

Josef Franz Lindner

Öffentliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie

Kerstin Schlögl-Flierl

Moraltheologie/Ethik

ZIG - ESSAY

Nr. 2 | Juli 2020

Triage bei COVID-19

Zur Allokation knapper Rettungsmittel
aus ethischer und rechtlicher Perspektive

Triage bei COVID-19 – Zur Allokation knapper Rettungsmittel aus ethischer und rechtlicher Perspektive

VON

Josef Franz Lindner, Kerstin Schlögl-Flierl

Die Corona-Pandemie führt das allgemeine Problem der Allokation knapper Rettungsmittel drastisch vor Augen. Wie sind Rettungsmittel (exemplarisch: Beatmungsgeräte samt intensivmedizinischer Infrastruktur) in der Mangelsituation zuzuteilen?¹ Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass $x - 1$ Rettungsmittel auf x rettungsbedürftige Patienten² verteilt werden müssen. Da mangels ausreichender Kapazitäten nicht alle (x) Patienten gerettet werden können, ist eine Auswahl zu treffen, es sei denn, man stellte sich auf den abwegigen Standpunkt, man dürfe keinen Patienten retten, wenn man nicht alle retten könne.

Doch nach welchen Kriterien hat die Allokation zu erfolgen? Zur „Lösung“ dieses Dilemmas haben kürzlich unter anderem der Deutsche Ethikrat³, die Bundesärztekammer⁴ sowie medizinische Fachgesellschaften⁵ Stellung bezogen. Das Dilemma besteht darin, dass bei *jeder* Entscheidung Menschen sterben. Es ist evident, dass hier Moral (I.) und Recht (II.), also Ethik und Rechtswissenschaft berufen sind, Handlungsanleitungen für alle an den schwierigen Entscheidungen Beteiligten zu entwickeln.

Die Grundsatzfragen lauten: Nach welchen Kriterien soll in ausweglosen Situationen abgewogen und entschieden werden? Muss dieser Katastrophenfall in ein Gesetz gegossen werden, um Rechtssicherheit zu schaffen? Bundesgesundheitsminister Jens Spahn hat sich in beiden Fällen ablehnend geäußert. Das vorliegende Essay will Antwortmöglichkeiten auf die zwei Grundsatzfragen aus ethischer und aus juristischer Sicht erörtern.

I. Die Allokation knapper Rettungsmittel aus ethischer Perspektive

Plötzlich stehen coronabedingt wieder Katastrophenszenarien auf dem Plan. Und wir scheinen noch nicht über den Berg zu sein. Angesichts vieler Lockerungen der infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen und der daraus resultierenden Gefahr einer erneut steigenden Zahl an Infizierten sowie der Möglichkeit einer „zweiten Welle“ zum Herbst ist eine Flut von Covid-19-Erkrankten auf die Intensivbetten (mit Beatmungsgeräten) kein unrealistisches Szenario. Aber es ist als sehr vertrauensbildend für alle Seiten einzustufen, dass Abläufe und Kriterien für den Katastrophenfall *vor* dessen Eintritt diskutiert werden und so die Mediziner wie auch die Bevölkerung als potentielle Betroffene Einblick in diese Überlegungen bekommen und Regeln, wenn möglich gesamtgesellschaftlich, konsentiert werden können. Dies war in anderen Ländern (aus zeitlichen Gründen) nicht (mehr) der Fall.

1. Dilemmasituation und Schuld

Wenn Ressourcen definitiv begrenzt sind und eine Entscheidung unter dieser Bedingung, meist auch unter Mangel der Ressource Zeit, getroffen werden muss, wobei hohe Güter unabwendbar zur Disposition stehen (die Gesundheit oder gar das Leben), so liegt nicht nur ein Verteilungsproblem vor, wie es sich immer bei knappen Gütern stellt, sondern ein Dilemma. Eine Dilemmasituation wird deshalb nicht ohne große psychische Belastung für Entscheidungsträger ablaufen können, vor allem wenn über Leben und Tod entschieden werden muss. Weil das vor die Entscheidung gestellte medizinische Personal im kausalen Sinne nicht Schuld oder Mitschuld (Ursache des Leids ist zunächst die Krankheit) an der Situation hat, ist es wichtig, moralische Schuld im engen Sinne von Schuldgefühlen zu unterscheiden. Man kann moralisch Schuld auf sich laden, ohne Schuldgefühle zu entwickeln (bspw. ein notorischer Raser), oder auch umgekehrt, wie es bei Dilemmata zu erwarten ist.

