

# Triage – eine schwerwiegende Grenzsituation in der Medizin

*Prof. Dr. Christian Jäger*

# A. Das Problem

## Zur Erinnerung:

- Frühjahr 2020: Corona Pandemie traf Italien mit voller Wucht mit der Folge katastrophaler Überlastung des italienischen Gesundheitssystems.
- Fälle, in denen es für zu viele Kranke/Verletzte zu wenig Kapazitäten gibt, sind nicht neu.

*Beispiel:* Kriege oder sonstige Katastrophen, wie das Zugunglück bei Eschede.

## Triage:

- Aus der **Militärmedizin stammender Begriff** für die ethische Konfliktsituation, die den Arzt bei einem Massenanfall von Verletzten oder Kranken vor die Aufgabe stellt, darüber zu entscheiden, wie die knappen personellen und materiellen Ressourcen verteilt werden sollen (Dringlichkeit/ Erfolgsaussicht; Anknüpfung an absolute Altersgrenzen daher – wenn nicht juristisch – so zumindest ethisch hochproblematisch).
- Regelmäßige Verschärfung der Problematik dadurch, dass es sich dabei um ein **sog. Stratifikationsverfahren** handelt, das vielfach vor der vollständigen Diagnose angewandt werden muss.

# B. Die strafrechtliche Beurteilung der Triage

- Bislang weitgehend Einigkeit: Ärztliche Verteilung knapper Ressourcen in einer Lage, in der Leben gegen Leben steht, kann durch die **sog. rechtfertigende Pflichtenkollision** gerechtfertigt sein.
- **Keine Regelung dieser Pflichtenkollision** in der großen Strafrechtsreform von 1975, weil sich der Gesetzgeber vor unüberwindliche Hindernisse gestellt sah.
- Nur **Regelung des sog. rechtfertigenden Notstandes** (heute in § 34 StGB erfasst).

Unterscheidung der Interessenkollision im Rahmen des rechtfertigenden Notstandes von der rechtfertigenden Pflichtenkollision in zwei Punkten:

1. Von Pflichtenkollision Betroffener steht **grundsätzlich unter Handlungszwang**, während dies bei einem Notstandstäter nicht notwendig der Fall sein muss.

*Beispiel:* Ein Notarzt kann nicht von zwei verblutenden Verletzten, von denen er nur einen retten kann, unter Berufung auf die Konfliktlage jede Rettung unterlassen, sondern muss sich für einen entscheiden.

2. **Der in der Pflichtenkollision Befindliche verletzt stets** seine Pflicht und damit im Ergebnis auch **ein Rechtsgut durch ein Unterlassen**. Dies ist der Grund, weshalb dem in der Pflichtenkollision Handelnden größeres Verständnis entgegengebracht wird, so dass sogar bei Gleichwertigkeit der erfüllten und der verletzten Pflicht eine Rechtfertigung eintritt.

- **Gleichwertigkeit** wäre etwa im Rahmen der Corona-Pandemie dann **nicht gegeben**, wenn einer der Patienten noch keinen Beatmungsplatz benötigt, während der andere zur Erhaltung des Lebens dringend auf einen solchen angewiesen ist.
  - Wegen des eindeutig überwiegenden Interesses derjenigen Person, die auf eine Beatmung angewiesen ist, wäre bereits eine Rechtfertigung nach § 34 StGB im Wege der Interessenabwägung zu bejahen.
- Schon **an einer Konfliktsituation**, die eine rechtfertigende Pflichtenkollision ermöglicht, **fehlt es**, wenn der Bedarf an Intensivbetten und Beatmungsgeräten oder an Personal regional ungleichmäßig verteilt ist.
  - Dann werden harte Lösungen im Wege der Triage vermeidbar sein, da durch regionale bzw. überregionale Krankentransporte Engpässen vorgebeugt werden kann.
  - Ärzte können in einer solchen Situation einer Strafbarkeit sogar nur dann entgehen, wenn sie derartige Transporte rechtzeitig organisieren.



