

THE CRIMINAL TREATMENT OF "TRIAGE" IN GERMAN LAW

Bernd Heinrich

*Doctor of Law, Professor at Faculty of Law of Eberhard-Karls-University
Tübingen, Germany,
Honored member of Union of Law Scientists*

Email: bernd.heinrich@jura.uni-tuebingen.de

ABSTRACT

This article shows that there are various forms of "triage" that are to be treated differently from a legal point of view. In the case of "ex-ante" triage, there is a justification of a conflict of duties if the physician can only save one of several dying patients, and he/she is free in his/her choice and subject only to his/her conscience of which patient to save. In contrast, the cases of "ex-post" triage and "preventive" triage need to be assessed differently. Here, the physician is prohibited from removing a patient who is already connected to the ventilator in order to make the ventilator available to another patient ("ex-ante" triage) or not connecting a patient to the ventilator because it is expected that another patient who needs the ventilator in the same way could be admitted soon ("preventive triage"). It is further shown that extraneous considerations or improper motives in connection with the selection of patients to be rescued in triage situations cannot lead to a different evaluation if the physician is fundamentally free in his decision. A corresponding subjective selection on the basis of extraneous considerations can – if there are corresponding criminal offenses, which would first have to be created – lead to an independent discrimination or corruption offense but does not constitute a crime of manslaughter.

KEYWORDS: Triage, Duty, Collision

DIE STRAFRECHTLICHE BEHANDLUNG DER „TRIAGE“ IM DEUTSCHEN RECHT

Bernd Heinrich

*Doktor der Rechte, Professor der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen, Deutschland,
hrenmitglied der Assoziation der Rechtswissenschaftler*

STICHWORTE: Triage, Pflicht, Kollision

I. EINLEITUNG

Die Corona-Pandemie, die Deutschland spätestens im März 2020 erreichte, hat die Rechtsfigur der „rechtfertigenden Pflichtenkollision“, die zu den klassischen Materien des allgemeinen Teils des Strafrechts zählt, um eine neue Facette bereichert. Es geht dabei um die Frage, ob und inwieweit sich Ärzte wegen Totschlages oder Körperverletzung (durch Unterlassen) strafbar machen können, wenn die medizinischen Kapazitäten (konkret: die zur Verfügung stehenden Beatmungsgeräte) nicht ausreichen, um den in eine medizinische Einrichtung eingelieferten Patienten eine ausreichende medizinische Versorgung zu gewährleisten. Im „klassischen“ Fall steht in einer Klinik nur ein Beatmungsgerät zur Verfügung und es werden zur selben Zeit zwei Personen eingeliefert, deren Leben jeweils nur dadurch gerettet werden kann, dass sie an das Beatmungsgerät angeschlossen werden. Der diensthabende Arzt hat nun aber regelmäßig

die Verpflichtung, beide ankommenden Patienten ausreichend zu versorgen. Tut er dies nicht und stirbt ein Patient infolge mangelhafter oder ausgebliebener ärztlicher Behandlung, so liegt – bei entsprechendem Vorsatz – eine Tötung durch Unterlassen seitens des Arztes nahe. Der Arzt kann im oben geschilderten Fall nun aber nicht beide Patienten retten, da er ja nur ein Beatmungsgerät zur Verfügung hat, und er muss insofern einen der Patienten sterbenlassen. Es stellt sich somit unweigerlich die Frage, ob er für den Tod des anderen Patienten strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann. Da aber niemand dazu verpflichtet ist, Unmögliches zu leisten, muss eine strafrechtliche Haftung in diesem Zusammenhang im Ergebnis ausscheiden. Man muss sich nur fragen, auf welcher Ebene der Strafbarkeit (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld) man eine entsprechende Freistellung von Strafe erreicht. Diskutiert wird das Thema unter dem aus dem medizinischen Kontext stammenden* Schlüsselwort der

* Der Begriff der Triage hat seinen Ursprung in der Militärmedizin. Dort bezeichnet er ein (Auswahl-) Verfahren, nach welchem sich eine (medizinische) Hilfeleistung richten muss, wenn in Kriegs- und Notfallzeiten die Zahl der hilfsbedürftigen Personen die personellen oder materiellen Ressourcen der Hilfskräfte übersteigt; vgl. Kern, B.-R. und Rehborn, M., in: Laufs, A., Kern, B.-R. und Rehborn, M., Hrsg., 2019. Handbuch des Arztrechts. 5. Aufl. München: C.H. Beck, § 21 Rn. 24; Rönnau, T. und Wegner, K., 2020. Grundwissen Strafrecht: Triage. Juristische Schulung, S. 403; Sowada, C., 2020. Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise. Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 452.

„Triage“,^{*} welche die bisher vorwiegend in den juristischen Lehrbüchern vorkommende Problematik der rechtfertigenden Pflichtenkollision aus dem Dornröschenschlaf erweckt hat.^{**}

Die in Deutschland derzeit glücklicherweise noch nicht aktuelle Notlage erlangte in anderen Ländern Europas zu Beginn des Jahres 2020 leider bereits traurige Bedeutung und löste daher hierzulande bereits früh eine intensive Diskussion – insbesondere in der deutschen Strafrechtswissenschaft¹ – aus, auf welcher Ebene der strafrechtlichen Prüfung man welche Arten der „Triage“ berücksichtigen kann und ob es verbindliche Kriterien gibt oder geben sollte,

aufgrund derer ein Arzt in einer solchen Notlage zu entscheiden hat. Auch ist weiter zu fragen, ob diese verbindlichen Kriterien, sofern man sie als erforderlich ansieht, gerade durch den Gesetzgeber zu schaffen sind,^{***} ob sie durch die Rechtsprechung oder die Literatur entwickelt werden können oder ob der Arzt letztlich in seiner Entscheidung frei und nur seinem Gewissen unterworfen sein soll.

II. FORMEN DER TRIAGE

Vom Grundsatz her sind drei Formen der Triage voneinander zu unterscheiden: Als

* Der Begriff entstammt dem französischen trier (sortieren, aussuchen, auslesen).

** Vgl. zu dieser Thematik allerdings bereits die im Jahre 2008 erschienene Schrift von Brech, A., 2008. Triage und Recht Patientenauswahl beim Massenansturm Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen. Berlin: Duncker & Humblot; ferner ebenfalls aus früherer Zeit Scholten, K., 2011. Triage Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen. Hamburg: Verlag Dr. Kovac.

1 Vgl. zu dieser Frage nur Ast, S., 2020. Quia non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 268; Coca-Vila, I., 2021. Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden? Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion. Goldammer's Archiv für Strafrecht, S. 446; Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin. Neue Juristische Wochenschrift, S. 1398; Gaede, K., Kubiciel, M., Saliger, F. und Tsambikakis, M., 2020. Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation. Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 129; Hoven, E., 2020. Die Triage – Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft. Juristenzeitung, S. 449; Hoven, E. und Hahn, J., 2020. Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie. Juristische Arbeitsblätter, S. 481; Jäger, C. und Gründel, J., 2020. Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 151; Jansen, S., 2021. Pflichtenkollision bei Triage-Entscheidungen. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2021, S. 155; Lindner, J., 2020. Kann eine Empfehlung des Deutschen Ethikrates einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 Satz 1 StGB begründen?. Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 199; Lindner, J., 2020. Die Triage im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte. Zeitschrift Medizinrecht, S. 723; Merkel, R. und Augsberg, S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 704; Rönnau, T. und Wegner, K., 2020. Grundwissen Strafrecht: Triage. Juristische Schulung, S. 403; Sowada, C., 2020. Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise. Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 452; Sternberg-Lieben, D., 2020. Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision. Zeitschrift Medizinrecht, S. 627; Streng-Baunemann, A., 2021. Corona – Triage verfassungsrechtliche und strafrechtliche Perspektive. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, S. 170; Taupitz, J., 2020. Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise Wer darf überleben?. Zeitschrift Medizinrecht, S. 440; Waßmer, M., 2021. Die strafrechtlichen Implikationen der Triage. Juristische Arbeitsblätter, S. 298.

*** So die Forderung von Gaede, K., Kubiciel, M., Saliger, F. und Tsambikakis, M., 2020. Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation. Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 129, 130; dagegen Merkel, R. und Augsberg, S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 705.