Der (tugend-)ethische, wohl vor allem existenziell adäquate Umgang mit dem Dilemma ist dennoch nicht kühle Berechnung oder Fatalismus, vielmehr ist es die Haltung des Bedauerns und als religiöse Option womöglich auch diejenige der Klage. Wichtig ist ebenso, zwischen der Systemebene und dem Individuum zu unterscheiden. Wo das System versagt, ist dies nicht automatisch und direkt dem Individuum moralisch anzulasten. Sicherlich darf mit dem Verweis auf das System keiner pauschalen Entlastung des Einzelnen von seiner unvertretbaren Verantwortung das Wort geredet werden. Zu beachten ist aber die Verwobenheit des Einzelnen und seiner Freiheitsmöglichkeiten in Handlungskontexte, wobei dieses Netz bei Dilemmata besonders eng ist.

In der Moraltheologie wie im Recht (s. unten II.3.2) gilt der Grundsatz „Ultra posse nemo tenetur“: Man kann in manchen Situationen nicht mehr als das Menschenmögliche leisten. Aber das Menschenmögliche zu tun, heißt dann in der Konsequenz auch, alles zu tun, um Leben zu retten, und nicht aus Fatalismus oder ähnlichen Gründen auf die Rettung zu ‚verzichten‘. Die eigenen Grenzen, seien es die der Ärzte, Pfleger, aller im Krankenhaus Tätigen, der Rettungsassistenten usw. werden in Triage-situationen erkennbar. Es gilt, die Entscheider bestmöglich vor traumatisierenden Erfahrungen zu schützen (z. B. durch ein Mehr-Augen-Prinzip). Engpässe können u. U. zu vorschnellen Entscheidungen führen. Hier zeigt sich eine Verantwortung für die bestmögliche Gestaltung des Systems, bevor es zum Ernstfall kommt.

2. Vergleich zur Organtransplantation

Beim Thema Organtransplantation sind ähnliche Problemlagen und Überlegungen zu finden: Knappe Organe müssen an kranke Patienten verteilt werden, die ohne das Spenderorgan sterben würden. Nicht von ungefähr wird Misstrauen diesem Verfahren gegenüber gehegt, dem nur durch Transparenz, Nachvollziehbarkeit usw. begegnet werden kann. Als Schutzmaßnahme hat sich dabei das Mehr-Augen-Prinzip im Eingabeverfahren der medizinischen Daten bei Eurotransplant bewährt. Auch für die Triage wäre dieses Verfahren zum Zweck der Vertrauensbildung gegenüber (potentiell) Betroffenen und der Entlastung aller Beteiligten sinnvoll. Denkbar wären hier, wie angedeutet, der Arzt, eine Pflegekraft und ein Mitglied des in vielen Krankenhäusern etablierten klinischen Ethikkomitees, auf deren Schultern die Entscheidung verteilt würde.

Ähnlich wie in der Transplantationsmedizin können die Regelungen um Intensivkapazitäten nicht nur als Allokations-Entscheidungen auf Krankensebene erörtert werden (hier wäre der gesamte

Intensivbereich zu evaluieren, nicht nur die Covid-19-Patienten). Vergleichbar mit dem Organspenderegister, gibt es nunmehr nach Verordnung zur Aufrechterhaltung und Sicherung intensivmedizinischer Krankenhauskapazitäten (DIVI-Intensivregister-Verordnung) des Bundesministeriums für Gesundheit vom 8. April 2020 die verpflichtende Meldung im DIVI-Intensivregister für jeden Krankenhaus-Standort bzw. jede Klinik in Deutschland, die Intensivbetten zur Akutbehandlung betreibt. Aus Gerechtigkeitsgründen sollen möglichst viele Patienten in die Evaluation miteinbezogen werden und alles dafür getan werden, Reservekapazitäten auszubauen.

