

Bemerkungen zur „präventiven“ Triage und zur „ex-post“-Triage

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam*

Mit ähnlich rasender Geschwindigkeit wie das Coronavirus sich ausbreitet, hat der Begriff der „Triage“ einen Spitzenplatz in der Rangliste der Lieblingsthemen strafrechtswissenschaftlicher Publikationen errungen. Die Zahl der Aufsätze, in denen über die strafrechtliche Behandlung der „ex ante“- und „ex post“- und „präventiven“ Triage informiert wird, ist beachtlich. Über vieles herrscht Konsens, z.B. die Relevanz der „Pflichtenkollision“ für die „ex ante“-Triage. Deutlich sind inzwischen auch die Akzente der kontroversen Debatte um die „ex post“-Triage herausgearbeitet. Eher ein Schattendasein fristet die „präventive“ Triage. Der vorliegende Beitrag setzt Bekanntes weitgehend voraus und möchte der Diskussion einige Denkanstöße hinzufügen, die nach meiner Beobachtung noch nicht (genügend) thematisiert wurden.

I. Einführung

Sofern die Pandemielage die Praxis der Triage notwendig werden lässt, ist nach gegenwärtigem Stand der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis die Konstellation der „ex ante“-Triage für das medizinische Personal die rechtlich vorteilhafte Situation. Die Nichtbehandlung von Patienten ist unter den Voraussetzungen der „rechtfertigenden Pflichtenkollision“ rechtmäßig.¹ Faktisch müssen die potentiellen Adressaten strafrechtlicher Triage-Urteile also danach streben, ihre Entscheidungen und deren Vollzüge in einen „ex ante“-Rahmen zu stellen. Präventive Triage und ex-post-Triage muss möglichst vermieden werden, weil diesen Konstellationen ungünstigere strafrechtliche Bewertungen zugeschrieben werden. Allerdings wird das in dem lebhaften Austausch der Meinungen nicht einhellig konsentiert. Zunehmend Anhänger findet die Auffassung, ex-post-Triage unterliege denselben Regeln wie ex-ante-Triage. Zur präventiven Triage wird dies – soweit ich sehe – noch nicht vorgeschlagen. Die meisten Beiträge gehen auf präventive Triage nicht ein.

II. Präventive Triage

1. Abgrenzung ex-ante-Triage und präventive Triage

Über die präventive Triage wird verglichen mit den ex-ante- und ex-post-Versionen wenig diskutiert. In einem an Studierende adressierten didaktischen Beitrag beschreiben die Autoren *Thomas Rönnau* und *Kilian Wegner* die präventive Triage folgendermaßen: Einem in die Klinik eingelieferten Patienten wird die Behandlung verweigert, um dadurch Behandlungskapazitäten für potentielle Patienten mit hoher Überlebenswahrscheinlichkeit freizuhalten. Es besteht noch keine Konkurrenz mit einem konkreten anderen Patienten. Daher könne die Nichtbehandlung des Patienten (noch) nicht den Regeln der rechtfertigenden Pflichtenkollision unterstellt

werden.² Diese rechtliche Schlussfolgerung ist richtig. Pflichtenkollision setzt mindestens zwei aktuell miteinander kollidierende (Handlungs-)Pflichten voraus. Daran fehle es. Eine Behandlungspflicht bestehe nur gegenüber dem einen Patienten, dem sie verweigert wird. Kein weiterer Patient „konkurriere“ mit ihm um die knappen Behandlungsressourcen. Die entscheidende Frage ist also, ab wann eine „Konkurrenz“ mit einem zweiten Patienten entsteht. Sicher haben die Autoren den Fall vor Augen, dass der „potentielle“ Patient noch nicht in die Klinik, wo die Behandlung stattfinden könnte, eingeliefert worden ist. Aber ist das ein valides Abgrenzungskriterium? Zwar mag die strengere Garantenpflicht (§ 13 StGB) erst mit der Abholung des Patienten mittels Krankentransporter oder gar erst mit dem Erreichen des Notaufnahmebereichs der Klinik entstehen.³ Eine allgemeine Hilfeleistungspflicht im Sinne des § 323c Abs. 1 StGB ist jedoch schon früher möglich, sie wächst gewissermaßen synchron mit der Erkrankung, die für den Betroffenen ein „Unglücksfall“ ist.⁴ Erfährt der Arzt, dass in einem Seniorenheim im Einzugsbereich seiner Klinik mehrere betagte Menschen plötzlich schwere Covid-Symptome zeigen und der soeben eingelieferte Patient bei direktem Vergleich mit jenen möglicherweise schlechter abschneidet, kann die Frage einer Pflichtenkollision im Raum stehen. Wie diese letztendlich zu beantworten ist, sei dahingestellt. Der Vorfrage, ob es sich schon um die Situation einer ex ante-Triage handelt, kann man sich jedenfalls in Grenzfällen nicht entziehen. Zur Entlastung des medizinischen Personals bietet es sich an, der „stärkeren“ Garantenpflicht des § 13 StGB grundsätzlichen Vorrang gegenüber der „schwächeren“ Hilfeleistungspflicht des § 323c Abs. 1 StGB einzuräumen.⁵ Dann bleibt es im Ergebnis dabei, dass es unzulässig ist, eine Behandlung zu verweigern, um das Intensiv-Bett für einen Patienten freizuhalten, der noch gar nicht in die Nähe der Klinik gekommen ist. Die Unterlassene Hilfeleistung gegenüber dem später eintreffenden Patienten ist wegen Unzumutbarkeit nicht strafbar.