- Ebenfalls kein Fall rechtfertigender Pflichtenkollision, wenn die **Rettungsmöglichkeiten für eine intensivbehandelte Person gegen Null** gehen und daher eine Überlebenswahrscheinlichkeit ausgeschlossen ist.
  - Eine Weiterbehandlung wäre nicht mehr indiziert und es bestünde überhaupt keine konkurrierende Handlungspflicht mehr.
- **Echtes Dilemma** hingegen, wenn bei gleichzeitig gegebener Überlebenschance mehrere Personen auf einen Beatmungsplatz angewiesen oder sonst nicht mehr genügend Ressourcen für alle vorhanden sind
  - Differenzierende Beurteilung für die unterschiedlichen Zeitpunkte der Triage:
    - Ex ante-Konkurrenz
    - Ex post-Konkurrenz

# I. Die sogenannte ex ante-Konkurrenz (Aufnahmetriage)

# B. Die strafrechtliche Beurteilung der Triage

## I. Die sogenannte ex ante-Konkurrenz

- *Beispiel:* Zeitgleich ankommende Patienten konkurrieren um ein Notfallbett bzw. eine Behandlung (ex ante deshalb, weil die vom Arzt aufzulösende Konkurrenz hier von vornherein besteht).
- **Typische Fälle** der rechtfertigenden Pflichtenkollision.
- Der Rechtfertigungsgrund des Notstands nach **§ 34 StGB greift ersichtlich nicht ein**, da die Interessen der beiden ankommenden Patienten gleich schutzwürdig sind.
- Nach herrschender Meinung kann hier **jedoch rechtfertigende Pflichtenkollision** im Sinne eines übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes greifen.

## II. Die sogenannte ex post-Konkurrenz (Fortsetzungstriage)

# B. Die strafrechtliche Beurteilung der Triage

## II. Die sogenannte ex post-Konkurrenz

- *Beispiel:* Es befinden sich bereits 20 Patienten mit erkennbar unterschiedlicher Prognose auf der Intensivstation und es wird ein weiterer Patient eingeliefert, der einen Beatmungsplatz benötigt.
  - Sollte seine **Prognose vergleichbar schlecht** sein, wie diejenige des schlechtesten beatmeten Patienten, wird der Arzt vermutlich keine neue Entscheidung treffen.
  - Schwierig wird es aber dann, wenn die **Prognose** des 21. Patienten **deutlich günstiger** ist als diejenige des schlechtesten bereits beatmeten Patienten. Hier stellt sich die Frage, ob es dem Arzt erlaubt sein kann, die Beatmung dieses Patienten zu beenden und den Beatmungsplatz dem neuen Patienten wegen dessen besserer Aussichten zuzuweisen, um am Ende die Quote der voraussichtlich Überlebenden auf diese Weise erhöhen zu können.

### 1. Rechtfertigungsablehnung

Eingewandt wird, dass **bei der ex post-Triage nicht zwei gleichrangige Handlungspflichten** kollidieren, sondern eine Handlungs- und eine Unterlassungspflicht, sodass § 34 StGB einschlägig sei, der ein wesentliches Interessenübergewicht verlange.

### 2. Rechtfertigungslösung

- Eine **stark im Vordringen befindliche Auffassung** befürwortet nunmehr eine Rechtfertigung auch einer solchen ex post-Triage.
- **Medizinische Fachgesellschaften** haben sich auch dafür ausgesprochen, bezüglich lebenserhaltender Geräte eine Neuverteilung vornehmen zu dürfen, wenn sich die Beurteilung der Überlebenschancen im Behandlungsverlauf verändert.

### Gründe für die Rechtfertigungslösung:

- Nach der Gegenauffassung kollidiert in Fällen der ex post-Triage nicht eine Unterlassungspflicht (unterlasse es, den an der künstlichen Beatmung liegenden Patienten von der Maschine zu nehmen!) mit einer Handlungspflicht (beatme den neu eingelieferten Patienten!), sondern es treffen in Wahrheit **zwei Behandlungspflichten** aufeinander.
- **Ableitung aus der Entscheidung des BGH im berühmten Fall Putz:** Behandlungssituation und damit auch eine Behandlungspflicht beziehe sich regelmäßig auf eine Vielzahl von aktiven Handlungen und passiven Unterlassungen.