„klassische“ Form der Triage gilt die bereits oben genannte Situation der sog. „ex-ante“-Triage, in welcher ein Arzt zwei Notfallpatienten, die zur gleichen Zeit in die Klinik eingeliefert werden, das erforderliche Beatmungsgerät zur Verfügung stellen müsste, er aber nur eines dieser Geräte in Anspruch nehmen kann (unten III.). Daneben kennt man aber auch die Situation der sog. „ex-post“-Triage, in welcher bereits ein Patient an ein Beatmungsgerät angeschlossen ist, der aber nur geringe Überlebenschancen besitzt und sich nun die Frage stellt, ob der Arzt einem solchen Patienten dieses Beatmungsgerät wieder entziehen darf, um es einem anderen Patienten mit einer (möglicherweise) höheren Überlebenschancen zur Verfügung zu stellen (unten IV).^{*} Darüber hinaus wird noch eine dritte Form der Triage, die sog. „präventive Triage“ diskutiert, die sich dadurch auszeichnet, dass einem eingelieferten Patienten mit geringer Überlebenschance der Anschluss an ein Beatmungsgerät verwei-

gert wird, da voraussichtlich bald Patienten mit höherer Überlebenschancen eingeliefert werden, die das Beatmungsgerät ebenso dringend benötigen, bei gleichzeitiger Einlieferung aber vorrangig berücksichtigt werden könnten (unten V).² Während die „ex-ante“-Triage im allgemeinen als Problem der rechtfertigenden Pflichtenkollision angesehen wird, sollen die „ex-post“-Triage und die „präventive“ Triage nach überwiegender Ansicht rechtlich unzulässig sein.

III. DIE RECHTLICHE BEHANDLUNG DER „EX-ANTE“-TRIAGE

Die „ex-ante“-Triage wird in der deutschen wissenschaftlichen Literatur grundsätzlich als zulässig angesehen. Man erblickt hierin überwiegend einen Fall der „Pflichtenkollision“, die nach herrschender Ansicht zu einer Rechtfertigung des Arztes führt.³ Die Gegenansicht

* Kritisch zur Verwendung dieser Begriffe Jäger, C. und Gründel, J., 2020. Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 152, die stattdessen die Begriffe Aufnahmetriage und Fortsetzungstriage vorschlagen; in diese Richtung auch Sowada, C., 2020. Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise. Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 452.

2 Vgl. hierzu Coca-Vila, I., 2021. Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden? Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion. Goldammer's Archiv für Strafrecht, S. 457; Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin. Neue Juristische Wochenschrift, S. 1401; Merkel, R. und Augsberg, S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 706; Rönnau, T. und Wegner, K., 2020. Grundwissen Strafrecht: Triage. Juristische Schulung, S. 406 f.; Waßmer, M., 2021. Die strafrechtlichen Implikationen der Triage. Juristische Arbeitsblätter, S. 299.

3 Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin. Neue Juristische Wochenschrift, S. 1400 f.; Gaede, K., Kubiciel, M., Saliger, F. und Tsambikakis, M., 2020. Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation. Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 132; Hoven, E. und Hahn, J., 2020. Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie. Juristische Arbeitsblätter, S. 482; Jäger, C. und Gründel, J., 2020. Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 152 f.; Merkel, R. und Augsberg, S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 706; Sowada, C., 2020. Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise. Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 453 f.; vgl. auch Bundesgerichtshof, Beschluss vom 30.7.2003 5 StR 221/03, Amtliche Sammlung Band 48, S. 311.

sieht in den Fällen der Pflichtenkollision allerdings lediglich einen Entschuldigungsgrund als gegeben an.⁴ Die Detailfragen, nach welcher der Arzt in Fällen der Pflichtenkollision seine Entscheidung zu treffen hat, sind aber umstritten. Hier reicht das Meinungsspektrum von einer grundsätzlichen Freiheit des Arztes zu entscheiden, welchem von mehreren in gleicher Weise gefährdeten Patienten die rettende Behandlung zugute kommen soll, bis hin zu verbindlichen Vorgaben, nach denen sich der Arzt zu richten hat und die seine Entscheidungskompetenz beschränken, ihm dadurch aber auch eine gewisse Rechtssicherheit gewährleisten sollen.*

Bevor auf diese Frage eingegangen wird, ist aber zuerst ein Blick auf die „klassischen“ Fälle der Pflichtenkollision zu werfen und auch hier zu fragen, ob es verbindliche Kriterien gibt, die dem Handelnden vorgeben, welche von verschiedenen Personen bei der Rettung ein Vorrang einzuräumen ist. Betrachtet man den „Standardfall“,⁵ dass ein

Vater mit seinem Sohn, seiner Tochter und deren Freund, die allesamt sechs Jahre alt und Nichtschwimmer sind, in einem gemieteten Tretboot auf einen See hinausfährt, dort kentert und er zutreffend erkennt, dass es ihm nur möglich sein wird, eines der Kinder zu retten, wird im Hinblick auf die Tötung der anderen Kinder jedenfalls der Tatbestand der Tötung durch Unterlassen in zwei Fällen als erfüllt angesehen (denn immerhin wäre es dem Vater möglich gewesen, auch ein anderes Kind zu retten, was er auch wusste).** Die Konfliktsituation wird aber – jedenfalls von der überwiegenden Ansicht – auf Rechtfertigungsebene insoweit berücksichtigt, als man dem Vater den Rechtfertigungsgrund der „rechtfertigenden Pflichtenkollision“ zur Seite stellt. Stellt man nämlich auf das Gesamtgeschehen ab, so konnte der Vater nur eines der Kinder, nicht aber alle drei Kinder retten. Insofern kann aber die Tötung der beiden anderen Kinder (durch Unterlassen) kein Unrecht darstellen,⁶ weshalb der Lösung, dass hier

4 Momsen, C. und Savic, L., in: v. Heintschel-Heinegg, B., 1.11.2020. Beck16 scher Online-Kommentar. Strafgesetzbuch. 48. Ed. München: C.H. Beck, § 34 Rn. 24; Fischer, T., 2022. Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Kommentar. 69. Aufl. München: C.H. Beck, Vor § 32 Rn. 11a; Jescheck, H.-H. und Weigend, T., 1996. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin: Dunker & Humblot, § 33 V 1c, 2; Paeffgen, H.-U. und Zabel, B., in: Kindhäuser, U., Neumann, U. und Paeffgen, H.-U., Hrsg., 2017. Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, Vor §§ 32 ff. Rn. 174.

* Kritisch zur letztgenannten Ansicht Ast, S., 2020. *Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht.* Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 268, 274, der davon ausgeht, selbst wenn der Gesetzgeber bestimmte Auswahlkriterien festschreibe, seien diese strafrechtlich nicht verbindlich.

5 Vgl. hierzu Heinrich, B., 2019. Strafrecht Allgemeiner Teil. 6. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, Rn. 513.

** Anders nur Freund, G. und Rostalski, F., 2019. Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin: Springer, § 6 Rn. 96 ff.; Freund, G., in: Erb, V. und Schäfer, J., Hrsg., 2020. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 4. Aufl. München: C.H. Beck, § 13 Rn. 196 f., die bereits die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens ausschließen wollen.

6 So im Ergebnis Erb, V., 2010. Der rechtfertigende Notstand. Juristische Schulung, S. 29; Jäger, C., 2021. Examensrepetitorium Strafrecht. Allgemeiner Teil. 10. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, Rn. 209 f.; Kretschmer, J., 2015. Notwehr (§ 32 StGB) und Unterlassen (§ 13 StGB) eine wechselseitige Beziehung zweier Rechtsfiguren. Juristische Arbeitsblätter, S. 592; Krey, V. und Esser, R., 2020. Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 6. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, Rn. 630 ff.; Küper, W., 2016. Probleme der defizitären rechtfertigenden Pflichtenkollision. Juristische Schulung, S. 1072; Küper, W., 2018. Kollidierende Pflichtenmehrheit oder singuläre Pflichteinheit? Zur Rekonstruktion und Rehabilitierung der rechtfertigenden Pflichtenkollision. Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, München: C.H. Beck, S. 67; Otto, H., 2005. Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlicher gleichrangiger Interessen. Juristische Ausbildung, S. 471 f.; Rengier, R., 2020. Strafrecht Allgemeiner Teil. 12. Aufl. München: C.H. Beck, § 49 Rn. 41; Rönnau, T., 2013. Grundwissen Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision. Juristische Schulung, S. 113 ff.; Roxin, C. und Greco, L., 2020. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre.

nur eine Entschuldigung, nicht aber eine Rechtfertigung des Handelnden vorliegt,⁷ nicht zu folgen ist. Denn das Recht kann vom Täter keine unmöglichen Verhaltensweisen verlangen („impossibilia nulla obligatio est“).

Eine solche Rechtfertigung soll aber nur dann vorliegen, wenn es sich um die Kollision

gleichrangiger Verhaltenspflichten handelt.⁸ Im eben genannten Fall der Bootsfahrt kollidieren im Hinblick auf die beiden eigenen Kinder zwei gleichrangige Handlungspflichten.* Rettet der Vater seinen Sohn, kann das Unterlassen der Rettung der Tochter nicht rechtswidrig sein. Auch auf die Motivation

5. Aufl. München: C.H. Beck, § 16 Rn. 119; Satzger, H., 2010. Die rechtfertigende Pflichtenkollision. Juristische Ausbildung, S. 753; Sternberg-Lieben, D., in: Schönke, A. und Schröder, H., Begr., 2019. Strafgesetzbuch. Kommentar. 30. Aufl. München: C.H. Beck, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 73.