2. Ex-post-Triage und präventive Triage

Teilt man den Standpunkt der Mindermeinung,⁶ wonach auch die Durchführung einer ex post-Triage nicht dem strengeren Rechtfertigungs-Reglement des rechtfertigenden Notstands, sondern der großzügigeren Pflichtenkollision zu unterwerfen sei, könnte dies auch auf die rechtliche Bewertung einer

* Der Verf. ist emeritierter Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ *Engländer*, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, S. 111 (118); *Sowada*, NSTZ 2020, 452 (453).

² *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398 (1401); *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 286; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 (407); *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (630, Fn. 42); *Waßmer*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Hrsg.), Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft, 2021, S. 341 (343).

³ *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627.

⁴ *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 323c Rn. 58.

⁵ *Mitsch*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 249 (261).

⁶ Dazu unten III.

„präventiven“ Triage ausstrahlen.⁷ Präventive Triage wäre gewissermaßen die Antizipation und zugleich Vermeidung einer später notwendig werdenden ex post-Triage.⁸ Die zugrundeliegende These lautet: Wenn es erlaubt ist, eine schon begonnene Behandlung wieder abzubrechen, dann muss es auch erlaubt sein, von vornherein die Aufnahme der Behandlung zu verweigern. Dazu ein Vergleich, der vielleicht als an den Haaren herbeigezogen empfunden wird: Nach § 218a Abs. 3 StGB ist der Abbruch einer auf einem Sexualverbrechen beruhenden Schwangerschaft gerechtfertigt.⁹ Vor 30 Jahren stellte *Herbert Tröndle* die These auf, ein Arzt, der einem noch nicht 14-jährigen Mädchen, von dem er weiß, dass es Geschlechtsverkehr mit einem erwachsenen Mann hat, Verhütungsmittel verschreibt, mache sich wegen Beihilfe zum sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176, 27 StGB) strafbar.¹⁰ Dem kann man aber entgegenen, dass die Verhütung zwecks Verhinderung einer Schwangerschaft, deren Abbruch gerechtfertigt wäre, nicht ihrerseits rechtswidrig sein kann. Denn der Schwangerschaftsabbruch scheint ja sogar der härtere Eingriff zu sein, sodass sich fast ein Erstrecht-Schluss aufdrängt. So könnte man auch bei der Triage argumentieren: Wenn die spätere ex post-Triage gerechtfertigt wäre, muss die präventive Triage, welche dem Behandlungsabbruch vorgreift und ihn somit verhindert, ebenfalls gerechtfertigt sein. Allerdings besteht zwischen den Situationen der präventiven und der ex post-Triage ein Unterschied, der einer normativen Angleichung entgegensteht. Im Fall der ex post-Triage ist die Kollisionslage aktuell, im Fall der präventiven Triage potentiell. Der Abbruch der Behandlung des einen Patienten hat die Aufnahme der Behandlung des anderen Patienten postwendend zur Folge. Das frei gewordene Bett bleibt nicht frei. In der Situation der präventiven Triage ist der kollidierende Behandlungsbedarf noch nicht gegenwärtig. Präventive Triage ist daher mit dem Risiko behaftet, dass aus Gründen, die sich dem Einfluss der behandelnden Ärzte entziehen,¹¹ die Einlieferung eines Patienten mit höherer Behandlungsbedürftigkeit unterbleibt. Verwirklicht sich dieses Risiko, wird die Nichtbehandlung des ersten Patienten, die diesen möglicherweise das Leben kostet, nicht durch die Rettung eines anderen Patienten kompensiert. Daraus folgt, dass in der Abwägung, die zwischen den Behandlungsinteressen des eingelieferten und des noch nicht eingelieferten Patienten vorzunehmen ist, das überwiegende Interesse bei dem schon behandelten Patienten liegen muss (s.o. 1.). Die bloße (noch unkonkrete) Chance, durch Freihaltung – bzw. aus der Perspektive des unbehandelten Patienten: Vorenthaltung – der vorhandenen Behandlungskapazität einen höher-

