

„Corona“-Triage – verfassungsrechtliche und strafrechtliche Perspektive

Von Dr. Anne Franziska Streng-Baunemann, Heidelberg*

I. Einleitung

Angesichts steigender Infektionszahlen und des zunehmenden Bedarfs an Beatmungs-/Intensivbetten für schwer erkrankte Covid-19-Patienten hat das Bundesgesundheitsministerium zusammen mit den Gesundheits- und Innenministerien der Länder im letzten Jahr für den worst-case das sog. Kleeblatt-Prinzip konzipiert. Danach organisieren zentrale Stellen bei Überlastung der Intensivstationen einer Region oder eines Bundeslandes die Verlegung und den Transport von Patienten in solche Regionen und Bundesländer, in deren Krankenhäusern noch freie Beatmungs-/Intensivbetten vorhanden sind.¹ Ziel dieser Maßnahme ist das Nutzen vorhandener Behandlungsressourcen; es handelt sich somit um eine Rationalisierungsmaßnahme.

Die Erfahrung anderer Länder (Spanien, Italien², Schweden, USA, England etc.) zu Beginn der Corona-Krise (im Frühling letzten Jahres) zeigen jedoch, dass es auch in Deutschland zu einem akuten Mangel an Intensiv- und Beatmungsbetten kommen könnte, der auch durch Verlegung der Patienten in andere Kliniken bzw. Kliniken anderer Regionen und Bundesländer nicht zu verhindern ist. Ärzte wären in einer solchen Knappheitssituation gezwungen zu entscheiden, welcher lebensbedrohlich erkrankte Patient die überlebenswichtige Behandlungsressource (Intensivbett/Beatmungsbett) erhält; sie müssten also rationieren.

Es kann mithin eine Situation auftreten, die der katastrophenmedizinischen Triage sehr ähnlich ist. Eine Triage-Situation ist durch eine große Zahl Hilfsbedürftiger und die akute Knappheit an lebensrettenden (personellen und sonstigen) Behandlungsressourcen gekennzeichnet und wird bewältigt, indem Patienten zunächst priorisiert (Gruppe I – lebensbedrohlich Erkrankte; Gruppe II – Schwerverletzte, deren Behandlung aufgeschoben werden kann; Gruppe III – Leichtverletzte; Gruppe IV – Patienten ohne Überlebenschance) und sodann nach Priorität behandelt werden.³

* Die Verf. ist wiss. Mitarbeiterin am Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und derzeit in Elternzeit.

¹ Die Welt v. 31.10.2020, abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article219068724/Corona-Deutschland-Im-Worst-Case-soll-das-Kleeblattprinzip-greifen.html> (18.2.2021).

² Lehming, Tagesspiegel vom 17.3.2020, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/wissen/die-grausamkeit-der-triage-der-moment-wenn-corona-aerzte-ueber-den-tod-entscheiden/25650534.html> (18.2.2021).

³ Näher zur katastrophenmedizinischen Triage aus rechtlicher Perspektive: Brech, Triage und Recht, 2008; zur ethischen Perspektive: Lübke, Deutsches Ärzteblatt 2006; 103(37): A-2362/ B-2052/C-1973, abrufbar unter: <https://www.aerzteblatt.de/archiv/52720/Katastrophenmedizin-Uebliche-Rechtfertigung-fuer-Triage-zweifelhaft> (18.2.2021).

Bislang gibt es keine gesetzliche Regelung, wie knappe (lebensrettende) Behandlungsressourcen zu verteilen sind – der 2005 veröffentlichte nationale Pandemieplan, der 2017 überarbeitet und 2020 angepasst wurde, hat weder die Qualität eines formellen noch eines materiellen Gesetzes und enthält nur Handlungsempfehlungen.⁴ Lediglich der – für die Beatmungs-/Intensivbetten-Triage nicht einschlägige – Spezialfall der Allokation knapper postmortalen Spenderorgane ist gesetzlich (durch das TPG) geregelt. Dieser Mangel an verbindlichen Vorgaben liegt ganz auf der Linie des Nationalen Ethikrates. Nach dessen Auffassung⁵, die auch R. Merkel/S. Augsberg⁶, T. Walter⁷ und wohl auch Lindner⁸ teilen, untersagt das Grundgesetz dem deutschen Staat zwingende Verteilungsregelungen für den (Corona-)Triage-Fall: aufgrund seiner Bindung an die Menschenwürdegarantie und den Grundsatz der Lebenswertindifferenz dürfe der Staat menschliches Leben nicht bewerten und somit auch nicht vorschreiben, welcher Patient bei knappen Behandlungsressourcen zu retten sei.

Um die Ärzteschaft zu entlasten, haben daraufhin sieben medizinische Fachgesellschaften „klinisch-ethische Empfehlungen“ für die „Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der Covid-19-Pandemie“ herausgegeben, die jetzt bereits in der zweiten Version existieren.⁹ Diese Richtlinien, die durch renommierte Ärzte, Ethiker und Juristen ausgearbeitet wurde, verfolgen das höchst sinnvolle Ziel, „möglichst vielen Menschen eine Teilhabe an der medizinischen Versorgung unter Krisenbedingungen zu ermöglichen“¹⁰ und besitzen eine hohe inhaltliche Qualität.

Wie im Folgenden gezeigt werden soll, können diese fachgerichtlichen Empfehlungen jedoch dennoch nicht staatliche Verteilungsregelungen für die Beatmungs-/Intensivbetten-Triage ersetzen, für deren Schaffung hier eingetreten werden soll. Der verfassungsrechtliche Rahmen derartiger staatlicher Allokationsregelungen und die Bedeutung, die der Blickwinkel des Verfassungsrechts auf die Ressourcenallokation für die strafrechtliche Bewertung der Beatmungsmittel-/Intensivbetten-Triage hat, sind das Hauptthema dieser Abhandlung.

Zu diesem Zweck sollen zunächst die fachgesellschaftlichen Allokationsvorschriften kurz dargestellt werden (II.). Sodann soll für die Schaffung hoheitlicher Verteilungsregelungen

⁴ Näher hierzu: Taupitz, MedR 2020, 440 (441).

⁵ Deutscher Ethikrat (Hrsg.), Ad hoc-Empfehlung, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, 2020, S. 3, 4.

⁶ R. Merkel/S. Augsberg, JZ 2020, 704 (705).

⁷ T. Walter, GA 2020, 656 (664 ff.).

⁸ Lindner, MedR 2020, 723 (727).

⁹ DIVI/DGINA/DGAI/DGIIN/DGP/DGP/AEM (Hrsg.), Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie, Klinisch-ethische Empfehlungen, 2. überarbeitete Fassung v. 17.4.2020.

¹⁰ DIVI et al. (Fn. 9), 2.2.

lungen für Beatmungs- und Intensivbetten plädiert werden, indem gezeigt wird, dass die klinisch-ethischen Empfehlungen rechtlich unverbindlich sind, im Falle ihrer Befolgung nach herrschender Auffassung sogar strafrechtliche Haftungsrisiken bergen können (strafrechtliche de-lege-lata-Perspektive, bisheriger Meinungsstand) und deshalb und aus anderen Gründen nicht geeignet sind, ihre Zielsetzung zu erreichen, die in der Maximierung der Anzahl der überlebenden beatmungs-/intensivpflichtigen Patienten besteht (III.).

Im Anschluss hieran soll begründet werden, dass der Staat zum Erlass hoheitlicher Verteilungsregelungen sogar verpflichtet ist und er zumindest dazu berechtigt wäre, einen Allokationsmodus zu etablieren, der die Maximierung der Zahl der überlebenden Intensivpatienten anstrebt (IV.). Sodann soll untersucht werden, welchen Einfluss derartige, noch zu erlassende hoheitliche Allokationsvorschriften auf die strafrechtliche Einordnung der Intensiv- und Beatmungsbetten-Triage hätten (strafrechtliche de-lege-ferenda-Perspektive) (V.). Im Anschluss hieran soll gezeigt werden, dass der Blickwinkel des Verfassungsrechts auf die Intensivbettenallokation bereits de lege lata, also vor der Schaffung hoheitlicher Verteilungsregelungen, Einfluss auf die Interpretation des Strafrechts hat. Es soll dafür plädiert werden, den zuvor begründeten verfassungsrechtlichen Befund, wonach die Maximierung der Überlebendenzahl ein verfassungsrechtlich zulässiges Auswahlkriterium darstellt, für die Strafrechtsauslegung fruchtbar zu machen (strafrechtliche de-lege-lata-Perspektive, VI.). Der Beitrag endet mit der Zusammenfassung der Ergebnisse (VII.).

II. Klinisch-ethische Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften für den Intensiv-/Beatmungsbetten-Triage-Fall

Die klinisch-ethischen Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften differenzieren zwischen individuellen, patientenorientierten Entscheidungsgrundlagen (1.) und zusätzlichen Entscheidungsgrundlagen bei Knappheit (2.).

1. Individuelle, patientenzentrierte Entscheidungsgrundlagen

Im Rahmen ersterer wird festgehalten, dass gegen den Patientenwillen keine (Intensiv-)Behandlung durchgeführt werden darf und – unabhängig vom Patientenwillen – eine lebensverlängernde (Intensiv-)Behandlung zu unterlassen bzw. zu beenden ist, wenn der Sterbeprozess unaufhaltsam begonnen hat, die Therapie als aussichtslos eingeschätzt wird, weil keine Besserung oder Stabilisierung erwartet wird oder ein Überleben an den dauernden Aufenthalt auf der Intensivstation gebunden wäre.¹¹

2. Entscheidungsgrundlagen bei Ressourcenknappheit

Sofern in einer Klinik nicht genügend Ressourcen für alle intensiv-/beatmungspflichtigen Patienten zur Verfügung stehen und die Ressourcen auch nicht erhöht werden können (durch Verlegung von Patienten, Nutzung der Ressourcen der Notaufnahme etc.), gebieten die klinisch-ethischen Empfeh-

lungen – analog zur Triage in der Katastrophenmedizin – die Durchführung eines Priorisierungsverfahrens.¹² Dieses erfolge den Zweck, mit den begrenzten Behandlungsressourcen möglichst vielen Patienten die Teilhabe an der medizinischen Versorgung zu ermöglichen und dadurch so viele Menschenleben wie möglich zu retten.¹³ Deshalb solle sich die Priorisierung am Kriterium der Erfolgsaussicht orientieren: Patienten mit höherer Überlebenschance hinsichtlich der aktuellen Erkrankung seien vorrangig zu behandeln.¹⁴ Zur Beurteilung der Überlebenschance werden sodann verschiedene medizinische Kriterien benannt, die sich auf die aktuelle Erkrankung beziehen, auf Komorbiditäten, die aufgrund ihrer Schwere oder Kombination die Überlebenschance der Intensivtherapie verringern und auf den allgemeinen Gesundheitsstatus (Gebrechlichkeit).¹⁵ Somit gebieten die klinisch-ethischen Empfehlungen eine Posteriorisierung aufgrund des *biologischen* Alters und anderer Erkrankungen/Behinderungen, dies allerdings nur, insofern hierdurch die Wahrscheinlichkeit, die aktuelle Erkrankung zu überleben, negativ beeinflusst wird (wogegen der Einfluss auf Lebenslänge/-qualität irrelevant ist).¹⁶ Eine Benachteiligung *alleine* aufgrund des *kalendarischen* Alters und aufgrund von sozialen Kriterien wird wegen des andernfalls verletzten Gleichheitssatzes ausgeschlossen.¹⁷

Die beschriebene Patientenauswahl habe unter *allen* intensivpflichtigen Patienten zu erfolgen (und nicht nur bei Covid-19-Patienten), unabhängig davon, ob diese sich auf der Intensivstation, in der Notaufnahme oder auf der Allgemeinstation befinden.¹⁸ Ebenso irrelevant sei, ob die Behandlung schon begonnen habe: Aus Gerechtigkeitsgründen seien bei der Patientenauswahl auch bereits intensivmedizinisch behandelte Patienten zu berücksichtigen (sog. Re-Evaluierung).¹⁹

Zudem enthalten die klinisch-ethischen Empfehlungen auch Vorgaben hinsichtlich des Verfahrens der Entscheidungsfindung (Beteiligung von Vertretern der Notfallmedizin- und Intensivmedizin; möglichst Mehraugen-Prinzip; möglichst Konsensentscheidung; Entscheidungsfindung in berufs- und fachgruppenübergreifenden Teams).²⁰

III. Klinisch-ethische Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften und strafrechtliche Bewertung der Beatmungs-/Intensivbetten-Triage

1. Strafrechtliche Bewertung der Beatmungs-/Intensivbetten-Triage nach heutigem Meinungsstand

Nach herrschender Auffassung ist in Bezug auf die strafrechtliche Einordnung der hier relevanten Beatmungs-/Intensivbetten-Triage zu unterscheiden zwischen der Triage bei Ex-

¹¹ DIVI et al. (Fn. 9), 2.2; 3.2.1/3.3.2.2.

¹² DIVI et al. (Fn. 9), 2.2.

¹³ DIVI et al. (Fn. 9), 2.2.

¹⁴ DIVI et al. (Fn. 9), 2.2./3.2.1./3.2.2.

¹⁵ DIVI et al. (Fn. 9), 3.2.1.

¹⁶ DIVI et al. (Fn. 9), 3.2.1.

¹⁷ DIVI et al. (Fn. 9), 2.2.

¹⁸ DIVI et al. (Fn. 9), 2.2.

¹⁹ DIVI et al. (Fn. 9), 3.2.2.

²⁰ DIVI et al. (Fn. 9), 3.1.

ante-Konkurrenz und der Triage bei Ex-post-Konkurrenz.²¹ Die Triage bei Ex-ante-Konkurrenz ist dadurch gekennzeichnet, dass eine größere Anzahl bislang unbehandelte, intensiv-/beatmungspflichtiger Patienten existiert als unbesetzte Intensiv-/Beatmungsplätze vorhanden sind²². Dagegen ist die Triage bei Ex-post-Konkurrenz dadurch charakterisiert, dass alle Intensiv-/Beatmungsplätze belegt sind, weshalb bislang unversorgte, beatmungs-/intensivpflichtige Patienten nur beatmet/behandelt werden können, wenn vorher anderen Patienten die überlebenswichtige Ressource entzogen wird.²³

a) Triage bei Ex-ante-Konkurrenz

Die herrschende Auffassung²⁴ lehnt eine Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen (§§ 212, 13 StGB) unter Verweis auf die rechtfertigende Pflichtenkollision ab, sofern der behandelnde Arzt auf die Beatmung/Intensivbehandlung eines bislang noch nicht behandelten (beatmungs-/intensivpflichtigen) Patienten verzichtet, weil nicht genügend Plätze für alle behandlungsbedürftigen Patienten zur Verfügung stehen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass sich der Arzt, der eine Garantenstellung für alle Patienten seiner Abteilung besitzt²⁵, bei seiner Patientenauswahl an Dringlichkeitsgesichtspunkten orientiert hat und der im Stich gelassene Patient *weniger dringlich* als (ungleichrangige Pflichtenkollision) oder *genauso dringlich* wie (gleichrangige Pflichtenkollision) der/die mit ihm um die Behandlungsressource konkurrierende(n) Patient(en) ist.²⁶ Bei gleich dringlichen Patienten bejaht die herrschende Meinung ein Wahlrecht des Arztes;

dieses wird – unter Verweis auf die Gleichwertigkeit des menschlichen Lebens und das hieraus abgeleitete Verbot der qualitativen und quantitativen Bewertung des Lebensrechts – auch dann angenommen, wenn die Patienten unterschiedlich gute klinische Erfolgsaussichten haben oder das knappe Beatmungsgerät unterschiedlich lange benötigen.²⁷ Eine Überprüfung der ärztlichen Motive der Patientenauswahl findet nicht statt.²⁸ Allerdings befürwortet *Lindner* neuerdings mit beachtlichen Argumenten eine Bindung des Arztes bei seiner Auswahlentscheidung an die Grundrechte des Patienten:²⁹ Der Arzt habe die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG zu beachten und das aus Art. 1 Abs. 1 GG folgende Gebot der Lebenswertindifferenz, welches es ausschließe, jenseits einer Minimalnutzenschwelle auf die Erfolgsaussichten der Behandlung zu rekurrieren.³⁰ Unter gleichermaßen akuten Patienten mit nennenswerten Überlebenschancen müssten diejenigen bevorzugt werden, die zuerst eingetroffen seien und bei zeitgleichem Eintreffen müsse nach Los entschieden werden.³¹

Eine im Vordringen befindliche, von *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*³² und *Hoven*³³ entwickelte Auffassung, gewährt dem Arzt – im Unterschied zur herrschenden Meinung – kein Wahlrecht hinsichtlich der knappheitsbedingt unausweichlichen Patientenauswahl, sofern ähnlich akute Patienten um die knappe Behandlungsressource konkurrieren und die Patienten unterschiedliche Überlebenschancen aufweisen. Die ärztliche Behandlungspflicht gegenüber dem Patienten mit den besseren Überlebenschancen sei höherwertig, mit der Folge, dass eine Rechtfertigung des Totschlags durch Unterlassen durch Pflichtenkollision nur eintrete, wenn der Patient mit den schlechteren Überlebenschancen im Stich gelassen würde.³⁴ Im Gegensatz zum Alter, zum sozialen Status etc. seien die Überlebenschancen ein zulässiges Kriterium zur Beurteilung der Wertigkeit der Handlungspflichten im Rahmen der Pflichtenkollision, da es die Basisgleichheit des Menschen unangetastet lasse.³⁵ Diese Sicht der Dinge werde auch von der verwandten Notstandsdogmatik bestätigt,

²¹ Statt vieler: Deutscher Ethikrat (Fn. 5), S. 3; *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1400 f.).

²² Deutscher Ethikrat (Fn. 5), S. 3.

²³ Deutscher Ethikrat (Fn. 5), S. 3.

²⁴ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (152 ff.); *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1400 f.); *R. Merkel* im Interview mit *Philomag.de* v. 30.3.2020, abrufbar unter:

<https://www.philomag.de/artikel/toeten-durch-unterlassen-ist-zu-befuerchten> (18.2.2021); *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (405); *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (630 ff.); *Sowada*, NStZ 2020, 452 (452 ff., 456); *Walter*, Zeit-Online v. 2.4.2020, abrufbar unter:

<https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung> (18.2.2021); *Zimmermann*, LTO v. 23.3.2020, abrufbar unter:

<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-straftrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/> (18.2.2021).

²⁵ *Altenhain*, NStZ 2001, 188 (189); *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 150 Rn. 14.

²⁶ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (152 ff.); *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1400 f.); *R. Merkel* im Interview mit *Philomag.de* v. 30.3.2020 (Fn. 24); *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (405); *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (630 ff.); *Sowada*, NStZ 2020, 452 (452 ff., 456); *Walter*, Zeit-Online v. 2.4.2020 (Fn. 24); *Zimmermann*, LTO v. 23.3.2020 (Fn. 24).

²⁷ Für diese h.M.: *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1402); *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 631 ff.; *Walter*, Zeit-online v. 2.4.2020 (Fn. 24).

²⁸ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (152 ff.); *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1400 f.); *R. Merkel* im Interview mit *Philomag.de* v. 30.3.2020 (Fn. 24); *Rönnau/Wegner*, NJW 2020, 403 (405); *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (630 ff.); *Sowada*, NStZ 2020, 452 (452 ff., 456); *Walter*, Zeit-Online v. 2.4.2020 (Fn. 24); *Zimmermann*, LTO v. 23.3.2020 (Fn. 24).