3. Triage als Katastrophenfall

Ganz grundsätzlich gilt: Eine Triage ist eine ultima ratio, alle anderen Möglichkeiten, etwa eine Verlegung oder sonstige Versorgung von Patienten, sind ausgeschöpft. Um Leben zu retten, muss eine Auswahlentscheidung getroffen werden. Für die Bestimmung, welche Kriterien hierzu herangezogen werden dürfen, braucht es normative Entscheidungen. In Triage-Situationen wird meist in vier Kategorien sortiert: Triagegruppe I sind diejenigen Patienten, die akut lebensbedrohlich erkrankt oder gefährdet sind, die Triagegruppe II bilden dringend zu behandelnde Patienten (deren Behandlung aber dennoch aufgeschoben werden kann). In die Triagegruppe III werden Leichtverletzte oder leicht Erkrankte einsortiert. Die hoffnungslos verlorenen Patienten kommen in die Triagegruppe IV.⁶ Solche Triage-Entscheidungen werden im intensivmedizinischen Kontext bei knappen Ressourcen in nicht wenigen Situationen generell angewandt. Wer bereits von seinem Recht auf Selbstbestimmung Gebrauch machte und den Patientenwillen dokumentiert hat (z. B. keine intensivmedizinischen Maßnahmen, z. B. festgelegt in einer Patientenverfügung), wird aufgrund der Rechtsverbindlichkeit der Patientenverfügung in diese Triage-Entscheidung nicht miteinbezogen.

Aus ethischer Sicht wird bei der Triage im Falle von Corona-Patienten in bedeutsamem Maße in die gängigen medizinethischen Standards eingegriffen, so dass diese Situation höchst begründungspflichtig ist. Vor allem die Gerechtigkeit wird empfindlich gestört, werden doch nicht mehr alle Betroffenen gleichbehandelt. Das Prinzip der Gerechtigkeit bedeutet einerseits eine „statusindifferente Gleichbehandlung von Patienten (engl.: equality) sowie einen fairen und jeweils individuell patientenorientierten Einsatz von Ressourcen (engl.: equity)“⁷. Vor allem letzteres kann in der Katastrophensituation nicht mehr gewährleistet werden. Diese ungleiche Situation verlangt umso mehr transparente Verteilungskriterien, um so viele Leben wie möglich (als Prämisse) zu retten, was noch genauer beleuchtet werden muss.

Da aber nicht die herkömmlichen Standards eingehalten werden können, ist die Frage, wie zur Entscheidung gekommen werden soll, grundsätzlich zu überlegen. Losverfahren und „Windhund“-Prinzip (first come, first served) scheinen auch immer wieder überlegte Optionen zu sein. Die grundsätzlich zu begrüßende egalitaristische Herangehensweise beider Verfahren lässt aber bei genauerer Betrachtung dann doch Bedenken aufkommen, da keine medizinischen Indikatoren herangezogen werden können, sondern solche, die außerhalb des medizinischen Entscheidungskontextes liegen, bspw. nur der Zeitpunkt der Ankunft des Rettungswagens. Prognose und Bedürftigkeit bilden dann überhaupt keine Kriterien für die Entscheidungsfindung des Teams. Das gänzliche Absehen von Erfolgsaussichten therapeutischer Maßnahmen bei gleichzeitiger Orientierung an letztlich zufälligen Faktoren (wie das Glück im Losverfahren) reduziert die Komplexität der Situation zu pauschal und wird dem medizinischen Setting nicht gerecht. Zufallskriterien sind deshalb am Ende kaum befriedigend und wohl ebenso wenig den (potenziell) Betroffenen zu vermitteln. Welche Kriterien sind aber zu wählen?