wertigen Rettungserfolg zu ermöglichen, reicht nicht aus, um die Unterlassung gegenüber dem Patienten, mit dem immerhin bereits ein Krankenhausaufnahmevertrag geschlossen wurde, zu rechtfertigen. Außerdem ist zu bedenken, dass der erste Schritt „Rechtfertigung der präventiven Nichtbehandlung“ den zweiten Schritt „Rechtfertigung des präventiven Behandlungsabbruchs“ nach sich ziehen könnte. Wenn schon das Freihalten eines Bettes erlaubt ist, um einen künftigen Patienten versorgen zu können, warum dann nicht auch das „Freimachen“? Dies zu rechtfertigen wäre konsequent, aber inakzeptabel.

III. Ex-post-Triage

1. *Pacta non sunt servanda*

Der Eindruck ist wohl nicht ganz falsch, dass in Deutschland die Diskutanten in der Triage in erster Linie, vielleicht sogar ausschließlich, ein ethisches, verfassungsrechtliches und strafrechtliches Problem sehen.¹² Das Zivilrecht, das für die rechtlichen Beziehungen zwischen den Einrichtungen des Gesundheitswesens, dessen Personal und den Patienten gewiss von erheblicher Bedeutung ist, kommt jedenfalls in den Texten nicht oder nur marginal vor. Dass sich das Vertrauen eines bereits beatmeten Patienten in die Fortsetzung der lebensrettenden Behandlung nicht auf die Pflichtenstellung des Arztes, auf die es „im strafrechtlichen Kontext“ allein ankomme, auswirke,¹³ ist eine steile These. Als ob Strafrecht völlig unakzessorisch autonom werten und dabei die zivilrechtlichen Bezüge des Falles ignorieren könne. In Wahrheit fordert vor allem die ex post-Triage, die nach Ansicht einiger Strafrechtswissenschaftler rechtlich nicht anders zu behandeln sei als die ex ante-Triage, zur Beantwortung vertragsrechtlicher Fragen heraus. Jedenfalls wäre die Evaluation des in einem strafrechtlichen Kontext von einer Strafrechtswissenschaftlerin geäußerten Satzes durch einen Experten des Zivilrechts wünschenswert: „Der Anschluss an den Respiратор versetzt den Betreffenden nicht in eine gesicherte Rechtsposition, aus der zu verdrängen er gegenüber jedem Dritten ein Abwehrrecht aufweist.“¹⁴ Auch die von derselben Autorin gestellte Frage, auf welche Grundlage sich das Vertrauen des behandelten Patienten in die Aufrechterhaltung der einmal begonnenen Behandlung stützen ließe,¹⁵ kann möglicherweise einfach mit der zivilrechtlichen Auskunft „auf den Vertrag“ beantwortet werden. Es bedarf keiner Erklärung, dass die Behandlung des Corona-Patienten auf der Intensivstation kein Geschehen in einem zivilrechtsfreien Raum ist. Selbst ohne einen zugrundeliegenden Vertrag setzten die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag einen Rahmen, innerhalb dessen auch die Antwort auf die Frage zu finden ist, ob eine begonnene Behandlung abgebrochen werden darf und – sollte das zu verneinen sein – welche schadensrechtlichen Konsequenzen aus einem unzulässigen Abbruch resul-

⁷ *Aebi-Müller*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 9 (31): „stille Triage“.

⁸ *Bormann*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 109 (120); *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 165 (181).

⁹ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 218a Rn. 7.

¹⁰ *Tröndle*, MedR 1992, 320 (321).

¹¹ Der Patient ist verstorben, in eine andere Klinik eingeliefert, lehnt eine Behandlung ab, usw.

¹² *Kubiciel*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 217 ff.

¹³ *Rostalski*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 265 (281).

¹⁴ *Rostalski* (Fn. 13), S. 280; ähnlich *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 (135).

