

Antonia Cohrs\*

## Kommentar zur Triage-Problematik in der Covid-19-Pandemie

*In der Debatte um die Möglichkeit einer Strafbarkeit der Ärzte/innen in der Corona-Pandemie, die vor die Entscheidung gestellt werden, welche/r Patienten/in an ein Behandlungsgerät angeschlossen und welchem/r diese Behandlung versagt wird, gibt es viele Lösungsansätze, die diskutiert werden. In diesem Kommentar soll es nicht um die Bewertung der Lösungsansätze gehen; es soll vielmehr hinterfragt werden, woher das Bedürfnis nach der Möglichkeit der Straf- und somit Handlungsfreiheit der Ärzte/innen kommt und wie die individuelle Verantwortung in Grenzfällen zu beurteilen ist.*

Nachdem uns im März die erschreckenden Nachrichten aus Italien erreichten, dass dort Ärzte/innen aufgrund der durch die Corona-Pandemie hervorgerufenen Ressourcenknappheit auf Intensivstationen entscheiden mussten, welcher Patient/in behandelt wird und welche/r nicht, wurde diese Frage auch in Deutschland intensiv diskutiert. Der Deutsche Ethikrat formulierte in seiner ad-hoc-Empfehlung<sup>1</sup> im März direkt einen – rechtlich unverbindlichen – Leitfaden für Handlungsmöglichkeiten für die Ärzte/innen in solch einer Situation. Weitere Fachgesellschaften wie die Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin<sup>2</sup> veröffentlichten ebenfalls Stellungnahmen mit Behandlungsempfehlungen. Die Stellungnahmen sollen den Ärzten/innen bei ihrer Entscheidung eine Orientierung bieten, indem insbesondere mögliche Entscheidungskriterien benannt werden. Besonders in Zeitungsartikeln wurde diskutiert, wonach eine Auswahl getroffen werden darf und inwiefern das Alter ein Ausschlusskriterium darstellen kann.<sup>3</sup> Auch in der Strafrechtswissenschaft befasst man sich mit der Thematik und analysiert insbesondere die strafrechtlichen Grenzen der Handlungsmöglichkeiten der Ärzte/innen in der Corona-Pandemie.

Die Auswahl, wenn aufgrund von einer medizinischen Ressourcenknappheit nicht alle Patienten/innen die notwendige Behandlung erhalten können und der/die Arzt/Ärztin entscheidet, wer leben darf und wer sterben wird, wird als Triage (aus dem französischen *trier*: *aussuchen, sortieren, auslesen*<sup>4</sup>) bezeichnet. Auch wenn der Umgang damit rechtlich äußerst schwierig ist, sind sich wohl alle bei einem einig: Diese Entscheidung ist eine ethische Dilemma-Situation, von der wir hoffen, dass sie in Deutschland niemals eintreten werde.

Trotzdem werden in der Literatur Lösungsansätze diskutiert. Es gibt mehrere Behandlungssituationen, in denen im Fall einer medizinischen Ressourcenknappheit die Ärzte/innen triagieren müssen. Die sog. präventive Triage erfasst die Situation, in der Behandlungskapazitäten freigehalten werden, ohne dass eine konkrete Konkurrenz zwischen Patienten/innen besteht. Bei dieser Art der Triage macht sich der/die Arzt/Ärztin wohl immer aufgrund des Unterlassens einer Behandlung strafbar.<sup>5</sup>

Eine weitere Triage-Entscheidung muss dann getroffen werden, wenn zwei Patienten/innen zeitgleich im Krankenhaus eintreffen und der/die Arzt/Ärztin nach der Untersuchung beider Patienten/innen entscheiden muss, wer an das Beatmungsgerät geschlossen werden kann. Diese sog. ex-ante-Triage birgt, strafrechtlich betrachtet, wenige Probleme. Der/Die Arzt/Ärztin könnte wegen des Unterlassens der Behandlung des/der einen Patienten/in strafbar sein, da die grundsätzliche Möglichkeit einer Behandlung besteht. Jedoch greift zugunsten der/die Arzt/Ärztin hier die Rechtsfigur der Pflichtenkollision, denn faktisch kann der/die Arzt/Ärztin nur einem/einer Patienten/in das Leben retten. Die Rechtsfigur fußt auf dem Rechtsgedanken *impossibulum nulla est obligatio* – niemand ist zu Unmöglichem verpflichtet. Daraus ergibt sich nach herrschender Meinung ein Rechtfertigungsgrund, wenn zwischen zwei gleichwertigen Pflichten bezüglich zweier Leben zu entscheiden ist. Für die Aufgabe eines Lebens handelt der/die Arzt/Ärztin dann nicht rechtswidrig. Soweit, so gut – oder in diesem Kontext wohl besser: So weit, so tragisch.