Unethisch (und auch rechtlich unzulässig, s. unten II.5.1) für die Entscheidungsfindung sind Kriterien wie Alter, Herkunft, Systemrelevanz, gesellschaftlicher Status, Behinderung usw. Nur der Katastrophenfall rechtfertigt eine Reduktion von medizinethischen Prinzipien (vgl. Selbstbestimmung, Nicht-Schaden, Fürsorge, Gerechtigkeit) auf rein medizinische Kriterien. Sind die Ressourcen ausreichend vorhanden, ist die Bedürftigkeit bzw. die Dringlichkeit einer intensivmedizinischen Versorgung an erste Stelle zu setzen. Bei der Triage ist dies eben nicht der Fall, so dass die Frage der individuellen Erfolgsaussicht eine vordringliche Rolle spielt (vgl. DIVI-Empfehlungen⁸), also auch Effizienzkriterien verstärkt einbezogen werden müssen. Um noch einmal einen Vergleich mit der Transplantationsmedizin zu ziehen: Auch dort sind es vornehmlich medizinische Kriterien, die zu einer Allokations-Entscheidung führen (vgl. § 12 Abs. 3 TPG: „insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit“).

Aber hier gilt es, Vorsicht walten zu lassen. Nur auf die Prognose zu schauen, könnte einer utilitaristischen Betrachtungsweise Vorschub leisten, wie die Verfasser eines Dokuments der Deutschen Bischofskonferenz warnen: „Das aber würde unweigerlich bedeuten, junge, nicht vorerkrankte Patienten mit leichterem Verlauf gegenüber älteren vorerkrankten Patienten bei der Intensivbehandlung vorzuziehen, weil erstere ja die deutlich bessere Prognose haben. Zudem käme dann in einem utilitaristischen Kalkül schnell der Aspekt des größeren erwartbaren künftigen Beitrags zum gesellschaftlichen Gesamtnutzen. Dass sie auch ohne Intensivbehandlung eine immer noch gute Prognose haben, fiel dann weniger oder gar nicht ins Gewicht. Eine Triage nach solchen Kriterien aber muss in ethischer Perspektive klar verworfen werden. Sie widerspräche dem ärztlichen Ethos von Grund auf.“⁹

Es braucht aus ethischer Sicht eine auf den Patienten abgestellte Entscheidung in Kombination von Bedürftigkeit und Prognose. Schlechte Prognose bei erheblicher Bedürftigkeit könnte dann auch unweigerlich und unausweichlich Triagegruppe IV bedeuten. Um Klarheit und Anwendbarkeit zu generieren, schlagen die Fachgesellschaften verschiedene Scores vor. Aber m. E. soll vor dem blinden Vertrauen in solche Berechnungen gewarnt werden. Am Schluss zählt der Mensch, die Person, die vor Einem liegt. Deswegen sollte die Einzelfallbetrachtung auch in stressigen Situationen maßgeblich sein.

4. „Ex-ante“- und „Ex-post“-Triage

Moralphilosophische Grundsatzentscheidungen fließen auch in diverse Handlungsempfehlungen ein. So versucht eine Richtung, die „Ex-ante“-Triage mit der „Ex-post“-Triage gleichzusetzen, minimiert also den Unterschied zwischen Tun und Unterlassen. Bei der „Ex-ante“-Triage wird vor dem Belegen des Beatmungsgeräts entschieden, bei der „Ex-post“-Triage wird das Beatmungsgerät einem aussichtsreicheren Patienten gegeben, was aber in Konsequenz heißt, dass ein anderer Patient mit geringerer Erfolgsaussicht vom Beatmungsgerät genommen wird. Man könnte fast von einer ‚erzwungenen Therapiezieländerung‘ sprechen.

