



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Triage in der Pandemie  
Das Spannungsfeld verschiedener möglicher Lösungsansätze bei  
dilemmatischen Entscheidungen vor dem Hintergrund der COVID-  
19 Pandemie“**

Dissertation vorgelegt von Anna-Lea Wolf

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker

Zweitgutachter: Prof. Dr. Ralph Ingelfinger

Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und  
Strafprozessrecht

## I.

Anlass der Untersuchung war die bis dato fehlende gesetzliche Regelung der „Triage“.

Die COVID-19 Pandemie hat die Problematik der lückenhaften Rechtslage mehr denn je zugespitzt. Mit ihrer weltweit dynamischen Ausbreitung drohte hier der Eintritt einer medizinischen Ressourcenknappheit.

Eine solche Ressourcenknappheit führt zwangsläufig dazu, dass bei einigen Patienten indizierte Behandlungen nicht vorgenommen werden können, weil es den medizinischen Behandlern objektiv nicht möglich ist, allen hilfeschenden Patienten die notwendige Behandlung anzubieten.

Die „Entweder-oder“-Entscheidung zwischen der Behandlung zweier Patienten, deren Ergebnis über das Leben des einen und den Tod des anderen entscheidet, ist offen für eine Vielzahl entscheidungsleitender Kriterien. Auch nach Implementierung des § 5c IfSG mit Wirkung zum Dezember 2022 zur Regelung des Vorgehens bei einer pandemiebedingten Ressourcenknappheit bestehen für die Entscheidungsfindung des medizinischen Fachpersonals unzureichende Handlungsanweisungen.

## II.

Der Bearbeitung liegen vier Forschungsfragen zugrunde:

Kann eine Pandemie überhaupt eine „Triage“-Situation bedingen?

Darf eine Behandlung, z.B. die Beatmung eines Patienten, die aussichtslos erscheint, zugunsten eines anderen Patienten mit besserer Erfolgsaussicht abgebrochen werden und nach welchen Kriterien hat der Abbruch zu erfolgen?

Besteht eine rechtliche Begründung dafür besteht, freie Plätze für zukünftige Patienten, gegebenenfalls in Absprache mit anderen Staaten, offen zu halten sowie Operationen von Nicht-Corona-Patienten zugunsten einer Behandlung von Coronapatienten zu verschieben.

Zuletzt stellt sich die Frage, nach welchen Verteilungskriterien die Patientenauswahl getroffen werden soll.

## III.

Im *ersten* Teil der Bearbeitung werden die verschiedenen philosophischen Strömungen aufgezeigt, anhand derer eine vernünftige Entscheidung zur Lösung der einer Ressourcenknappheit entspringenden Dilemmasituationen getroffen werden können. Im Ergebnis ist es für jeden Einzelnen vernünftig, ein Interesse an einer möglichst effizienten Verteilung der medizinischen Ressourcen und damit an einer Berücksichtigung von Nutzen und Folgenerwägungen bei der Auswahlentscheidung zu haben. Denn so erhöht sich im Falle des Betroffenseins die

Wahrscheinlichkeit der eigenen erfolgreichen Behandlung. Der Gedanke, im Katastrophenfall möglichst viele Gefährdete zu retten, basiert jedoch auf der detuschen Verfassungsfremden *utilitaristischen* Lehren. Er findet jedoch eine Stütze in der *kontraktualistischen, Rawls'schen* Theorie, nach der unter einem „Schleier des Nichtwissens“ eine Entscheidung dann gerecht ist, wenn sie *rational-egoistischen-Klugheitsgründen* entspringt.