²⁹ *Lindner*, MedR 2020, 723 (725 ff.).

³⁰ *Lindner*, MedR 2020, 723 (725 ff.).

³¹ *Lindner*, MedR 2020, 723 (728).

³² *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 (133 f.).

³³ *Hoven*, JZ 2020, 449 (450 ff.).

³⁴ *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 (133 f.); *Hoven*, JZ 2020, 449 (450 ff.).

³⁵ *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 (133).

wonach bei der Interessenabwägung zwischen dem Eingriffs- und Erhaltungsinteresse auf den Grad der den Rechtsgütern drohenden Gefahren abzustellen sei³⁶ und zulässigerweise auf die Dringlichkeit und die Rettungschance rekurriert werden dürfe. Insofern müsse dies auch bei der Triage im Rahmen der rechtfertigenden Pflichtenkollision zulässig sein³⁷, da sich der Rang der Pflichten bei der Pflichtenkollision nach den für den Notstand geltenden Abwägungsfaktoren bestimme³⁸.

b) Triage bei Ex-post-Konkurrenz

Noch umstrittener ist die Triage bei Ex-post-Konkurrenz. Die wohl herrschende Meinung betrachtet den durch akute Ressourcenknappheit motivierten (technischen) Behandlungsabbruch, der zur Ermöglichung der Behandlung eines anderen Patienten begangen wird, als Totschlag durch aktives Tun, der keiner Rechtfertigung³⁹ oder Entschuldigung⁴⁰ zugänglich ist; dies wird auch dann vertreten, wenn der durch den Behandlungsabbruch gerettete Patient bessere Erfolgschancen haben sollte⁴¹. Von niemanden könne mit Blick auf die Gleichwertigkeit menschlichen Lebens die Hinnahme der eigenen Tötung verlangt werden.⁴²

Im Gegensatz hierzu ordnet eine häufig vertretene Literaturauffassung diese Konstellation dogmatisch als Begehung durch Unterlassen ein und bejaht eine Pflichtenkollisionsrechtfertigung, sofern der Arzt seine Patientenauswahl an der medizinischen Dringlichkeit orientiert (was bei gleicher Dringlichkeit ein Wahlrecht des Arztes bedeutet).⁴³ Hoven

bejaht eine Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs durch Pflichtenkollision hierüber hinausgehend auch bei besseren Erfolgschancen (und geringerem Lebensalter).⁴⁴

Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis gelangen, obwohl sie den aktiven Behandlungsabbruch als aktives Tun einordnen, zu einer Rechtfertigung durch Pflichtenkollision, sofern der Behandlungsabbruch zur Rettung eines dringlicheren Patienten durchgeführt wird oder aber zur Rettung eines Patienten mit *wesentlich* besseren Überlebenschancen.⁴⁵ Obwohl diese Autoren – unter Berufung auf das Fehlen eines kategorialen Unterschieds zwischen der Triage bei Ex-ante-Konkurrenz und derjenigen bei Ex-post-Konkurrenz – für eine Anwendung der Pflichtenkollision auf den aktiven Behandlungsabbruch plädieren, sind sie dennoch der Auffassung, dass für die Neuverteilung bereits allozierter Intensivbetten und Beatmungsmittel (Ex-post-Konkurrenz) ein anderer, strengerer Maßstab gilt als bei der erstmaligen Zuteilung dieser knappen Ressourcen (Ex-ante-Konkurrenz): Während zur Rechtfertigung einer unterlassenen Behandlungsaufnahme bessere Überlebenschancen ausreichen würden, seien *evident* bessere Überlebenaussichten zu fordern, um den aktiven Behandlungsabbruch zu rechtfertigen.⁴⁶ Da der bereits behandelte Patient einen Teilhabeanspruch auf die knappe überlebenswichtige Ressource habe und sich seine Lage durch den Ressourceneinsatz zu seinen Gunsten schon verbessert habe, bedürfe die Entziehung des Intensiv-/Beatmungsbetts der Legitimation und diese sei nur zu bejahen, sofern der noch unbehandelte Patient *evident* bessere Erfolgsaussichten habe.⁴⁷

2. Divergenzen zwischen dem Strafrecht und den (rechtlich unverbindlichen) klinisch-ethischen Empfehlungen

Die zu Beginn der Coronakrise durch sieben medizinische Fachgesellschaften formulierten klinisch-ethischen Empfehlungen, die bei akuter Ressourcenknappheit eine Allokation nach den Überlebenaussichten empfehlen, modifizieren die strafrechtliche Bewertung der Triage bei Ex-post- und Ex-ante-Konkurrenz nicht, da diese Empfehlungen keine Rechtsqualität haben.⁴⁸ Damit gibt es keine Rechtspflicht oder auch nur eine Erlaubnis, diese Richtlinien zu befolgen. Lediglich, sofern das Recht Entscheidungsspielräume vorsieht, dürfen diese Richtlinien befolgt werden.⁴⁹ Insofern wäre es zulässig, ein Intensivbett, um das mehrere (noch unbehandelte) intensivpflichtige Patienten konkurrieren, demjenigen mit den

³⁶ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (134).

³⁷ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (134).

³⁸ Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor §§ 32 ff. Rn. 30.

³⁹ Näher hierzu: Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627 (635 ff.).

⁴⁰ Näher hierzu: Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1401 ff.); Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (405 f.).

⁴¹ Deutscher Ethikrat (Fn. 5), S. 3; Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1400 f.); Fateh-Moghadam/Gutmann, Verfassungsblog v. 30.4.2020, abrufbar unter:

<https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/>

(18.2.2021); R. Merkel im Interview mit Philomag v. 30.3.2020 (Fn. 24); R. Merkel/S. Augsberg, JZ 2020, 704 (710 ff.); Lindner, MedR 2020, 723 (727); Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404); Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627 (635); Walter, Zeit-Online v. 2.4.2020 (Fn. 24); ders., GA 2020, 656 (671 ff.).

⁴² Lindner, MedR 2020, 723 (727); R. Merkel, FAZ v. 4.4.2020, abrufbar unter:

<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/beatmung-in-der-medizin-eine-frage-von-recht-und-ethik-16710882.html>

(18.2.2021).

⁴³ Eisele, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 160; Hörnle, Verfassungsblog v. 4.4.2020, abrufbar unter:

<https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (18.2.2021); Hoven, FAZ v. 31.3.2020, abrufbar unter:

<https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html> (18.2.2021); dies., JZ 2020, 449 (453 f.); Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151 (156 ff.); Küper, JuS 1971, 474 (467 f.).

⁴⁴ Hoven, JZ 2020, 449 (452 ff.).

⁴⁵ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (134 ff.).

⁴⁶ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (136).

⁴⁷ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (136).

⁴⁸ Statt aller Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1400).

⁴⁹ Statt aller Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1400).

besten Überlebenschancen zuzuweisen. Denn nach der herrschenden Meinung besteht in dieser Konstellation, die charakterisiert ist durch eine Ex-ante-Konkurrenz hinsichtlich der knappen Behandlungsressource und durch die gleiche Dringlichkeit der um die knappe Ressource konkurrierenden Patienten, ein ärztliches Wahlrecht, welcher Patient zu retten ist. Dieses Wahlrecht gewährt dem Arzt einen Entscheidungsspielraum, der es ihm ermöglicht, die rechtlich unverbindlichen klinisch-ethischen Empfehlungen freiwillig zu befolgen.

Sofern die klinisch-ethischen Empfehlungen allerdings mit dem (Straf-)Recht kollidieren, geht letzteres vor.⁵⁰ Insofern birgt es – wie die klinisch-ethischen Empfehlungen an einer Stelle auch offen eingestehen⁵¹ – ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko, den klinisch-ethischen Empfehlungen in einer Triage-Situation zu folgen. Denn nach diesen Empfehlungen sind bei akuter Ressourcenknappheit *alle* intensiv-/beatmungspflichtigen Patienten in die in dieser Situation unvermeidliche Priorisierungsentscheidung einzubeziehen; dies hat zur Folge, dass es geboten sein kann, eine bereits begonnene Behandlung abbrechen, weil andere Patienten wegen besserer Überlebenschancen eine höhere Behandlungspriorität genießen.⁵² Diese Empfehlung widerspricht diametral der vorherrschenden strafrechtlichen Bewertung, welche zur Triage bei Ex-post-Konkurrenz vertreten wird. Denn danach ist der durch akute Behandlungsressourcenknappheit motivierte aktive Behandlungsabbruch regelmäßig als tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft aktive Tötung gem. § 212 StGB zu qualifizieren (s.o.). Eine Ausnahme macht die herrschende Meinung allenfalls für (Extrem-)Fälle, in denen der Patient, dessen Behandlung beendet werden soll, ohnehin keine realistischen Überlebenschancen hat,⁵³ nicht aber bereits, wenn die mit ihm konkurrierenden Patienten bloß bessere Erfolgchancen haben.

Aber auch in Bezug auf die weniger umstrittene Konstellation der Triage bei Ex-ante-Konkurrenz führt die in den klinisch-ethischen Empfehlungen vorgesehene Zuteilung knapper Beatmungs-/Intensivbetten nach dem Kriterium der Überlebenschancen (ohne Rücksicht auf den exakten Grad der medizinischen Dringlichkeit) zu Ergebnissen, die aus Perspektive der herkömmlichen Strafrechtsdogmatik nicht haltbar sind. Dies haben *Engländer/Zimmermann* sehr anschaulich mit folgendem lebensnahen Beispiel belegt: Hat A bei sofortigem Behandlungsbeginn eine Überlebenschance von 90 % und B eine von 60 % und würde B ohne sofortige Behandlung sterben und A am Folgetag mit 70 %-iger Wahrscheinlichkeit überleben, so befindet sich der triagierende Arzt nach herrschender Strafrechtsdogmatik, die den Pflichtenrang anhand von § 34 StGB („Grad der drohenden Gefahr“) bestimmt, in einer ungleichrangigen (Handlungs-) Pflichtenkollision; er handelt daher nur gerechtfertigt, wenn er B, also den Patienten mit den schlechteren Erfolgsaussichten und der höheren Dringlichkeit, behandelt und nicht, wenn

er – den fachgesellschaftlichen Empfehlungen für den Triage-Fall folgend – A, den Patienten mit den besseren Erfolgsaussichten behandelt.⁵⁴

3. Strafbarkeitsrisiko bei Befolgung der klinisch-ethischen Empfehlungen in einer Triage-Situation; fehlende Eignung der klinisch-ethischen Empfehlungen zur Maximierung der Überlebendenzahl

Es bleibt also festzuhalten, dass die Befolgung der klinisch-ethischen Empfehlungen, die im Falle unzureichender Intensivbetten/Beatmungsmittel eine Priorisierung nach den Erfolgsaussichten der Behandlung (Überlebenschancen) vorsehen, in vielen denkbaren Konstellationen mit erheblichen Strafbarkeitsrisiken behaftet ist. Das gilt insbesondere in Bezug auf solche Fallgestaltungen, in denen nicht alle Patienten, die um die knappe Behandlungsressource konkurrieren, gleich akut erkrankt sind und unterschiedliche (aber nicht völlig zu vernachlässigende) Überlebenschancen haben.

Aufgrund der gegenläufigen Appelle, die vom Strafrecht auf der einen Seite und den klinisch-ethischen Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften auf der anderen Seite ausgehen, und der fehlenden rechtlichen Bindungswirkung der klinisch-ethischen Empfehlungen, versagen letztere sowohl dabei, (strafrechtliche) Rechtssicherheit für die Ärzteschaft in der rechtlich komplexen Triage-Situation zu schaffen, als auch dabei, ihre – rechtspolitisch höchst begrüßenswerte – Zielsetzung zu erreichen. Diese besteht darin, die Anzahl der überlebenden Intensivpatienten zu maximieren, also mit den vorhandenen Ressourcen möglichst viele Patienten erfolgreich zu behandeln. Dies zeigt schon das in den fachgesellschaftlichen Empfehlungen befürwortete Priorisierungskriterium „Überlebenschancenwahrscheinlichkeit“⁵⁵.

Die klinisch-ethischen Empfehlungen sind aber noch aus einem anderen Grund ungeeignet, die Zahl der überlebenden Intensivpatienten zu maximieren. Die Richtlinien beziehen sich auf die Problematik, dass in einer Klinik die Intensivressourcen zu knapp sind und sie empfehlen für diesen Fall die Durchführung eines Priorisierungsverfahrens entsprechend den Überlebenschancen der Patienten, in welches (nur) alle intensivpflichtigen Patienten der Klinik einzubeziehen sind. Die hierdurch bewirkte Ressourcenallokation rettet naturgemäß weniger Leben als durch staatliche, auf die Maximierung der Überlebendenzahl ausgerichtete Allokationsregelungen, ggf. in Verbindung mit einer zentralisierten, bundesweiten Bettenverteilung, gerettet werden könnten.

Dies gilt schon vor dem Hintergrund, dass der konkrete Behandlungsbedarf sehr individuell von Erkrankung und Allgemeinzustand des einzelnen Patienten abhängt und nicht alle Intensivstationen gleich gut ausgerüstet sind. Zu differenzieren ist im Hinblick auf den verfügbaren Standard zwischen low care (nicht-invasive Beatmung), high-care (invasive Beatmung) und ECMO (extrakorporale Membranoxygenierung)⁵⁶.

⁵⁰ Statt aller *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1400).

⁵¹ DIVI (Fn. 9), 3.2.2.

⁵² DIVI (Fn. 9), 3.2.2.

⁵³ *Zimmermann*, LTO v. 23.3.2020 (Fn. 24).

⁵⁴ *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1400 f.).

⁵⁵ DIVI (Fn. 9), 2.2.

⁵⁶ DIVI Intensivregister, abrufbar unter:

<https://www.intensivregister.de/#/index> (18.2.2021).

Zusammenfassend ist daher zu sagen, dass das aktuell gültige (durch Strafrecht und unverbindliche fachgerichtliche Empfehlungen geprägte) „Intensivbetten-Allokationssystem“ zentrale Defizite aufweist. Diese bestehen vor allem in der unzureichenden Rechtssicherheit für die Ärzteschaft und in der fehlenden Eignung des Allokationssystems, die Anzahl der überlebenden Patienten zu maximieren. Diese Defizite können nur behoben werden, indem der Staat verbindliche Allokationsregelungen für die Intensivbetten-Triage schafft, welche auf die Maximierung der Zahl der überlebenden Intensivpatienten abzielen und er darüber hinaus eine zentralisierte, bundesweite Bettenvergabe einrichtet.

IV. Hoheitliche Regelung für die Allokation knapper Intensiv-/Beatmungsressourcen

Die Schaffung einer hoheitlichen Regelung für die Allokation knapper Intensiv-/Beatmungsressourcen wäre aber nicht nur aus den oben genannten Gründen rechtspolitisch wünschenswert, sondern entspräche überdies auch einem verfassungsrechtlichen Gebot. Das gleiche wird auch für die Zielsetzung der Maximierung der Überlebendenzahl vertreten. Im Einzelnen:

1. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung der intensivmedizinischen Triage

a) Notwendigkeit gesetzlicher Allokationsregelungen und deren notwendige Regelungstiefe

Die Fragestellung, welche Patientengruppe innerhalb der Gruppe gleichermaßen intensivpflichtiger Patienten vorrangig zu behandeln ist, ist keine (bzw. nicht alleine eine) medizinische, sondern eine normative Fragestellung.⁵⁷ Daher müssen die grundlegenden Vorgaben für die Allokation knapper Intensiv-/Beatmungsressourcen durch das Parlament erlassen werden⁵⁸ und nicht etwa durch medizinische Fachgesellschaften oder durch eine Organisation, wie die Bundesärztekammer. Dies folgt aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes,⁵⁹ der im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip⁶⁰ verankert ist, und der auch

für vergleichbare Problemlagen, wie die Allokation knapper Spenderorgane⁶¹ und die durch finanzielle Knappheit gebotene Rationierung im Gesundheitswesen,⁶² gesetzliche Verteilungsregelungen fordert. Denn nach dem Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes, den das BVerfG durch seine Wesentlichkeitsrechtsprechung konkretisiert hat, ist das Parlament als demokratisch unmittelbar legitimierter Gesetzgeber verpflichtet, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen, soweit diese staatlicher Normierung zugänglich sind, selbst und durch Gesetz zu treffen.⁶³ Welche Regelungsdichte und Bestimmtheit derartige parlamentsgesetzliche Regelung aufzuweisen haben, also welcher Teil einer Regelung durch ein formelles Gesetz zu regeln ist und welcher Teil der Exekutive zur Regelung durch Rechtsverordnung oder Satzung überlassen werden darf, bemisst sich ebenfalls nach dem Grad der Wesentlichkeit, den der zu regelnde normative Gegenstand hat.⁶⁴ Nach diesen Vorgaben bedarf es einer parlamentsgesetzlichen Regelung der intensivmedizinischen Triage. Denn ebenso wie die Organallokation und die Rationierung medizinischer Leistungen aus finanziellen Gründen sind die Entscheidungen über die Priorisierung von Covid-19-Patienten in „existenzieller Weise grundrechtsrelevante Entscheidungen“⁶⁵. Deshalb dürfen die Kriterien für die Zuteilung nicht zur freien Disposition professioneller oder „ethischer“ Selbstregulierung der Medizin stehen.⁶⁶

Der Gesetzgeber hat dabei – wie auch für die Organallokation geboten (aber bislang unzureichend umgesetzt)⁶⁷ –

15.8.2020, Art. 20 Rn. 172 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 69; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 106 ff.; differenzierend: *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 92. Lfg., Stand: 2020, Art. 20 Rn. 97 ff.

⁶¹ H.M. *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 58), S. 71 ff.; *Höfling*, JZ 2007, 481 (483).

⁶² H.M.: *Dannecker/Streng-Baunemann*, in: *Kudlich/Jäger/Montiel* (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts, 2017, S. 111 (119); *Ebsen*, NDV 1997, 109 (120); *Höfling*, in: *Feuerstein/Kuhlmann* (Hrsg.), Rationierung im Gesundheitswesen, S. 143 (151 f.); *Isensee*, ZVersWiss 2004, 651 (663).

⁶³ BVerfGE 33, 125 (158, 303, 337); 34, 52 (60 und 165, 192 f.); 40, 237 (249); 45, 400 (417); 47, 46 (78f.); 49, 89 (126 ff.); 57, 295 (327); 61, 260 (275); 76, 1 (74); 83, 130 (142, 152).

⁶⁴ *Mann*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 21 f.

⁶⁵ *Fateh-Moghadam/Gutmann*, Verfassungsblog v. 30.4.2020 (Fn. 41).

⁶⁶ *Fateh-Moghadam/Gutmann*, Verfassungsblog v. 30.4.2020 (Fn. 41).