Schon die phänomenologische Unterschiedlichkeit verweist darauf, dass es sich bei den beiden Handlungen um unterschiedliche Handlungstypen handelt: Das Wegnehmen eines Beatmungsgeräts (Tun) ist mit einer wesentlich höheren Begründungslast belegt, als das Beatmungsgerät dort zu belassen (Unterlassen). Eine konsequentialistische Ethik, wie der Utilitarismus, der ausschließlich die Folgen im Blick hat, sieht freilich keinen Unterschied darin, ob die Folgen nun Ergebnis von Tun oder Unterlassen sind. Ein Ansatz hingegen, der von moralischen Schutzrechten ausgeht, etwa

weil vom Menschen eine Würde und damit das Selbstzweck-Sein behauptet wird, muss diesen Unterschied machen. Auf dieser Linie befinden sich die beiden Autoren in diesem Essay vertreten. Es versteht sich von selbst, dass die getroffenen Behandlungsentscheidungen immer wieder evaluiert werden müssen.

Weyma Lübbe ist zuzustimmen, dass grundlagentheoretische Probleme in Corona-Zeiten wie in einem Brennspeigel noch deutlicher zum Vorschein kommen. In den Normwissenschaften kontrovers geführte Debatten müssten dann miterklärt werden, was auch wiederum das Verhältnis zwischen Ethik und Recht belasten kann.¹⁰ Das wäre zum einen die Frage nach dem übergesetzlichen Notstand und dessen ethischer Verfasstheit. Ist alles oder nichts erlaubt im Katastrophenfall? Und ganz praktisch: Wie können Kriterien so hinterlegt werden, dass alle Entscheider in Notaufnahme- und Intensivstationen unter Stress anhand der gleichen, transparenten Kriterien entscheiden? Wie soll mit den Angehörigen ins Gespräch gekommen werden, wenn unmittelbar schwierige Entscheidungen anstehen, insbesondere, wenn es zu einer „Ex-post“-Triage kommt?

Auch der Frage nach der Maximierungsregel (möglichst viele Leben zu retten) widmet sich Lübbe. „Eher ist zu vermuten, dass man das Fass der normwissenschaftlichen Strittigkeit der Maximierungsregel, soweit man davon wusste, an dieser Stelle nicht aufmachen wollte. Man hat sich auf die Neigung verlassen, die Regel auf den ersten Blick für selbstverständlich zu halten.“¹¹ Die Maximierungsregel scheint auf den ersten Blick einleuchtend, auch als Auftrag des Arztes verstanden. Aber Lübbe weist zu Recht darauf hin, dass damit eine utilitaristische Betrachtungsweise miteinhergeht, die unhinterfragt im Coronafall eingenommen wird.

Hier stellt sich die Grundsatzfrage: Welche Ethik soll den Hintergrund bilden, vor allem in solchen Dilemmasituationen? Könnte eine deontologische Ethik statt einer utilitaristischen dem ethischen Basisprinzip „Leben darf nicht gegen Leben abgewogen werden“ nicht eher entsprechen? Sie würde auf die Handlung selbst blicken und nicht auf die Folgen, den Einzelfall betrachten und nicht den Vergleich an die erste Stelle setzen.

5. Gewissensentscheidung bei berufsethischem Selbstverständnis

In der Stellungnahme des Deutschen Ethikrates zur Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise wird nach der Unterscheidung von „Ex-ante“- und „Ex-post“-Triage vor allem für letzteren Fall auf die *ethisch begründbare Gewissensentscheidung*, basierend auf ärztlicher Garantenpflicht, bei transparent aufgestellten Entscheidungskriterien des Arztes abgehoben. Die geforderte entschuldigende Nachsicht der Rechtsordnung in diesem Fall muss eher auf der juristischen Seite geklärt werden (dazu unten II.3.2.2 und 4.).