7 So eine Minderansicht in der Literatur; vgl. Momsen, C. und Savic, L., in: v. Heintschel-Heinegg, B., 1.11.2020. Beck17 scher Online-Kommentar. Strafgesetzbuch. 48. Ed. München: C.H.Beck, § 34 Rn. 24; Fischer, T., 2022. Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Kommentar. 69 Aufl. München: C.H.Beck, Vor § 32 Rn. 11a; Jescheck, H.-H. und Weigend, T., 1996. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin: Dunker & Humblot, § 33 V 1c, 2; Paeffgen, H.-U. und Zabel, B., in: Kindhäuser, U., Neumann, U. und Paeffgen, H.-U., Hrsg., 2017. Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, Vor §§ 32 ff. Rn. 174.

8 Bundesgerichtshof, Beschluss vom 28.5.2002 5 StR 16/02, Amtliche Sammlung, Band 47, S. 322; Bundesgerichtshof, Beschluss vom 30.7.2003 5 StR 221/03, Amtliche Sammlung, Band 48, S. 311; Mitsch, W., in: Baumann, J., Weber, U., Mitsch, W. und Eisele, J., 2016. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 12. Aufl. Berlin: Giesecking, § 21 Rn. 101; Gropp, W. und Sinn, A., 2021. Strafrecht Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin: Springer, § 5 Rn. 329; Joecks, W. und Jäger, J., 2021. Studienkommentar StGB. 13. Aufl. München: C.H. Beck, § 13 Rn. 74 ff.; Kindhäuser, U. und Hilgendorf, E., 2019. Strafgesetzbuch. Lehr – und Praxiskommentar. 8. Aufl. Baden-Baden: Nomos, § 34 Rn. 60; Kindhäuser, U. und Zimmermann, T., 2021. Strafrecht Allgemeiner Teil. 10. Aufl. Baden-Baden: Nomos, § 18 Rn. 6; Krey, V. und Esser, R., 2020. Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 6. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, Rn. 633; Kühl, K., 2017. Strafrecht Allgemeiner Teil. 8. Aufl. München: Vahlen, § 18 Rn. 137; Küper, W., 1987. Grundsatzfragen der Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. Juristische Schulung, S. 89f.; Küper, W., 2018. Kollidierende Pflichtenmehrheit oder singuläre Pflichteinheit? Zur Rekonstruktion und Rehabilitierung der rechtfertigenden Pflichtenkollision. Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, München: C.H. Beck, S. 74 ff.; Lackner, K. und Kühl, K., 2018. Strafgesetzbuch mit Erläuterungen. 29. Aufl. München: C.H. Beck, § 34 Rn. 15; Rönnau, T., in: Cirener, G. u.a., Hrsg., 2020 ff. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. 13. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, Vor § 32 Rn. 117; Erb, V., in: Erb, V. und Schäfer, J., Hrsg., 2020. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 4. Aufl. München: C.H. Beck, § 34 Rn. 47; Schlehofer, H., in: Erb, V. und Schäfer, J., Hrsg., 2020. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 4. Aufl. München: C.H. Beck, Vor § 32 Rn. 260; Neumann, U., 2001. Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden Pflichtenkollision. Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin, New York: De Gruyter, S. 430ff.; Otto, H., 2004. Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre. 7. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, § 8 Rn. 203; Otto, H., 2005. Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen. Juristische Ausbildung, S. 472; Rengier, R., 2020. Strafrecht Allgemeiner Teil. 12. Aufl. München: C.H. Beck, § 49 Rn. 41 f.; Rönnau, T., 2013. Grundwissen Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision. Juristische Schulung, S. 114; Roxin, C. und Greco, L., 2020. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl. München: C.H. Beck, § 16 Rn. 118, 122; Satzger, H., 2010. Die rechtfertigende Pflichtenkollision. Juristische Ausbildung, S. 754; Sternberg-Lieben, D., in: Schönke, A. und Schröder, H., Begr., 2019. Strafgesetzbuch. Kommentar. 30. Aufl. München: C.H. Beck, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 73; Rosenau, H., in: Satzger, H., Schluckebier, W. u. Widmaier, G., Hrsg., 2020. Strafgesetzbuch Kommentar. 5. Aufl. Köln: Carl Heymanns, Köln, Vor §§ 32 ff. Rn. 59.

* Vgl. zur Kollision zweier gleichrangiger Unterlassungspflichten bzw. einer gleichrangigen Handlungs – und Unterlassungspflicht Otto, H., 2005. Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlicher gleichrangiger Interessen. Juristische Ausbildung, S. 472 ff.; Rengier, R., 2020. Strafrecht Allgemeiner Teil. 12. Aufl. München: C.H. Beck, § 49 Rn. 43 ff.; Rönnau, T., 2013. Grundwissen Strafrecht:

des Vaters, warum er den Sohn und nicht die Tochter rettet (etwa deswegen, weil er Jungen für grundsätzlich höherwertiger ansieht als Mädchen oder weil er seiner Frau „eins auswischen“ möchte, da diese die Tochter immer bevorzugt) kann es nicht ankommen.⁹ Lediglich dann, wenn der Vater gar nichts unternimmt und tatenlos zusieht wie beide Kinder ertrinken, kann ihm strafrechtlich ein Vorwurf gemacht werden.

Bei der Kollision ungleicher Verhaltenspflichten muss der Täter hingegen die „höherwertige“ Pflicht erfüllen.¹⁰ Geht man

insoweit davon aus, dass die Garantenpflicht aus persönlicher Verbundenheit (eigene Kinder) gegenüber der Garantenpflicht aus freiwilliger Gewährensübernahme (Freund) als höherrangig angesehen ist,¹¹ würde die Rettung des Freundes (verbunden mit der gleichzeitigen Nichtrettung der eigenen Kinder) bezüglich der beiden eigenen Kinder jeweils einen Totschlag durch Unterlassen darstellen. Über die Frage, welche von mehreren Handlungspflichten nun höherrangig ist und es ein gewisses „Ranking“ der Garantenpflichten gibt, kann freilich tref-

Rechtfertigende Pflichtenkollision. Juristische Schulung, S. 113 f.; ablehnend zur Kollision verschiedener Unterlassungspflichten Gropp, W. und Sinn, A., 2021. Strafrecht Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin: Springer, § 5 Rn. 311; Jakobs, G., 1991. Strafrecht Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, 15/15a; Kindhäuser, U. und Zimmermann, T., 2021. Strafrecht Allgemeiner Teil. 10. Aufl. Baden-Baden: Nomos, § 18 Rn. 2; Roxin, C. und Greco, L., 2020. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl. München: C.H. Beck, § 16 Rn. 117; Satzger, H., 2010. Die rechtfertigende Pflichtenkollision. Juristische Ausbildung, S. 754 f.; ablehnend zur Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflichten auch Krey, V. und Esser, R., 2020. Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 6. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, Rn. 630.

9 Neumann, U. und Zabel, B., in: Kindhäuser, U., Neumann, U. und Paefgen, H.-U., Hrsg., 2017. Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, § 34 Rn. 132a; Rönnau, T., 2013. Grundwissen Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision. Juristische Schulung, S. 113; Roxin, C. und Greco, L., 2020. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl. München: C.H. Beck, § 16 Rn. 121; Sternberg-Lieben, D., in: Schönke, A. und Schröder, H., Begr., 2019. Strafgesetzbuch. Kommentar. 30. Aufl. München: C.H. Beck, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 77; Sternberg-Lieben, D., 2004. Rationierung im Gesundheitswesen Gedanken aus (straf)rechtlicher Sicht. Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag. Bielefeld: Giesecking, S. 80 f. Fn. 89; Zimmermann, T., 2009. Rettungstötungen. Baden-Baden: Nomos, S. 142 ff. Fn. 550.

10 Erb, V., 2010. Der rechtfertigende Notstand. Juristische Schulung, S. 20; Kindhäuser, U. und Zimmermann, T., 2021. Strafrecht Allgemeiner Teil. 10. Aufl. Baden-Baden: Nomos, § 18 Rn. 5; Küper, W., 2016. Probleme der defizitären rechtfertigenden Pflichtenkollision. Juristische Schulung, S. 1072; Rönnau, T., in: Cirener, G. u.a., Hrsg., 2020 ff. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. 13. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, Vor § 32 Rn. 115; Schlehofer, H., in: Erb, V. und Schäfer, J., Hrsg., 2020. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 4. Aufl. München: C.H. Beck, Vor § 32 Rn. 253; Rengier, R., 2020. Strafrecht Allgemeiner Teil. 12. Aufl. München: C.H. Beck, § 49 Rn. 42; Rönnau, T., 2013. Grundwissen Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision. Juristische Schulung, S. 114; Roxin, C. und Greco, L., 2020. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl. München: C.H. Beck, § 16 Rn. 122; Satzger, H., 2010. Die rechtfertigende Pflichtenkollision. Juristische Ausbildung, S. 755; Sternberg-Lieben, D., in: Schönke, A. und Schröder, H., Begr., 2019. Strafgesetzbuch. Kommentar. 30. Aufl. München: C.H. Beck, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 75; Wessels, J., Beulke, W. und Satzger, H., 2021. Strafrecht Allgemeiner Teil. 51. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, Rn. 1213; a. M. Jescheck, H.-H., in: Jähnke, B., Laufhütte, H. W. und Odersky, W., 2003 ff. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, Vor § 13 Rn. 80 (jedenfalls bei nicht abwägbaren Rechtsgütern); Joecks, W. und Jäger, J., 2021. Studienkommentar StGB. 13. Aufl. München: C.H. Beck, § 13 Rn. 77; kritisch auch Stein, U., in: Wolter, J., Hrsg., 2017. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. 9. Aufl. Köln: Carl Heymanns, Vor § 13 Rn. 45.