#### IV.

Die Untersuchung der Auswahlentscheidungen aus verfassungsrechtlicher Sicht im zweiten Teil beantwortet die Frage, ob der Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht überhaupt Auswahlentscheidungen im Falle einer alternativen Unmöglichkeit treffen darf oder ob solche Auswahlentscheidungen *per se* mit der „Unantastbarkeit“ der Menschenwürde und dem Recht auf Leben kollidieren. Hier sind zwei unterschiedliche Ausgangslagen zu unterscheiden:

Die erste Variante ist vor allem vor dem Hintergrund der „*Ex-post-Triage*“ von Interesse, tötet der Staat *aktiv* das vorher ausgewählte „Opfer“ zur Rettung eines Dritten. Ein solches Vorgehen hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz vom 15. Februar 2006 aus verfassungsrechtlicher Perspektive scharf kritisiert. Denn Aufgabe eines Rechtsstaates ist es, eine Grundordnung zu garantieren, bei der eine Rechtspflicht des Einzelnen zur Aufopferung seines Lebens zugunsten anderer ausgeschlossen ist, wenn von ihm selbst keinerlei Gefahr ausgeht. Insoweit ist es dem Staat grundsätzlich versperrt, als „Richter über Leben und Tod“ ein Menschenleben aktiv zu beenden um hierfür ein anderes oder, nach utilitaristischer Logik, mehrere andere Leben zu retten.

Im Strafrecht verlangt § 34 StGB für Notstandslagen zwar eine Abwägung, die mit der Begründung eines „geringeren Übels“ die bestehenden Rechtssphären durchstößt. Die philosophische Fundierung des § 34 StGB basiert nach herrschender Ansicht auf dem Solidaritätsgedanken im Sinne einer *rational-egoistischen Klugheitsentscheidung*: Der einzelne Bürger soll mit seinen Gütern für einen anderen eintreten, dem ansonsten wesentlich gewichtigere Schäden drohen. Diese moralisch orientierte Herangehensweise schützt und gewährleistet einen Standard des zwischenmenschlichen Umgangs der durch „reziproke Interessenverknüpfung“ verbundenen Staatsbürger, wie Merkel es treffend formuliert. § 34 StGB scheidet jedoch für den Fall der Abwägung von Menschenleben. Denn sobald Menschen als Objekt und bloße Zahl einer staatlichen „Effektivitätsanalyse“ behandelt werden, verlieren sie mit den Worten *Hans Welzels* als „Rechnungsposten“ ihren Eigenwert als Mensch. Ein wesentliches, also zweifelsfrei oder nahezu eindeutiges Überwiegen, wie § 34 StGB es als Ergebnis seines Interessenvergleichs fordert, kann damit nie bejaht werden.

Die zweite Variante ist vor dem Hintergrund der „*Ex-ante-Triage*“ von Interesse. Hier *unterlässt* der Staat die Rettung des vorher erwählten „Opfers“.

Im Unterschied zur soeben vorgestellten Konstellation wird hier kein Mensch aktiv getötet, sondern eine Rettung unterlassen. Der Betroffene bleibt unverändert derjenigen äußeren Gefahr ausgesetzt, die ihn von vornherein bedroht hat. Die bestmögliche Aussicht eines jeden auf sein

Überleben besteht, wenn der sogenannten *Maximierungsformel* gefolgt wird, nach der möglichst viele Patienten vor dem Tode gerettet werden, statt nur wenigen eine vollständige Versorgung zu gewähren. Das Ziel, möglichst viele zu retten, ist gerade kein „Ausdruck der Verachtung des Wertes“ eines Menschen. Vielmehr liegt darin das Bestreben, den Wert des Lebens möglichst vieler zu schützen.

Die *Maximierungsformel* kann in Art. 1 Abs. 1 S. 2 und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch verfassungsrechtlich verankert werden: Wird die Menschenwürde respektiert, sind Abwägungen und damit Auswahlentscheidungen zwischen Leben durchaus möglich, weil die Verfassung nach richtiger Auffassung dem Rechtsgut „Leben“ keinen absoluten Schutz zuweist. Insoweit gestattet und akzeptiert die Verfassung eine Rettungshandlung des einen Bedrohten, die dadurch erreicht wird, einen anderen nicht zu retten.

V.