⁶⁷ Für die Allokation knapper postmortalen Spenderorgane gibt der Gesetzgeber mit den Kriterien Erfolgsaussicht und Dringlichkeit (§ 12 Abs. 3 S. 1 TPG) zwei gegenläufige Kriterien vor, was seit Erlass des TPG als zu unbestimmt und als Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt kritisiert wird, statt

⁵⁷ *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1398); *Taupitz*, in: *Kloepfer* (Hrsg.), Pandemien als Herausforderungen für die Rechtsordnung, 2011, S. 103 (109); *ders.*, Gerechte Gesundheit, Ausgabe 51, Juni 2020, abrufbar unter: <https://www.gerechte-gesundheit-magazin.de/ausgabe-51/kontroverse-um-triage/> (18.2.2021)

⁵⁸ *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 (130); *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (404); zur vergleichbaren Problematik der Organallokation: *Höfling*, in: *Höfling* (Hrsg.), Transplantationsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2013, § 12 Rn. 29 f.; *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: *Gutmann/Schneewind/Schroth/Schmidt/Elsässer/Land/Hillebrand* (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2002, S. 59 (71); *Taupitz*, Gerechte Gesundheit, Ausgabe 51, Juni 2020 (Fn. 57); *ders.*, MedR 2020, 440 (442).

⁵⁹ *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (404).

⁶⁰ BVerfGE 47, 46 (78 ff.); *Huster/Rux*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand:

„mindestens (1) über die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und (2) über deren Rangverhältnis untereinander zu entscheiden“⁶⁸. Denn da die Auswahlkriterien und ihre Gewichtung eine Entscheidung über Leben und Tod determinieren, besitzen sie höchste Grundrechtsrelevanz und unterfallen dem Parlamentsvorbehalt.⁶⁹ Dagegen kann die medizinische Operationalisierung der durch das Parlament zu bestimmenden, verfassungsgemäßen Auswahlkriterien (Dringlichkeit, Überlebenswahrscheinlichkeit etc.) durch gesetzliche Ermächtigung der Normsetzung durch die Exekutive, nämlich dem Bundesgesundheitsministerium, überlassen werden.⁷⁰ Nach *Taupitz* würde es alternativ zur Schaffung hinreichend bestimmter Allokationsvorschriften durch den Gesetzgeber auch genügen, wenn der Gesetzgeber ausreichende Vorgaben zur Zusammensetzung und zum Verfahren eines zur Regelung zuständigen Gremiums (unter Beteiligung anderer Disziplinen, etwa der Medizin) erlassen würde, denn je schwächer einer der beiden Legitimationsstränge sei, umso stärker müsse der andere ausgestaltet sein.⁷¹

b) Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Die Gesetzgebungskompetenz für die Allokation knapper Intensiv-/Beatmungsbetten liegt beim Bundesgesetzgeber. Denn gesetzliche Triage-Regelungen modifizieren die strafrechtliche Verantwortlichkeit gem. §(§) 212 (13 ff.) StGB (und zivilrechtliche Haftung) von Klinikärzten für den Triage-Fall, indem sie verbindlich festlegen, welche Patientengruppe innerhalb der intensivpflichtigen Patienten in einer Triage-Situation vorrangig zu retten ist (vgl. III., V.). Dies bedeutet, dass die gesetzlichen Allokationsvorschriften der Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterfallen. Der Bund besitzt die Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht (und das Zivilrecht), da er mit dem Erlass des StGB (und des BGB) von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht (und das Bürgerliche Recht, vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) Gebrauch gemacht hat.

2. Grundgesetzliche Vorgaben für die Allokation knapper Intensiv-/Beatmungsressourcen

Inhaltlich müssen sich die gesetzlichen Vorgaben für die Allokation knapper Intensiv-/Beatmungsressourcen an den Grundrechten messen lassen. Maßgeblich sind insbesondere das von der herrschenden Meinung anerkannte Recht auf das medizinische Existenzminimum (aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und ggf. in Verbindung mit dem

vieler: *Gutmann*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* (Hrsg.), *Transplantationsgesetz*, Kommentar, 2005, § 12 Rn. 22 ff.

⁶⁸ Für die vergleichbar gelagerte Problematik der Organallokation: *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 58), S. 71 ff.; *Höfling* (Fn. 58), § 16, Rn. 24.

⁶⁹ *Taupitz*, *MedR* 2020, 440 (442).

⁷⁰ Vgl. zur vergleichbaren Konstellation der aus finanzieller Knappheit gebotenen Rationierung medizinischer Leistungen: *Huster*, *Soziale Gesundheitsgerechtigkeit*, 2011, S. 39.

⁷¹ *Taupitz*, *Gerechte Gesundheit*, Ausgabe 51, Juni 2020 (Fn. 57).

Sozialstaatsprinzip)⁷², das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG sowie der derivative Teilhabeanspruch jedes intensiv-/beatmungspflichtigen Patienten (aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).⁷³

a) Recht auf das medizinische Existenzminimum (aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Das Recht auf das medizinische Existenzminimum steht jedem Bedürftigen zu – unabhängig vom Versicherungsstatus.⁷⁴ Welche Leistungen das Recht auf das medizinische Existenzminimum umfasst, ist im Einzelnen umstritten. Zu unterscheiden ist – nach *Heinig*⁷⁵ – zwischen einer egalitaristischen Deutung, die darauf rekurriert, welche Leistungen der Durchschnittsbürger als so wesentlich erachtet, dass er sie notfalls privat versichern würde⁷⁶ und einer freiheitsfunktional-suffizienzorientierten Deutung, wonach unmittelbar lebenserhaltende Leistungen zum Existenzminimum gehören⁷⁷. Die hier relevante intensivmedizinische Behandlung und künstliche Beatmung dürfte daher sowohl nach der egalitaris-

⁷² BVerfGE 125, 175 = NJW 2010, 505; *S. Augsberg*, in: *Weilert* (Hrsg.), *Die Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat*, 2016, S. 127 (129 ff.); *I. Augsberg/S. Augsberg*, *AöR* 123 (2007), 539 (556 ff.); *Axer*, in: *Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer* (Hrsg.), *Staat im Wort*, Festschrift für Josef Isensee zum 70. Geburtstag, 2007, S. 965; *Brech* (Fn. 3), S. 185 ff.; *Däubler*, *NJW* 1972, 1105 (1109); *Detting*, *GesR* 2006, 97; *Ebsen*, *NDV* 1997, 109 (120); *Heinig*, in: *Bahr/Heinig* (Hrsg.), *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*, Rechtswissenschaftliche und theologische Perspektiven, 2006, S. 251 (293 f.); *ders.*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, S. 446 ff.; *Huster*, in: *Mazouz/Werner/Wiesing* (Hrsg.), *Krankheitsbegriff und Mittelverteilung*, 2004, S. 157 (167); *Lang*, in: *Epping/Hillgruber*, *Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz*, Stand: 15.8.2020, Art. 2 Rn. 82; *Steiner/Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht, Kommentar*, 3. Aufl. 2018, GG Art. 1 Rn. 2; *Nettesheim*, *VerwArch* 93 (2002), 315 (337); *Schmidt-Aßmann*, *NJW* 2004, 1689 (1691); *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 96; *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 213; *Taupitz*, in: *Wolter/Riedel/Taupitz* (Hrsg.), *Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und das Strafrecht*, 1999, S. 113 (121 f.); a.A. *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 43. Lfg., Stand: Februar 2004, Art. 2 Abs. 2 Rn. 94; *Kirchhof*, in: *Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier* (Hrsg.), *Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte*, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, 2006, S. 931 (944 ff.).

⁷³ *Brech* (Fn. 3), S. 387; zur in Teilen vergleichbaren Konstellation der Impfmittel-Triage: *Taupitz* (Fn. 57), S. 115 ff.

⁷⁴ BVerfG *NJW* 2010, 505 (508).

⁷⁵ *Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, S. 443 ff.

⁷⁶ *Huster* (Fn. 72 – Mazouz et al.), S. 157 (167).

⁷⁷ *Heinig* (Fn. 75), S. 446 ff.; *Nettesheim*, *VerwArch* 93 (2002), 315 (337).

tischen als auch nach der freiheitsfunktional-suffizienzorientierten Deutung Teil des Existenzminimums sein. Man kann daher im Hinblick auf die Coronakrise die Frage stellen, ob sich aus dem Recht auf das Existenzminimum ein Anspruch gegenüber dem Staat ergibt, der auf Erhöhung der Zahl der Intensiv- und Beatmungsbetten bis zum Erreichen einer bedarfsgerechten Versorgung gerichtet ist. Allerdings braucht diese Frage hier nicht entschieden zu werden. Denn ein solches Recht stünde unter dem „Vorbehalt des Möglichen“⁷⁸ und die Aufstockung der Kapazitäten bis zum Erreichen einer für alle Bedürftigen ausreichenden Versorgung wäre angesichts des weltweiten Beschaffungseinganges bzgl. Intensivpflegeressourcen/Beatmungsressourcen⁷⁹ unmöglich.

Aus dem gleichen Grund, nämlich dem – das Recht auf das medizinische Existenzminimum beschränkenden – Vorbehalt des Möglichen, lässt sich das Recht auf das medizinische Existenzminimum auch nicht gegen die Schaffung staatlicher (wie auch immer im Einzelnen inhaltlich ausgestalteter) Verteilungsregelungen für den intensivmedizinischen Triage-Fall/den Beatmungs-Triage-Fall in Stellung bringen, sofern diese über die Operationalisierung des Kriteriums der medizinischen Dringlichkeit hinausgehen und bestimmte Patientengruppen posteriorisieren.⁸⁰ Denn in einer Triage-situation ist die Versorgung aller Anspruchsberechtigten objektiv unmöglich.⁸¹ Anders gewendet, bietet das medizinische Existenzminimum keine Vorgaben für Situationen, in welchen das Leben mehrerer Menschen bedroht ist, aber nicht alle gerettet werden können, wie *Taupitz* zu Recht betont.⁸²

b) Unzulässige Allokationskriterien gem. Art. 3 Abs. 3 GG

Staatliche Verteilungsregelungen für knappe Intensiv- und Beatmungsressourcen haben sich an Art. 3 GG, dem Allgemeinen Gleichheitssatz, zu orientieren. Nach Art. 3 Abs. 3 GG sind die Differenzierungskriterien Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben, religiöse oder politische Anschauung sowie Behinderung unzulässig.⁸³ Allokationsregelungen, die die in dieser Vorschrift genannten Patientengruppen diskriminieren, wären daher verfassungswidrig.⁸⁴

c) Derivativer Teilhabeanspruch jedes intensiv-/beatmungspflichtigen Patienten (aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2

⁷⁸ BVerfGE 33, 303 (333); *Brech* (Fn. 3), S. 188; *Heinig* (Fn. 75), S. 438; *Huster/Rux* (Fn. 60), Art. 20 Rn. 203.1; *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff (Fn. 72), GG Art. 1, Rn. 2.

⁷⁹ *Dräger* im Interview mit Spiegel-Online v. 27.3.2020, abrufbar unter:

<https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/corona-medizintechnik-hersteller-draeger-eine-absolute-mission-impossible-a-00000000-0002-0001-0000-000170213675> (18.2.2021).

⁸⁰ A.A. wohl Deutscher Ethikrat (Fn. 5), S. 2 f.

⁸¹ *Brech* (Fn. 3), S. 188 f.

⁸² *Taupitz*, MedR 2020, 440 (442).

⁸³ Vgl. auch zur vergleichbaren Situation der Impfmittel-Triage: *Taupitz* (Fn. 57), S. 115 ff.

⁸⁴ *Taupitz*, MedR 2020, 440 (444).

Abs. 2 S. 1 GG) bzw. „Gesundheitsrechtlich geschärftes Willkürverbot“ (*Schmidt-Aßmann*)⁸⁵

Neben Art. 3 Abs. 3 GG macht das „gesundheitsrechtlich geschärftes Willkürverbot“ (*Schmidt-Aßmann*)⁸⁶ Vorgaben für staatliche Verteilungsregelungen für den Beatmungsbetten-/Intensivbetten-Triage-Fall: Die Zuteilung von knappen Beatmungs-/Intensivressourcen ist, da derartige Behandlungsressourcen eine existenzielle Bedeutung haben – ebenso wie die Allokation knapper postmortal gespendeter Organe⁸⁷ und die aus Kostengründen gebotene Rationierung von Gesundheitsleistungen⁸⁸ – eine „Zuteilung von Lebenschancen“⁸⁹. Als solche ist die Allokation von Beatmungs- und Intensivbetten an Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu messen,⁹⁰ also am Allgemeinen Gleichheitssatz in Verbindung mit dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Diese Vorschriften normieren keine Versorgungsuntergrenze, sondern zielen auf die Vermeidung einer willkürlichen Benachteiligung bestimmter Patientengruppen bei der Verteilung der vorhandenen medizinischen Ressourcen in einem öffentlichen Gesundheitswesen. Der aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitete, derivative Teilhabeanspruch, der jedem intensiv-/beatmungspflichtigen Patienten zusteht,⁹¹ gebietet eine „lebenswertindifferente“ Verteilung der knappen Behandlungsressourcen und verbietet jede – auch nur mittelbare – Differenzierung nach dem Lebenswert.⁹²

aa) Verfassungswidrigkeit nicht-lebenswertindifferenter Kriterien

Die Vorgabe einer streng „lebenswertindifferente“ Allokation bei überlebenswichtigen Behandlungsressourcen folgt aus der, aus dem Grundrecht auf Leben und der Menschenwürde

⁸⁵ Die folgenden Ausführungen basieren auf: *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444 (446 ff.); *Streng-Baunemann*, Strafrechtliche Grenzen der Rationierung medizinischer Leistungen, 2016, S. 43 ff.

⁸⁶ *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 21.

⁸⁷ *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444 (445 ff.)

⁸⁸ *Streng-Baunemann* (Fn. 85), S. 40 f.

⁸⁹ *Fateh-Moghadam/Gutmann*, Verfassungsblog v. 30.4.2020 (Fn. 41); *Gutmann*, in: Höfling (Hrsg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland, 2008, S. 113 (116).

⁹⁰ So auch *Fateh-Moghadam/Gutmann*, Verfassungsblog v. 30.4.2020 (Fn. 41). Ähnlich: *R. Merkel/S. Augsburg*, MedR 2020, 440 (442); für die katastrophenmedizinische Triage: *Kern/Rehborn*, in: Laufs/Kern/Rehborn (Fn. 25), § 21 Rn. 36 ff.; ähnlich: *Brech* (Fn. 3), S. 200 ff.

⁹¹ *Fateh-Moghadam/Gutmann*, Verfassungsblog v. 30.4.2020 (Fn. 41); zum strukturgleichen derivativen Teilhabeanspruch an den vorhandenen Organkapazitäten: *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 58), S. 68 ff.; zum derivativen Teilhabeanspruch bei der katastrophenmedizinischen Triage: *Kern/Rehborn* (Fn. 90), § 21 Rn. 36 ff. (bezogen auf die katastrophenmedizinische Triage).

⁹² *Fateh-Moghadam/Gutmann*, Verfassungsblog v. 30.4.2020 (Fn. 41)

folgenden, Lebenswertindifferenzkonzeption des Grundgesetzes, die das BVerfG mehrfach, zuletzt in der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz⁹³, betont hat.⁹⁴ Danach genießen das menschliche Leben und die Würde des Menschen ohne Rücksicht auf seine Dauer den gleichen verfassungsrechtlichen Schutz⁹⁵ und ist jedes menschliche Leben „als solches gleich wertvoll und kann deshalb keiner irgendwie gearteten unterschiedlichen Bewertung oder gar zahlenmäßigen Abwägung unterworfen werden“.⁹⁶ Verteilungsmodi zur Maximierung des aggregierten Gesamtnutzens im Patientenkollektiv (also ohne Rücksicht darauf, wie sich die Nutzengewinne auf die Patienten verteilen und wie viele Patienten gerettet werden) sind daher unzulässig. Denn eine solche Vorgehensweise „aggregiert Nutzengewinne zu einem Gesamtnutzen, für die es keinen Träger gibt“,⁹⁷ und „negiert, dass die Grundrechte des Art. 2 Abs. 2 des Grundgesetzes auch in der Schutzpflichtendimension dem Individualschutz verpflichtet“⁹⁸ bleiben und „nicht zu Aggregatsrechten von Kollektiven“⁹⁹ werden; sie „unterliegt daher der durchgreifenden Kritik, die schon immer gegen den Utilitarismus vorgebracht worden ist“.¹⁰⁰ Hieraus folgt, dass Überlegungen zur medizinischen oder sonstigen Qualität des Lebens oder im Hinblick auf seine mutmaßliche Dauer eine Absage erteilt ist.¹⁰¹

Unzulässig sind daher Verteilungskriterien wie das Verschulden des Patienten an seiner Erkrankung¹⁰², die soziale Wertigkeit¹⁰³ oder die Finanzkraft¹⁰⁴. Das gleiche gilt für das Alterskriterium, denn unter Zugrundelegung der Lebenswertindifferenzkonzeption des GG ist eine Lebensverlängerung um fünf Jahre, auf die ein krebskranker oder älterer Patient hoffen darf, nicht weniger wertvoll als eine Lebensverlängerung um zehn Jahre, die ein Patient ohne Vorerkrankung erwarten kann.¹⁰⁵ Abweichend hiervon betrachtet *Hoven* die Berücksichtigung der Lebenserwartung nicht als unvereinbar mit der Basisgleichheit von Menschen: Die verbleibende

Lebensdauer sei kein Merkmal einer bestimmten Gruppe, sondern ein „dynamischer Faktor im Alterungsprozess eines jeden Menschen“¹⁰⁶. Ähnlich argumentiert *Huster*¹⁰⁷ im Hinblick auf die aus Gründen finanzieller Knappheit gebotene Priorisierung im Gesundheitswesen. Allerdings beschränkt *Huster*, der an die philosophischen Konzepte von *John Harris* und *Norman Daniels* anknüpft, die von ihm unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig erachtete Alterspriorisierung explizit auf Hochbetagte.

Im Gegensatz hierzu vertreten der Nationale Ethikrat und *R. Merkel/S. Augsburg* eine am entgegengesetzten Ende des Meinungsspektrums zu verortende Auffassung. Die BVerfG-Entscheidungen zum Luftsicherheitsgesetz, zum Schwangerschaftsabbruch und zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB¹⁰⁸ zeigten, dass der Lebenswertindifferenzkonzeption des GG noch weitaus umfassendere Differenzierungsverbote zu entnehmen seien, als das Verbot knappe überlebenswichtige Behandlungsressourcen nach Alter, Geschlecht, Finanzkraft, Vorverschulden, sozialer Wertigkeit, etc. zu allozieren. Auch jeglicher Rekurs auf weitergehende, tendenziell einem vereinfacht-utilitaristischen Maximierungsprinzip verpflichtete Klassifikationen seien unzulässig.¹⁰⁹ Damit sei jeder unmittelbaren oder mittelbaren staatlichen Unterscheidung nach Wert oder Dauer des Überlebens eine Absage erteilt.¹¹⁰ Dies wird nicht nur mit den bereits oben zitierten Entscheidungen des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch¹¹¹ und zur Abschussermächtigung im Luftsicherheitsgesetz begründet, sondern darüber hinaus auch mit der Entscheidung des BVerfG zur Suizidassistenz¹¹². Denn in dieser Entscheidung habe das Gericht das in der Menschenwürde verwurzelte „Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben“ unkontingiert gewährleistet gesehen und insbesondere das Anknüpfen an materielle Kriterien, wie Alter und den Gesundheitszustand als Handlungsoptionen für den Gesetzgeber verworfen.¹¹³ Dieser Auffassung, aus welcher folgt, dass auch jede denkbare Variante des Erfolgskriteriums wegen Verstoßes gegen die Lebenswertindifferenzkonzeption des GG als verfassungswidriges Allokationskriterium zu qualifizieren ist, kann jedoch aus den im Folgenden dargelegten Gründen nicht zugestimmt werden:

bb) Verfassungsmäßigkeit von Allokationskriterien zur Maximierung der Überlebendenzahl

(1) Verfassungsmäßigkeit eines Verteilungsmodus zur Maximierung der Anzahl der überlebenden Patienten

Gegen die Lebenswertindifferenzkonzeption des GG verstoßen zwar Spielarten des Erfolgskriteriums, die ausschließlich

⁹³ BVerfGE 115, 118 (158).