### 3. Eigene Stellungnahme (ausführlich Jäger/Gründel ZIS 2020, 151 ff.):

- Die **besseren Gründe** dürften für eine **sprechen.**  
**Rechtfertigungsmöglichkeit**
- *Beispiel:* Auf der Intensivstation eines zur Covidbehandlung zuständigen Krankenhauses werden die Beatmungsgeräte so programmiert, dass sie jede halbe Stunde neu aktiviert werden müssen, um gegebenenfalls eine solche Neuaktivierung nicht vorzunehmen und einen neu ankommenden Patienten stattdessen an die Maschine anschließen zu können.
  - Kollision zweier Handlungspflichten: Die Handlungspflicht zur Beatmung des neu herein gekommenen Patienten einerseits und die Handlungspflicht zur neuerlichen Aktivierung des Beatmungsgerätes zu Gunsten des bereits aufgenommenen Patienten andererseits.



- *T. Walter* hat der **Rechtfertigungslösung widersprochen**: „Für keine andere Person und kein anderes Motiv behauptet irgendjemand, dass es ein schlichtes Unterlassen sei, wenn einem Patienten gegen dessen ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen lebenserhaltende Apparate weggenommen werden. Wieso sollten ein weißer Kittel und eine Triage daran etwas ändern?“
- **Geringe Plausibilität dieses Gegenarguments**: Die Tatsache, dass das Rechtfertigungsdogma zu Gunsten von Ärzten ins Feld geführt wird, liegt schlicht daran, dass damit die Berufsgruppe von Behandlern angesprochen ist. Würden Laien dazu in der Lage sein, in Situationen schwerwiegender Coronaerkrankungen die Behandlung zu übernehmen, so wäre die Argumentation und die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen keine andere.

# B. Die strafrechtliche Beurteilung der Triage

## II. Die sogenannte ex post-Konkurrenz

- *Beispiel:* Ein Autofahrer ohne medizinische Kenntnisse kommt an einer Unfallstelle vorbei, an der sich 20 schwer verunglückte Businsassen befinden. Er entscheidet sich mithilfe eines Handbeatmungsgerätes, das er im Erste-Hilfe-Koffer des Busses findet, Leben zu retten.
  - Bricht der Helfer die Beatmung mit dem Handbeatmungsgerät bei einem Verunglückten ab und entscheidet sich, einen anderen Verletzten damit zu behandeln, weil er die Überlebenschancen der zweiten Person entgegen seiner ursprünglichen Einschätzung nun doch besser einstuft, so wird man einen solchen Abbruch der Beatmung rechtfertigen müssen, selbst wenn bei dem ersten noch Überlebenschancen gegeben sind.
  - Der Abbruch einer Behandlung ist dabei mit Blick auf die Rechtfertigungsproblematik wertend stets als Unterlassung zu qualifizieren, unabhängig davon, ob die Funktion der Maschine aktiv durch Knopfdruck beendet, die Maschine vom Körper des Patienten entfernt oder sie nur nicht wieder neu aktiviert wird.

- *Lindner* verneint die Rechtfertigungslösung nach Wertungen des Verfassungsrechts.

### Kritik:

- Dieser Standpunkt lässt außer Acht, dass sich der Arzt bei Aufnahme des Patienten in einem Prognoseirrtum befinden kann und würde zu der auch verfassungsrechtlich wenig plausiblen Forderung einer nach menschlichem Ermessen unerträglichen Aufrechterhaltung der durch den Irrtum ausgelösten Ressourcenzuteilung führen.
- Für die Rechtfertigungslösung spricht auch die Vermeidung von Zufälligkeiten entscheidend für die Rechtfertigung des Arztes – etwa die Frage, ob ein Patient zufällig wenige Minuten früher eingeliefert und an ein Beatmungsgerät angeschlossen wurde.

*Beispiel:* Kommen etwa beide Patienten zur selben Zeit in der Notaufnahme des Krankenhauses an, so kann der Arzt unbestritten eine gerechtfertigte Triage nach Erfolgsaussichten vornehmen. Ist dagegen einer der beiden Patient zufällig eine Minute früher eingeliefert worden, so soll der Arzt eine solche Auswahl nicht mehr gerechtfertigt treffen können.

