theoretischer Verfahrenswiederholung ebenso inkonsistent wie das Losverfahren wäre, ist sie in ihrer Konsequenz sehr wohl dem Zufall gleichsetzbar und nach dem Konsistenzprinzip folglich auszuschließen.

Anders gestaltet sich die Situation im Kontext der Ex-Post-Triage. In diesem ist der/die früher eingetroffene Patient/in nicht erst für eine Behandlung auszuwählen, sondern befindet sich bereits in dieser. In diesem Szenario führte eine theoretische Wiederholung des Triageverfahrens unter Maßgabe der Ankunftszeit nicht zu einer wesentlichen Veränderung der Behandlungsfolge der Patient/innen, da der/die am frühesten eingetroffene Patient/in per Situationsvoraussetzung immer in Behandlung befindlich wäre und folglich stets auch als solche/r zuerst priorisiert würde. Ein etwaiges Triageverfahren unter Berücksichtigung der Ankunftszeit würde im Ex-Post-Fall daher in den Ergebnissen konsistent sein.

Ist ein Abweichen von der Ankunftszeit und damit von der Ursprungsverteilung durch eine etwaige Umverteilung überhaupt notwendig? Hierfür spräche die bessere Berücksichtigung einer möglichen schlechteren medizinischen Kondition des/der neu eingetroffenen unbehandelten Patienten/in gegenüber der/dem Behandelten. Diese Betrachtung ist jedoch auf Spekulation über die Wirklichkeit der Konsequenzen des ärztlichen Handelns bei Beendigung der Intubation des/der zuvor behandelten Patienten/in zugunsten des/der späteren Patienten/in gebaut. Mitunter könnte die medizinische Kon-

³⁹ Gegen eine Anwendung des Alterskriteriums: *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (404); *Zimmermann*, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020); differenziert bejahend: *Hörnle*, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020), die das Alter als zulässiges Zusatzkriterium ansieht; dafür: *Hoven*, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPC=s3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020).

⁴⁰ *Hoven*, JZ 1975, 449 (451).

⁴¹ *Hoven*, JZ 1975, 449 (451): Sieht Lebenszeit als quantitative Menge, bei welcher eine höhere Menge mehr wert ist.

⁴² *Hoven*, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPC=s3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020).

⁴³ *Zimmermann*, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

⁴⁴ *Zimmermann*, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

Diese Anschauung ist in einem anderen Rechtskontext bereits in Abschnitt II, 59, § 4 des Sachsenspiegels aus dem 13. Jahrhundert mit dem Satz „Di ok irst to der molen kumt, die sal erst malen“ widergespiegelt und könnte eine gewisse Rechtstradition im deutschsprachigen Raum illustrieren.

⁴⁵ *Zimmermann*, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

⁴⁶ Dargestellt in: *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (405 f.)

dition des/der später eingelieferten Patienten/in unerkannt so gravierend sein, dass er/sie selbst unter Anwendung der Intubation nicht überleben würde. Da für seine/ihre Behandlung zuvor aber bereits die Intubation des/der früher eingetroffenen Patienten/in und damit mitunter dessen/deren Leben beendet werden müsste, stünde die mögliche höhere Überlebenschance des/der späteren Patienten/in zu der in Kauf genommenen drastischen Erhöhung des Sterberisikos des/der zuvor stabilen früheren Patienten/in in keinem gesichert positiven Verhältnis. Weiterhin würde eine Beendigung der Intubation früherer Patient/innen durch Höherpriorisierung späterer Patient/innen die allgemeine Rechtssicherheit in besonderer Art und Weise verletzen, da erstere sich im steten Vertrauen um die Kontinuität ihrer etwaigen Behandlung erst für diese zur Verfügung gestellt haben. Würde dieses Vertrauen nachhaltig verletzt, gefährdete dies in letzter Konsequenz auch das Vertrauen in die Sicherheit der medizinischen und rechtlichen Ordnung. Folglich darf keinem/r rettungsfähigen Patienten/in das Beatmungsgerät wieder genommen werden, um es einem/r aussichtsreicheren Patienten/in zu geben.