⁹⁴ *Fateh-Moghadam/Gutmann*, Verfassungsblog v. 30.4.2020 (Fn. 41)

⁹⁵ BVerfGE 115, 118 (158).

⁹⁶ BVerfGE 39, 1 (59); 115, 118 (158).

⁹⁷ *Huster* (Fn. 70), S. 46.

⁹⁸ *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 58), S. 76.

⁹⁹ *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 58), S. 76.

¹⁰⁰ *Huster* (Fn. 70), S. 46 (bezogen auf knappe finanzielle Ressourcen im Gesundheitswesen).

¹⁰¹ Vgl. hierzu *Gutmann* (Fn. 89), S. 130 (bezogen auf die Organallokation); *Kern/Rehborn* (Fn. 90), § 21 Rn. 36 ff. (bezogen auf die katastrophenmedizinische Triage); *Taupitz* (Fn. 57), S. 119 ff. (zur Impfmittel-Triage).

¹⁰² *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (633 f.).

¹⁰³ *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (633).

¹⁰⁴ Vgl. hierzu *Gutmann* (Fn. 89), S. 130 (zur Organallokation).

¹⁰⁵ *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (633 f.); *Taupitz*, MedR 2020, 440 (448); *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 58), S. 94 (bezogen auf die Organallokation); *Huster* (Fn. 70), S. 46 (bezogen auf knappe finanzielle Ressourcen im Gesundheitswesen); a.A. *Hoven*, JZ 2020, 449 (451 f.).

¹⁰⁶ *Hoven*, JZ 2020, 449 (451); kritisch hierzu: *T. Walter*, GA 2020, 656 (670).

¹⁰⁷ *Huster*, MedR 2010, 369.

¹⁰⁸ BVerfG NJW 2020, 905.

¹⁰⁹ *R. Merkel/S. Augsburg*, JZ 2020, 704 (705).

¹¹⁰ *R. Merkel/S. Augsburg*, JZ 2020, 704 (705).

¹¹¹ BVerfGE 39, 1 (59).

¹¹² BVerfG NJW 2020, 905.

¹¹³ *R. Merkel/S. Augsburg*, JZ 2020, (714).

der Maximierung des aggregierten Gesamtnutzens im Patientenkollektiv dienen, wie etwa Überlegungen zur Lebenslänge/-qualität. Dies gilt jedoch nicht für solche Ausprägungen des Erfolgskriteriums, die der Maximierung der Zahl der Überlebenden dienen, wie z.B. die Wahrscheinlichkeit, die Behandlung zu überleben.¹¹⁴ Die Verfassungsmäßigkeit eines Verteilungsmodus zur Maximierung der Zahl der Überlebenden ist nicht nur für die klassische katastrophenmedizinische Triage anerkannt.¹¹⁵ Sie wird zunehmend auch für die Organallokation¹¹⁶ akzeptiert, wie die *Verf.* gemeinsam mit *Dannecker* bereits umfassend dargelegt hat,¹¹⁷ und gilt auch für die hier vorliegende, strukturgleiche Konstellation der „Intensivbetten- bzw. Beatmungsmittel-Triage“¹¹⁸.

Die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Verteilungsmodus folgt daraus, dass die Zielsetzung der Maximierung der Zahl der Überlebenden, im Gegensatz zum Ziel, den „aggregierten Gesamtnutzen im Patientenkollektiv“ zu maximieren, weder gegen die „Lebenswertindifferenzkonzeption des GG“ noch gegen andere grundrechtliche Verbürgungen verstößt.¹¹⁹

*(a) Zulässigkeit der Maximierung der Überlebendenzahl als Ausfluss des aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleiteten Optimierungsprinzips*¹²⁰

Eine in der Literatur vertretene Auffassung geht sogar so weit, der staatlichen Schutz- und Leistungspflicht zugunsten des menschlichen Lebens (aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) ein Optimierungsgebot dahingehend zu entnehmen, dass in Situationen, in denen aufgrund knapper medizinischer Ressourcen nicht alle Patienten gerettet werden können, die knappen Ressourcen so einzusetzen sind, dass möglichst viele Menschen gerettet werden.¹²¹ Diese Maximierungsformel ist in Bezug auf die katastrophenmedizinische Triage schon länger anerkannt,¹²² wird zunehmend auch für die ebenfalls über Leben und Tod entscheidende Organallokation vertreten¹²³ und hat auch für die hier in Frage stehende Inten-

siv-/Beatmungsbetten-Triage zu gelten¹²⁴. Denn diese ist ebenfalls durch eine Knappheit an überlebenswichtigen Behandlungsressourcen gekennzeichnet.

Für ein derartiges Verfassungsgebot zur Maximierung der Zahl der überlebenden Patienten bei akuter Behandlungsressourcenknappheit kann auch die Dogmatik derivativer Teilhaberechte angeführt werden. Danach enthalten derivative Teilhaberechte nicht nur einen Anspruch auf ein die Chancengleichheit aller Interessenten wahrendes Verteilungssystem, sondern auch einen über den verteilungsbezogenen Aspekt der Gleichbehandlung mit Konkurrenten hinausgehenden Anspruch auf erschöpfende Kapazitätsausnutzung.¹²⁵ Dieser wird darauf gestützt, dass dem aus dem Grundrecht folgenden Teilhaberecht Vorrang vor den aus der Not des Mangels entstandenen (mit Art. 3 Abs. 1 GG konformen) Verteilungsregeln zustehe.¹²⁶ Zwar wurde diese Dogmatik grundrechtlicher Teilhaberechte vom BVerfG für den Bereich der Vergabe staatlicher Ausbildungsplätze entwickelt. Jedoch beansprucht diese Dogmatik nach zutreffender herrschender Meinung auch für die katastrophenmedizinische Triage¹²⁷ und die Organvergabe¹²⁸ Geltung und gilt somit auch für die vergleichbar gelagerte Problematik der Intensivbetten-/Beatmungsmittel-Triage.

Denn die vom BVerfG in der „Numerus clausus-Entscheidung“ genannten Voraussetzungen für die Anerkennung eines derivativen Teilhaberechts (faktische Monopolstellung des Staates sowie Beteiligung an staatlichen Leistungen als Voraussetzung für die Grundrechtsverwirklichung) und somit auch die Voraussetzungen für einen, aus dem derivativen Teilhaberecht abgeleiteten, Anspruch auf erschöpfende Ka-

¹¹⁴ *Taupitz*, MedR 2020, 440 (445); a.A. *T. Walter*, GA 2020, 656 (659 ff.).

¹¹⁵ *Brech* (Fn. 3), S. 238; *Kern/Rehborn* (Fn. 90), § 21 Rn. 36 ff.; *Taupitz* (Fn. 57), S. 116 ff. (zur Impfmittel-Triage).

¹¹⁶ *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444; *Holznel*, DVBl. 1997, 393 (399); *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, 2001, S. 45 ff.; *Neufeind*, Ethik, Recht und Politik der postmortalen Organtransplantation, 2018, S. 583; *Seewald*, VerwArch 88 (1997), 199 (205 ff.).

¹¹⁷ *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444.

¹¹⁸ *Taupitz*, MedR 2020, 440 (445); a.A. *Deutscher Ethikrat* (Fn. 5), S. 2 f.

¹¹⁹ *Taupitz*, MedR 2020, 440 (445).

¹²⁰ Dieser Abschnitt beruht auf: *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444 (447 f.).

¹²¹ *Brech* (Fn. 3), S. 238; *Junghanns* (Fn. 116), S. 93; *Neufeind* (Fn. 116), S. 583; *Seewald*, VerwArch 88 (1997), 199 (205 ff.).

¹²² *Brech* (Fn. 3), S. 238; *Kern/Rehborn* (Fn. 90), § 21 Rn. 36 ff. (bezogen auf die katastrophenmedizinische Triage).

¹²³ Für ein Verfassungsgebot zur Maximierung der Zahl der geretteten Organempfänger: *Brech* (Fn. 3), S. 238; *Holznel*,

DVBl. 1997, 393 (399), wonach die aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitete Schutzpflicht es gebietet, zur Vermittlung der Spenderorgane ein „möglichst effektives Allokationssystem zu etablieren“; *Junghanns* (Fn. 116), S. 45 ff.; *Neufeind* (Fn. 116), S. 583; *Seewald*, VerwArch 88 (1997), 199 (205 ff.), wonach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG es zwingend gebietet, eine bedarfsgerechte Transplantationsquote anzustreben; näher zu dieser Fragestellung auch: *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444 (447 f.).

¹²⁴ *Taupitz*, MedR 2020, 440 (445).

¹²⁵ *Mann* (Fn. 64), Art. 12 Rn. 161 unter Berufung auf BVerfGE 54, 173 (191 f.); 43, 291 (326 f.); 59, 172 (211 ff.); 66, 156 (178 f.); BVerwGE 65, 76 (79 ff.); 70, 318 (344 ff.); BVerwG NVwZ 1986, 1014 (1015); BVerwG NVwZ 1987, 682 (683); BVerwG NVwZ 1989, 366 (367); OVG SchlH DVBl. 1995, 208 (209); ebenso: *Jarass* (Fn. 60), Art. 12 Rn. 110s.o.; *Murawiek*, in: *Kirchhof/Isensee* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 192 Rn. 85; *Wieland*, in: *Dreier* (Fn. 72), Art. 12 Rn. 166.

¹²⁶ *Haas*, DVBl. 1974, 22 (24); ebenso BVerfGE 43, 34; *Murawiek* (Fn. 125), § 192 Rn. 85; *Wieland* (Fn. 125), Art. 12 Rn. 166.

¹²⁷ *Bader*, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 297 ff.

¹²⁸ *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444 (447 f.); *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 58), S. 68; *Gutmann* (Fn. 67), § 12 Rn. 43; *ders.* (Fn. 89), S. 116.

pazitätsnutzung sind bezüglich der Knappheit an lebensrettenden Behandlungsressourcen noch eindeutiger gegeben, als für den Bereich der Verteilung von Studienplätzen.¹²⁹ Denn es besteht in den genannten medizinischen Bereichen (Intensivmedizin/Organverteilung/Katastrophenmedizin) ein *faktisches*¹³⁰ Monopol. Dieses Monopol hat zur Folge, dass sich ein Ausschluss von der staatlichen Ressourcenverteilung, die im wahrsten Sinne des Wortes eine Verteilung von Lebenschancen darstellt, ebenso auswirken würde wie ein staatlicher Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verbürgte Grundrecht auf Leben; denn nach Auffassung des BVerfG ist dieses Grundrecht in seiner Abwehrdimension berührt, „wenn staatliche Regelungen dazu führen, dass einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der eine Verlängerung des Lebens, mindestens aber nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt bleibt“.¹³¹

(b) *Vereinbarkeit eines die Zahl der geretteten Patienten maximierenden Verteilungsmodus mit der „Lebenswertindifferenzkonzeption des Grundgesetzes“*¹³²

Aber auch wenn man der Verfassung kein entsprechendes Gebot zur Maximierung der Zahl der überlebenden Patienten entnehmen will, ist die Maximierung der Anzahl der geretteten Patienten doch zumindest zulässig. Ein auf dieses Ziel gerichteter Verteilungsmodus verstößt nicht gegen die „Lebenswertindifferenzkonzeption des Grundgesetzes“: Zwar liegt zugegebenermaßen in einem solchen Verteilungsmodus eine Abwägung und/oder Bewertung menschlichen Lebens, weil die Triage (ebenso wie die Organallokation) eine „Entscheidung über Leben und Tod“ ist. Jedoch verbietet die „Lebenswertindifferenzkonzeption des Grundgesetzes“ die Bewertung und Abwägung menschlichen Lebens nicht generell. Aufgrund ihrer Fundierung im egalitären Charakter des Grundrechts auf Leben und der Menschenwürde¹³³ schließt diese Konzeption lediglich Abstufungen in der Wertigkeit individuellen Lebens aus und verbietet daher eine *unterschiedliche* Bewertung menschlichen Lebens. In seiner wegweisenden Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch hat das BVerfG festgestellt: „Jedes menschliche Leben [...] ist als solches *gleich wertvoll* und kann *deshalb* keiner irgendwie gearteten unterschiedlichen Bewertung oder gar zahlenmäßigen Abwägung unterworfen werden.“¹³⁴

Ein Bewertungs- und Abwägungsverbot ergibt sich hieraus im Einzelfall als situationsgebundener Bedeutungsgehalt immer dann, wenn mit einer Bewertung und/oder Abwägung menschlichen Lebens zugleich eine Leugnung der Gleichwertigkeit menschlicher Existenz einhergeht. So wird der Tötung eines Unbeteiligten zur Rettung einer anderen Person oder sogar mehrerer anderer Personen zutreffend unter Verweis auf die Unabwägbarkeit/Abwägungsresistenz menschlichen Lebens die Notstandsrechtfertigung (§ 34 StGB) und somit die Rechtmäßigkeit versagt.¹³⁵

Im Gegensatz hierzu verstößt ein die Zahl der überlebenden Patienten maximierender Verteilungsmodus nicht gegen das Verbot, Abstufungen in der Wertigkeit menschlicher Existenz vorzunehmen: Zwar trifft ein solcher Verteilungsmodus eine Entscheidung darüber, wer leben darf und wer nicht, jedoch wird menschliches Leben nicht unterschiedlich bewertet. Denn in einer Situation, in der die Rettung aller Patienten objektiv unmöglich ist und den im Stich Gelassenen nichts weggenommen wird, sondern nur der Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe in der konkreten Situation negiert wird, wird menschliches Leben nicht unterschiedlich bewertet. Auch wird das Leben mancher Betroffener nicht über das Leben anderer gestellt, da es – wie *Taupitz* treffend formuliert – gerade nicht um eine aktive Verkürzung des Lebens eines Betroffenen zur Rettung eines anderen geht, sondern vielmehr diejenigen, die nicht gerettet werden können, ihrem von Krankheit und der Mangelsituation bestimmten Schicksal überlassen werden.¹³⁶

Der Gesetzgeber orientiert sich somit an dem durch die tatsächlichen Umstände begrenzten optimalen Maß, wenn er möglichst vielen der von Verfassungs wegen gleichberechtigten Patienten die überlebenswichtige Ressource zuweist. Dieser Verteilungsmodus trägt der Gleichwertigkeit menschlicher Existenz sogar gerade Rechnung. Denn jeder andere Verteilungsmodus – sogar das Losverfahren und das Prioritätsprinzip – würde in letzter Konsequenz freiwillig auf die mögliche Rettung von Menschenleben verzichten.¹³⁷ Mit dem freiwilligen Verzicht auf die mögliche Rettung von Menschenleben geht aber einher, dass der Lebenswert der „ohne Not“ im Stich gelassenen Menschen negiert wird, und dies stellt gerade keine in letzter Konsequenz lebenswertindifferente Ressourcenallokation dar.¹³⁸

¹²⁹ *Bader* (Fn. 127), S. 297 ff.; *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 58), S. 68; *Gutmann* (Fn. 67), § 12 Rn. 43; *ders.* (Fn. 89), S. 116.

¹³⁰ Bei der Organvergabe besteht zusätzlich ein *rechtliches* Monopol aufgrund der Vorschriften der §§ 9–12 TPG, die ein umfassendes, jede private Organvermittlung ausschließendes, öffentliches Transplantationswesen normieren (*Gutmann/Fateh-Moghadam* [Fn. 58], S. 69).

¹³¹ BVerfG NJW 1999, 3399 (3400); in diese Richtung auch *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 58), S. 69.

¹³² Dieser Abschnitt beruht auf: *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444 (449).

¹³³ *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 58), S. 78.

¹³⁴ BVerfGE 39, 1 (59, *Hervorhebungen durch die Verf.*).

¹³⁵ So die h.M.: *Erb*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 118*aktual.!*; *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 34, Rn. 10; *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 73 f.; *Merkel*, JZ 1996, 1145; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 43), § 34 Rn. 24.

¹³⁶ *Taupitz*, MedR 2020, 440 (445).

¹³⁷ *Harris*, *Der Wert des Lebens, Eine Einführung in die medizinische Ethik*, 1995, S. 52 f.; zustimmend: *Taupitz*, MedR 2020, 440 (445); a.A. *Lindner*, MedR 2020, 723 (727); *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (634).

¹³⁸ *Harris* (Fn. 137), S. 52 f.

(c) Die Entscheidung des BVerfG zur Abschussermächtigung im Luftsicherheitsgesetz¹³⁹

Gegen die Maximierung der Anzahl der überlebenden Patienten als verfassungsrechtlich gebotene, jedenfalls aber legitime Zielsetzung, kann auch nicht die Entscheidung des BVerfG¹⁴⁰ zur Abschussermächtigung im Luftsicherheitsgesetz angeführt werden.¹⁴¹ Zwar hat das Gericht in dieser Entscheidung unter Berufung auf die Lebenswertindifferenzkonzeption des Grundgesetzes die Zielsetzung der Maximierung der Anzahl der Geretteten als verfassungswidrig (im Hinblick auf das durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Grundrecht auf Leben sowie die durch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG garantierte Menschenwürde) eingestuft.¹⁴² Jedoch beruht dies im Fall des von Terroristen gekaperten Passagierflugzeugs, das als „Massenvernichtungs“-Waffe zweckentfremdet werden soll, auf dem Umstand, dass in dieser Konstellation die Maximierung der Geretteten ausschließlich um den Preis der staatlichen Tötung unbeteiligter Passagiere zu erreichen wäre, was – so das BVerfG¹⁴³ – bedeuten würde, diese Menschen als „Mittel“ zur Rettung anderer zu benutzen, sie zu verdinglichen und zu entrechteten und ihnen den Wert abzuspochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt.¹⁴⁴ Solch eine krass unterschiedliche Bewertung menschlichen Lebens, wie vom BVerfG für die Abschussermächtigung im Luftsicherheitsge-

¹³⁹ Ausführlich hierzu: *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444 (449 f.).

¹⁴⁰ BVerfGE 115, 118 (158); zustimmend: *Dreier*, JZ 2007, 261 (265 ff.); *Höfling/S. Augsberg*, JZ 2005, 1080; *Lepsius*, German Law Review 2006, 761 (766 ff.); *Merkel*, JZ 2007, 373; *Pawlik*, JZ 2004, 1045; *Roxin*, ZIS 2011, 552; *F. Streng*, in: *Jahn/Kudlich/Streng* (Hrsg.), *Strafrechtspraxis und Reform*, Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag, 2010, S. 135; a.A.: *Hillgruber*, JZ 2005, 209 (216 f.); *Hirsch*, in: *Hettinger/Hillenkamp/Köhler* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 149; *Isensee*, in: *Pawlik/Zaczyk* (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag* am 26. Juli 2007, 2007, S. 205.

¹⁴¹ *Taupitz*, MedR 2020, 440 (445).