¹⁵ *Rostalski* (Fn. 13), S. 281.

tierten. Aber die Behandlung erfolgt im Regelfall auf Grundlage eines Vertrages, den der Patient oder ein für ihn handelnder Stellvertreter mit dem Krankenhaus geschlossen hat.¹⁶ Dass dieser Vertrag auch Klauseln über eine vorzeitige Beendigung der Behandlung zur Befriedigung eines dringenden¹⁷ Behandlungsbedarfs gegenüber einem nachrückenden Patienten enthält, ist mit Blick auf den aktuellen Stand der Debatte über die ex post-Triage zu bezweifeln.¹⁸ In einen zivilrechtlichen Kontext gestellt, erinnert das bewusst zuspitzende Bild von *Sowada* des in der Notaufnahme aufgehängten Schildes an die Notwendigkeit einer AGB-Prüfung nach §§ 307 ff. BGB, insbesondere § 308 Nr. 4 BGB.¹⁹ Dem hiesigen Verfasser mit seinen oberflächlichen zivilrechtlichen Kenntnissen fällt es schwer sich vorzustellen, dass nach geltendem Recht ein Patient im Angesicht des Todes sich rechtswirksam auf einen Vertrag mit derartigen Inhalten einlassen kann. Als rechtliches Instrument zur legalen Einstellung der vertraglich zugesagten ärztlichen Leistungen kommt also wohl nur eine außerordentliche Kündigung²⁰ in Betracht. Möglicherweise ist § 627 Abs. 2 BGB, der gem. § 630b BGB auf Behandlungsverträge Anwendung findet, dafür eine tragfähige Grundlage.²¹ Schon hier sei aber darauf hingewiesen, dass der erforderliche „wichtige Grund“ (§ 627 Abs. 2 S. 1 BGB) sicher nicht vorliegt, wenn die Konkurrenzsituation der beiden involvierten Patienten ein „Patt“ ist, die kollidierenden Behandlungsbedarfe also „gleichrangig“ sind. Nach den Regeln der Strafbarkeit ausschließenden rechtfertigenden Pflichtenkollision würde Gleichrangigkeit aber ausreichen, um die Entscheidung für den Abbruch der Behandlung zu rechtfertigen. Darauf wird zurückzukommen sein (unten 2.).

2. Behandlungsabbruch bei gleichem Score

Die rechtliche Ungleichbehandlung von ex ante-Triage und ex post-Triage liegt „neben der Sache“. So sieht es – neben einigen anderen – *Frauke Rostalski*. Nun könnte man ein wenig sticheln und vorschlagen, dann behandle man eben beide Varianten nach den Regeln des rechtfertigenden Notstands. Aber das will nicht nur *Frauke Rostalski* nicht, sondern auch alle anderen, einschließlich des Verfassers. Die ex

ante-Triage muss der rechtfertigenden Pflichtenkollision unterstellt bleiben, weil sonst – „Buridans Esel“ – gar keine Behandlungen mehr rechtlich möglich wären.²² Also muss die Gleichbehandlung umgekehrt hergestellt werden, die ex post-Triage muss nach den Grundsätzen der Pflichtenkollision gewürdigt werden. So soll es nach dem Willen der Vertreter der Mindermeinung sein. Denn für die Verantwortlichkeit des Arztes mache es keinen Unterschied, ob sich „seine alternative Pflicht auf die Vornahme von Handlungen bzw. einer Handlung oder einer Unterlassung bezieht.“²³ Diese Behauptung impliziert allerdings eine *petitio principii*, da erst einmal geklärt werden muss, ob der Arzt überhaupt eine zweite – alternative – Pflicht zur Behandlung des zweiten Patienten hat, wenn deren Erfüllung nur über den Abbruch der Behandlung des ersten Patienten ermöglicht werden kann. Unten wird darzulegen sein, dass der Prämisse das Hindernis der „rechtlichen Unmöglichkeit“ entgegensteht. Alle Schlussfolgerungen sind daher hinfällig. Dennoch soll an dieser Stelle einmal davon ausgegangen werden, dass zwei miteinander kollidierenden Behandlungspflichten existieren. Die eine kann der Arzt dadurch erfüllen, dass er die begonnene Behandlung des Patienten einfach fortsetzt. Die andere Pflicht kann er erfüllen, indem er die begonnene Behandlung abbricht und anschließend den zweiten Patienten behandelt. Wenn Maßstab für die Zulässigkeit dieses Vorgehens die rechtfertigende Pflichtenkollision sein soll, muss der Arzt die Behandlung des ersten Patienten zugunsten des zweiten Patienten selbst dann abbrechen dürfen, wenn dieser nach allen relevanten Kriterien den gleichen „score“ hat, wie jener. Die Pflichtenkollision rechtfertigt die Unterlassung einer Pflichterfüllung schon bei Gleichrangigkeit der Pflichten. Es wäre interessant zu erfahren, ob die Befürworter der Anwendung der Pflichtenkollision auf die ex post-Triage das wirklich wollen.²⁴ *Elisa Hoven* beispielsweise erwähnt in einem Aufsatz in den entscheidenden Passagen den „Menschen mit deutlich besseren Erfolgchancen“²⁵ sowie den „Patienten mit der höheren Lebenserwartung“.²⁶ Damit kann man eventuell schwankende Zeitgenossen aus dem Lager der herrschenden Meinung zu einem Seitenwechsel verlocken. Aber wie ist es mit dem Menschen mit „gleich guten“ Erfolgchancen und dem Patienten mit „gleicher Lebenserwartung“? Da wird vielleicht auch bei der Autorin und ihren Mitstreitern ein