Der *dritte* Teil der Bearbeitung widmet sich den strafrechtlichen Aspekten möglicher Auswahlentscheidungen. Dem vorangestellt wird die Herkunft und konkrete Vorgehensweise des Auswahlmechanismus der „*Triage*“ betrachtet und es werden die verschiedenen Ausgangssituationen der „*Triage*“ – die „*Ex-ante*–“, „*Ex-post*–“ sowie die „*präventive Triage*“ – vorgestellt.

Ordnet man die „*Triage*“ als *rational-egoistische Klugheitsentscheidung* nun in die Logik des *Rawls'schen* „Schleiers des Nichtwissens“ ein, stellt sich mit *Weymar Lübke* die Problematik, ob es im Falle einer Pandemie an dem notwendigen *Ex-Ante-Konsens* mangeln könnte, der die Anwendung einer „*Triage*“ erst erlaubt. Denn bereits vor der Triagierung ist klar, dass bestimmte Personengruppen schlechter gestellt sind als andere: Etwa alte, vorerkrankte oder behinderte Patienten werden mit höherer Wahrscheinlichkeit einen schlechteren Gesundheitszustand aufweisen.

Einen „*Ex-Ante-Konsens*“ deswegen auszuschließen kann jedoch nicht überzeugen. Denn die gleiche Personengruppe ist auch im Falle eines Kriegsgeschehens betroffen, dessen Ausmaß eine Triagierung erforderlich macht. Ist im Kriegsgeschehen eine Triagierung notwendig geworden, werden nicht nur Soldaten an der Front stehen, sondern auch Angehörige kriegerisch völlig unausgebildeter Bevölkerungsschichten. Wenn hier ein „*Ex-Ante-Konsens*“ unzweifelhaft angenommen wird, kann unter den Rahmenbedingungen einer Pandemie nichts anderes gelten. Damit ist die erste Forschungsfrage zu bejahen.

Anschließend widmet sich das 7. Kapitel konkret den strafrechtlichen Aspekten möglicher Auswahlentscheidungen.

Bei der „*Ex-ante-Triage*“ bedurfte es einer Auseinandersetzung mit den Grundsätzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision. Kann der Entscheidende von mehreren gleichwertigen Handlungspflichten nur *eine* erfüllen, muss sein Handeln wegen des Grundsatzes „*impossibillum*

*nulla obligatio est*“ richtigerweise gerechtfertigt sein. Handelt der Arzt also aus zu missbilligenden Beweggründen, besteht lediglich ein für eine Strafbarkeitsbegründung nicht ausreichender *Motivunwert*; ein *Handlungsunwert* haftet seinem Tun nicht an.

Im Rahmen der „*Ex-post-Triage*“ ist umstritten, ob der status quo desjenigen Patienten, dessen Behandlung bereits begonnen hat, aus normativen Gründen unangetastet bleiben muss. Maßgebender Streitpunkt ist, ob die „*Ex-post-Triage*“ – parallel zur „*Ex-ante-Triage*“ nach den Grundsätzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision zu lösen ist oder ob hier § 34 StGB Anwendung findet. Während die Anwendung von § 34 StGB den Behandlungsabbruch bei gleichwertigen Interessen grundsätzlich ausschließt, gestattet die rechtfertigende Pflichtenkollision einen solchen durch eine weitgehend freie Wahlmöglichkeit seitens des medizinischen Fachpersonals. Verfechter dieser Auffassung prämiieren den Behandlungsabbruch sogar als Ausdruck ärztlicher Sorgfalt zur Rettung einer möglichst großen Anzahl an Betroffenen.

Jedenfalls ist festzuhalten, dass sich Zufallsabhängigkeiten gerade im Falle einer „*Triage*“ nie gänzlich ausschalten lassen. Ferner lässt sich aus der Grundsatzentscheidung des BGH im Fall „*Putz*“ vom 25. Juni 2010 für die „*Triage*“ nicht ableiten, dass von zwei kollidierenden Behandlungspflichten auszugehen ist. Im Falle der „*Triage*“ geht es nämlich, anders als in dem Fall, den das Urteil behandelt hat, nicht um einen Behandlungsabbruch *aufgrund*, sondern *gegen* den Willen des Betroffenen.