Strafrechtlich besonders problematisch ist die Triage-Entscheidung, wenn wir die nächste Situation betrachten: Ein/Eine Patient/in wird eingeliefert und benötigt ein Beatmungsgerät. Der/Die Arzt/Ärztin erkennt bereits, dass die Überlebenschance des/der Patienten/in gering ist. Da er/sie jedoch verpflichtet ist, den/die Patienten/in zu behandeln, schließt der/die Arzt/Ärztin den/die Patienten/Patientin an das letzte Beatmungsgerät an. Ein Tag, eine Stunde oder gar eine Minute später wird ein/e weiter/e Covid-19-Patient/in ins Krankenhaus eingeliefert, der/die ebenfalls die Behandlung über das Beatmungsgerät benötigt. Seine/Ihre Überlebenschancen werden nach den ersten Untersuchungen weitaus höher eingeschätzt als des/der Patienten/in, der/die am letzten Beatmungsgerät angeschlossen wurde. Darf der/die Arzt/Ärztin nun den/die erste/n Patienten/in vom Beatmungsgerät abnehmen und den/die neue/n Patienten/in anschließen, um dessen/deren höherer Überlebenschance gerecht zu werden? Diese Entscheidung des/der Arztes/Ärztin wird als sog. ex-post-Triage eingeordnet und die Begründung bzw. Nichtbegründung einer strafrechtlichen Verantwortung wird kontrovers diskutiert. Bei Zugrun-

\* Die Autorin ist Doktorandin am Lehrstuhl von Professorin Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE) an der Leibniz-Universität Hannover.

<sup>1</sup> *Deutscher Ethikrat*, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (22.06.2020).

<sup>2</sup> *Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin*, Covid-19 Behandlungsempfehlung 2.0 vom 16.04.2020, <https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/200416-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-2.pdf> (17.08.2020).

<sup>3</sup> Beispielsweise *Hoven*, Auch auf das Alter kommt es an, FAZ Einspruch vom 31.03.2020, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html> (17.08.2020).

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

<sup>5</sup> Siehe dazu nähere Beschreibung im Beitrag von *Schumann*, Wer muss sterben, wenn es zu wenig Betten gibt?, HRN 2020, 10 (11 f.).

delegierung der bestehenden strafrechtlichen Dogmatik würde der/die Arzt/Ärztin bei der Abnahme eines/r Patienten/in vom Beatmungsgerät aktiv ein Menschenleben beenden. Die Pflichtenkollision als Rechtfertigungsgrund könnte demnach nicht zugunsten des/der Arztes/Ärztin angewendet werden. Der zeitliche Zufall der Einlieferung entscheidet also darüber, ob dem/der Arzt/Ärztin strafrechtliche Konsequenzen drohen, indem die strengere Voraussetzung an einen Rechtfertigungsgrund zugrunde gelegt werden oder die Möglichkeit der – weniger strengen – Pflichtenkollision besteht.

Einige Stimmen in der Literatur verweisen auf die klare Abgrenzung von einem Tun (die Abnahme von dem Beatmungsgerät) und einem Unterlassen (die Nichtbehandlung eines/einer Patienten/in). Die strafrechtliche Wertung, dass die Pflicht etwas zu Unterlassen schwerer wiegt als die Pflicht eine Handlung vorzunehmen, zeigt sich in den unterschiedlich strengen Voraussetzungen einer Strafbarkeit bzw. einer Rechtfertigungsmöglichkeit und dass gem. § 13 StGB ein Unterlassen milder bestraft werden kann als ein Tun. Dass die Differenzierung von einem zeitlichen Zufall abhängig gemacht wird, erscheint – nach *Rönnau*<sup>6</sup> – als eine respektable Größe, die über Leben und Tod entscheidet, in einer Situation, die in keinem Fall gerecht oder fair ausgehen kann. Auch *Schumann*<sup>7</sup> spricht sich in ihrem Beitrag für die juristisch notwendige Trennung von Handlung und Unterlassen aus und betont, dass solch eine zeitlich zufällige Priorisierung Rechtssicherheit und Stabilität für alle Betroffenen ermöglicht. *Hoven*<sup>8</sup> hingegen plädiert dafür, die Rechtsfigur des Behandlungsabbruchs, die von der Rechtsprechung im Fall *Putz*<sup>9</sup> entwickelt wurde, auf den Fall der ex-post-Triage anzuwenden. Damit würden die Handlungen in dieser Behandlungssituation als eine nicht klar zu kategorisierende Zwischenform zwischen aktivem Tun und Unterlassen angesehen werden. Wenn die Behandlung abgebrochen wird, liegt hiernach ein Unterlassen vor und somit bleibt die Rechtfertigung wegen einer Pflichtenkollision auch bei der ex-post-Triage möglich. *Gaede, Kubiciel, Saliger* und *Tsambikakis*<sup>10</sup> sprechen sich in einem gemeinsamen Beitrag ebenfalls dafür aus, dass keine Differenzierung nach Tun und Unterlassen vorgenommen werden sollte, da sich in der Behandlungssituation immer zwei Behandlungspflichten gegenüberstehen. Dennoch erkennen sie einen Unterschied der Entscheidungssituationen an, indem sie dem/der Arzt/Ärztin bei einer evident besseren Überlebenschance des/der neuen Patienten/in die Möglichkeit einräumen wollen, seine/ihre Entscheidung zu revidieren, um die knappen medizinischen Ressourcen sinnvoll einsetzen zu können. *Jäger*<sup>11</sup> hingegen differenziert die Arten und Weisen unserer Handlungen nicht nur in die Möglichkeit einer Handlungs- oder Unterlassenpflicht, sondern erweitert sie um die Rettungspflicht. Er plädiert dann dafür, dass