¹⁴² Teilweise wird BVerfGE 115, 118 ff., und die hierin betonte Lebenswertindifferenzkonzeption des Grundgesetzes – „Menschliches Leben und menschliche Würde genießen ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen gleichen verfassungsrechtlichen Schutz“ – sogar explizit zur Begründung der Verfassungswidrigkeit des Erfolgskriteriums als Organverteilungskriterium herangezogen, so etwa von *Bader* (Fn. 127), S. 340, *Höfling*, JZ 2007, 481 (468). Dagegen rekurren andere Vertreter dieser Auffassung auf die Definition der Lebenswertindifferenzkonzeption in BVerfGE 39, 1, wonach gilt: „Jedes Leben [...] ist als solches gleich wertvoll und kann deshalb keiner irgendwie gearteten unterschiedlichen Bewertung oder gar zahlenmäßigen Abwägung unterworfen werden“; so etwa *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 58), S. 78.

¹⁴³ BVerfGE 115, 118 (154).

¹⁴⁴ So auch *Roxin*, ZIS 2011, 552 (553); kritisch: *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 60), 91. Lfg., Stand: Mai 2020, Art. 1 Abs. 1 Rn. 96 m.w.N.; a.A.: *Isensee* (Fn. 140), S. 228.

setz anschaulich beschrieben, ist der Allokation von knappen Behandlungsressourcen (im Rahmen der Organvergabe/der katastrophenmedizinischen Triage/der Intensivbetten- bzw. Beatmungsbetten-Triage) aber gerade nicht immanent – selbst dann nicht, wenn ein Verteilungsmodus eingesetzt wird, der die Zahl der geretteten Patienten maximiert. Denn, wie oben dargelegt, trägt ein Verteilungsmodus zur Maximierung der Zahl der geretteten Patienten der Gleichwertigkeit menschlicher Existenz sogar im besonderen Maße Rechnung und verstößt deshalb gerade nicht gegen die „Lebenswertindifferenzkonzeption des GG“. Der Grund für die unterschiedlich zu bewertende Legitimität der Zielsetzung der Maximierung der Überlebendenzahl ist in dem Umstand zu suchen, dass im Fall des staatlich angeordneten Flugzeugabschusses eine andere Grundrechtsdimension berührt ist als bei der Allokation von Intensiv-/Beatmungsbetten. Während die Abschussermächtigung im Luftsicherheitsgesetz in das Grundrecht auf Leben der unschuldigen Passagiere eingreift, mithin ein staatlicher Eingriff vorliegt,¹⁴⁵ ist bei der Allokation von Behandlungsressourcen lediglich ein aus dem Allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und dem Grundrecht auf Leben abgeleitetes derivatives Teilhaberecht (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) berührt (s.o. c). Auf der gleichen Linie liegend argumentiert *Taupitz* sehr anschaulich, dass sich der Staat beim Abschuss eines Flugzeugs selbst zum Täter mache und die unschuldigen Opfer als „bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer“ behandle; im Gegensatz hierzu sei die Situation im Pandemiefall völlig anders gelagert, weil durch den Erlass staatlicher Allokationsvorschriften in das Leben der nachrangig Versorgten nicht aktiv eingegriffen werde, sondern diese vielmehr ihrer schicksalhaften tödlichen Erkrankung überlassen würden und deshalb versterben würden.¹⁴⁶

(d) Die Entscheidung des BVerfG zum Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung

Auch im Lichte der Entscheidung des BVerfG zur „Suizidbeihilfe“¹⁴⁷ stellen sich die Zielsetzung der Maximierung der Überlebendenzahl und die hieraus abgeleiteten Kriterien der Patientenauswahl im Triage-Fall (Dringlichkeit, Wahrscheinlichkeit des Überlebens der Behandlung etc.) nicht als Verstoß gegen den Grundsatz der Lebenswertindifferenz dar. Zwar hat das BVerfG in dieser Entscheidung konstatiert, dass das Recht auf selbstbestimmtes Sterben, das im allgemeinen Persönlichkeitsrecht enthalten ist, unconditioniert gewährleistet ist und Menschen jeden Alters und jeglicher gesundheitlicher Konstitution zusteht.¹⁴⁸ Entgegen einer Literaturlauffassung¹⁴⁹ kann hieraus jedoch nicht automatisch der Schluss gezogen werden, dass Triage-Kriterien, die der Maximierung der Überlebendenzahl dienen, wie etwa die Überlebenswahrscheinlichkeit, nicht lebenswertindifferent und somit verfas-

¹⁴⁵ *Dreier*, JZ 2007, 261 (266); *Hoven*, JZ 2020, 449 (450).

¹⁴⁶ *Taupitz*, *Gerechte Gesundheit*, Ausgabe 51, Juni 2020 (Fn. 57).

¹⁴⁷ BVerfG NJW 2020, 905.

¹⁴⁸ BVerfG NJW 2020, 905 (907).

¹⁴⁹ *R. Merkel/S. Augsberg*, JZ 2020, 704 (714).

sungswidrig sind. Denn während es möglich ist, das (Abwehr-) Recht auf selbstbestimmtes Sterben, das durch das Verbot der gewerbsmäßigen „Suizidbeihilfe“ in der Abwehrdimension verletzt wird,¹⁵⁰ jedermann unkonditioniert zuzugestehen, ist in einer Triage-Situation die unkonditionierte Zuweisung der überlebenswichtigen Behandlungsressource an jeden Bedürftigen ja gerade faktisch unmöglich. Deshalb haben Betroffene in einer Triage-Situation auch nur einen Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe an den lebenswichtigen Behandlungsressourcen aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und gerade keinen auf die Behandlungsressource gerichteten Leistungsanspruch, etwa aus dem Recht auf das medizinische Existenzminimum.

(2) *Allokationsmodus zur Maximierung der Anzahl der überlebenden Patienten: Allokationskriterien, Rangfolge und Gewichtung*

(a) *Allokationskriterien zur Maximierung der Zahl der überlebenden Patienten*

Betrachtet man die Maximierung der Anzahl der überlebenden Patienten als verfassungsrechtlich geboten (siehe c) bb) (1) (a) oder zumindest als verfassungsrechtlich zulässig (s.o. unter c) bb) (1) (b)), muss bzw. darf der Staat im Hinblick auf die Allokation knapper Intensiv-/Beatmungsbetten auf die Kriterien medizinische Dringlichkeit¹⁵¹, Wahrscheinlichkeit des Überlebens¹⁵² und die voraussichtliche Länge der Beatmung/Intensivtherapie¹⁵³ rekurrieren. Zulässig ist unter der obigen Prämisse auch die Priorisierung von Patienten, deren Zustand es zulässt, das benötigte Beatmungsgerät mit einem anderen Patienten zu teilen und schließlich die Bevorzugung von Patienten aufgrund von bestehender Schwangerschaft (sofern das Ungeborene die Behandlung überleben kann).

Eine Maximierung der Anzahl der überlebenden Beatmungs-/Intensivpatienten kann ausschließlich über einen Verteilungsmodus erreicht werden, der die Kriterien medizinische Dringlichkeit, Wahrscheinlichkeit des Überlebens, (zeitlicher) Aufwand der Behandlung, Möglichkeit das benötigte Beatmungsgerät mit einem anderen Patienten zu teilen und bestehende Schwangerschaft in ein angemessenes Verhältnis zueinander bringt.¹⁵⁴ Die Bevorzugung von Patienten, die mit höherer Wahrscheinlichkeit die Beatmung/intensivmedizinische Behandlung überleben, gegenüber Patienten mit geringeren Überlebenschancen, dient der Zielsetzung der Maximierung der Zahl der überlebenden Patienten, da hierdurch auf Dauer eine größere Personenzahl gerettet wird als im Falle der Priorisierung von Patienten mit schlechteren

Überlebenschancen.¹⁵⁵ Das gilt auch für die Bevorzugung von Patienten, die für eine kürzere Zeitspanne eine Beatmung/Intensivbehandlung benötigen als Patienten, die diese Ressourcen für eine längere Zeit brauchen. Auch durch die Priorisierung dieser für einen kürzeren Zeitraum bedürftigen Patientengruppe wird die Zahl der Überlebenden gesteigert.¹⁵⁶ Das gleiche gilt für die Priorisierung von Patienten, deren Konstitution so beschaffen ist, dass sie sich ein Beatmungsgerät mit einem anderen Patienten teilen können, da auch die Bevorzugung dieser Personengruppe der Steigerung der Anzahl der Geretteten dient.

Die Zahl der überlebenden Patienten wird auch durch die Bevorzugung von schwangeren Patientinnen gegenüber anderen Patienten erhöht. Hierin liegt keine Diskriminierung zu Lasten nicht-schwangerer Patienten. Denn zugunsten einer schwangeren Patientin greift Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG doppelt ein, da neben der Mutter auch das werdende Leben im Mutterleib von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (zumindest ab Nidation) geschützt wird.¹⁵⁷

Aus den soeben geschilderten Kriterien kann sich eine mittelbare Benachteiligung von alten Patienten und von Patienten mit Vorerkrankungen ergeben, da diese Patientengruppen, durchschnittlich gesehen, geringere Chancen haben, die Beatmung/intensivmedizinische Behandlung zu überleben und wohl auch häufig längere Zeit beatmet werden oder auf der Intensivstation verbleiben müssen.¹⁵⁸

Eine pauschale Bevorzugung von Ärzten und Pflegeern im Hinblick auf die hier in Frage stehende Beatmungs- und Intensivbetten-Triage dürfte eher zu verneinen sein. Zwar ist es für die klassische katastrophenmedizinische Triage anerkannt, dass medizinisches Personal im Interesse der Maximierung der Überlebendenzahl zu bevorzugen ist, da Ärzte und Pfleger (nach ihrer medizinischen Versorgung) die Retter unterstützen können („Rettung der Retter“)¹⁵⁹. Jedoch ist die Beatmungs- und Intensivbetten-Triage – im Gegensatz zur katastrophenmedizinischen Triage – nicht durch maximale Ressourcenknappheit und Zeitknappheit gekennzeichnet¹⁶⁰. Daher können erkrankte Intensivmediziner und Intensivpfleger im Regelfall durch Kollegen ersetzt werden, notfalls sogar durch aus dem Ruhestand zurückgeholte Kollegen oder solche aus anderen Fachdisziplinen, wenn diese vorher eine entsprechende Auffrischung/Schulung erhalten haben. Etwas

¹⁵⁰ BVerfG NJW 2020, 905 (908).

¹⁵¹ Taupitz, MedR 2020, 440 (444).

¹⁵² Taupitz, MedR 2020, 440 (447).

¹⁵³ Taupitz, MedR 2020, 440 (449).

¹⁵⁴ Zu den Allokationskriterien, welche bei der katastrophenmedizinischen Triage, der Impfmittel-Triage und bei der Organallokation eine Maximierung der Überlebendenzahl gewährleisten: Brech (Fn. 3), S. 387; Junghanns (Fn. 116), S. 92 ff.; Dannecker/Streng, JZ 2012, 444 (451 f.); Taupitz (Fn. 57), S. 116 ff.

¹⁵⁵ Dannecker/Streng, JZ 2012, 444 (451, zur Organallokation); Taupitz (Fn. 57), S. 115 ff. (zur Impfmittel-Triage).

¹⁵⁶ Vgl. Brech (Fn. 3), S. 387 (wonach der Aufwand der Behandlung ein verfassungsgemäßes Allokationskriterium der katastrophenmedizinischen Triage darstellt).

¹⁵⁷ BVerfGE 39, 1 (37); 88, 203 (251 f.); Jarass (Fn. 60), Art. 2 Rn. 82; Schulze-Fielitz (Fn. 72), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 26.

¹⁵⁸ Deutsches Ärzteblatt v. 15.4.2020, abrufbar unter: <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/111973/COVID-19-Hohes-Sterberisiko-trotz-maschineller-Beatmung> (18.2.2021).

¹⁵⁹ Vgl. Brech (Fn. 3), S. 291.

¹⁶⁰ Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627 (633); a.A. Taupitz, MedR 2020, 440 (444).

anderes kann für Fachleute gelten, deren (medizinische, technische etc.) Expertise als unentbehrlich für die Pandemie-Krisenbewältigung anzusehen ist. Eine vorrangige Versorgung dieser Patientengruppe ist ebenso diskutabel, wie die von *Taupitz* vorgeschlagene vorrangige Priorisierung von Trägern unentbehrlicher Staatsfunktionen.¹⁶¹ Allerdings muss der Kreis der bevorzugten systemrelevanten Personen sehr eng gezogen werden, denn andernfalls ergeben sich die von *Sternberg-Lieben* befürchteten Schwierigkeiten bei der hinreichend verbindlichen Festlegung der „Systemrelevanz“.¹⁶²

(b) Rangverhältnis der Allokationskriterien

In Bezug auf das Rangverhältnis der Kriterien zueinander ist zu beachten, dass dem Kriterium der medizinischen Dringlichkeit kein pauschaler Vorrang vor dem Kriterium der Wahrscheinlichkeit des Überlebens zukommen kann. Da häufig gilt „Je kränker, desto schlechter die Überlebenschance“,¹⁶³ kann eine Maximierung der Zahl der überlebenden Patienten nicht erzielt werden, wenn man dem Dringlichkeitskriterium pauschal den Vorrang vor dem Erfolgskriterium einräumt. Vielmehr muss ein Punktesystem zur Anwendung kommen, denn die Kriterien Wahrscheinlichkeit des Überlebens und medizinische Dringlichkeit stehen bezogen auf die Zielsetzung der Maximierung der Zahl der überlebenden Patienten nicht in einem Ausschluss-, sondern in einem Ergänzungsverhältnis.¹⁶⁴

(c) Gewichtung der Allokationskriterien

Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit der Bevorzugung bzw. Benachteiligung der beschriebenen Patientengruppen (dringliche Patienten, Patienten mit schlechteren Überlebenschancen, Patienten mit zeitlich erhöhtem Behandlungsbedarf, Schwangere, Patienten, die ein Beatmungsgerät mit einem anderen Patienten teilen können etc.) bestehen gewichtige Einschränkungen. Diese beziehen sich auf das Ausmaß der zulässigen Benachteiligung bzw. Bevorzugung bei der Ressourcenallokation und folgen aus dem Allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und den Anforderungen, die das BVerfG an die Rechtfertigung personenbezogener Ungleichbehandlungen stellt. Denn auch Allokationskriterien, die den Anforderungen der „Lebenswertindifferenzkonzeption des GG“ genügen (Dringlichkeit, Überlebenschance, Behandlungsdauer, Schwangerschaft, Fähigkeit ein Beatmungsgerät zu teilen), stellen sich als personenbezogene Ungleichbehandlung dar, wenn sie für bestimmte Patientengruppen (mit schlechteren Überlebenschancen, mit längerem Therapiebedarf, nicht schwangere Patienten sowie Patienten, die ein Beatmungsgerät für sich alleine benötigen) zu

schlechteren Chancen bei der Ressourcenallokation führen. Derartige personenbezogene Ungleichbehandlungen sind laut BVerfG nur zulässig, wenn der die Ungleichbehandlung rechtfertigende Grund und der Grad der Ungleichbehandlung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.¹⁶⁵ Demnach ist Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten ungleich behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.¹⁶⁶

Für die hier in Frage stehende Intensivbetten-/Beatmungsbetten-Allokation bedeutet dies, dass die Gewichtung des Kriteriums „Überlebenschance hinsichtlich der intensivmedizinischen Therapie/künstlichen Beatmung“ den Unterschieden, die zwischen den Überlebenschancen der priorisierten Patientengruppe und der posteriorisierten Patientengruppe bestehen, angemessen sein muss. Das Ausmaß der Posteriorisierung von Patienten mit schlechteren Überlebenschancen (gegenüber Patienten mit besseren Überlebenschancen) darf zur Größe der Differenz (dem Delta), die zwischen den Erfolgsaussichten der durch die Allokationsregelung bevorzugten Patientengruppe und den Erfolgsaussichten der durch die Allokationsregelung benachteiligten Patientengruppe besteht, nicht außer Verhältnis stehen.

Diesen Anforderungen wird nur ein Verteilungsmodus gerecht, der mit Bonus-/Malus-Punkten operiert und so absichert, dass die Wahrscheinlichkeit, ein Intensiv-/Beatmungsbett zu erhalten, proportional mit den Überlebenschancen ansteigt.¹⁶⁷

Die gleichen Grundsätze gelten für das Kriterium „zeitlicher Aufwand der Therapie“ und weitere lebenswertindifferente Allokationskriterien, wie bestehende Schwangerschaft sowie das Kriterium der Fähigkeit ein Beatmungsgerät mit einem anderen Patienten zu teilen.

(d) Zweistufiges Allokationssystem

Aus den soeben beschriebenen Grundsätzen folgt ein zweistufiger Allokationsmodus:

Zu unterscheiden ist – das ist auch für die strukturgleiche Organallokation anerkannt – zwischen der (knappheitsbedingt notwendigen) Zuteilung der knappen Behandlungsressource an die behandlungsbedürftigen, miteinander um die knappe Behandlungsressource konkurrierenden Patienten (sog. Allokation im engeren Sinne) und der vorgelagerten Entscheidung darüber, ob der Patient überhaupt behandlungsbedürftig ist und somit ein Recht auf Zugang zur Behandlung hat (sog. Allokation im weiteren Sinne).¹⁶⁸

¹⁶¹ *Taupitz*, MedR 2020, 440 (449).

¹⁶² *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (633).

¹⁶³ *Brech* (Fn. 3), S. 271; *Lachmann/Meuter*, Medizinische Gerechtigkeit, 1997, S. 188 f.

¹⁶⁴ *Brech* (Fn. 3), S. 271, 387 (zur katastrophenmedizinischen Triage); *Taupitz* (Fn. 57), S. 115 ff. (zur Impfmittel-Triage); *ders.* MedR 2020, 440 (447); *Junghanns* (Fn. 116), S. 92 ff. (zur Organallokation).

¹⁶⁵ BVerfGE 102, 68 (87); 99, 165 (178); 102, 68 (87); 129, 49 (68); 138, 136 (Rn. 121); *Jarass* (Fn. 60), Art. 3, Rn. 21.

¹⁶⁶ BVerfGE 55, 72 (88); 82, 60 (86); 82, 126 (146); 108, 52 (68); 122, 39 (52 f.); 130, 52 (66); 133, 377 (Rn. 76); *Jarass* (Fn. 60), Art. 3, Rn. 21.

¹⁶⁷ In diese Richtung für die Organallokation auch *Junghanns* (Fn. 116), S. 64; zustimmend: *Neuefeind* (Fn. 116), S. 583.

¹⁶⁸ Hierzu bereits *Dannecker/Streng/Ganten*, Marsilius-Kolleg 2011/2012, S. 31 (36 ff.).