11 Otto, H., 2004. Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre. 7. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, § 8 Rn. 194; Otto, H., 2005. Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlicher gleichrangiger Interessen. Juristische Ausbildung, S. 479.

flich gestritten werden.

Hinsichtlich der hier zu beurteilenden „ex-ante“-Triage ist es nun aber gerade streitig, ob bei zwei Patienten, zu denen seitens des Arztes keine persönliche Verbundenheit besteht und sich die Garantenpflicht daher lediglich aus dem Behandlungsvertrag oder der „faktischen Übernahme“ der Behandlung ergibt, stets eine solche „gleichrangige“ Garantenpflicht anzunehmen ist oder der Arzt bei seiner Entscheidung gewisse

Kriterien zu beachten hat, welche zu einer „höherrangigen“ Garantenpflicht führen, mit der Folge, dass er nur dann gerechtfertigt handelt, wenn er diese höherrangige Pflicht erfüllt. Kontrovers diskutiert wird dabei insbesondere die Frage, inwieweit die Dringlichkeit¹², das – in Bezug auf die Einlieferung in das Krankenhaus – Prioritätsprinzip¹³, die Erfolgsaussichten einer Rettung¹⁴, die Überlebenswahrscheinlichkeit der jeweiligen Personen¹⁵, das Alter¹⁶

- 12 Zum Kriterium der Dringlichkeit vgl. Ast, S., 2020. *Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht.* Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 269 ff.; Gaede, K., Kubiciel, M., Saliger, F. und Tsambikakis, M., 2020. *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation.* Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 134; Sowada, C., 2020. *Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise.* Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 455 f.
- 13 Vgl. zum Prioritätsprinzip Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. *Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin.* Neue Juristische Wochenschrift, S. 1401; ferner Rönna, T. und Wegner, K., 2020. *Grundwissen Strafrecht: Triage.* Juristische Schulung, S. 405, die hinsichtlich dieses Prinzips auf Abschnitt II, 59, § 4 des Sachsenpiegels hinweisen, sowie (kritisch) Gaede, K., Kubiciel, M., Saliger, F. und Tsambikakis, M., 2020. *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation.* Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 133; Sowada, C., 2020. *Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise.* Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 456.
- 14 Zum Kriterium der Erfolgsaussichten Ast, S., 2020. *Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht.* Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 269 ff.; Gaede, K., Kubiciel, M., Saliger, F. und Tsambikakis, M., 2020. *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation.* Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 133; Hoven, E., 2020. *Die Triage – Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft.* Juristenzeitung, S. 452; Hoven, E. und Hahn, J., 2020. *Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie.* Juristische Arbeitsblätter, S. 482; Jäger, C. und Gründel, J., 2020. *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage.* Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 151; Sowada, C., 2020. *Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise.* Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 455; kritisch Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. *Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin.* Neue Juristische Wochenschrift, S. 1402; Rönna, T. und Wegner, K., 2020. *Grundwissen Strafrecht: Triage.* Juristische Schulung, S. 404; Sternberg-Lieben, D., in: Schönke, A. und Schröder, H., *Begr.*, 2019. *Strafgesetzbuch. Kommentar.* 30. Aufl. München: C.H. Beck, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 74.
- 15 Kritisch hinsichtlich der Überlebenswahrscheinlichkeit Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. *Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin.* Neue Juristische Wochenschrift, S. 1402; Rönna, T. und Wegner, K., 2020. *Grundwissen Strafrecht: Triage.* Juristische Schulung, S. 404.
- 16 Für eine Berücksichtigung des Alters als Kriterium Hoven, E., 2020. *Die Triage – Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft.* Juristenzeitung, S. 450 ff.; dagegen Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. *Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin.* Neue Juristische Wochenschrift, S. 1402; Gaede, K., Kubiciel, M., Saliger, F. und Tsambikakis, M., 2020. *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation.* Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 133 f.; Jäger, C. und Gründel, J., 2020. *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage.* Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 151; Merkel, R. und

(bzw. die potentielle weitere Lebenszeit¹⁷), ein Mitverschulden des Patienten bezüglich der die Notlage auslösenden Situation (d.h. ein Mitverschulden des Patienten an seiner schweren Erkrankung, z.B. bei einer fehlenden Impfung)¹⁸ oder die Tätigkeit des Patienten in einem systemrelevanten Beruf¹⁹ zulässige Bewertungskriterien sein dürfen, die möglicherweise zu einer höher-rangigen Pflicht führen. Einigkeit scheint jedenfalls darin zu bestehen, dass Herkunft, sozialer Status, Ethnie, Religion, Geschlecht oder die politische oder sexuelle Orientierung bei der Entscheidung keine Rolle spielen dürfen.²⁰ Andererseits wurde auch der Vorschlag geäußert, dass in diesen Fällen nicht auf bestimmte Kriterien abgestellt werden dürfe, sondern – jedenfalls in nicht eindeutigen Fällen – schlicht das Los entscheiden solle.²¹

Augsberg, S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 709 f.; Rönnau, T. und Wegner, K., 2020. Grundwissen Strafrecht: Triage. Juristische Schulung, S. 404.

- 17 Für eine Berücksichtigung der Lebenserwartung als Kriterium Hoven, E., 2020. Die Triage – Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft. Juristenzeitung, S. 451 f.; dagegen Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin. Neue Juristische Wochenschrift, S. 1400; Gaede, K., Kubiciel, M., Saliger, F. und Tsambikakis, M., 2020. Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation. Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 133; Merkel, R. und Augsberg, S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 713; hierzu auch Hörnle, T. und Wohlers, W., 2018. The Trolley Problem Reloaded. Wie sind autonome Fahrzeuge für Leben-gegen-Leben-Dilemmata zu programmieren?. Goldammer s Archiv für Strafrecht, S. 28; Taupitz, J., 2020. Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise Wer darf überleben?. Zeitschrift Medizinrecht, S. 448.
- 18 Dafür Schlehofer, H., in: Erb., V. und Schäfer, J., Hrsg., 2020. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 4. Aufl. München: C.H. Beck, Vor §§ 32 ff. Rn. 261; Roxin, C. und Greco, L., 2020. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl. München: C.H. Beck, § 16 Rn. 123; dagegen Rönnau, T., in: Cirener, G. u.a., Hrsg., 2020 ff. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. 13. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, Vor §§ 32 ff. Rn. 122; Neumann, U. und Zabel, B., in: Kindhäuser, U., Neumann, U. und Paeffgen, H.-U., Hrsg., 2017. Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, § 34 Rn. 131; Sowada, C., 2020. Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise. Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 454; vgl. auch Sternberg-Lieben, D., in: Schönke, A. und Schröder, H., Begr., 2019. Strafgesetzbuch. Kommentar. 30. Aufl. München: C.H. Beck, Vorbem. § 32 Rn. 74.
- 19 Ablehnend Jäger, C. und Gründel, J., 2020. Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 162.
- 20 Gaede, K., Kubiciel, M., Saliger, F. und Tsambikakis, M., 2020. Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation. Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 132; Merkel, R. und Augsberg, S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 705; Rönnau, T. und Wegner, K., 2020. Grundwissen Strafrecht: Triage. Juristische Schulung, S. 404.
- 21 Hierzu Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin. Neue Juristische Wochenschrift, S. 1402; Jäger, C. und Gründel, J., 2020. Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 162; Zimmermann, T., 2009. Rettungstötungen. Baden-Baden: Nomos, S. 147 ff., 419 ff.; ablehnend Gaede, K., Kubiciel, M., Saliger, F. und Tsambikakis, M., 2020. Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation. Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 133 Fn. 38; Sowada, C., 2020. Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise. Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 453: offene Kapitulation des Rechts .
- * In diese Richtung Ast, S., 2020. Quia non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 270, wenn er darauf hinweist, dass man das Vorliegen oder Nichtvorliegen