auf diese ebenfalls die Pflichtenkollision anzuwenden wäre und der/die Arzt/Ärztin somit auch im Fall der ex-post-Triage gerechtfertigt handeln kann. Aber auch die Anwendung der Pflichtenkollision und die Beurteilung, nach welchen Kriterien die Gleichwertigkeit der Pflichten erfolgen kann/darf, wird in dem Kontext der Triage grundsätzlich hinterfragt. Unter anderem stellt *Schumann* in ihrem Beitrag die Frage, welche Folge es hat, wenn der/die Arzt/Ärztin in seiner/ihrer Auswahlentscheidung gegen die „Tabu-Kriterien“ der Fachgesellschaften verstößt.<sup>12</sup> Auch *Hoven* zweifelt an den diskutierten Kriterien, die zu einer Gleichwertigkeit bzw. Ungleichwertigkeit führen sollen, da diese bei Vorliegen eines Grenzfalles ebenfalls versagen würden.<sup>13</sup>

In diesem Kommentar sollen jedoch nicht die einzelnen Lösungsansätze bewertet werden. Vielmehr soll es darum gehen, aufzuzeigen, weshalb das Bedürfnis nach einer strafrechtlichen Lösung besteht. Denn auch wenn keine Einigkeit über den Weg besteht – die Autoren/innen haben fast alle gemein, dass sie nach einer dogmatischen Lösung zugunsten des/der Arztes/Ärztin suchen.

Die Aufforderung an den Gesetzgeber – mit der *Schumann* ihren Beitrag abschließt –, dieser habe die moralische Pflicht, gesetzliche Entscheidung über einen Triage-Algorithmus zu treffen,<sup>14</sup> löst das Problem jedoch nicht. Denn dabei werden die weitreichenden Folgen verkannt: Sobald ein Gesetz geschaffen würde, gäbe es immer eine „richtige“ und eine „falsche“ Entscheidung. Ist das so einfach festzulegen? Wie *Schumann* selbst schreibt, handelt es sich hierbei um eine komplexe ethische Situation, in der der/die Arzt/Ärztin – unabhängig davon, ob ein Gesetz geschaffen würde oder nicht – immer der-/diejenige sein wird, der/die die Entscheidung treffen wird. Ihm/Ihr in diesem Kontext die zusätzliche Bürde einer möglichen Fehlentscheidung und somit einer Strafbarkeit aufzuerlegen, kann nicht die Lösung des Problems sein. Vielmehr sollte dem/der Arzt/Ärztin der Freiraum zur Entscheidung – nach seinem/ihrer medizinischen Wissen und Kenntnisstand weiterhin möglich sein. Wie *Jäger* zutreffend beschreibt, sollte die ärztliche Entscheidung dort ihre Grenze finden, wo sie der Einhaltung der medizinischen Standards eindeutig widerspricht.<sup>15</sup>

Auch wenn die Schaffung eines Gesetzes nicht die Lösung zu bieten vermag, fordert die Ärzteschaft – zu Recht – Rechtssicherheit in einer derart tragischen Dilemma-Situation. Gerade solche Extremfälle zeigen aber, dass das Strafrecht dogmatisch an seine Grenzen stößt und jedenfalls keine expliziten Lösungen bietet, die in der Gesellschaft auf sofortige Akzeptanz stoßen. Vielmehr sollte sich der dogmatische Denkansatz verändern: In dieser Situation führt die Distanzierung strafrechtlichen Denkens vom Konsequentialismus zu keinen befriedigenden Ergebnissen. Die Konsequenz der Handlung spielt eben auch eine Rolle, nicht zuletzt, um gesellschaft-

6 *Rönnau/Wegner*, Grundwissen – Strafrecht: Triage, JuS 2020, 403 (406).