d) Dringlichkeitsprinzip

Analog zu § 12 III S. 1 TPG ist in der Triage auch eine Priorisierung nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit denkbar.⁴⁷ Dies ist auch verfassungsrechtlich unstrittig zulässig und strafrechtlich unbedenklich, sofern eine Abwägung der Dringlichkeit in Bezug auf den Grad der drohenden Gefahr nach § 34 StGB erfolgt.⁴⁸ Ein Konflikt des Dringlichkeitsprinzips mit dem Prioritätsprinzip könnte jedoch in einem Szenario dergestalt auftreten, das der/die zweiteintreffende Patient/in B dringlicher auf eine Intubation angewiesen ist als der/die bereits intubierte Patient/in A oder die Erfolgsaussichten des/der B höher als jene des/der A bewertet werden könnten. Das Prioritätsprinzip würde in einem solchen Fall zugunsten des/der A priorisieren, das Dringlichkeitsprinzip zugunsten des/der B. Dieser Konflikt ist mithin nur durch eine Abwägung der einzelnen Argumente der Determinanten heilbar. Telos des Prioritätsprinzips ist eine Aufrechterhaltung und Sicherung der Rechtssicherheit sowie des allgemeinen Vertrauens aller in die Rechtsordnung. Das Ziel des Dringlichkeitsprinzips ist die Findung einer Ressourcenallokation, in der die erwartete Gesamtüberlebenschance aller betrachteten Patient/innen maximal ist. Mithin ist eine Harmonisierung dieser beiden Ziele durch einen vermittelnden Abwägungsansatz möglich, in welchem das höherrangige, da weitreichendere Prioritätsprinzip über jenes der Dringlichkeit gestellt wird. Im Kontext dieser Unterordnung sind beide Prinzipien auch praktisch anwendbar.

e) Kritik zur Normsetzungskompetenz

Davon unabhängig, wie genau die Kriterien aussehen sollen,

drängt sich die Frage auf, wer diese Maßstäbe festsetzen darf und muss. Der Ethikrat betont, dass der Staat keine positiven Differenzierungskriterien entwickeln dürfe. Gleichzeitig hätten zivilgesellschaftliche Akteure/innen – wie die medizinischen Fachgesellschaften – mehr Spielraum ebendiese festzulegen.⁴⁹ Es ist jedoch höchst zweifelhaft, ob medizinische Fachgesellschaften und Ärzte/innen berufener als der demokratisch legitimierte Gesetzgeber sind, ethische Regelungen aufzustellen. Für ethische Fragen haben Mediziner/innen nicht mehr Kompetenz als jede/r andere Bürger/in auch. Daher ist es vorzugswürdig, dem Gesetzgeber diese Kompetenz zuzusprechen.⁵⁰ Der Ethikrat ist weiterhin der Ansicht, dass die Verfassung es dem Staat gebietet, zu schweigen, da er nicht ein Leben gegen ein anderes abwägen darf.⁵¹ Nicht beachtet wird hierbei, dass der Staat dann konsequenterweise auch nicht diese Abwägungskompetenz an Beliehene oder Fachgesellschaften weiterreichen darf. Denn dies wäre eine indirekte Zustimmung des Staates zu allem, was das Gremium beschließt.⁵²

V. Fazit

Aus obenstehenden Prinzipien kann unter Zuhilfenahme weiterer normativer Axiome eine vollständige und abstrakte Überprüfung von Triage-Kriterien unter Berücksichtigung sowohl praktischer wie auch rechtsphilosophischer Hürden durchgeführt werden. In einer hypothetischen Welt, in der praktische Begrenzungen wie Wissensimperfektionen oder -asymmetrien zugunsten einer perfekten Information der Entscheidenden überwunden wären, würden die Urteile dieser Prinzipien mitunter anders ausfallen und könnten auch alle Wahrscheinlichkeiten absolut einbeziehen. In unserer wissensbegrenzten Welt bleibt der Gesundheitszustand der Patient/innen aus Sicht des/der Arztes/Ärztin das aus rechtsphilosophischer Perspektive einzig zulässige Kriterium. Der/Die Gesetzgeber/in steht in der moralischen Pflicht, eine Entscheidung über einen entsprechenden Triage-Algorithmus zu treffen, der obige Kriterien erfüllt, da die gewichtige Entscheidungskompetenz über Leben und Tod sonst weiterhin sowohl in einer rechtlich unsicheren Grauzone wie auch unzumutbarerweise in den Händen der praktizierenden Ärzte/innen läge. Es bleibt nichtsdestominder zu hoffen, dass die Realität eine weitflächige Beachtung obiger Triage-Dilemmata nicht über bloße Notfallvorkehrungen hinaus praktisch erforderlich macht.

⁴⁷ Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020); Zimmermann, https://www.lto.de/persistent/a_id/40967/ (14.05.2020).

⁴⁸ Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1401); Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020).

⁴⁹ Deutscher Ethikrat, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 4; Hoven, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html?GEPIC=s3&premium=0x5565fbb3074cef3642560033d32a60c3> (01.06.2020); Hörnle, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (09.06.2020); dagegen: Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020).

⁵⁰ Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 ff.

⁵¹ Deutscher Ethikrat, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (01.06.2020), S. 4.

⁵² Walter, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (02.06.2020).