# B. Die strafrechtliche Beurteilung der Triage

## II. Die sogenannte ex post-Konkurrenz

- Lösung von *Merkel*: Eine **Rechtfertigung** ist wenigstens dann zuzulassen, **wenn die Versorgung mit dem Beatmungsgerät erst kurze Zeit währt.**

*Beispiel:* „Befindet sich die 30-jährige ... schon auf dem Weg zur Klinik und ist sie dem Team der Intensivstation bereits angekündigt, bevor der soeben eingelieferte 80-jährige ... angeschlossen werden konnte, dann darf die Situation wie die einer gleichzeitigen Ankunft beider behandelt werden: Als Fall der wenig problematischen ex ante-Triage.“

### Kritik:

- Eine solche zeitlich **verengte Rechtfertigung ist unplausibel**. Auch in diesem Fall wird der lebenserhaltende Apparat dem 80-jährigen nicht etwa vorenthalten, sondern aktiv weggenommen.
- Es ist **willkürlich**, den Zeitpunkt einer möglichen aktiven Beendigung davon abhängig zu machen, ob die Patientin im geschilderten Fall bereits angekündigt war oder nicht. Soll die 30-jährige wegen Ankündigung ihrer Einlieferung tatsächlich Vorrang vor einem 20-jährigen Patienten haben, der möglicherweise noch früher als sie am Krankenhaus eingeliefert wird, aber aus Versehen von den Sanitätern des Rettungswagens nicht angekündigt wurde?
- Wenn überhaupt, müsste die Tatsache der kurzen Zeitspanne Ausschlag geben. Dann aber stellt sich die weitere **Frage, wie viel Zeit** verstrichen sein darf.

# B. Die strafrechtliche Beurteilung der Triage

## II. Die sogenannte ex post-Konkurrenz

- Neuer Vorschlag von *Spickhoff*: Entscheidend sei, dass mit **Abschluss des Behandlungsvertrages** der allgemein anerkannte fachliche Standard geschuldet sei und ab diesem Zeitpunkt das Vertrauen auf Fortbehandlung bestehe, solange noch Überlebenschancen bestehen.
- Kritik:
  - Ob dieser **bürgerlich-rechtliche Formalismus ins Strafrecht übertragbar** ist, erscheint schon für sich gesehen fraglich. Das Strafrecht denkt bei der Frage der Garantenstellung nicht vertraglich, sondern faktisch. Ärzte, die den Dienst übernommen haben sind in Notfällen grundsätzlich behandlungspflichtig und haben damit eine grundsätzliche Garantenstellung zur Verhinderung eines Todeserfolges. Auf die Wirksamkeit eines Vertragsschlusses kommt es nicht an.
  - **In einer Situation einer katastrophalen Überstrapazierung** von Ressourcen wird die Aufnahme von Patienten auch nach der Verkehrsauffassung nicht mehr bedingungslos erfolgen. Vielmehr steht in solchen Fällen ab einem gewissen Zeitpunkt jede Aufnahme der Beatmung unter dem **Vorbehalt der Vorläufigkeit**. Die Zustände, die in Italien zum Teil herrschten, bestätigen dies nur zu anschaulich.

# B. Die strafrechtliche Beurteilung der Triage

## II. Die sogenannte ex post-Konkurrenz

- Wer eine Rechtfertigung kategorisch verneint, muss sich auf den **rigorosen und schwer erträglichen Standpunkt** stellen, dass die **Entscheidung des Arztes** zur Einleitung der maschinellen Beatmung bei noch gegebenen Überlebenschancen **unumkehrbar** ist und der bereits angeschlossene Patient gerade deshalb in Wahrheit nicht mehr mit dem neu eingelieferten Patienten konkurriert.
- Dem läge der Sache nach die Vorstellung zugrunde, dass die **Maschine** gewissermaßen zu einem – wenn auch künstlichen – **Bestandteil des bereits mit ihr versorgten Organismus** geworden ist.
- Vorbehalte gegenüber der Rechtfertigungslösung bestehen vermutlich nur im Krankenhaus: Dies hängt wohl damit zusammen, dass der Eindruck vorherrscht, der Patient müsse bei einer bereits **eingeleiteten Krankenhausbehandlung** mit bereits angeschlossenen Geräten eine gesicherte Rechtsposition erhalten haben.