(aa) Allokation im engeren Sinne: Zuteilung der knappen Behandlungsressource (Intensiv-/Beatmungsbett) an die konkurrierenden Patienten

Hinsichtlich der Zuteilung der knappen Beatmungs-/Intensivbetten an die beatmungs-/intensivpflichtigen Patienten gelten die oben dargelegten Prinzipien: Maximierung der Anzahl der überlebenden Patienten als verfassungsrechtlich gebotene oder zumindest verfassungsrechtlich zulässige Zielsetzung (c) bb) (1) (a)/(b) mit der Folge der Verfassungsmäßigkeit der lebenswertindifferenten Kriterien medizinische Dringlichkeit¹⁶⁹, Wahrscheinlichkeit des Überlebens der Therapie¹⁷⁰, voraussichtliche Länge der Beatmung/Intensivtherapie¹⁷¹, bestehende Schwangerschaft und Zustand, der es erlaubt, das benötigte Beatmungsgerät mit einem anderen Patienten zu teilen (c) bb) (2); Verfassungswidrigkeit der nicht lebenswertindifferenten Kriterien Alter, social worth, Finanzkraft, Lebenslänge/Lebensqualität, Verschulden hinsichtlich der Erkrankung (siehe c) aa) sowie der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Kriterien, wie Rasse, Geschlecht (siehe b); Vorgaben für die Gewichtung der Allokationskriterien aus Art. 3 Abs. 1 GG (siehe c) bb) (2) (c) etc.

(bb) Allokation im weiteren Sinne: Entscheidung über die Beatmungs-/Intensivpflichtigkeit

Die Entscheidung über die Behandlungsbedürftigkeit, also über die Beatmungs-/Intensivpflichtigkeit, ist der eigentlichen Verteilung der Beatmungs- und Intensivbetten vorgelagert. Sie ist rein patientenzentriert und hat sich ausschließlich am Behandlungsbedarf des einzelnen Patienten zu orientieren. Deshalb ist auf dieser Ebene selbst der Rekurs auf zulässige (lebenswertindifferente) Allokationskriterien (Wahrscheinlichkeit des Überlebens der Behandlung etc.) unzulässig.

Auf die Erfolgsaussichten der Behandlung darf auf dieser Allokationsebene daher nur rekuriert werden, um zu gewährleisten, dass der zu erwartende Nutzen der Intensivbehandlung/Beatmung eine Minimalnutzenschwelle überschreitet¹⁷² (und natürlich muss auf dieser Entscheidungsebene auch gewährleistet sein, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gewahrt bleibt und nur behandlungswillige Patienten behandelt werden)¹⁷³.

Intensivpflichtig/beatmungspflichtig ist nämlich jeder, der mit einer intensivmedizinischen Behandlung/Beatmung eine höhere Überlebenswahrscheinlichkeit und/oder Lebensquali-

tät als ohne (bzw. bei Anwendung von Alternativtherapien) hat und bei dem überhaupt ein Behandlungserfolg zu erwarten ist.¹⁷⁴ Dies folgt aus dem allgemein anerkannten, derivativen Teilhabeanspruch auf gleichmäßige Teilhabe an den vorhandenen Intensiv-/Beatmungsressourcen¹⁷⁵, der jedem intensiv-/beatmungspflichtigen Patienten zusteht. Dieser Anspruch umfasst nicht nur den Anspruch auf ein die Chancengleichheit aller Interessenten wahrendes Verteilungssystem; vielmehr beinhaltet dieser auch einen „über den verteilungsbezogenen Aspekt der Gleichbehandlung von Konkurrenten hinausgehenden Anspruch auf erschöpfende Kapazitätsausnutzung“.¹⁷⁶ Dieser Anspruch wäre verletzt, wenn man Patienten wegen schlechteren Erfolgsaussichten pauschal die Beatmungs-/Intensivpflichtigkeit absprechen würde. Denn andernfalls würden diese Patienten noch nicht einmal dann ein Beatmungsbett/Intensivbett erhalten, wenn genügend Plätze vorhanden sind. Dieser Befund scheint selbstverständlich, ist es in der Coronakrise jedoch nicht. Auf dem ersten Höhepunkt der Infektionszahlen im Frühjahr 2020 wurde in vielen Ländern, u.a. in Schweden, vielen älteren Patienten mit Covid-19 der Zugang zu einer lebensrettenden Krankenhausbehandlung verweigert, obwohl eine akute Ressourcenknappheit noch nicht eingetreten war; man hatte befürchtet, die begrenzten Krankenhauskapazitäten später für jüngere Patienten mit besseren Erfolgsaussichten zu benötigen.¹⁷⁷

Die – freilich rechtlich unverbindlichen – klinisch-ethischen Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften exemplifizieren diese soeben beschriebenen, aus der Verfas-

¹⁶⁹ Taupitz, MedR 2020, 440 (444).

¹⁷⁰ Taupitz, MedR 2020, 440 (447).

¹⁷¹ Taupitz, MedR 2020, 440 (449).

¹⁷² Fateh-Moghadam/Gutmann, Verfassungsblog v. 30.4.2020 (Fn. 41); Lindner, MedR 2020, 723 (727); Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627 (631); zur Organallokation: Bader (Fn. 127), S. 361 f.; Dannecker/Streng/Ganten (Fn. 168), S. 31 (36 ff.); Gutmann (Fn. 67), § 16, Rn. 13 ff.; Gutmann/Fateh-Moghadam (Fn. 58), S. 82; Höfling, JZ 2007, 481 (486); Lang, in: Höfling (Fn. 58), § 10 Rn. 26 ff.; Neuefeind (Fn. 116), S. 584.

¹⁷³ Lindner, MedR 2020, 723 (727); Taupitz, MedR 2020, 440 (440 f.).

¹⁷⁴ Fateh-Moghadam/Gutmann, Verfassungsblog v. 30.4.2020 (Fn. 41); Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627 (631 f.); zur Organallokation: Bader (Fn. 127), S. 375 f.; Dannecker/Streng/Ganten (Fn. 168), S. 31 (36 ff.); Gutmann/Fateh-Moghadam (Fn. 58), S. 82; Gutmann (Fn. 67), § 16 Rn. 13 ff.; Lang (Fn. 172), § 10 Rn. 24 ff.; Neuefeind (Fn. 116), S. 446 ff.

¹⁷⁵ So die h.M.: Bader (Fn. 127), S. 297 ff.; Gutmann/Fateh-Moghadam (Fn. 58), S. 68; Gutmann (Fn. 67), § 12 Rn. 43; ders. (Fn. 89), S. 116.

¹⁷⁶ Mann (Fn. 64), Art. 12 Rn. 161 unter Berufung auf BVerfGE 54, 173 (191 f.); 43, 291 (326 f.); 59, 172 (211 ff.); 66, 156 (178 f.); BVerwGE 65, 76 (79 ff.); 70, 318 (344 ff.); BVerwG NVwZ 1986, 1014 (1015); BVerwG NVwZ 1987, 682 (683); BVerwG NVwZ 1989, 366 (367); OVG SchlH DVBl. 1995, 208 (209); ebenso Jarass (Fn. 60), Art. 12 Rn. 110; Murswiek (Fn. 125), § 192 Rn. 85; Wieland (Fn. 125), Art. 12 Rn. 166.

¹⁷⁶ Mann (Fn. 64), Art. 12 Rn. 161, unter Berufung auf BVerfGE 54, 173 (191 f.); 43, 291 (326 f.); 59, 172 (211 ff.); 66, 156 (178 f.); BVerwGE 65, 76 (79 ff.); 70, 318 (344 ff.); BVerwG NVwZ 1986, 1014 (1015); BVerwG NVwZ 1987, 682 (683); BVerwG NVwZ 1989, 366 (367); OVG SchlH DVBl. 1995, 208 (209); ebenso Jarass (Fn. 60), Art. 12 Rn. 110; Murswiek (Fn. 125), § 192 Rn. 85; Wieland (Fn. 125), Art. 12 Rn. 166.

¹⁷⁷ Savage, BBC v. 19.5.2020, abrufbar unter: <https://www.bbc.co.uk/news/world-europe-52704836> (18.2.2021).

sung abgeleiteten Zugangskriterien für die intensivmedizinische Behandlung/Beatmung. Denn diese Richtlinien stellen fest, dass gegen den Patientenwillen keine (Intensiv-)Behandlung durchgeführt werden darf und – unabhängig vom Patientenwillen – eine lebensverlängernde (Intensiv-)Behandlung zu unterlassen bzw. zu beenden ist, wenn es an der Indikation fehlt.¹⁷⁸ Eine Intensivtherapie sei dann nicht indiziert, wenn 1. der Sterbeprozess unaufhaltsam begonnen habe, 2. die Therapie als aussichtslos eingeschätzt werde, weil keine Besserung oder Stabilisierung erwartet werde oder 3. ein Überleben an den dauernden Aufenthalt auf der Intensivstation gebunden wäre.¹⁷⁹ Zur letztgenannten Fallkonstellation der klinisch-ethischen Empfehlungen ist freilich zu bedenken zu geben, dass diese kein allgemein anerkanntes Beispiel für einen zulässigen einseitigen/ärztlichen Behandlungsverzicht/Behandlungsabbruch darstellt¹⁸⁰, was hier allerdings nicht näher vertieft werden kann.

(e) Reevaluierung des Zustands bereits behandelter und noch unbehandelter Patienten

In bestimmten zeitlichen Abständen muss nicht nur der Gesundheitszustand knappheitsbedingt noch unbehandelter intensivpflichtiger und beatmungspflichtiger Patienten reevaluiert werden, sondern auch der Gesundheitszustand der bereits beatmeten/intensivmedizinisch behandelten Patienten.¹⁸¹

Da sich der Gesundheitszustand eines Patienten ständig ändern kann, kann es auch jederzeit sein, dass bereits behandelte Beatmungs-/Intensiv-Patienten nicht länger zu behandeln sind. Dies ist unstrittig dann der Fall, wenn der derivative Teilhabeanspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nachträglich wegfällt, weil die Indikation für die Beatmungs-/Intensivpflichtigkeit nicht mehr besteht, etwa

¹⁷⁸ DIVI et al. (Fn. 9), 2.1.

¹⁷⁹ DIVI et al. (Fn. 9), 2.1.

¹⁸⁰ Die Straflosigkeit des einseitigen/ärztlichen Behandlungsverzichts/Behandlungsabbruchs ist zumindest hinsichtlich der letztgenannten Fallgruppe, die in der Strafrechtswissenschaft unter der Rubrik „übermäßiger Behandlungswunsch“ debattiert wird, nicht ganz unumstritten; dies gilt jedenfalls in Bezug auf einige eher seltene, unter diese Fallgruppe subsumierbare Konstellationen: Wünscht der Patient im Falle eines Wachkomas (antezipiert) die Fortsetzung der Lebenserhaltung, selbst wenn eine Besserung des Zustandes nicht zu erwarten ist, so ist nach einer Literaturmeinung (Duttge, NSStZ 2006, 481; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder [Fn. 43], Vor §§ 211 ff. Rn. 29h m.w.N.; a.A. Verrel, Gutachten C für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. 99 ff.) der tödliche Behandlungsabbruch durch den Arzt nicht zulässig (und birgt daher strafrechtliche Risiken), da die mangelnde Lebensqualität infolge des Behandlungswunsches des Patienten als berücksichtigungsfähiges Kriterium ausscheidet. Eine andere Bewertung komme nur in Betracht, wenn der Gesetzgeber aus ökonomischen Gründen, und somit zum Schutze der Gesundheitsinteressen Dritter, die Behandlungspflichten suspendieren würde. Das gleiche dürfte bei akuter Ressourcenknappheit gelten.

¹⁸¹ Vgl. auch DIVI et al. (Fn. 9), 3.

weil der Sterbeprozess begonnen hat oder die Behandlung angesichts des verschlechterten Gesundheitszustands nicht mehr vom Patientenwillen gedeckt ist. Vertritt man – wie etwa S. Augsberg,¹⁸² Lindner¹⁸³ und viele Strafrechtswissenschaftler (u.a. Fateh-Moghadam/Gutmann,¹⁸⁴ Walter,¹⁸⁵ R. Merkel¹⁸⁶) – die Auffassung, dass die gesetzliche Anordnung/Gestattung eines durch akute Ressourcenknappheit motivierten ärztlichen Behandlungsabbruchs verfassungswidrig ist, weil es gegen die Menschenwürdegarantie verstoßen würde, jemanden dazu zu zwingen, sein Leben für einen anderen zu opfern, bleibt es bei den soeben beschriebenen Fallgruppen (Wegfall Indikation/Wegfall Patientenwille) als Anlass für eine Reevaluierung des Zustands bereits behandelter Patienten.

Weitergehende Gründe für eine Reevaluierung des Zustands bereits behandelter Patienten gibt es, wenn man mit Taupitz – und wie hier vertreten – für einen Allokationsmodus zur Maximierung der Zahl der überlebenden Patienten eintritt.¹⁸⁷ Denn aus verfassungsrechtlicher Perspektive haben bereits beatmete bzw. intensivmedizinisch versorgte Patienten nicht mehr Rechte als noch unbehandelte intensiv-/beatmungspflichtige Patienten. Alle Patienten haben die gleichen Rechte aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und aus Art. 3 Abs. 3 GG und damit gelten für alle Patienten die gleichen, oben genannten Kriterien der Patientenauswahl bei akuter Ressourcenknappheit (Dringlichkeit, Überlebenschancen, Behandlungsdauer etc.). Denn wie Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis zu Recht betonen, werden einem auf die Intensivstation aufgenommenen (oder beatmeten) Patienten die medizinischen Geräte und Leistungen nicht sinnhaft als dauerhafte und nur seinem Willen unterworfenen Erweiterung seiner Rechtssphäre zugewiesen.¹⁸⁸ Anders als beim Abschluss eines entführten Flugzeugs liegt insofern im aktiven Behandlungsabbruch nach den oben genannten Auswahlkriterien kein aktiver Eingriff in das Leben bereits künstlich beatmeter/intensivmedizinisch versorgter Patienten; vielmehr bleiben diese Patienten ihrem Schicksal überlassen und sterben an ihrer tödlichen Erkrankung, wie Taupitz richtigerweise hervorhebt.¹⁸⁹

(f) Zentrale Verteilung der Behandlungsressourcen

Aus Gründen der Chancengleichheit sind die knappen Behandlungsressourcen nach dem obigen Allokationsmodus

¹⁸² R. Merkel/S. Augsberg, JZ 2020, 704 (711 f.).

¹⁸³ Lindner, MedR 2020, 723 (724).

¹⁸⁴ Fateh-Moghadam/Gutmann, Verfassungsblog v. 30.4.2020 (Fn. 41).

¹⁸⁵ Walter, Zeit-Online v 2.4.2020 (Fn. 24).

¹⁸⁶ R. Merkel/S. Augsberg, JZ 2020, 704 (711 f.).

¹⁸⁷ So auch Taupitz, MedR 2020, 440 (444 ff.).

¹⁸⁸ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (135).

¹⁸⁹ Taupitz, Gerechte Gesundheit, Ausgabe 51, Juni 2020 (Fn. 57); a.A. Lindner, MedR 2020, 723 (737); R. Merkel/S. Augsberg, JZ 2020, 704 (710 f.).

zentral zu verteilen.¹⁹⁰ Für eine zentrale Allokation kann nicht zuletzt auch die verfassungsrechtlich gebotene, zumindest aber verfassungsrechtlich zulässige Zielsetzung der Maximierung der Überlebendenzahl ins Feld geführt werden. Denn nur eine zentrale Ressourcensteuerung kann erreichen, dass die vorhandenen Ressourcen optimal genützt werden und es nicht zu einer Fehlallokation kommt, die unnötig viele Menschenleben kostet. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Intensivstationen nicht alle den gleichen Standard bieten können – zu unterscheiden ist zwischen low care (nicht-invasive Beatmung), high-care (invasive Beatmung) und ECMO (extrakorporale Membranoxygenierung)¹⁹¹ – und der konkrete Behandlungsbedarf sehr individuell von Erkrankung und Allgemeinzustand des einzelnen Patienten abhängt.

(g) Verwaltungszuständigkeit

Die Verwaltungszuständigkeit für die hier vorgeschlagenen staatlichen Allokationsvorschriften für Intensiv- und Beatmungsbetten, für welche der Bund die Gesetzgebungskompetenz besitzt (s.o. unter 1. b), liegt beim Bund. Zwar führen gem. Art. 83 GG die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten aus, sofern das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt. Jedoch besteht eine Bundes-Verwaltungskompetenz kraft Natur der Sache, soweit der Zweck eines Gesetzes durch das Verwaltungshandeln eines Landes überhaupt nicht erreicht werden kann.¹⁹² Die Voraussetzungen einer Bundes-Kompetenz kraft Natur der Sache liegen hier vor. Die Zielsetzung der gesetzlichen Allokationsvorschriften, nämlich die Maximierung der Anzahl der überlebenden Intensiv-/Beatmungspatienten, kann nur durch eine länderübergreifende Ressourcensteuerung erreicht werden, weil nur so die vorhandenen Behandlungsressourcen optimal genützt werden können.

V. Strafrechtliche Bewertung von Triage-Entscheidungen bei Vorhandensein gesetzlicher Allokationsvorschriften (strafrechtliche de-lege-ferenda-Perspektive)

Sollte der Staat seinen Pflichten nachkommen und (hinreichend bestimmte) hoheitliche Verteilungsvorschriften für knappe Beatmungs- und Intensivbetten schaffen (vgl. IV. 1.) und befolgt der behandelnde Arzt diese Regelungen in einer Triage-Situation bei Ex-ante-Konkurrenz oder Ex-post-Konkurrenz, ist er nicht strafbar. Das gilt selbst dann, wenn die Vorenthaltung oder die Entziehung der lebensrettenden intensivmedizinischen Behandlung/Beatmung dazu führt, dass ein Patient verstirbt, der andernfalls hätte gerettet werden können. Durch die Vorenthaltung der lebenserhaltenden Intensivbehandlung/Beatmung begeht der behandelnde Arzt keinen Totschlag durch Unterlassen gem. §§ 212, 13 StGB. Weil die staatliche Allokationsvorschrift den fraglichen Patienten posteriorisiert, fehlt es bereits an einer auf Intensivbe-

handlung/Beatmung gerichteten Garantenpflicht, die als allgemeines Verbrechensmerkmal¹⁹³ oder als Rechtswidrigkeitsmerkmal¹⁹⁴ zu qualifizieren ist.

Auch eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung nach § 323c Abs. 1 StGB scheidet aus. Zwar stellt die Beatmungs-/Intensivpflichtigkeit eines Patienten einen „Unglücksfall“ im Sinne dieser Strafvorschrift dar. Jedoch fehlt es aufgrund der den Patienten posteriorisierenden staatlichen Allokationsregelung an der Zumutbarkeit der Hilfeleistung und damit an einem Tatbestandsmerkmal.¹⁹⁵

Ebenso wenig ist die Entziehung der intensivmedizinischen Behandlung/künstlichen Beatmung bei einem Patienten, dessen Behandlung nach den staatlichen Verteilungsvorschriften als nachrangig zu behandeln ist, als Totschlag (durch Unterlassen) strafbar; das gilt selbst dann, wenn man hierin eine aktive Totschlagshandlung im Sinne des § 212 StGB sieht. Denn es fehlt aufgrund der staatlichen Allokationsvorschrift, die einer Intensivbehandlung/Beatmung entgegensteht, bereits an der Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr, weshalb mangels Zurechenbarkeit des Erfolgs schon der objektive Tatbestand des § 212 StGB nicht erfüllt ist.