¹⁶ *Hilgendorf* (Fn. 8), S. 177: Zustandekommen des Vertrages mit Einlieferung in das Krankenhaus.

¹⁷ Ob selbst ein „gleichrangiger“ Behandlungsbedarf den Abbruch rechtfertigt, wird unten zu klären sein.

¹⁸ *Hörnle*, in: *Hörnle/Huster/Poscher* (Fn. 1), S. 149 (165): Mangel an Rechtssicherheit.

¹⁹ *Sowada*, in: *Hilgendorf/Hoven/Rostalski* (Fn. 2), S. 293 (315): „Wir bemühen uns nach Kräften um Ihre Gesundheit, doch gilt dies nur unter dem Vorbehalt, dass die hierfür eingesetzten Ressourcen nicht bei anderen Patienten einen höheren Nutzen versprechen.“

²⁰ Das dürfte eine vertragsinhaltsbezogene „Änderungskündigung“ sein, da für eine vollständige Auflösung des Vertragsverhältnisses auch in Triagesituationen kein Grund besteht; *Sowada*, *NStZ* 2020, 452 (453).

²¹ *Sowada* (Fn. 19), S. 314: „einseitige Befugnis zur Aufkündigung der Garantenstellung durch den Arzt“.

²² *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2020, 627 (630).

²³ *Rostalski* (Fn. 13), S. 280; ebenso *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, *medstra* 2020, 129 (135); *Hoven*, *JZ* 2020, 449 (453).

²⁴ So offenbar *Ast*, in: *Hilgendorf/Hoven/Rostalski* (Fn. 2), S. 77 (82).

²⁵ *Hoven*, *JZ* 2020, 449 (452); vgl. auch *Jäger* (Fn. 2), Rn. 285: „deutlich günstiger“, „bessere Aussichten“; *Jäger/Gründel*, *ZIS* 2020, 151 (156): „wesentlich höhere Überlebenschancen“, „wesentlich bessere Behandlungschancen“; *Taupitz*, *MedR* 2020, 440 (446): „Schwerstkranken mit besseren Aussichten“; noch drastischer *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, *medstra* 2020, 129 (135): Überlebenswahrscheinlichkeit von 20 % versus Überlebenswahrscheinlichkeit von 80 %.

²⁶ *Hoven*, *JZ* 2020, 449 (453).

Kampf mit dem Rechtsgefühl auszutragen sein. Rechtsgefühl mag ein schwacher Ratgeber sein, den man nicht allzu ernst nehmen muss. In der Tat! Deshalb noch einmal zurück zum Zivilrecht: Kann das wirklich richtig sein, dass gem. § 627 Abs. 2 S. 1 BGB ein Krankenhausträger den Behandlungsvertrag mitten in der Intensivbehandlung aus „wichtigem Grund“ fristlos kündigen darf, wenn das Beatmungsgerät für einen anderen Patienten benötigt wird, bei dem die Erfolgschancen und die Lebenserwartung nicht besser, sondern ebenso gut bzw. schlecht sind? Es ist gewiss nicht richtig, denn „wichtig“ ist ein Grund, wenn er einem „überwiegenden Interesse“ an der Beendigung der vertraglichen Beziehung korrespondiert, wenn dem kündigungswilligen Partner die Aufrechterhaltung der Beziehung nicht zuzumuten ist, § 626 Abs. 1 BGB. Für ein Überwiegen des Interesses genügt es aber keineswegs, dass der Heil- und Rettungserfolg, der durch den Abbruch einer begonnenen Behandlung ermöglicht wird, dem Heil- und Rettungserfolg gleichwertig ist, der durch den Behandlungsabbruch vereitelt wird.²⁷ Wieso soll dem Arzt die Weiterbehandlung seines Patienten nicht mehr zumutbar sein, wenn die Aufnahme der Behandlung des anderen Patienten ebenso unzumutbar wäre? Letzteres ist ja die Konsequenz der Gleichwertigkeit der konkurrierenden Behandlungspflichten. Damit wäre man wieder bei „Buridans Esel“ angelangt.