Folgt man diesem Gedanken, dass hier gewisse Kriterien (die möglicherweise durch den Gesetzgeber aufzustellen sind) gegeneinander abzuwägen sind, könnte dies in der Triage-Situation dazu führen, dass eine Nichtbeachtung dieses „Rankings“ zu einer Versagung des Rechtfertigungsgrundes der rechtfertigenden Pflichtenkollision führen könnte. Dies hätte dann aber zur Konsequenz, dass zwingend eine Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen angenommen werden müsste, wenn der Arzt sich nicht an die vorgegebenen Kriterien hält. Folgt man dem Gedanken einer verbindlichen Aufstellung von Kriterien nicht und geht davon aus, dass der Arzt frei entscheiden kann, ist aber jedenfalls zu prüfen, ob im Falle einer Diskriminierung (wegen des Geschlechts, der Rasse, der sexuellen Orientierung etc.) oder wenn finanzielle Erwägungen (z.B. bei einer Bestechung des Arztes) die Entscheidung dominieren, eine Ausnahme zu machen ist und die Entscheidung aufgrund sachfremder Erwägungen zu einem Ausschluss der Rechtfertigung führt.*

Das Anknüpfen an solche verbindlichen Kriterien würde aber letzten Endes zu einer kaum wünschenswerten „Verrechtlichung der Krisensituation“ führen, die für den Arzt nur auf den ersten Blick zu einer Rechtssicherheit führt. Berücksichtigt man die Tatsache, dass in solchen Dilemmasituationen einerseits regelmäßig schnell gehandelt werden muss, der Arzt aber andererseits zu einer umfangreichen Prüfung der Kriterien genötigt werden würde, kann sich dies letztlich zu Lasten aller Patienten auswirken, die auf schnelle Hilfe angewiesen sind. Daher mag die Aufstellung eines solchen Kriterienkataloges zwar sinnvoll sein, um dem Arzt in Dilemmasituationen gewisse Anhaltspunkte für seine Gewissensentscheidung zu geben. Es erscheint aber nicht angezeigt, an

die Nichtbeachtung dieser Kriterien strafrechtliche Konsequenzen zu knüpfen, indem man „höherwertige“ und „geringwertige“ Garantenpflichten festlegt. Insoweit bleibt bei der „ex-ante“-Triage festzuhalten, dass der Arzt im Grundsatz bei einer gleichzeitigen Einlieferung mehrerer Patienten in seiner Entscheidung frei sein muss, welche Patienten er vorrangig behandelt, auch wenn andere Patienten durch die unzureichende oder ausbleibende Behandlung sterben müssen. Ein Vorrang einer Garantenpflicht, der sich an bestimmten Kriterien zu orientieren hat, ist daher abzulehnen. Es liegen daher durchweg „gleichrangige Garantenpflichten“ vor. Dies gilt selbstverständlich nur dann, wenn dem letztlich behandelten Patienten selbst der Tod droht, er also bei einer ausbleibenden Behandlung sterben würde. Droht ihm hingegen lediglich eine körperliche Schädigung, während anderen Patienten der Tod droht, sind diese vorrangig zu behandeln.

IV. DIE RECHTLICHE BEHANDLUNG DER „EX-POST“-TRIAGE

Im Gegensatz zur „ex-ante“-Triage wird bei der „ex-post“-Triage, bei der ein bereits an das Beatmungsgerät angeschlossener Patient von diesem wieder getrennt wird, um das Gerät einem anderen Patienten mit möglicherweise höheren Überlebenschancen zur Verfügung zu stellen, mit der Folge, dass der zuerst behandelte Patient stirbt, regelmäßig davon ausgegangen, dass es sich hier nicht um einen Fall der (gleichrangigen) rechtfertigenden Pflichtenkollision (Kollision zweier Handlungspflichten), sondern um eine Kollision zwischen einer Handlungspflicht (Pflicht zur Rettung eines Patienten) und einer Unter-

bestimmter Kriterien (und dazu könnten dann auch bestimmte Motivlagen zählen) als formelle Rechtfertigungsvoraussetzungen im Rahmen einer Pflichtenkollision berücksichtigen könnte. Missachte man insofern gewisse (formelle oder materielle) Regeln, scheidet eine Rechtfertigung aus.

lassungspflicht (Pflicht zur Unterlassung der aktiven Tötung eines Patienten durch Entzug des Beatmungsgerätes) handelt, weshalb es als rechtswidrig anzusehen sei, einem bereits beatmeten Patienten das Beatmungsgerät aktiv zu entziehen. Dies ist zutreffend, Das Verbot, einen Menschen durch Entzug des Beatmungsgerätes aktiv zu töten geht dem Gebot, sterbenden Menschen zu helfen, im konkreten Fall vor. Den der Patient hat durch den bereits vorgenommenen Anschluss an das Beatmungsgerät einen „gesicherten Status“ im Sinne eines „Vertrauenstatbestandes“

erlangt, der ihm nicht ohne weiteres wieder entzogen werden darf, da es sich dabei um einen Eingriff in eine fremde Persönlichkeitssphäre handeln würde.²² Eine Rechtfertigung auf der Grundlage des § 34 StGB scheidet aus, da eine Tötung eines Menschen durch aktives Tun grundsätzlich unzulässig ist.²³ Menschliches Leben ist im Rahmen des § 34 StGB weder qualitativ noch quantitativ abwägungsfähig. Ein Leben kann ein anderes Leben niemals „wesentlich überwiegen“. Sähe man dies anders, so müsste man sich auch die Frage stellen, ob es nicht erlaubt sein muss,

22 Merkel, R. und Augsberg, S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 704, 711 f.

23 In diese Richtung Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin. Neue Juristische Wochenschrift, S. 1399; Rönnau, T., in: Cirener, G. u.a., Hrsg., 2020 ff. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. 13. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, Vor §§ 32 ff. Rn. 123; Lindner, J., 2020. Kann eine Empfehlung des Deutschen Ethikrates einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 Satz 1 StGB begründen?. Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 199; Merkel, R. und Augsberg, S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 710 ff.; Neumann, U. und Zabel, B., in: Kindhäuser, U., Neumann, U. und Paeffgen, H.-U., Hrsg., 2017. Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, § 34 Rn. 130; Rönnau, T. und Wegner, K., 2020. Grundwissen Strafrecht: Triage. Juristische Schulung, S. 405 f.; Roxin, C. und Greco, L., 2020. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 33; § 22 Rn. 161; Sternberg-Lieben, D., in: Schönke, A. und Schröder, H., Begr., 2019. Strafgesetzbuch. Kommentar. 30. Aufl. München: C.H. Beck, §§ 32 ff. Rn. 74; Rogall, K., in: Wolter, J., Hrsg. 2017. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. 9. Aufl. Köln: Carl Heymanns, Vor § 19 Rn. 59; Sowada, C., 2020. Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise. Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 457 f.; dagegen Ast, S., 2020. Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 274: es bleibe auch hier bei der Kollision zweier gleichrangiger Gebotsnormen; in diese Richtung auch Hoven, E., 2020. Die Triage – Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft. Juristenzeitung, S. 453 f.; Hoven, E. und Hahn, J., 2020. Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie. Juristische Arbeitsblätter, S. 482 f.; Jäger, C. und Gründel, J., 2020. Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 156 ff., die dabei an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Behandlungsabbruch (Bundesgerichtshof, Urteil vom 25.6.2010 2 StR 454/09, Amtliche Sammlung Band 55, S. 191) anknüpfen, letztlich aber neben den Handlungs – und Unterlassungspflichten eine dritte Kategorie der Rettungspflichten anerkennen wollen. Dabei bringen sie auch den Gedanken eines möglichen Tatbestandsausschlusses infolge (kollektiver) Risikoverringerung mit ins Spiel; für eine Zulässigkeit der ex-post – Triage ferner Gaede, K., Kubiciel, M., Saliger, F. und Tsambikakis, M., 2020. Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation. Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 134 f.; Kubiciel, M., Die Triage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion. in: Hilgendorf, E., Hoven, E. und Rostalski, F., Hrsg., 2021. Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft. Baden-Baden: Nomos, S. 228; Taupitz, J., 2020. Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise Wer darf überleben?. Zeitschrift Medizinrecht, S. 446 f. Zuweilen wird in den Fällen der ex post – Triage zwar die Rechtfertigung ausgeschlossen, aber jedenfalls die Möglichkeit einer Entschuldigung bejaht; vgl. Hoven, E., 2020. Die Triage – Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft. Juristenzeitung, S. 454; Taupitz, J., 2020. Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise Wer darf überleben?. Zeitschrift Medizinrecht, S. 447.

einem sterbenden Patienten ein Organ zu entnehmen und dadurch dessen Tod herbeizuführen, wenn dadurch ein anderer Patient, der das Organ dringend benötigt, durch die Organtransplantation gerettet werden könnte.²⁴

V. DIE RECHTLICHE BEHANDLUNG DER „PRÄVENTIVEN“ TRIAGE

Auch in den Fällen der „präventiven“ Triage wird regelmäßig – jedenfalls vom Grundsatz her – eine Verpflichtung des Arztes angenommen, einem Patienten auch dann eine Hilfeleistung zukommen zu lassen (im konkreten Fall: ihn an das einzige Beatmungsgerät anzuschließen), wenn seine Überlebenschancen als gering anzusehen sind, selbst wenn zu erwarten ist, das kurze Zeit später Patienten mit höherer Überlebenschance eingeliefert werden, die das Beatmungsgerät ebenso dringend benötigen.²⁵ Auch wenn dieser später erwartete Patient bei gleichzeitiger Einlieferung vorrangig zu berücksichtigen wäre oder es dem Arzt jedenfalls im Wege seiner freien Entscheidung möglich gewesen wäre, den anderen Patienten zu retten, gilt hier das Prioritätsprinzip. Derjenige, der zuerst eingeliefert wird und Hilfe bedarf, hat einen Anspruch darauf, dass ihm diese Hilfe auch zuteil wird. Denn in dem Moment, indem der Anschluss an das Beatmungsgerät erforderlich ist, besteht die

Situation einer rechtfertigenden Pflichtenkollision gerade noch nicht, sodass eine entsprechende Rechtfertigung versagt.²⁶

VI. EINFLUSS SACHFREMDER ERWÄGUNGEN

Als letztes soll hier noch auf die Frage eingegangen werden, wie zu entscheiden ist, wenn der Arzt bei seiner Entscheidung, welchen Patienten er an das rettende Beatmungsgerät anschließt und welchen nicht, sachfremde Erwägungen zugrunde legt.