7 *Schumann*, HRN 2020, 10 (12).

8 *Hoven*, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html> (17.08.2020).

9 BGH NJW 2010, 2963 ff.

10 *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, medstra 2020, 129 (136).

11 *Jäger/Gründel*, Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Pandemie, ZIS 2020, 151 (156 f.).

12 *Schumann*, HRN 2020, 10 (13 f.).

13 *Hoven*, <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html> (17.08.2020).

14 *Schumann*, HRN 2020, 10 (16).

15 *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (161).

liche Akzeptanz zu erreichen. Denn die Entscheidung allein ist nicht das Problem, sondern eben auch die Konsequenz der Entscheidung. Dass der/die Arzt/Ärztin eine Entscheidung zu Lasten eines/r der beiden Patienten/innen treffen muss, kann nicht verhindert werden. Es erscheint jedoch ungerecht, eine/n Arzt/Ärztin für sein/ihr Handeln zu bestrafen, der/die die möglichen Konsequenzen seiner/ihrer Handlung mit in seine/ihre Auswahlentscheidung einbezieht und sich aufgrund seines/ihrer Gewissens und medizinischer Kenntnisse für das entscheidet, was nach dem klassischen Strafrecht verboten ist. Gäbe es dann keine dogmatische Lösung, um dem/der Arzt/Ärztin eine Entscheidungsmöglichkeit einzuräumen, würde der/die Arzt/Ärztin strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, obwohl er/sie den Umstand der Ressourcenknappheit nicht zu verschulden hat. Ärzten/innen werden in ihren Handlungsmöglichkeiten beschränkt und handeln damit möglicherweise entgegen ihrer medizinischen Überzeugung – nur, weil sie ein Teil einer Struktur sind, auf die sie selbst keinen Einfluss haben. Ihnen wird die Last der Ressourcenknappheit – ungerechterweise – aufgebürdet.

Die Situation ist teilweise vergleichbar mit der Diskussion, inwiefern die Insassen/innen oder die Programmierer/innen eines autonomen Fahrzeuges strafrechtlich für die Entscheidung in einer Dilemma-Situation, in der ebenfalls zwischen Menschenleben eine Entscheidung getroffen werden muss, in die Verantwortung genommen werden können. Denn auch hier erscheint es nicht angemessen, die Insassen/innen verantwortlich zu machen, da diese keinen Einfluss auf die Entscheidung des autonomen System haben. Die Programmierer/innen wiederum entscheiden nicht über die konkrete Nutzung des Fahrzeugs, über die weiteren Lernprozesse, etc. Vor allem bei der Begründung einer strafrechtlichen Verantwortung geht es nicht nur darum, die Interessen Einzelner zu berücksichtigen. Bei der Anwendung des Strafrechts muss immer die gesamtgesellschaftliche Sozialmoral in Betracht gezogen werden.<sup>16</sup> Unter Zugrundelegung dieses Gedankens könnte man sich die folgende Frage stellen: Wäre es ebenso schwierig, den/die Arzt/Ärztin strafrechtlich in Verantwortung zu nehmen, wenn er/sie selbst die Ressourcenknappheit zu verschulden hätte?

Die Debatten solcher ethischen Extremfälle lassen die Grenzen individueller Verantwortlichkeit erkennen. Gerade im Strafrecht scheint es schwierig, eine moralisch und ethisch gerechte Lösung der Verantwortungszuschreibung in Situationen, in denen es eigentlich um strukturelle Probleme geht, zu finden. Auch wenn dieser Punkt die strafrechtlichen Debatten erschwert, sollten wir nicht aufhören, um die individuelle Verantwortung zu ringen. Das kann heißen, sie dort zu beschränken, wo sie inadäquat erscheint, oder auch, nach den richtigen Adressaten innerhalb der Struktur zu suchen. Das heißt aber auch, neben den zweifellos spannenden strafrechtsdogmatischen Fragen rund um die Triage das grundlegende Problem nicht aus den Augen zu verlieren: Wir leben in einer Gesellschaft, die unserem Handeln immer mehr strukturell bedingte Grenzen setzt. Diese Strukturen lassen sich nicht ohne weiteres auflösen oder gar einem Einzelnen zuschreiben. Dennoch sind wir als Gesellschaft und auch in unserer Selbstwahrnehmung auf die Möglichkeit individueller Verantwortung angewiesen. Auch für dieses Dilemma müssen wir immer wieder neue Antworten finden, sowohl in unserer Eigenschaft als (Straf)Rechtswissenschaftler/innen als auch als Mitglieder/innen dieser Gesellschaft, die diese Strukturen immer wieder hinterfragen und kritisieren müssen.

<sup>16</sup> Beck, Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik, in: Hilgendorf (Hg.), *Autonome Systeme und Mobilität*, S. 117 (124).