Komplizierter stellt sich die Rechtslage für den Fall dar, dass Ärzte zu Lasten eines intensivpflichtigen Patienten gegen bestehende staatliche Verteilungsregelungen verstoßen oder die Verteilung manipulieren. In diesem Fall kommt eine Strafbarkeit wegen (versuchten) Totschlags (§§ 212 [22, 23 Abs. 1] StGB) oder wegen (versuchten) Totschlags durch Unterlassen (§§ 212, 13 [22, 23 Abs. 1] StGB) und unterlassender Hilfeleistung (§ 323c Abs. 1 StGB) in Betracht. Allerdings sind bei der Auslegung dieser Straftatbestände und der Rechtfertigungsgründe der Allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und das verfassungsrechtliche Schuldprinzip (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) zu beachten. Deshalb dürfte nicht *jede* Abweichung von den staatlichen Verteilungsregelungen bzw. *jede* Manipulation der staatlichen Verteilungsentscheidung eine Strafbarkeit wegen Totschlags begründen.¹⁹⁶ Eine Totschlagsstrafbarkeit wäre mit Blick auf die gerade genannten Verfassungsgarantien insbesondere abzulehnen, wenn der durch den Regelverstoß/die Manipulation zu Unrecht begünstigte Patient gemäß den staatlichen Verteilungsregelungen eine fast ebenso hohe Behandlungspriorität genießen würde, wie der unbehandelt gebliebene Patient, dem das fehlallozierte Intensivbett nach den staatlichen Verteilungsregelungen zugestanden hätte.

Es könnte daher rechtspolitisch geboten sein, einen neuen Straftatbestand zu schaffen, der als abstraktes Gefährdungsdelikt – nach dem Vorbild des § 19 Abs. 2a TPG, der Mani-

¹⁹⁰ Zur Gebotenheit einer einheitlichen Warteliste bei der Organallokation: Gutmann (Fn. 67), § 12 Rn. 36.

¹⁹¹ DIVI Intensivregister (Fn. 56).

¹⁹² BVerfGE 22, 180 (217); Pjeroth, in: Jarras/Pjeroth (Fn. 60), Art. 83 Rn. 7.

¹⁹³ Gropp/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 25; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 129; ders., in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 15 Rn. 7 m.w.N.

¹⁹⁴ BGHSt 16, 158; Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 15 Rn. 45; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 59 VI. 1. (S. 630 f.).

¹⁹⁵ Kühl (Fn. 193 – Kommentar), § 323c Rn. 7.

¹⁹⁶ Ähnlich R. Merkel/S. Augsberg, JZ 2020, 704 (709).

pulationen bei der Organvergabe unter Strafe stellt¹⁹⁷ – Rechtsverstöße und Manipulationen bei der Beatmungs-/Intensivbettenallokation unter eine moderate Strafdrohung stellt.¹⁹⁸

Ebenfalls komplizierte Rechtsfragen würden sich stellen, wenn der Staat, unter Verletzung seiner verfassungsrechtlichen Pflichten (vgl. IV. 1. a), eine demokratisch nicht legitimierte Institution (wie die Bundesärztekammer, BÄK) mit dem Erlass von Allokationsvorschriften für knappe Intensivbetten/Beatmungsmittel beauftragen würde, ohne hinreichend bestimmte gesetzliche Verteilungskriterien vorzugeben und ohne einen ministeriellen Genehmigungsvorbehalt für die Allokationsvorschriften einzuführen. Eine vergleichbare Situation existierte vor einigen Jahren in Bezug auf die Verteilung postmortal gespendeter Organe.¹⁹⁹ Als es damals zu ärztlichen Verstößen gegen die Allokations-Richtlinien der BÄK kam und Allokationsentscheidungen manipuliert wurden, stellte sich u.a. die Frage, ob der Verstoß gegen demokratisch nicht legitimierte und nicht kontrollierte Allokations-Richtlinien vor dem Hintergrund der Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG geeignet ist, eine Totschlagsstrafbarkeit zu begründen.²⁰⁰

VI. Bedeutung des verfassungsrechtlichen Rahmens der Beatmungs-/Intensivbetten-Allokation für die Strafrechtsauslegung im Hinblick auf Triage-Situationen (de-lege-lata-Perspektive)

Der Blickwinkel des Verfassungsrechts auf die Beatmungsmittel-/Intensivbetten-Allokation (siehe IV.) ist aber nicht nur als Rechtsrahmen für künftig noch zu erlassende Allokationsvorschriften relevant. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Befund, wonach die Maximierung der Zahl der überlebenden Intensivpatienten ein verfassungsrechtlich zulässiges (oder sogar gebotenes) Auswahlkriterium repräsentiert (siehe IV. 2. c) bb), bereits de lege lata, also vor der Schaffung staatlicher Verteilungsregelungen für knappe Behandlungsressourcen, für die Strafrechtsauslegung und die strafrechtliche Einordnung der Triage fruchtbar zu machen.

1. Unterlassene Behandlungsaufnahme: Totschlag durch Unterlassen, falls die ärztliche Auswahlentscheidung die Zielsetzung der Maximierung der Zahl der überlebenden Intensivpatienten evident/grob verfehlt

¹⁹⁷ Dannecker, in: Beckmann/Duttge/Gärditz/Hillgruber/Windhöfel (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, 2019, S. 865; Schroth, MedR 2013, 645.

¹⁹⁸ Ähnlich R. Merkel/S. Augsberg, JZ 2020, 704 (709), bezogen auf die gegenwärtige Rechtslage.

¹⁹⁹ Vgl. nur Gutmann (Fn. 67), § 16 Rn. 20 ff.; Höfling (Fn. 59), § 12 Rn. 29 ff.

²⁰⁰ BGH NJW 2017, 3249 (3251); Fateh-Moghadam, MedR 2014, 665 (666); Schroth, NSTZ 2013, 437 (444); Streng-Baunemann, in: Safferling/Kett-Straub/Jäger/Kudlich (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, 2017, S. 767 (776 ff.).

Verzichtet der behandelnde Arzt aufgrund unzureichender Behandlungsressourcen auf die Aufnahme der Intensivbehandlung bei einem intensivpflichtigen Patienten, verwirklicht er zwar einen Totschlag durch Unterlassen (§§ 212, 13 StGB), jedoch ist er durch gleichrangige oder ungleichrangige Pflichtenkollision gerechtfertigt. Abzulehnen ist eine (Pflichtenkollisions-)Rechtfertigung, mit der Folge einer Strafbarkeit, nur dann, wenn die ärztliche Patientenauswahl die Zielsetzung der Maximierung der Anzahl der überlebenden Intensivpatienten *evident/grob* verfehlt hat.²⁰¹ Dies ist z.B. der Fall, wenn der Arzt unter vergleichbar akuten Patienten, denjenigen Patienten mit den viel schlechteren Überlebenschancen auswählt, um ihm die knappe Behandlungsressource angedeihen zu lassen, oder unter ähnlich dringlichen Patienten mit vergleichbaren Erfolgsaussichten denjenigen bevorzugt, der ein ganzes Beatmungsgerät für sich benötigt, während der im Stich gelassene Patient dieses mit einem anderen, ebenfalls behandlungsbedürftigen Patienten teilen könnte.

a) Auslegung der §§ 212, 13 StGB und Rechtfertigungsgründe im Lichte der verfassungsrechtlich verbürgten Patientenrechte einerseits und im Lichte des Allgemeinen Gleichheitssatzes und des Schuldprinzips andererseits

Das beschriebene Kriterium für die Patientenauswahl in einer Triage-Situation (Maximierung der überlebenden Patienten) folgt aus dem Sinn und Zweck des Strafrechts, welches im Rechtsgüterschutz²⁰² besteht und für Triage-Situationen die Maximierung der Zahl der überlebenden Patienten gebietet. Die Zielsetzung der Maximierung der Überlebendenzahl ist in Bezug auf Triage-Situationen auch – anders als beim Abschluss eines entführten Passagierflugzeugs – verfassungsrechtlich zumindest zulässig (näher IV. 2. c) bb) (1). Sie darf/muss daher bei der Auslegung der §§ 212, 13 StGB und der Rechtfertigungsgründe (§ 34 StGB, Pflichtenkollision) berücksichtigt werden. In Triage-Situationen gilt daher, entgegen der im Strafrecht vertretenen herrschenden Meinung (siehe III. 1. a), das Verbot quantitativer und qualitativer Abwägung des menschlichen Lebens, das insbesondere für § 34 StGB anerkannt ist²⁰³ und unstreitig für aktive Tötungshandlungen (wie den Abschuss eines entführten Passagierflugzeugs) Geltung beansprucht, nur eingeschränkt. Anders gewendet hat dieses aus der Verfassung abgeleitete Prinzip, das Verbot der Quantifizierung und Qualifizierung menschlichen Lebens, einen anderen Garantiegehalt, wenn es nicht um die strafrechtliche Beurteilung einer aktiven Tötung geht, die das Grundrecht auf Leben in der Abwehr- oder Schutzpflichtdimension berührt (Abschuss von Passagierflugzeug bzw. Schwangerschaftsabbruch), sondern um die strafrechtliche Einordnung der Allokation lebensrettender medizinischer

²⁰¹ Ähnlich, bezogen auf die katastrophenmedizinische Triage: Brech (Fn. 3), S. 350 f., 389 (ohne Beschränkung auf evidente/grobe Verfehlungen der Zielsetzung der Maximierung der Überlebendenzahl).

²⁰² Für die h.M. mit zahlreichen Nachweisen: Hassemer/Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 135), Vor § 1 Rn. 109.

²⁰³ Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627 (631 ff.).

Ressourcen, die lediglich den derivativen Teilhabeanspruch jedes intensiv-/beatmungspflichtigen Patienten (aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) tangiert. Bei der Patientenauswahl in einer Triage-Situation dürfen zwar Kriterien, wie „Lebenslänge“ und „Lebensqualität“ keine Berücksichtigung finden, da diese Kriterien nicht lebenswertindifferent und somit verfassungswidrig sind. Anders sieht es hingegen mit den – zumindest in Bezug auf Triage-Situationen – lebenswertindifferenten Kriterien „Dringlichkeit“, „Überlebenschance“, „Dauer der Behandlung“, „Schwangerschaft“ und „Möglichkeit ein Beatmungsgerät für zwei Patienten einzusetzen“ aus (siehe IV. 2. c) bb) (2) (a). Diese verfassungskonformen Kriterien sind bei der Triage-Patientenauswahl zu berücksichtigen, um zu ermitteln, welchem Patienten im Interesse der Maximierung der Zahl der geretteten Patienten, die knappe Behandlungsressource zuzuweisen ist.

Die Berücksichtigung der Zielsetzung der Maximierung der Zahl der überlebenden Patienten bei der Strafrechtsauslegung bedeutet jedoch nicht, dass *jede* ärztliche Auswahlentscheidung in einer Triage-Situation, die das Maximierungsverbot verletzt – evtl. nur knapp verfehlt – zu einer Strafbarkeit nach den §§ 212, 13 StGB führt. Eine Strafbarkeit gem. §§ 212, 13 StGB kommt vielmehr nur dann in Betracht, wenn die Behandlung des im Stich gelassenen Patienten *wesentlich* geeigneter gewesen wäre, die Zahl der Geretteten zu steigern, als die Behandlung des tatsächlich intensivmedizinisch versorgten Patienten.²⁰⁴

Denn eine Strafrechtsauslegung, wonach ein Arzt wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar ist, weil er das letzte Beatmungsgerät einem akut gefährdeten Patienten zuweist, der geringfügig schlechtere (aber immer noch gute) Überlebenschancen hat als der mit ihm um die knappe Behandlungsressource konkurrierende Patient, würde den Allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und das verfassungsrechtliche Schuldprinzip (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) verletzen.²⁰⁵ Eine Bestrafung dieser Fallkonstellation wäre nur möglich, wenn man – wie von *R. Merkel/S. Augsberg* zur Diskussion gestellt – einen Straftatbestand schaffen würde, der die vorsätzliche Missachtung der klinischen Erfolgsaussicht in einer Triage-Situation unter eine (moderate) Strafdrohung stellt.²⁰⁶

b) Mittelweg zwischen herrschender Auffassung (dringlichkeitsorientierte Patientenauswahl) und Literaturauffassung (Auswahl nach Überlebenschance bei akuten Patienten)

Die gerade beschriebene Lösung stellt einen Mittelweg zwischen der herrschenden Auffassung einerseits (rein dringlichkeitsorientierte Patientenauswahl; ärztliches Wahlrecht bei gleicher Dringlichkeit) und der von *Gaede/Kubiciel/Tsambikais/Saliger* sowie *Hoven* vertretenen Auffassung andererseits (Rechtfertigung nur bei strenger Orientierung an der Überlebenschance bei akuten Patienten) dar. Für diesen Mittelweg spricht neben den gerade geschilderten verfassungsrechtlichen Argumenten auch, dass die anderen Auffassungen strafrechtsdogmatisch an Grenzen stoßen können:

Zimmermann/Engländer haben eindrucksvoll anhand eines Beispiels belegt, dass die in den fachgesellschaftlichen klinisch-ethischen Empfehlungen vorgesehene und auch von *Gaede/Kubiciel/Tsambikais/Saliger* und *Hoven* befürwortete Zuteilung von Intensivbetten an die intensivpflichtigen Patienten nach dem Kriterium der Überlebenschance, ohne Rücksicht auf den exakten Grad der medizinischen Dringlichkeit, zu Ergebnissen führt, die aus Perspektive der herkömmlichen Strafrechtsdogmatik nicht haltbar sind: Hat A bei sofortigem Behandlungsbeginn eine Überlebenschance von 90 % und B eine von 60 % und würde B ohne sofortige Behandlung sterben und A am Folgetag mit 70 %-iger Wahrscheinlichkeit überleben, so befindet sich der triagierende Arzt nach herrschender Strafrechtsdogmatik, die den Pflichtenrang anhand von § 34 StGB („Grad der drohenden Gefahr“) bestimmt, in einer ungleichrangigen (Handlungs-) Pflichtenkollision und handelt nur gerechtfertigt, wenn er B, also den Patienten mit den schlechteren Erfolgsaussichten und der höheren Dringlichkeit, behandelt und nicht, wenn er – den fachgesellschaftlichen Empfehlungen für den Triage-Fall folgend – A, den Patienten mit den besseren Erfolgsaussichten behandelt.²⁰⁷

Aber auch die von der herrschenden Meinung befürwortete Bevorzugung des dringlicheren Patienten dürfte nicht in allen denkbaren Konstellationen durch Pflichtenkollision gerechtfertigt sein. Denn häufig gilt: je dringlicher, desto schlechter die Erfolgsaussichten. Die Kriterien Dringlichkeit und Erfolgsaussicht sind also häufig gegenläufig.²⁰⁸ Dies hat zur Folge, dass in vielen Fällen die pauschale Bevorzugung des dringlicheren Patienten darauf hinausläufe mit hoher Wahrscheinlichkeit keinen der um die knappe Ressource konkurrierenden Patienten zu retten. Dieses Ergebnis kann durch Pflichtenkollision oder auch durch andere Rechtfertigungsgründe nicht gerechtfertigt sein. Denn eine derartige Interpretation der Rechtfertigungsgründe würde den Zweck der ärztlichen Garantenpflichten, die im Schutz der Rechtsgüter Leben und Gesundheit besteht, ad absurdum führen. Dies wäre vor dem Hintergrund der im Rechtsgüterschutz bestehenden Aufgabe des Strafrechts²⁰⁹ nicht akzeptabel.

²⁰⁴ Ähnlich *R. Merkel/S. Augsberg*, JZ 2020, 704 (709), die den konstatierten Verstoß gegen die „Prinzipien der Strafgechtigkeit“ auch dann bejahen, wenn sich die konkurrierenden Patienten hinsichtlich ihrer Überlebenschancen wesentlich unterscheiden, da die Autoren das Erfolgskriterium – entgegen der hier vertretenen Auffassung – wegen Verstoßes gegen die Lebenswertindifferenzkonzeption des GG für verfassungswidrig halten.

²⁰⁵ Ähnlich *R. Merkel/S. Augsberg*, JZ 2020, 704 (709).

²⁰⁶ *R. Merkel/S. Augsberg*, JZ 2020, 704 (709).

²⁰⁷ *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1400 f.).

²⁰⁸ *Brech* (Fn. 3), S. 271; *Lachmann/Meuter* (Fn. 163), S. 188 f.

²⁰⁹ Für die h.M. mit zahlreichen Nachw. *Hassemmer/Kargl* (Fn. 202), § 1 Rn. 109.

c) Einsatz medizinischer Scoringssysteme bei der Patientenauswahl und strafrechtliche Folgeprobleme

Unter Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung, aber auch anderer zur Corona-Triage vertretenen Meinungen, muss für die strafrechtliche Beurteilung der knappheitsbedingten Patientenauswahl der Dringlichkeitsgrad im Sinne der Überlebenswahrscheinlichkeit ohne Behandlung und der Grad der Überlebenswahrscheinlichkeit im Falle einer Behandlung bei jedem der konkurrierenden Patienten ermittelt werden. Bei Schwangerschaft einer Patientin oder wenn die Möglichkeit besteht, ein Beatmungsgerät zu teilen, müssen diese Daten auch noch bei anderen erhoben werden. Anschließend müssen die in Prozent angegebenen Überlebenswahrscheinlichkeiten mit und ohne Behandlung bei verschiedenen Patienten miteinander verglichen werden. Für den Vergleich der Überlebenswahrscheinlichkeiten ist u.a. auf krankheitsübergreifende Scoring-Systeme (Acute Physiology and Chronic Health Evaluation, APACHE-II, -III), Therapeutic Acute Physiology Score (SAPS), Sequential Organ Failure Assessment Score (SOFA), Mortality Prediction Model (MPM) etc.²¹⁰ oder eine Kombination dieser Scoring-Systeme zurückzugreifen.

Ist unklar, welcher Patient zu bevorzugen gewesen wäre, um die Anzahl der Überlebenden zu steigern, ist „in dubio pro reo“ eine Rechtfertigung des triagierenden Arztes zu bejahen. Hiervon ist insbesondere dann auszugehen, wenn unterschiedliche krankheitsübergreifende Scoring-Systeme (APACHE, SAPS, MPM etc.) zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Eine Rechtfertigung aufgrund des „in-dubio-pro-reo“-Grundsatzes ist auch dann nicht vollständig ausgeschlossen, wenn der triagierende Arzt einen Patienten priorisiert, der Scoring-Werte aufweist, die nach dem hier beschriebenen Allokationsmodus zur Posteriorisierung geführt hätten. Denn es ist anerkannt, dass eine Patientenbeurteilung abzulehnen ist, die sich ausschließlich auf den Score als Entscheidungskriterium für grundlegende therapeutische Entscheidungen stützt.²¹¹

Unterlaufen dem Arzt versehentlich Fehler bei der Beurteilung der Dringlichkeit und/oder Erfolgsaussicht bei intensiv-/beatmungspflichtigen Patienten und bleibt seine Patientenauswahl infolgedessen hinter der Zielsetzung der Maximierung der Anzahl der überlebenden Intensivpatienten empfindlich zurück, irrt er über Umstände, die die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllen und es liegt ein Erlaubnistatumsirrtum vor. Dessen Behandlung und Rechtsfolgen sind nach wie vor stark umstritten²¹², was hier nicht weiter vertieft werden kann. Nach heute herrschender Auffassung, der sog. eingeschränkten Schuldtheorie, wird mit unterschiedlicher Begründung beim Erlaubnistatumsirrtum die Strafbarkeit unter Rückgriff auf eine entsprechende

²¹⁰ Näher hierzu *Bein/Unertl*, Möglichkeiten und Grenzen von Score-Systemen in der Intensivmedizin, AINS 28 (1993), 476–483.