Dies ist einerseits dann zu diskutieren, wenn dem Arzt (entweder seitens des Gesetzgebers oder seitens der Standesorganisationen) entgegen der hier vertretenen Ansicht verbindliche Vorgaben gemacht werden, an die er sich aber bei seiner Entscheidung bewusst nicht hält. Man denke nur an den Fall, es würde eine Regelung dahingehend getroffen, dass ausschließlich die Erfolgswahrscheinlichkeit, niemals aber das Alter des Patienten bei der Entscheidung eine Rolle spielen darf. In diesem Fall wäre es fraglich, welche Konsequenzen es hätte, wenn sich der Arzt dennoch für die Rettung eines Kindes anstatt eines Rentners entscheidet, obwohl die Erfolgswahrscheinlichkeit der Rettung des Rentners im konkreten Fall höher einzustufen wäre als diejenige des Kindes. Sieht man die Kriterien als verbindlich an, würde dies dazu führen, dass insoweit ungleichartige Garantienpflichten vorlägen, mit der Folge, dass dem Arzt eine

24 Darauf weist Lindner, J., 2020. Kann eine Empfehlung des Deutschen Ethikrates einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 Satz 1 StGB begründen?. Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 199, zutreffend hin.

25 Vgl. hierzu Coca-Vila, I., 2021. Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden? Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion. Goldammer's Archiv für Strafrecht, S. 457; Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin. Neue Juristische Wochenschrift, S. 1401; Merkel, R. und Augsberg, S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 706; Rönnau, T. und Wegner, K., 2020. Grundwissen Strafrecht: Triage. Juristische Schulung, S. 406 f.; Waßmer, M., 2021. Die strafrechtlichen Implikationen der Triage. Juristische Arbeitsblätter, S. 299.

26 So deutlich Rönnau, T. und Wegner, K., 2020. Grundwissen Strafrecht: Triage. Juristische Schulung, S. 406 f.

Rechtfertigung versagt würde. Aus den oben genannten Gründen ist dies aber, wie bereits ausgeführt, abzulehnen.

Die Verfolgung sachfremder Motive ist aber auch und gerade dann denkbar, wenn man davon ausgeht, dass dem Arzt in Fällen der ex-ante – Triage eine freie Entscheidungsgewalt zukommt. Es stellt sich dann die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn er bei dieser freien Entscheidung z.B. der Hautfarbe, der Herkunft oder dem Geschlecht der jeweils zu rettenden Person eine zentrale Bedeutung zumisst (ich rette lieber Deutsche statt Ausländer) oder wenn er denjenigen rettet, der für seine Rettung am meisten bezahlt.

Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass der Arzt stets eine entsprechende Rechtspflicht (Garantenpflicht) besitzt, den Tod eines Patienten zu verhindern und seine Gesundheit wiederherzustellen.²⁷ Diese folgt meist aus dem Behandlungsvertrag oder jedenfalls bei der Aufnahme von Notfallpatienten aus faktischer Übernahme. Verletzt der Arzt diese Pflicht außerhalb einer Triage-Situation, rettet er also einen Patienten nicht, obwohl ihm eine Rettung möglich wäre, kommt es im Hinblick auf eine Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen auf seine Motive, warum er eine erforderliche Rettung unterlässt, nicht an.

Fraglich ist nun aber, welche Folgen ein Handeln aus sachfremden Motiven in einer ex-ante – Triage-Situation hat. Möglich erscheint es nämlich, dass ein Arzt in dieser Dilemma-Situation nicht rein objektiv, sondern nach subjektiven Gesichtspunkten entscheidet, wobei sich allerdings schon an

dieser Stelle die Frage stellt, ob eine objektive Entscheidung zwischen zwei Personen, sofern es um Leben oder Sterben geht, überhaupt möglich ist. Auch hier dürfte nämlich stets davon auszugehen sein, dass im Hinblick auf die getroffene Entscheidung unbewusste Gesichtspunkte eine Rolle spielen können, die rechtlich kaum überprüfbar sind. Andererseits können Entscheidungen aber auch aufgrund subjektiver Gesichtspunkte bewusst getroffen werden, ohne dass dies zwingend als verwerflich anzusehen ist (Bsp.: Der Arzt rettet ganz bewusst denjenigen Patienten, der sich hinsichtlich seiner Infektion nicht fahrlässig verhalten hat). Schon in diesen Bereichen stellt sich dann die Frage, ob sich das Strafrecht hier einmischen darf oder ob es jedenfalls bis zu einem gewissen Punkt solche subjektiv getroffenen Entscheidungen akzeptieren muss. Denn gerade wenn dem Arzt in dieser Dilemma-Situation die freie Entscheidung überlassen bleibt, wäre es kaum angezeigt, jegliche subjektive Wertung mit der Brille des Strafrechtes durchleuchten (und korrigieren) zu wollen.

Dafür, dass sich einem Arzt Manipulationsmöglichkeiten bieten und bei bestimmten Entscheidungen in Mangelsituationen auch ein unlauteres Vorgehen denkbar ist, ist auf Vorkommnisse zu verweisen, die in Deutschland in jüngster Zeit eine juristische Diskussion (nicht nur) im Bereich des Medizinstrafrechts ausgelöst haben. Erinnerung soll hier an die Manipulationen im Rahmen der Verteilung von postmortal gespendeten Lebern (Leberallokationsfall)²⁸: In dem zu

27 Vgl. hierzu nur Ast, S., 2020. *Quieta non movere?* Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht. *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, S. 268.

28 Bundesgerichtshof, Urteil vom 28.6.2017 5 StR 20/16, Amtliche Sammlung, Band 62, S. 223; hierzu Ast, S., 2017. *Die Manipulation der Organallokation. Das Vereiteln von Rettungshandlungen als mittelbare Täterschaft. Höchstrichterliche Rechtsprechung in Strafsachen*, S. 500; Duttge, G., 2018. *Manipulationen in der Transplantationsmedizin und die Frage nach ihrer angemessenen Sanktionierung. Zeitschrift für Lebensrecht*, S. 130; Greco, L., 2018. *Objektive Zurechnung als Vorsatzgegenstand? Überlegungen aus Anlass des BGH-Urteils zum Göttinger Transplantationsskandal (BGHSt 62, 223)*. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, S. 539; Henckel, C., 2018. *Zur Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG bei normbezogenen*

beurteilenden Fall hatte ein verantwortlicher Arzt eines Transplantationszentrums unter anderem Patienten betreut, die auf eine Leberspende warteten. Der für die Vermittlung von Spenderlebern zuständigen Stiftung Eurotransplant meldete er u.a. mehrere seiner Patienten wahrheitswidrig als Dialysepatienten. Dadurch erlangten diese deutlich bessere Rangplätze auf der Warteliste, was zur Folge hatte, dass ihnen schneller ein Organ zugeteilt wurde, was notwendig dazu führte, dass die bei zutreffenden Angaben an sich vor ihnen stehenden Patienten nach hinten verdrängt wurden und demnach länger auf eine Spenderleber warten mussten. Dabei konnte angesichts der bekannten Knappheit der Spenderorgane nicht ausgeschlossen werden, dass die durch die Manipulation in der Warteliste nach hinten gerückten Patienten gerade wegen ihrer schlechteren Listenposition keine Spenderleber mehr bekommen und deshalb versterben konnten. Der BGH sprach den

Arzt hier frei, weil ihm einerseits lediglich eine formale Verletzung von in den Richtlinien der Bundesärztekammer normierten Bestimmungen vorgeworfen werden konnte und ihm andererseits ein Tötungs – oder Körperverletzungsvorsatz nicht nachzuweisen war. Interessant ist der Fall auch deswegen, weil der Arzt sein Vorgehen damit erklärte, dass schließlich bekannt sei, dass auch andere Ärzte regelmäßig Manipulationen zu Gunsten ihrer eigenen Patienten vornehmen würden.