Auch im Lager derjenigen, die nicht den strengen Rechtfertigungsmaßstab des § 34 StGB der ex post-Triage zugrunde legen wollen, macht sich Unbehagen bemerkbar. Selbst eine „geringfügig bessere Prognose“, die im Falle der ex ante-Triage dem davon betroffenen Patienten den Vorrang verschaffen würde, soll nicht reichen, um dem bereits behandelten Patienten seine faktische Besserstellung wieder zu entziehen. Erforderlich soll „eine deutlich fassbare und damit letztlich evident bessere Aussicht auf einen zwecktauglichen Ressourceneinsatz“ sein.²⁸ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Zu erinnern ist aber auch, dass diese Lösung außerhalb des anerkannten Bereichs der rechtfertigenden Pflichtenkollision steht.²⁹ Allerdings ist bei der Pflichtenkollision mangels gesetzlicher Regelung³⁰ nichts in Stein gemeißelt. Daher steht grundsätzlich nichts entgegen, in speziellen Fallkonstellationen die Rechtfertigungsbedingungen der Kollisionsentscheidung zu verschärfen.

3. Unvollkommen zweiaktiger Rechtfertigungsgrund

Geht man davon aus, dass die Triage eine tatbestandsmäßige Todesverursachung ist, müssen sich die Bemühungen um Begründung einer straflosen Triage auf die Rechtfertigung des tatbestandsmäßigen Verhaltens richten. Nach der bis jetzt als Mindermeinung zu bezeichnenden Auffassung soll die ex post-Triage auf Grund Pflichtenkollision gerechtfertigt sein, weil

der Abbruch der begonnenen Behandlung lebensrettende Maßnahme zugunsten eines anderen Patienten ermöglicht. Dass die Durchführung dieser Maßnahmen geeignet ist, das Unrecht, welches durch die Verursachung des Todes infolge des Behandlungsabbruchs geschaffen wird, aufzuwiegen, beruht auf dem Rettungserfolg, welcher mit der nunmehr möglichen Behandlung des anderen Patienten angestrebt wird. Für den Eintritt dieses Erfolges genügt es aber nicht, die erste Behandlung abzubrechen. Das ist nur die Hälfte des Weges, der zur Lebenserhaltung zugunsten des anderen Patienten zurückzulegen ist. Unterbleibt aus welchem Grund auch immer die Aufnahme der Behandlung des zweiten Patienten, wird der durch den Behandlungsabbruch verursachte Tod des ersten Patienten nicht durch einen anderweitigen Rettungserfolg kompensiert. Das ist allerdings weder eine Besonderheit der Triage noch ein grundsätzliches Rechtfertigungshindernis. „Zweiaktigkeit“ rechtfertigender Vorgänge ist im Bereich der Notwehr³¹ und des rechtfertigenden Notstands³² möglich, bei der vorläufigen Festnahme (§ 127 StPO) sowieso. Der zweite Akt ist notwendig, um den die Rechtfertigung erklärenden Gutserhaltungserfolg herbeizuführen, gerechtfertigt sein muss der Vollzug des ersten Aktes aber auch ohne den zweiten. Man stelle sich vor, der zweite Patient ist plötzlich verstorben, einen dritten Patienten gibt es momentan nicht und eine Wiederaufnahme der abgebrochenen Behandlung ist nicht mehr möglich. Der behandelte Patient stirbt und es wird kein anderes Leben gerettet. Das Rechtsgefühl wird vielleicht spontan gegen die Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs protestieren. Dennoch ist die Konsequenz dogmatisch richtig. Es ist evident, dass die rechtfertigende Wirkung der vorrangigen Behandlung des zweiten Patienten nicht daran scheitern kann, dass diese Behandlung nicht zustande kommt aus Gründen, die der Arzt nicht zu vertreten hat. Dies ist dahingehend zu verallgemeinern, dass die Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs überhaupt nicht davon abhängig ist, dass die zweite Behandlung durchgeführt wird. Denn es gilt der Grundsatz der Koinzidenz von tatbestandsmäßigem Verhalten und rechtfertigenden Tatsachen. Mit Vollzug der tatbestandsmäßigen Handlung muss feststehen, ob sie rechtswidrig oder gerechtfertigt ist. Deswegen gibt es keine rechtfertigende nachträgliche Einwilligung oder Genehmigung.³³ Eine rückwirkende Rechtfertigung auf Grund von Tatsachen, die erst nach dem zu rechtfertigenden tatbestandsmäßigen Verhalten entstehen, ist nicht möglich. Daher muss man sich sogar damit abfinden, dass ein Behandlungsabbruch gerechtfertigt ist, wenn danach die mögliche Behandlung des zweiten Patienten – z.B. zwecks einer unzulässigen „präventiven“ Triage – aus unlauteren Erwägungen nicht oder nicht

²⁷ Fateh-Moghadam/Gutmann, in: Hörnle/Huster/Poscher (Fn. 1), S. 291 (331).