Der deutliche Rekurs des Ethikrates auf das Gewissen muss aus moralischer Sicht hinterfragt werden. Das Gewissen nimmt hier fast schon eine *Platzhalterfunktion* für die fehlende Entscheidung (oder auch Entscheidungskraft bzw. -willen) des Gesetzgebers ein. Will man tatsächlich an der Entscheidungsbefugnis und dem Recht auf Gewissensfreiheit festhalten, so muss hinreichend geklärt sein, welche Rolle das Gewissen hier spielt. Das Gewissen darf weder als Lückenbüßer in schwer allgemein zu regelnden Situationen dienen, noch kann seine Funktion darauf beschränkt werden.

II. Die Allokation knapper Rettungsmittel aus juristischer Perspektive

1. Grundsätzliches zur Rechtslage

Aus rechtlicher Sicht ist zunächst festzustellen, dass es für die Problematik der Allokation knapper Rettungsmittel (vorliegend vor allem Beatmungsgeräte und die dafür notwendige intensivmedizinische Infrastruktur) *keine spezielle gesetzliche Regelung* gibt¹², auch nicht im Kontext der Corona-Pandemie¹³ – anders als im Transplantationsmedizinrecht, wo mit § 12 Abs. 3 TPG eine Regelung zur Zuteilung von Spenderorganen zur Verfügung steht. Insbesondere das Infektionsschutzrecht und das Katastrophenschutzrecht halten keine Regelungen zur Allokation von Rettungsmitteln bereit. Es gelten somit die allgemeinen straf- und medizinrechtlichen Regelungen. Dazu gehört auch § 1901a BGB, wonach eine intensivmedizinische Behandlung gegen den aktuellen oder in einer Patientenverfügung geäußerten oder den mutmaßlichen Willen des Patienten unzulässig ist. Ein Patient, der eine intensivmedizinische Behandlung wirksam ablehnt, ist damit nicht in die Auswahlentscheidung über die Zuteilung eines knappen Rettungsmittels einzubeziehen.

2. Was sagt das Verfassungsrecht

Auch aus dem *Grundgesetz* selbst und der europäischen Menschenrechtskonvention lassen sich keine unmittelbaren Handlungsanleitungen gewinnen, nach denen Ärzte knappe Rettungsmittel zuzuteilen hätten. Die Verfassung, zumal Art. 1 Abs. 1 GG (Schutz der Menschenwürde) und der Schutz des Lebens und der Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) verbieten zwar kategorisch eine Abwägung von Leben gegen Leben¹⁴ und eine damit verbundene Bewertung der Qualität von Leben und postulieren insoweit eine „*egalitäre Basisgleichheit*“. Die Verfassung bindet aber unmittelbar nur den Staat, nicht indes Ärzte (Art. 1 Abs. 3 GG)¹⁵. Davon unabhängig *muss* eine Entscheidung getroffen werden, und zwar eine Auswahlentscheidung unter mehreren rettungsbedürftigen Patienten, wenn die zur Verfügung stehenden Rettungsmittel tatsächlich nicht für alle Patienten ausreichen. Die Notwendigkeit einer Auswahlentscheidung als solche kann schon deswegen weder gegen die Menschenwürde noch gegen das Lebensgrundrecht verstoßen, weil sie unvermeidbar ist. Daraus, dass nicht alle rettungsmittelbedürftigen Patienten das medizinisch indizierte Rettungsmittel erhalten können und einige von ihnen deswegen versterben werden, lässt sich verfassungsrechtlich nicht die Konsequenz ziehen, dass es geboten wäre, *alle* Patienten sterben zu lassen, um eine Auswahlentscheidung und damit stets verbundene Wertungen zu vermeiden. Keine(n) Patienten auszuwählen, ist verfassungsrechtlich weder eine gebotene noch im Hinblick auf die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zulässige Option. Eine Flucht aus dem Dilemma durch Nichtentscheidung ist keine verfassungsrechtlich zulässige Option.