Während man sich in dieser Konstellation hinsichtlich der Verwerflichkeit des Handelns des Arztes trefflich streiten kann, sind aber die bereits genannten Fälle, in denen ein Arzt seine Entscheidung an der Herkunft, dem sozialen Status, der Ethnie, der Religion, des Geschlechts oder der politischen oder sexuellen Orientierung ausrichtet, eindeutig in den Bereich sachfremder und dadurch unlauterer Motive einzuordnen.²⁹ In gleicher Weise als verwerflich anzusehen ist auch das Handeln

Tatbeständen. Höchstrichterliche Rechtsprechung in Strafsachen, S. 273; Hoven, E., 2017. Praxiskommentar zum Urteil des BGH vom 28 Juni 2017 (5 StR 20/16) Freispruch im Göttinger Transplantations-Skandal. Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 707; Jäger, C., 2017. Der Transplantationsskandal: Moralisch verwerflich, aber straflos?. Juristische Arbeitsblätter, S. 873; Jansen, S., 2018. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28. Juni 2017 5 StR 20/16. Zeitschrift Medizinrecht, S. 32; Kraatz, E., 2019. Aus der Rechtsprechung zum Arztstrafrecht 2017/2018 2. Teil. Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport, S. 68; Kudlich, H., 2017. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28. Juni 2017 (5 StR 20/16) Zu Manipulationen bei der Organverteilung (Leberallokationsskandal). Neue Juristische Wochenschrift, S. 3255; Otto, G. und Rissing-van Saan, R., 2018. Das BGH-Urteil zum Transplantationsskandal aus medizinischer Sicht. Zeitschrift Medizinrecht, S. 543; Rissing-van Saan, R. und Verrel, T., 2018. Das BGH-Urteil vom 28. Juni 2017 (5 StR 20/16) zum sog. Transplantationsskandal eine Schicksalsentscheidung?. Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 57; Rosenau, H. und Lorenz, H., 2018. Der Schlussakt des Göttinger Organallokationsskandals Neues, Bekanntes und (zu) viel Offenes. Juristische Rundschau, S. 168; Schroth, U. und Hofman, E., 2018. Die strafrechtliche Beurteilung der Manipulation von Organzuteilungsentscheidungen in einem fragwürdigen System. Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 3; Schroth, U. und Hofmann, E., 2018. Zur gegenwärtigen Diskussion über die Strafbarkeit der Manipulation bei der Organverteilung. Strafverteidiger, S. 747; Spickhoff, A., 2019. Haftung und Organtransplantation. Zeitschrift für Lebensrecht, S. 93; Sternberg-Lieben, D. und Sternberg-Lieben, I., 2018. Versuchter Totschlag durch Manipulation der Organzuteilung für Transplantationen?. Juristenzeitung, S. 32; vgl. auch die Vorinstanz Landgericht Göttingen, Urteil vom 6.5.2016 6 Ks 4/13, Zeitschrift für Medizinstrafrecht 2016, S. 249; hierzu Haas, V., 2016. Strafbarkeit wegen (versuchten) Totschlages durch Manipulation von Patientendaten im Bereich der Leberallokation?. Höchstrichterliche Rechtsprechung in Strafsachen, S. 384; Hess, R., 2017. Die rechtliche Einordnung der Transplantationsrichtlinien der Bundesärztekammer. Festschrift für Franz-Josef Dahm. Berlin: Springer, S. 231; Rosenau, H., 2016. Informationelle Vernetzung der Medizin als Herausforderung für das Strafrecht am Beispiel der Strafbarkeit bei der Manipulation der Organallokation. Zeitschrift Medizinrecht, S. 706.

29 Gaede, K., Kubiciel, M., Saliger, F. und Tsambikakis, M., 2020. Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation. Zeitschrift für Medizinstrafrecht, S. 129, 132; Merkel, R. und Augsberg,

gegen (zusätzliches) Entgelt. So liegt es durchaus nahe und ist menschlich sicherlich auch nachvollziehbar dass Angehörige einer in ein Krankenhaus eingelieferten Person in Kenntnis der Knappheit der zur Verfügung stehenden Atemschutzgeräte und in dem sicheren Wissen, dass die angehörige Person ohne Anschluss an ein Atemschutzgerät versterben würde, dem über Leben und Tod entscheidenden Arzt eine größere Summe Geld anbieten, wenn er sich im Rahmen der ex-ante – Triage (und Gleiches würde selbstverständlich auch für die ex-post – Triage gelten) für ihren Angehörigen entscheidet. Entsprechende Unrechtsvereinbarungen sind auch bereits im Vorfeld denkbar. So kann eine solche Vereinbarung (entscheide Dich gegen Zahlung von 100.000 Euro für die Rettung meiner Mutter, sollte sie in einer Triage-Situation ins Krankenhaus eingeliefert werden) auch schon dann getroffen werden, wenn absehbar ist, dass ein kranker Angehöriger möglicherweise bald auf die Intensivstation verlegt werden könnte. Im schlimmsten Falle könnte sich hier ein illegaler Markt mit festen Preisen entwickeln, der denjenigen ausschließt, der sich eine entsprechende Lebensrettung nicht leisten kann. Hierdurch würde aber eine Stufe erreicht, die

derjenigen der klassischen Amtsträgerkorruption strukturell jedenfalls ähnlich ist und deren Strafwürdigkeit problemlos zu bejahen ist. In der Literatur wird diese Gefahr durchaus gesehen, wird doch der Vorschlag, in den Situationen der ex ante – Triage das Los entscheiden zu lassen, nicht nur auf Gerechtigkeitsgesichtspunkte gestützt, sondern in diesem Zusammenhang auch darauf verwiesen, dass durch eine Entscheidung durch das Los einem möglichen Verdacht der Korruption oder Diskriminierung von vorneherein den Boden entzogen werden würde.³⁰

Geht man nun aber davon aus, dass der Arzt in der jeweiligen Triage-Situation in seiner Entscheidung, welche Person behandelt bzw. an das rettende Beatmungsgerät angeschlossen wird, völlig frei ist, liegen insoweit auch in einem solchen Fall gleichrangige Verhaltenspflichten vor. Dies hat aber nach überwiegender Ansicht in Anlehnung an die eben geschilderten Grundsätze zur Folge, dass dann auch hier unlautere Motive oder sachfremde Erwägungen eine vom Grundsatz her an sich zulässige Entscheidung nicht rechtswidrig machen können.³¹ Denn auf die Motive, warum der Betreffende sich zur Rettung des einen Patienten und gegen die Rettung des anderen entscheidet, kommt

-
- S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 705; Rönnau, T. und Wegner, K., 2020. Grundwissen Strafrecht: Triage. Juristische Schulung, S. 404.
- 30 Vgl. hierzu nur Ast, S., 2020. Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 269.
- 31 So deutlich Rönnau, T. und Wegner, K., 2020. Grundwissen Strafrecht: Triage. Juristische Schulung, S. 404: Selbst wenn [den Arzt] moralisch höchst verwerfliche Motive leiten, handelt es sich dabei nicht um strafrechtlich relevantes Tötungs – oder Verletzungsunrecht ; Hoven, E. und Hahn, J., 2020. Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie. Juristische Arbeitsblätter, S. 482: Aus welchen Motiven heraus [der Arzt] den einen Patienten dem anderen vorzieht, ist für die strafrechtliche Bewertung seines Handelns unerheblich; er bleibt auch dann straflos, wenn er seine Entscheidung aus diskriminierenden etwa ideologischen oder rassistischen Erwägungen trifft ; vgl. auch Jäger, C. und Gründel, J., 2020. Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 152: Ein [&] achtenswertes Motiv ist [&] nicht erforderlich ; ebenso Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin. Neue Juristische Wochenschrift, S. 1401; Merkel, R., 2002. Forschungsobjekt Embryo. München: Deutscher Taschenbuchverlag, S. 153 Fn. 202; Sowada, C., 2020. Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise. Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 456.

es gerade nicht an. Auch hier wird letztlich auf der Grundlage gleichrangiger Verhaltenspflichten ein Menschenleben gerettet und damit der Verlust eines absoluten und damit gleichwertigen Rechtsguts abgewendet. Gerade wegen der Gleichwertigkeit des Lebens aller Menschen muss die Rechtsordnung dem Täter insoweit die erbrachte Rettungsleistung (zähneknirschend) gutschreiben.³² Würde man dies anders sehen, so würde man den Arzt nur aufgrund seiner inneren Motive bestrafen, was letztlich auf die Befürwortung eines (an sich unzulässigen) Gesinnungsstrafrechts hinausliefe.³³