Dennoch sollte die (Un-)Zulässigkeit des ärztlichen Verhaltens gerade nicht von der Qualifikation seines Handelns als aktives Tun oder Unterlassen abhängen. Ansonsten trifft den Arzt unabhängig einer etwaigen Entschuldigungsmöglichkeit ein Unrechtsvorwurf, der seinem Handeln in der Situation der Ressourcenknappheit vor dem Hintergrund seiner Rolle bei der Lebenserhaltung möglichst Vieler nicht gerecht wird.

Stoßen also zwei gleich dringliche *Behandlungspflichten* aufeinander, ist die Pflicht des Arztes, den neu angekommenen Patienten zu behandeln, gleichwertig mit seiner Pflicht, den bereits Behandelten weiter zu behandeln. Der Anspruch auf faire Teilhabe an den begrenzt zur Verfügung stehenden Behandlungsmöglichkeiten kann nicht zu einer verfestigten subjektiven Rechtsposition zur dauerhaften individuellen Behandlung erstarken. Jede funktionierende technische Unterstützung von Organfunktionen bewirkt lediglich einen vorübergehend stabilen Zustand, der durch die Beendigung der technischen Unterstützung ohne Rechtfertigungssperre wieder beseitigt werden darf. Mit *Gaede et al.* ist die „kategoriale Verweigerung“ allein schon der Prüfung, ob der neu hinzutretende Patient überhaupt behandelt werden soll, wenn bereits alle Behandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind, letztlich eine „flagrante und pauschale Zurücksetzung eines Menschen, dem die Basisgleichheit nicht minder gebührt“

Die „*Ex-post-Triage*“ weist insgesamt also keine weitgehend normativen Unterschiede zur „*Ex-ante-Triage*“ auf. Dem Arzt kommt mithilfe der *rechtfertigenden Pflichtenkollision* in beiden Fällen ein weitestgehend freies Wahlrecht zu. Allein das zufällige Kriterium, ob die Behandlung bereits begonnen wurde oder nicht, kann keine andere strafrechtliche Behandlung der „*Ex-post-*

*Triage*“ begründen. Gerade weil der bereits behandelte Patient kein unbeteiligter Dritter mit Abwehrrechten ist, passt die Anwendung des § 34 StGB von vornherein nicht. Damit ist die zweite Forschungsfrage zu bejahen.

Im Falle einer „präventiven *Triage*“ besteht im entscheidungserheblichen Zeitpunkt noch keine Kollision verschiedener Pflichten. Die Idee der „präventiven *Triage*“ steht im Einklang mit dem Gedanken des aus der Ökonomie stammenden „*Buisiness-Continuity-Managements*“ (BCM), nach dem es im konkreten Krisenfall die unmittelbare Leistungsfähigkeit des Gesamtsystems durch Konzepte, Planungen und Maßnahmen im Vorfeld abzusichern und möglichst aufrechtzuerhalten gilt. Im Sinne eines solchen BCMs ist es auf Basis der *Maximierungsformel* als *rational-egoistische Klugheitsentscheidung* begründbar, *verschiebbare* und *planbare* Behandlungen für in absehbarer Zukunft eintreffende dringlichere Patienten *vorerst* zurückzustellen. Aus Solidaritätsgesichtspunkten kann ein solches Vorgehen auch in Absprache mit anderen Staaten erfolgen. Auch die dritte Forschungsfrage ist damit zu bejahen.

## VI.

Der *vierte* Teil der Arbeit befasst sich mit dem bestehenden staatlichen Normierungserfordernis gerechter Auswahlkriterien durch den Gesetzgeber. Auch das *Bundesverfassungsgericht* hat vor dem Hintergrund der Behindertendiskriminierung ein Regelungserfordernis bejaht. Die Beantwortung der sich hieraus ergebenden vierten und letzten Forschungsfrage nach konkreten Auswahlkriterien stellt eine große Herausforderung dar. Denn das „*einzig richtige*“ Auswahlkriterium existiert nicht. Im Ergebnis muss die Auswahl anhand eines „*multidimensionalen Assessments*“ erfolgen: Die Entscheidung darf nicht lediglich aus medizinischer Perspektive getroffen werden, sondern muss disziplinenübergreifend Gerechtigkeitsüberlegungen enthalten. Die *Maximierungsformel* sollte dabei als „*Leitziel*“ der Entscheidung fungieren.