²⁸ Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (136).

²⁹ Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704 (712).

³⁰ Einfacher Vorschlag an den Gesetzgeber bei Mitsch (Fn. 5), S. 263.

³¹ Beispiel: O wird von drei Männern X, Y und Z angegriffen. N leistet Nothilfe, indem er zunächst gegen X Gewalt anwendet. Um O zu retten, muss er auch noch Y und Z abwehren.

³² Beispiel: Arzt A fährt im Zustand alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit mit seinem Pkw (§ 316 StGB) zu einem Unfallort, wo ein Schwerverletzter zu versorgen ist; vgl. Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 10 Rn. 20.

³³ Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 15 Rn. 135.

sofort aufgenommen wird. Kann somit der rettende zweite Akt – die lebensrettende Behandlung des wartenden Patienten – nicht zu den objektiven Voraussetzungen der Rechtfertigung gezählt werden, ist wenigstens eine subjektivierende Einbeziehung möglich und nötig. Das bei jedem Rechtfertigungsgrund erforderliche „subjektive Rechtfertigungselement“ ist – als „überschießende Innentendenz“ – auf den Vollzug des zweiten Aktes zu erstrecken.³⁴ Diese „unvollkommene Zweiaktigkeit“ des Rechtfertigungsgrundes ist – vor allem bei § 127 Abs. 1 StPO³⁵ – anerkannt, wenngleich sie in den Kommentierungen des § 34 StGB oder der rechtfertigenden Pflichtenkollision nicht recht zur Geltung kommt. Nicht ausreichend ist jedenfalls „die Kenntnis der Rechtfertigungslage und das Bewußtsein der Wahrung des überwiegenden Interesses“.³⁶ Wenn überhaupt, kann der Abbruch einer lebensrettenden Behandlung allenfalls unter der Bedingung gerechtfertigt ein, dass der Arzt die anschließende lebensrettende Behandlung des anderen Patienten beabsichtigt. Darauf, dass diese Absicht anschließend in die Tat umgesetzt wird, kommt es hingegen nicht mehr an.³⁷

4. Rechtliche Möglichkeit als Voraussetzung der Behandlungspflicht

Die Befürworter der Anwendung der rechtfertigenden Pflichtenkollision auf die ex post-Triage argumentieren mit dem Fehlen relevanter Unterschiede zur ex-ante-Triage. Beide Situationen lägen hinsichtlich der rechtlichen Anforderungen an das ärztliche Handeln gleich.³⁸ Dem Arzt stünden zwei „rechtlich gleichrangige Verpflichtungsgründe“ gegenüber. Daraus resultiere eine alternativ begründete Pflicht.³⁹ Nach den Grundsätzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision müsse der Arzt entscheiden, welche Pflicht er erfüllt. Das könne auch diejenige gegenüber dem nachgerückten Patienten sein. Folglich sei der Abbruch der Behandlung des ersten Patienten durch Pflichtenkollision gerechtfertigt. Einer Erklärung bedarf aber zunächst einmal, wieso überhaupt noch die Ausgangslage zweier Verpflichtungsgründe besteht, nachdem der Arzt bereits begonnen hat, eine der ursprünglich beiden Pflichten⁴⁰ zu erfüllen.⁴¹ Ist dann nicht die andere Pflicht erloschen? Offenbar nicht, wenn es rechtlich richtig ist, dass während der ärztlichen Behandlung eines Patienten stets nachträglich eine Kollisionslage entstehen kann, die den Arzt zwingt, die Behandlung