3. Rechtliche Beurteilung nach allgemeinen Regeln des Strafrechts

Die rechtliche Beurteilung der Allokation von Rettungsmitteln unter Knappheitsbedingungen hat de lege lata – sowohl generell als auch konkret im Hinblick auf die aktuelle Corona-Pandemie – nach den *allgemeinen Regeln des Strafrechts* zu erfolgen.¹⁶

3.1 Unzweifelhaft ist zunächst, dass das Unterlassen einer tatsächlich möglichen intensivmedizinischen Behandlung durch einen Arzt trotz Behandlungsbedürftigkeit des Patienten grundsätzlich einen strafbaren Totschlag durch Unterlassen darstellt (§§ 212, 13 StGB), wenn der Patient infolge des Unterlassens der Behandlung stirbt. Den Arzt trifft eine sog. „Garantenpflicht“ zu Gunsten des

Patienten, die ihn über die allgemeine Hilfeleistungspflicht hinaus (vgl. § 323 c StGB) zur Behandlung und Rettung des Patienten verpflichtet. Würde der Arzt also entscheiden, keinem der Patienten ein Rettungsmittel zur Verfügung zu stellen und stattdessen alle Patienten sterben zu lassen, wäre er wegen Totschlages durch Unterlassen strafbar, weil er wenigstens einen Patienten hätte retten und insofern seine Handlungspflicht hätte erfüllen können und müssen.

3.2 Das Recht fordert vom Arzt aber nichts Unmögliches. Der allgemeine Grundsatz „*impossibilium nulla est obligatio*“ – keine Pflicht bei tatsächlicher Unmöglichkeit (vgl. auch oben I.1) – gilt auch im Medizin- und Strafrecht. Kann ein beatmungsbedürftiger Patient mangels eines (freien) Beatmungsplatzes und mangels tatsächlicher Verlegungsoption nicht behandelt werden, entfällt die Strafbarkeit nach §§ 212, 13 StGB.

3.2.1 Daraus folgt für die sog. „*Ex-ante*“-*Situation*, also für den Fall, dass mehrere rettungsbedürftige Patienten vorhanden sind, jedoch nicht genügend Rettungsmittel zur Rettung aller zur Verfügung stehen, dass es von vorneherein nicht strafbar sein kann, dass nicht *alle* Patienten den rettenden Beatmungsplatz erhalten. Denn dies ist aus tatsächlichen Gründen unmöglich. Der Arzt kann aus tatsächlichen Gründen nicht alle Handlungspflichten erfüllen. In der Strafrechtsdogmatik spricht man in diesem Fall meist von einer sog. „*rechtfertigenden Pflichtenkollision*“: Dem Arzt wird, wenn er jedenfalls so viele Patienten behandelt wie Rettungsmittel tatsächlich zur Verfügung stehen, kein Unrechtsvorwurf dahingehend gemacht, dass er nicht *alle* Patienten behandelt – eben dies ist ihm nicht möglich. Erfüllt der Arzt von mehreren gleichrangigen Handlungspflichten (alle) diejenigen, die er aus tatsächlichen Gründen erfüllen kann, handelt er gerechtfertigt¹⁷ und ist nicht strafbar.