Weil die „*Triage*“ *gegenwärtig* möglichst viele Menschen retten soll, muss das Überleben der *aktuellen* Erkrankung im Fokus stehen. Mit diesem Gedanken weisen vor allem das verfassungsrechtlich unproblematische Kriterium der Dringlichkeit sowie daneben auch das Kriterium der Erfolgsaussicht eine hohe Kompatibilität aus. Doppelverurteilungen derjenigen, die aufgrund ihres Gesundheitszustandes schon mehr Leid erfahren haben, lassen sich bei der Anwendung dieser Kriterien ausschließen. Gerade das Kriterium der Erfolgsaussicht beschreibt den *Zuwachs* an Überlebenschancen und nicht die *absolute* Lebenswahrscheinlichkeit, wenn für dessen Beurteilung die aktuelle, konkrete COVID-19 Erkrankung als Beurteilungsmaßstab gilt. Dies verhindert auch und gerade eine Diskriminierung Behinderter. Allerdings bedeutet dies nicht, dass weitere Einzelkriterien wie etwa das Alter oder die gesellschaftliche Schlüsselfunktion eines Patienten von vornherein bei Auswahlentscheidungen unberücksichtigt bleiben *müssen*. Die konkrete Bewertung der medizinischen Ausgangslage muss in letzter Verantwortung allein dem medizinischen Fachpersonal obliegen. Denn

Auswahlentscheidungen sind *per se* Einzelfallentscheidungen. Hilft die medizinische Expertise nicht weiter, so ist der Zufall als ethisch anerkanntes Entscheidungskriterium heranzuziehen.

## VII.

Der letzte Teil der Arbeit versucht auf Basis der zuvor gewonnenen Erkenntnisse einen Lösungsweg der dilemmatischen Entscheidungssituation aufzuzeigen. Konkret wird eine eigene entwickelte Regelung für die Situation einer „Triage“ vorgeschlagen, die im allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz verortet werden könnte. Für eine bestmögliche Kontroll- und Transparenzsicherung der dem medizinischen Kenntnisstand geschuldeten patientenzentrierten Versorgung ist im Falle dilemmatischer Auswahlentscheidungen neben einer intradisziplinären Zusammenarbeit auch ein Mehraugenprinzip unumgänglich. Abzulehnen ist hingegen ein Richtervorbehalt. Ein Richter kann das medizinische Fachpersonal bei ihren „Triage“-Entscheidungen unterstützen, allerdings bereits aufgrund zeitlicher Überlastung sowie mangelnder medizinischer Kenntnisse kaum vollständig entlasten.

## VIII.

Das Schlusskapitel führt sodann die bisherigen Erkenntnisse der Arbeit zusammen.

Formal unverzichtbar ist eine *vorhersehbare* und *transparente* Auswahlentscheidung. Das Ausmaß der konkreten Ansprüche der betroffenen Patienten auf medizinische Behandlung ist stets von den aktuell bestehenden Rahmenbedingungen abhängig. Stringente *absolute* Gerechtigkeit zu erreichen ist schlichtweg unmöglich. Insofern kann auch die Rechtsordnung nicht die „richtige“ Entscheidung bei Verteilungsfragen vorgeben. Eine Normierung der Auswahlkriterien ist indes unerlässlich. Ansonsten drohen aufgrund einer fehlenden Handlungsanweisung der Rechtsordnung Auswahlentscheidungen, die auf eklatant rechtswidrigen, diskriminierenden Beweggründen wie etwa dem Geschlecht oder der Abstammung basieren.

Am Ende gilt das Zitat *Albert Schweitzers*: Jedes Leben will leben – wer sich bei der Lebensrettung zwischen mehreren entscheiden soll, muss sich dies stets im Bewusstsein halten.