Auch kann darauf hingewiesen werden, dass im Falle der rechtfertigenden Pflichtenkollision als subjektives Rechtfertigungse-

lement vielfach gerade nur ein Handeln in Kenntnis der rechtfertigenden Situation, nicht hingegen eine pflichtgemäße Prüfung oder ein achtenswertes Motiv gefordert wird.³⁴ Daher muss man dem Arzt hier eine weitgehende Entscheidungsfreiheit einräumen, auch wenn er sich von sachfremden Erwägungen leiten lässt.³⁵ Die Auswahlfreiheit des Arztes kann insoweit auch nicht unter Hinweis auf Art. 3 Abs. 1 GG oder das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) auf vertretbare Auswahlkriterien beschränkt werden.³⁶ Eine solche Reduktion des Rechtfertigungsgrundes würde kaum den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG genügen.³⁷ Insoweit liegt innerhalb der glei-

- 32 Brech, A., 2008. Triage und Recht Patientenauswahl beim Massenanfall Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen. Berlin: Duncker & Humblot, S. 355; Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin. Neue Juristische Wochenschrift, S. 1400; Rönnau, T., in: Cirener, G. u.a., Hrsg., 2020 ff. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. 13. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, Vor § 32 Rn. 127; Roxin, C. und Greco, L., 2020. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl. München: C.H. Beck, § 16 Rn.121; Satzger, H., 2010. Die rechtfertigende Pflichtenkollision. Juristische Ausbildung, S. 757; Sowada, C., 2020. Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise. Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 455.
- 33 Brech, A., 2008. Triage und Recht Patientenauswahl beim Massenanfall Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen. Berlin: Duncker & Humblot, S. 355; Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin. Neue Juristische Wochenschrift, S. 1400 f.; Jäger, C. und Gründel, J., 2020. Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 161; Rönnau, T., in: Cirener, G. u.a., Hrsg., 2020 ff. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. 13. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, Vor § 32 Rn. 127; Roxin, C. und Greco, L., 2020. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl. München: C.H. Beck, § 16 Rn. 121; Satzger, H., 2010. Die rechtfertigende Pflichtenkollision. Juristische Ausbildung, S. 757; Sowada, C., 2020. Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise. Neue Zeitschrift für Strafrecht, S. 455.
- 34 Jäger, C. und Gründel, J., 2020. Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 152; Sternberg-Lieben, D., in: Schönke, A. und Schröder, H., Begr., 2019. Strafgesetzbuch. Kommentar. 30. Aufl. München: C.H. Beck, §§ 32 ff. Rn. 77.
- 35 Jäger, C. und Gründel, J., 2020. Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, S. 161.
- 36 Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin. Neue Juristische Wochenschrift, S. 1400.
- 37 Brech, A., 2008. Triage und Recht Patientenauswahl beim Massenanfall Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen. Berlin: Duncker & Humblot, S. 358; Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin. Neue

chrangigen Verhaltenspflichten ein nicht-justiziabler (rechtsfreier) Raum vor.³⁸

Diese Gedanken aufgreifend, gelangt man zu der entscheidenden Frage, ob die Dominanz sachfremder Erwägungen oder unlauterer Motive des Arztes hier tatsächlich ein Tötungsunrecht begründen können,³⁹ oder ob hier nicht vielmehr lediglich eigenständig zu bewertendes Diskriminierungs – oder Korruptionsunrecht* vorliegt, welches durch andere möglicherweise noch zu schaffende Tatbestände sanktioniert werden muss. Dies ist mit Blick auf die vergleichbare Lage bei den normalen Fällen der rechtfertigenden Pflichtenkollision bei gleichrangigen Verhaltenspflichten im Ergebnis zutreffend. Wenn ein Vater in einem Kollisionsfall seinen Sohn statt seiner Tochter rettet, weil er Söhne als grundsätzlich höherwertiger ansieht, stellt dies zwar eine unsachgemäße Diskriminierung dar, begründet aber insoweit kein Tötungsunrecht, da dem Vater die Rettung des Sohnes anstatt der Tochter grundsätzlich erlaubt ist. Rettet der Arzt einen Patienten, der ihm sympathischer ist als ein anderer, kann dies nicht anders beurteilt werden. Rettet er einen Patienten, weil ihm dieser Geld für den Anschluss an ein Beatmungsgerät anbietet, so liegt ein klassischer Fall von Korruption vor, letztlich aber ebenfalls kein Tötungsunrecht, wenn dem Arzt die Rettung dieses Patienten auf Kosten des Lebens eines anderen Patienten grundsätzlich erlaubt ist.

Die derzeitigen Korruptionsstraftaten erfassen diesen Fall jedenfalls bei nicht ver-

beamteten Krankenhausärzten allerdings nicht.⁴⁰ Der bisherige § 299a dStGB weist einen eindeutigen Wettbewerbsbezug auf und stellt nur denjenigen Arzt unter Strafe, der im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er (a) entweder bei der Verordnung von Arznei-, Heil – oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder (b) beim Bezug von Arznei – oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder (c) bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt. Das Beatmungsgerät stellt zwar ein Medizinprodukt in diesem Sinne dar,* es liegt jedoch weder eine Verordnung noch ein Bezug desselben vor, durch das eine unlaute Bevorzugung eines anderen im Wettbewerb stattfindet.

VII. AUSBLICK

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass es im Bereich der Triage verschiedene Formen gibt, die rechtlich unterschiedlich zu behandeln sind. Während bei der ex-ante – Triage eine rechtfertigende Pflichtenkollision vorliegt, wenn der Arzt von mehreren sterbenden Patienten nur einen retten kann, und der Arzt hier

Juristische Wochenschrift, S. 1400.

38 Engländer, A. und Zimmermann, T., 2020. Rettungstötungen in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall – und Intensivmedizin. Neue Juristische Wochenschrift, S. 1400; vgl. auch Jakobs, G., 1991. Strafrecht Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, 15/6 Fn. 11.

39 Ablehnend Merkel, R. und Augsberg, S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 709.

* Zum hier eigenständig zu beurteilenden Korruptionsunrecht Merkel, R. und Augsberg, S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 714.

40 Hierzu Merkel, R. und Augsberg, S., 2020. Die Tragik der Triage straf – und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. Juristenzeitung, S. 704/714 Fn. 81.

in seiner Auswahl, welchem Patienten er hier den Vorzug gibt, frei und nur seinem Gewissen unterworfen ist, sind die Fälle der ex-post – Triage und der präventiven Triage anders zu beurteilen. Hier ist es dem Arzt untersagt, einen bereits an das Beatmungsgerät angeschlossenen Patienten von diesem zu entfernen, um es einem anderen Patienten zur Verfügung zu stellen (ex-ante – Triage) oder einen Patienten nicht an das Beatmungsgerät anzuschließen, weil erwartet wird, dass alsbald ein anderer Patient eingeliefert werden könnte, der das Beatmungsgerät in gleicher Weise benötigt (präventive Triage).

Die Untersuchung hat weiter gezeigt, dass sachfremde Erwägungen oder unlautere Motive im Zusammenhang mit der Auswahl von zu rettenden Personen in Triage-Situationen jedenfalls dann kein Tötungsunrecht begründen können, wenn eine klassische Konstellation an sich gleichartiger Verhaltenspflichten vorliegt, bei der der Arzt in seiner Entscheidung grundsätzlich frei ist. Eine entsprechende subjektive Auswahl aufgrund sachfremder Erwägungen kann zwar bei Vorliegen entsprechender Straftatbestände, die aber erst noch geschaffen werden müssten ein eigenständiges Diskriminierungs – oder Korruptionsunrecht, aber eben kein Tötungsunrecht begründen.

Perspektivisch stellt sich allerdings die Frage, ob der Gesetzgeber durch die Schaffung verbindlicher Entscheidungskriterien eine abweichende Lösung herbeiführen könnte. Dies wäre nur dann möglich, wenn man dadurch für den Arzt in Triage-Situationen ungleichwertige Verhaltenspflichten begründen könnte, deren Verletzung zur Versagung des Rechtfertigungsgrundes der rechtfertigenden

Pflichtenkollision führen würde. Dies ist indes kritisch zu sehen, da sie den Arzt in Dilemmasituationen, in denen schnelles Handeln angezeigt ist, dazu nötigen würde, eine umfassende Prüfung verschiedener Kriterien zu unternehmen, die kaum sicher zu prognostizieren sind (z.B. bei der Überlebenschwermöglichkeit, den Erfolgsaussichten einer Rettung, der potentiellen weiteren Lebenszeit oder einem möglichen Mitverschulden des Patienten) und die zu einer zeitlichen Verzögerung der Rettung führen könnten, die im schlimmsten Fall den Tod der jeweiligen Personen zur Folge haben könnte.

* Medizinprodukte sind solche im Sinne des § 3 Nr. 1 des Medizinproduktegesetzes (MPG); hierzu gehört auch das Beatmungsgerät; vgl. Lücker, V., in: Spickhoff, A., Hrsg., 2018. Medizinrecht. 3. Aufl. München: C.H.Beck, § 3 MPG Rn. 3; Rehmann, W., in: Rehmann, W. und Wagner, S., 2018. Medizinproduktegesetz. 3. Aufl. München: C.H.Beck, § 3 Rn. 4.