²¹¹ *Bein/Unertl*, AINS 28 (1993), 476 (478).

²¹² *Brech* (Fn. 3), S. 271, 387 (zur katastrophenmedizinischen Triage); *Taupitz* (Fn. 57), S. 115 ff. (zur Impfmittel-Triage); *Junghanns* (Fn. 116), S. 92 ff. (zur Organallokation).

Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB verneint; eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ist demnach möglich.²¹³ Insofern kann der Straftatbestand der fahrlässigen Tötung erfüllt sein.

d) Verbotsirrtum, § 17 StGB

Spätestens auf Schuldebene dürfte eine Strafbarkeit jedoch häufig scheitern. Da die ganz herrschende Meinung in Fällen vergleichbarer Dringlichkeit der intensiv-/beatmungspflichtigen Patienten für ein Wahlrecht des triagierenden Arztes eintritt, kann sich der behandelnde Arzt auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 StGB berufen, wenn seine Patientenauswahl zwar nach der hier vertretenen Auffassung strafbar wäre, jedoch an der medizinischen Dringlichkeit orientiert ist.

2. Behandlungsabbruch: Totschlag durch Unterlassen, falls die ärztliche Auswahlentscheidung die Zielsetzung der Maximierung der Zahl der überlebenden Intensivpatienten evident/grob verfehlt

Der durch akute Ressourcenknappheit erzwungene Behandlungsabbruch ist durch Pflichtenkollision gerechtfertigt, sofern die ärztliche Patientenauswahl die Zielsetzung der Maximierung der Anzahl der überlebenden Intensivpatienten nicht *evident/grob* verfehlt.

Denn die Prinzipien, die für die durch akute Behandlungsressourcenknappheit erzwungene Unterlassung der Behandlungsaufnahme (vgl. 1.) entwickelt wurden, gelten auch für den knappheitsbedingt durchgeführten Behandlungsabbruch. Wie eine beachtliche Literaturauffassung zu Recht betont, verwirklicht der durch unzureichende Behandlungsressourcen gebotene Behandlungsabbruch, auch wenn er phänomenologisch als aktives Tun einzuordnen ist, nicht § 212 StGB (Totschlag durch aktives Tun), sondern allenfalls §§ 212, 13 StGB (Totschlag durch Unterlassen) und ist daher der Rechtfertigung durch Pflichtenkollision zugänglich.²¹⁴ Die dogmatische Einordnung der Wegnahme des Respirators/Intensivbetts als Unterlassen wird damit begründet, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit, auf den die Rechtsprechung²¹⁵ und

²¹³ BGH NJW 1952, 1023; BGHSt 31, 264 (286 f.); BGHSt 32, 243 (248); 45, 219 (224); *Fischer* (Fn. 135), § 16 Rn. 22d; *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2019, Rn. 218; *Jescheck/Weigend* (Fn. 194), § 41 IV. 1. d); *Kühl* (Fn. 193 – AT), § 13 Rn. 71; *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2020, § 16, Rn. 24; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 43), § 16 Rn. 21; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 30 Rn. 22; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 756 f.

²¹⁴ *Eisele* (Fn. 43), Vor §§ 13 ff. Rn. 160; *Hörnle*, Verfassungsblog v. 4.4.2020 (Fn. 43); *Hoven*, FAZ v. 31.3.2020 (Fn. 43); *dies.*, JZ 2020, 449 (453 f.); *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (156 ff.); *Küper*, JuS 1971, 474 (467 f.).

²¹⁵ BGHSt 6, 46 (59); BGH NJW 2008, 2199; BGHSt 52, 158 (163); BGH NJW 2010, 700; BGH NStZ 99, 607; BGH NStZ

Teile der Literatur²¹⁶ für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen abstellen, bei der Wegnahme des Respirators/Intensivbetts auf der Nichtfortführung von Rettungsmaßnahmen und somit auf einem Unterlassen liege (sog. Unterlassen durch Tun).²¹⁷ Zu Recht wird betont, dass es häufig von Zufälligkeiten abhängt, ob der Behandlungsabbruch durch ein Verhalten bewirkt wird, das aus phänomenologischer Perspektive als Tun oder Unterlassen einzuordnen ist.²¹⁸ Es könne für die rechtliche Bewertung jedoch keinen Unterschied machen, ob eine Beatmung mit einem (manuellen) Beatmungsbeutel eingestellt wird (phänomenologisches Unterlassen) oder ein Beatmungsgerät abgeschaltet wird (phänomenologisches Tun).²¹⁹ Ebenso wenig könne der zufällige Zeitpunkt der Einlieferung der Patienten und der zufällige Zeitpunkt der Anschaltung des Beatmungsgerätes, der darüber entscheide, ob der Behandlungsabbruch durch ein Tun oder Unterlassen bewirkt werde, relevant sein.²²⁰

Dem ist zuzustimmen. Es sollte vermieden werden, dass Zufälligkeiten über die Strafbarkeit eines Verhaltens entscheiden. Maßgeblich ist, dass aufgrund ärztlicher Entscheidung den Dingen ihr natürlicher Lauf gelassen wird, also die lebensbedrohliche Erkrankung nicht behandelt wird – unabhängig davon, ob durch das aktive Ausschalten des Beatmungsgerätes oder durch Unterlassen manueller Beatmung bzw. Verzicht auf Medikation etc. *Jäger/Gründel* weisen nämlich mit Recht darauf hin, dass durch den späteren Abbruch die schicksalshafte Gefahr nicht vergrößert wird.²²¹

Indes kann für die Qualifizierung des Behandlungsabbruchs als Unterlassen nicht die vom BGH im Fall „Putz“ vertretene Argumentation herangezogen werden.²²² Denn in dieser Entscheidung wird die Unterscheidung von Tun und Unterlassen gerade nicht für irrelevant erklärt,²²³ vielmehr wendet sich der BGH sogar explizit gegen die normative Umdeutung von Tun in Unterlassen und somit gegen die Figur „Unterlassen durch Tun“²²⁴. In dieser Entscheidung

wird die Abgrenzung von Tun und Unterlassen somit nicht neu justiert; allerdings wird die Frage, ob ein Tun oder Unterlassen vorliegt, für irrelevant in Bezug auf die Frage der Rechtmäßigkeit bestimmter Sterbehilfekonstellationen erklärt. Es wurde nämlich dargelegt, dass ein vom Willen des Patienten gedecktes Verhalten, welches einer tödlichen Erkrankung ihren natürlichen Lauf lässt, aufgrund des Selbstbestimmungsrechts des Patienten zulässig ist (Einwilligungsrechtfertigung) und die Rechtmäßigkeit dieses Verhaltens daher nicht davon abhängt, ob dieses Verhalten als Tun oder Unterlassen einzuordnen ist.²²⁵

Die Verfassung streitet jedoch nicht nur im Fall „Putz“ für die Zulässigkeit von Verhaltensweisen, die einer tödlichen Erkrankung ihren Lauf lassen. Das Grundgesetz gebietet bzw. gestattet es auch im Fall eines durch Knappheit erzwungenen Behandlungsabbruchs zur Rechtmäßigkeit der ärztlichen Auswahlentscheidung zu kommen, sofern diese nicht evident/grob die Zielsetzung der Maximierung der Anzahl der überlebenden Intensivpatienten verfehlt hat (vgl. IV. 2. c) bb) (2) (a). Denn aus verfassungsrechtlicher Perspektive haben bereits beatmete bzw. intensivmedizinisch versorgte Patienten nicht mehr Rechte als noch unbehandelte intensiv-/beatmungspflichtige Patienten; alle haben die gleichen Rechte aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und aus Art. 3 Abs. 3 GG und damit gelten für alle Patienten die gleichen, oben genannten Auswahlkriterien. Denn wie *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis* zu Recht betonen, werden einem auf die Intensivstation aufgenommenen (oder dort beatmeten) Patienten die medizinischen Geräte und Leistungen nicht sinnhaft als dauerhafte und nur seinem Willen unterworfenen Erweiterung seiner Rechtssphäre zugewiesen.²²⁶ Anders als beim Abschuss eines entführten Flugzeugs liegt insofern im aktiven Behandlungsabbruch nach den oben genannten Auswahlkriterien kein aktiver Eingriff in das Leben bereits künstlich beatmeter/intensivmedizinisch versorgter Patienten; vielmehr bleiben diese Patienten ihrem Schicksal überlassen und sterben an ihrer tödlichen Erkrankung, wie *Taupitz* richtigerweise hervorhebt.²²⁷ Dies hat zur Folge, dass im Falle der Behandlungsbeendigung aus Gründen akuter Knappheit keine andere Grundrechtsdimension betroffen ist als im Fall des knappheitsbedingten Unterlassens der Behandlungsaufnahme; insbesondere erzwingt das Grundrecht auf Leben in seiner Abwehr- oder Schutzpflichtdimension nicht die Pönalisierung des Behandlungsabbruchs aus Gründen akuter Ressourcenknappheit.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass bereits beatmete/bereits intensivmedizinisch versorgte Patienten mit geringeren Überlebenschancen ohne Weiteres ihrem Schicksal überlassen werden dürfen, sobald ein Patient mit besseren Überlebenschancen die knappe Behandlungsressource benötigt. Denn eine Triage-Entscheidung, also eine tödliche Patientenauswahl, darf der Arzt nur als „ultima ratio“ treffen. Davor hat er

2005, 446 (447); BGH NStZ 2010, 214 (215); BGH StV 2007, 76 (77); BGH NJW 2015, 1190 (1191).

²¹⁶ *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 866; *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 1107; *Rengier* (Fn. 213), § 48, Rn. 10; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 213), Rn. 1160.

²¹⁷ *Eisele* (Fn. 43), Vor §§ 13 ff.; Rn. 160; *Hörnle*, Verfassungsblog vom 4.4.2020 (Fn. 43); *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (156 ff.); *Küper*, JuS 1971, 474 (476 f.); *Satzger*, JURA 2010, 753 (756); *Streng*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 739 (742).

²¹⁸ *Hoven*, FAZ v. 31.3.2020 (Fn. 43); *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (156).

²¹⁹ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (156).

²²⁰ *Hoven*, FAZ v. 31.3.2020 (Fn. 43); *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151 (156).

²²¹ *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 156 (159).

²²² *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 156 (159).

²²³ *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1401).

²²⁴ *Streng* (Fn. 217), S. 745, unter Verweis auf BGH NJW 2010, 2963 (2967).

²²⁵ BGH NJW 2010, 2963.

²²⁶ *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 (135).

²²⁷ *Taupitz*, Gerechte Gesundheit, Ausgabe 51, Juni 2020 (Fn. 57).

sich nach Kräften darum zu bemühen, alle ihm anvertrauten beatmungs-/intensivpflichtigen Patienten mit einem Beatmungs-/Intensivbett zu versorgen, notfalls durch Verlegung in eine Klinik, die noch über Behandlungskapazitäten verfügt.²²⁸ Denn die ärztlichen Garantenpflichten für Leben und Gesundheit, welche Klinikärzte – inklusive des Abteilungsleiters – zugunsten aller Patienten auf ihrer Abteilung haben,²²⁹ sind nicht auf jene lebensrettenden Behandlungsressourcen beschränkt, die der eigenen Klinik zur Verfügung stehen. Die ärztliche Garantenpflicht ist – wie jede andere Garantenpflicht – darauf gerichtet, alles Mögliche und Zumutbare zu tun, um den tatbestandlichen Erfolg, also den Tod des Patienten oder ihm drohende negative gesundheitliche Folgen, zu verhindern.²³⁰

VII. Ergebnisse

1. Die klinisch-ethischen Empfehlungen über die „Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der Covid-19-Pandemie“, die von sieben medizinischen Fachgesellschaften herausgegeben wurden, verfehlen ihre Zielsetzung, die Ärzteschaft zu entlasten und eine möglichst hohe Anzahl an Patienten erfolgreich zu behandeln. Denn sie sind rechtlich unverbindlich und geben den Ärzten Handlungsempfehlungen für Triage-Situationen, die nach heute herrschender Auffassung die Gefahr strafrechtlicher Konsequenzen bergen.

2. Rechtssicherheit für die Ärzteschaft und die Rettung einer möglichst großen Anzahl an Patienten können daher nur erreicht werden, wenn der Gesetzgeber selbst Allokationsvorschriften für die Verteilung von Beatmungs- und Intensivbetten erlässt und einen Verteilungsmodus schafft, der die Maximierung der Anzahl der geretteten Beatmungs-/Intensivpatienten anstrebt sowie eine zentralisierte, bundesweite Bettenverteilung gewährleistet.

3. Die Schaffung eines solchen Allokationsmodus ist rechtspolitisch wünschenswert, verfassungsrechtlich geboten und mit Blick auf die Zielsetzung der Maximierung der Zahl der überlebenden Beatmungs-/Intensiv-Patienten zumindest verfassungsrechtlich zulässig, nach anderer Ansicht sogar geboten. Denn diese Zielsetzung verstößt – anders als die Zielsetzung der Maximierung des aggregierten Gesamtnutzens im Patientenkollektiv – nicht gegen die Grundrechte des Patienten, insbesondere nicht gegen den (aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleiteten) derivativen Teilhabeanspruch, der jedem intensiv-/beatmungspflichtigen Patienten zusteht und der eine „lebenswertindifferente“ Verteilung der knappen Behandlungsressourcen gebietet.

²²⁸ Näher hierzu *Streng-Baumemann*, Verfassungsblog v. 6.11.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/die-arztliche-pflicht-zur-kapazitaetsausweitung-vor-der-triage/> (18.2.2021).

²²⁹ *Altenhain*, NSZ 2001, 188 (189); *Ulsenheimer* (Fn. 25), § 150 Rn. 14.

²³⁰ *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff* (Fn. 72), StGB § 212 Rn. 8, unter Berufung auf BGHSt 37, 106 (119 ff.)

4. Zugang zu einem solchen staatlichen Beatmungs- und Intensivbetten-Verteilungssystem müssen alle Patienten erhalten, deren Patientenwille die Behandlung deckt und bei denen eine Indikation für eine intensivmedizinische Behandlung/künstliche Beatmung besteht.

5. Für die unter Knappheitsbedingungen unumgängliche Priorisierung sind die folgenden, da lebenswertindifferenten Allokationskriterien zu verwenden: medizinische Dringlichkeit, Wahrscheinlichkeit des Überlebens der Therapie, voraussichtliche zeitliche Länge der Beatmung/Intensivtherapie, bestehende Schwangerschaft und Zustand, der es erlaubt das benötigte Beatmungsgerät mit einem anderen Patienten zu teilen. Diese Kriterien sind in Bezug auf die Zielsetzung der Maximierung der Überlebendenzahl in ein optimales Verhältnis zueinander zu bringen und die Gewichtung dieser Allokationskriterien hat den Vorgaben zu folgen, die der Allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) nach der Rechtsprechung des BVerfG an die Rechtfertigung personenbezogener Ungleichbehandlungen stellt.

6. Unzulässig ist der Rekurs auf die nicht-lebenswertindifferenten und somit verfassungswidrigen Verteilungskriterien Alter, social worth, Finanzkraft, voraussichtliche Lebenslänge/-qualität und Verschulden hinsichtlich der Erkrankung. Das gleiche gilt für die nach Art. 3 Abs. 3 GG verfassungswidrigen Kriterien, insbesondere Geschlecht, Rasse etc.

7. Erlässt der Staat gesetzliche Verteilungsregelungen für die Triage-Situation, handelt der Arzt straflos, wenn er die hoheitlichen Allokationsvorschriften befolgt (strafrechtliche de-lege-ferenda-Perspektive). Der ärztliche Verstoß gegen diese Vorschriften hingegen ist wegen Art. 3 Abs. 1 GG und dem Schuldprinzip nicht in allen denkbaren Konstellationen strafbar. Es kann daher rechtspolitisch geboten sein, einen neuen Straftatbestand zu schaffen, der als abstraktes Gefährdungsdelikt Rechtsverstöße und Manipulationen bei der Beatmungs-/Intensivbettenallokation unter eine moderate Strafdrohung stellt (Vorbild: § 19 Abs. 2a TPG).

8. Der beschriebene verfassungsrechtliche Rahmen für staatliche Allokationsvorschriften hat, auch bevor es zum Erlass von hoheitlichen Verteilungsregelungen kommt, Einfluss auf die Auslegung des heute gültigen Strafrechts (strafrechtliche de-lege-lata-Perspektive):

9. Der durch knappe Behandlungsressourcen erzwungene Verzicht auf die Aufnahme der Intensivbehandlung bei einem intensivpflichtigen Patienten (Ex-ante-Triage) stellt einen durch Pflichtenkollision gerechtfertigten Totschlag durch Unterlassen (§§ 212, 13 StGB) dar. Abzulehnen ist eine (Pflichtenkollisions-)Rechtfertigung nur dann, wenn die ärztliche Patientenauswahl die Zielsetzung der Maximierung der Anzahl der überlebenden Intensivpatienten *evident/grob* verfehlt.

10. Das Kriterium der Maximierung der Anzahl der überlebenden Patienten als Kriterium für die Patientenauswahl in einer Triage-Situation folgt aus dem Sinn und Zweck des Strafrechts. Dieser besteht im Rechtsgüterschutz und gebietet für Triage-Situationen die Maximierung der Zahl der überlebenden Patienten. Diese Zielsetzung ist – jedenfalls in Bezug auf Triage-Situationen – auch zumindest verfassungsrechtlich zulässig, nach anderer Ansicht sogar verfassungsrechtlich

geboten, und muss bei der Auslegung der §§ 212, 13 StGB und der Rechtfertigungsgründe (§ 34 StGB, Pflichtenkollision) berücksichtigt werden. Dennoch ist nicht jede Auswahlentscheidung, die die Zielsetzung der Maximierung der Zahl der überlebenden Patienten verfehlt, strafbar, sondern nur eine solche, welche diese Zielvorgabe evident/grob verfehlt. Dies folgt aus dem Allgemeinen Gleichheitssatz und dem Schuldprinzip, die bei der Strafrechtsauslegung zu berücksichtigen sind. Denn diese Prinzipien verbieten es, ärztliche Auswahlentscheidungen, die die Zielsetzung der Maximierung der Patientenzahl nur geringfügig verfehlen, als Totschlag durch Unterlassen (§§ 212, 13 StGB) zu bestrafen.

11. Die gerade dargestellten strafrechtlichen Prinzipien gelten auch für den durch akute Ressourcenknappheit erzwungenen Behandlungsabbruch (Ex-post-Triage), der nach der hier vertretenen Auffassung wie der aus gleichen Gründen durchgeführte Behandlungsverzicht zu behandeln ist: Der knappheitsbedingte Behandlungsabbruch ist (durch Pflichtenkollision) gerechtfertigt, sofern die ärztliche Patientenauswahl die Zielsetzung der Maximierung der Anzahl der überlebenden Intensivpatienten nicht *evident/grob* verfehlt.

12. Vor dem Hintergrund der ärztlichen Garantienpflichten für die Patientenrechtsgüter Leben und Gesundheit kommt ein Behandlungsverzicht/-abbruch nach den beschriebenen Prinzipien jedoch nur als „ultima ratio“ in Betracht, also wenn die tödliche Patientenauswahl unumgänglich ist und sich auch nicht durch Verlegung eines Patienten in eine andere Klinik oder andere Maßnahmen der Ressourcenerhöhung verhindern lässt.