abzubrechen und die Behandlung des anderen Patienten aufzunehmen.⁴² Wenn die Rechtslage tatsächlich so ist, dann gehört es gewiss zu den Pflichten des Behandelnden, den Patienten oder einen für ihn handelnden Vertreter darüber aufzuklären, § 630c Abs. 2 S. 1 BGB. Dass die damit verbundenen psychischen Belastungen die ohnehin angespannte Situation nicht gerade erträglicher machen, ist sicher keine übertriebene Schwarzmalerei.⁴³ Das Behandlungsbedürfnis des anderen Patienten als Quelle einer Behandlungspflicht des Arztes bleibt selbstverständlich existent. Eine andere Frage ist, ob daraus wirklich eine Pflicht zur Behandlung dieses Patienten entspringt, während das Beatmungs- und Intensivpflegebett mit einem Patienten belegt ist, der „zufällig“ ein wenig früher in die Klinik eingeliefert worden ist. Voraussetzung dafür ist die Möglichkeit der Handlungen, mit denen diese Pflicht erfüllt würde. Dass es tatsächlich möglich ist, wird hier vorausgesetzt. Durch Beendigung der Behandlung des versorgten Patienten werden die tatsächlichen Hindernisse beiseitegeräumt. Darüber hinaus erforderlich ist aber die rechtliche Möglichkeit. Das ist eine Paraphrasierung der Erlaubtheit der Handlungen, mit denen der Zustand tatsächlicher Möglichkeit geschaffen wird.⁴⁴ Der Abbruch der Behandlung müßte also gerechtfertigt sein. Diese Rechtfertigung kann nicht mit der Pflicht des Arztes zur Rettung des wartenden Patienten begründet werden, denn es soll ja umgekehrt diese Rettungspflicht mit der Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs begründet werden. Dafür steht der Rechtfertigungsgrund Pflichtenkollision also nicht zur Verfügung.⁴⁵ An § 34 StGB führt hier also kein Weg vorbei.⁴⁶

IV. Schluss

Einen Arzt dafür wegen Totschlags zu bestrafen, dass er in einer ex ante-Triage einen Patienten bevorzugt hat, der – vielleicht nur knapp – hinter einem anderen Patienten zurückstehen müsste, erscheint unverhältnismäßig.⁴⁷ Nicht anders fällt das Urteil aus bei einem Behandlungsabbruch in der Situation der ex post-Triage. Beide Taten sind nach der hier vertretenen Ansicht nicht durch Pflichtenkollision gerechtfertigt. Dennoch haben sie nicht den Strafwürdigkeitsgehalt einer nicht privilegierten vorsätzlichen Tötung. Sofern die falsche Entscheidung des Arztes überhaupt das Eingreifen des Strafrechts erfordert, müßte der Gesetzgeber einen dafür passenden Sondertatbestand schaffen.⁴⁸ Ansonsten besteht ein dogmatischer Ausweg in der Anerkennung eines „echten Strafunrechtsausschlusses“.

³⁴ Mitsch, NZV 2021, 545 (549).

³⁵ Rönnau, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 89.

³⁶ So z.B. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 105.

³⁷ Mitsch (Fn. 33), § 14 Rn. 49; Mitsch (Fn. 32), § 10 Rn. 21.

³⁸ Rostalski (Fn. 13), S. 280.

³⁹ Rostalski (Fn. 13), S. 281.

⁴⁰ Dass der Aufnahme der Behandlung eine Pflichtenkollisions-Entscheidung zugrunde lag, ist nicht zwingend. Der behandelte Patient kann auch ursprünglich der einzige gewesen sein, dessen Behandlung dringlich war. Auf die rechtliche Bewertung des Behandlungsabbruchs hat das keinen Einfluss.

⁴¹ Fateh-Moghadam/Gutmann (Fn. 27), S. 331.

⁴² Dagegen zutreffend Sowada (Fn. 19), S. 307.

⁴³ Sowada, NStZ 2020, 452 (458).

⁴⁴ Mitsch (Fn. 33), § 21 Rn. 17; Mitsch (Fn. 32), § 3 Rn. 6.

⁴⁵ Anders Hörnle (Fn. 18), S. 171: „Erstens haben Ärzte symmetrische Rettungspflichten für die gefährdeten Patienten [...]“.

⁴⁶ Umgekehrt Ast, ZIS 2020, 268 (271), der die Pflicht zur Rettung voraussetzt und sodann die „Gegenprobe“ macht, ob die Unterlassung der rettenden Behandlung durch Notstand gerechtfertigt wäre.

⁴⁷ Beck/Cohrs, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Fn. 2), S. 91 (107); Hörnle (Fn. 18), S. 183.

⁴⁸ Sowada (Fn. 19), S. 319.

grundes“.⁴⁹ Dieser verschafft der Tat zwar kein allgemeines Rechtmäßigkeitsattest,⁵⁰ bewahrt sie aber vor dem Makel der Strafrechtswidrigkeit.

⁴⁹ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 1983, S. 334.

⁵⁰ So aber *Kubiciel* (Fn. 12), S. 228.