- Die **festverbundene Maschine** verleitet zu der Schlussfolgerung, es handele sich um ein gänzlich anderes Phänomen, dessen Rechtfertigung ausgeschlossen sei.
- Überzeugend ist eine solche Fokussierung der Überlegungen auf den Gesichtspunkt der Krankenhausaufnahme sowie des bereits erfolgten Anschlusses an das Beatmungsgerät freilich nicht, da diese **Vorgänge im Falle der Ressourcenknappheit ersichtlich unter dem Vorbehalt der Vorläufigkeit erfolgen.**
- Auch **unterscheiden sich ex ante und ex post Konkurrenz nicht hinreichend.** Immer geht es darum, dass sich mehrere Personen im Rahmen einer **Ressourcenknappheit in einer Gefahren- und Rettungsgemeinschaft befinden.**



### 4. Verständnis für die Vertreter einer Verneinung der Rechtfertigung

- Es soll nicht verkannt werden, dass das Unbehagen, das bei einer Rechtfertigung einer „tätigen“ Beendigung eines Lebens empfunden wird, mehr als verständlich ist. Wer aber den Weg einer Rechtfertigung in einer solchen Situation nicht beschreiten will, der muss den Beginn einer Behandlung durch den Arzt letztlich als unumkehrbare Entscheidung für eine Weiterbehandlung auffassen.
- Ob dies der Situation eines aus den Fugen geratenen Gesundheitssystems gerecht wird, muss bezweifelt werden.

### 5. Die Entschuldigungslösung

#### Zur Möglichkeit einer Strafbefreiung kraft übergesetzlichen verantwortungsausschließenden Notstands

- Der **Ethikrat wollte eine solche Möglichkeit zumindest nicht ausschließen**: „Wer in einer solchen Lage eine Gewissensentscheidung trifft, die ethisch begründbar ist und transparenten – etwa von medizinischen Fachgesellschaften aufgestellten – Kriterien folgt, kann im Fall einer möglichen (straf-)rechtlichen Aufarbeitung des Geschehens mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen.“
- Dies klingt zunächst nach einer Entschuldigung auf der Grundlage einer dem Arzt in kritischen Situationen zustehenden **Gewissensentscheidung**, die im Fall Wittig Anerkennung gefunden hat.
- Übertragung erscheint aber schon deshalb problematisch, weil es sich um einen Konflikt handelt, in dem das **Gewissen des Arztes sicherlich für beide Patienten schlagen** wird.

- **Entschuldigungsgrund des § 35 StGB** greift auch nicht, sofern der Arzt nicht zufällig einen Angehörigen oder eine nahe stehende Person auf seinem Krankenbett liegen hat.
- Denkbar wäre nur die Annahme eines **übergesetzlichen Verantwortungsausschlusses**, der in der Literatur als Verantwortungsausschluss in Fällen der Gefahrengemeinschaft anerkannt ist.

*Beispiel:* Abschuss eines von Terroristen entführten Passagierflugzeugs, das in ein Hochhaus oder vollbesetztes Fußballstadion zu fliegen droht.

- *Walter:* Dabei kommt niemand zu Schaden, der andernfalls unbehelligt geblieben wäre, und es überleben mehr Menschen als ohne die Tathandlung. Das ist beides anders, wenn einem Patienten mit Überlebenschance das Beatmungsgerät zu Gunsten eines anderen weggenommen wird: Der Patient, der getötet wird, hätte andernfalls womöglich überlebt → Keine innere Zwangslage.

- Kritik:
  - **Störgefühl**, wenn ein übergesetzlicher Verantwortungsausschluss nur deshalb verneint würde, weil nicht beide dem sicheren, sondern nur dem möglichen Tod ins Auge sehen.
  - Die **ethische Konfliktlage kann sich durch Unsicherheit sogar steigern**. Denn gerade der nicht sichere, sondern nur mögliche Tod beider Patienten muss den Arzt in einen noch tieferen Konflikt stürzen.
  - Die Fälle der Triage sind schon ihrem Wesen nach durch Unsicherheit gekennzeichnet.
  - **Erst-recht-Schluss**: Sind wir bereit, eine Rechtfertigung kraft Pflichtenkollision anzunehmen, dann sollte dies aber erst recht Anlass zu Überlegungen für eine Verneinung der Schuld im weiteren Sinne geben.

### Nachteil einer Entschuldigungslösung:

- Problem bleibt, dass nach herrschender Meinung **bei einer nur entschuldigten Tat ein Notwehr- und vor allem Nothilferecht gegen die rechtswidrige Tat möglich** bliebe und damit auch ein Nothilferecht der Angehörigen.

# C. Fazit und juristischer Ratschlag

**Vielen Dank  
für Ihre Aufmerksamkeit!**

*Prof. Dr. Christian Jäger*