Nach einer anderen Ansicht liegt zwar nur eine schuldausschließende¹⁸ Pflichtenkollision vor, doch auch in diesem Fall macht sich der Arzt nicht strafbar. Keine Option für den Arzt wäre es indes, zu sagen: „Da ich nicht alle beatmungsbedürftigen Patienten behandeln kann, behandle ich keinen“. Hierin lägen jedenfalls im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden Respiratoren entsprechende strafbare Unterlassungen vor. Wenn also beispielsweise vier beatmungspflichtige Patienten die Notaufnahme erreichen und lediglich zwei Beatmungsplätze zur Verfügung stehen, muss der Arzt jedenfalls zwei Patienten mit einem Respirator versorgen. Hinsichtlich der anderen beiden Patienten ist eine Rettung unmöglich und das diesbezügliche Unterlassen nicht strafbar. Der Arzt *muss* also eine Auswahlentscheidung treffen. Das Problem für den Arzt besteht nun darin, dass das Strafrecht in einem solchen Fall der Kollision gleichrangiger Pflichten keine verbindlichen oder zumindest zulässigen Auswahlkriterien vorgibt. Rein strafrechtlich gesehen kommt es auf die Kriterien, die der Arzt für die Auswahl der Patienten anlegt, gar nicht an. Maßgeblich ist allein, *dass* der Arzt alle ihm tatsächlich möglichen Handlungspflichten erfüllt. Nach welchen Kriterien er dies tut, ist für die Strafbarkeit unbeachtlich. Das Strafrecht ist an dieser Stelle also für außerrechtliche Erwägungen, etwa ethischer und medizinischer Art, zugänglich.¹⁹ Der Arzt kann bei seiner Auswahl ethische Kriterien anlegen, er muss es aber nicht, er kann auch rein nach formalen Kriterien wie zeitlicher Anlieferung oder nach Los entscheiden. Es besteht zudem – strafrechtlich – auch die Möglichkeit, Kriterien, die medizinische Fachgesellschaften²⁰ in rechtlich nicht verbindlicher Form erarbeitet haben, anzuwenden. Dabei handelt es sich vor allem um medizinische Kriterien. All dies bedeutet in der Sache, dass der Arzt sich auch dann nicht strafbar macht, wenn er Kriterien anwendet, die moralisch zweifelhaft oder gar anstößig sein mögen (z. B. Alter, Lebenserwartung, Vorerkrankungen) – solange er nur überhaupt alle freien Respiratoren vergibt.²¹

3.2.2 Anders liegt es bei der sog. „*Ex-post*“-Konstellation: Der rettungsbedürftige Patient A kann nur dadurch gerettet werden, dass die *bereits begonnene* Rettung des Patienten B beendet und das Rettungsmittel dem Patienten A zur Verfügung gestellt wird. Die Handlungspflicht gegenüber A (nämlich diesen durch das Anschließen an den Respirator zu retten) kann also nur dann erfüllt werden, wenn die Pflicht gegenüber B, diesen durch den Entzug des Respirators nicht zu töten, verletzt wird. Die „*Ex-post*“-Situation unterscheidet sich nicht nur intuitiv von der „*Ex-ante*“-Situation, sondern auch in der Sache und kategorisch²²: Während bei der „*Ex-ante*“-Situation gleichwertige Handlungspflichten miteinander kollidieren, von denen nicht alle erfüllt werden können, kollidieren bei der „*Ex-post*“-Situation eine Handlungspflicht (die Rettung des A) und eine Unterlassungspflicht (die Pflicht, die Tötung des B durch Entzug des Respirators zu unterlassen). Handlungs- und Unterlassungspflicht sind indes in rechtlicher Hinsicht nicht gleichwertig, so dass der Arzt nicht frei wählen kann, ob er die Handlungspflicht erfüllt (also A rettet und B tötet) oder die Unterlassungspflicht (also A nicht rettet und B nicht tötet). Es kann mithin – anders als bei der „*Ex-ante*“-Konstellation – nicht von einer rechtfertigenden Pflichtenkollision gesprochen werden. Auch eine Rechtfertigung nach § 34 StGB²³ scheidet aus, da hierin eine unzulässige Abwägung des Lebens des A gegen das Leben des B zu sehen wäre – das Leben des A „überwiegt“ das Leben des B nicht, so dass der Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB nicht greifen kann. Daraus folgt: Der Arzt, der den B vom Respirator nimmt und ihn damit tötet, um dadurch das freiwerdende Gerät dem A zur Verfügung stellen und diesen dadurch retten zu können, begeht eine grundsätzlich rechtswidrige und strafbare Tötung. Ob hier ausnahmsweise eine Entschuldigung wegen eines übergesetzlichen Notstands oder eines sonstigen übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes²⁴ in Betracht kommt, sei an dieser Stelle offengelassen. Dies ist nicht nur äußerst umstritten, sondern auch im Hinblick auf die (künftige) Haltung der Rechtsprechung unsicher.²⁵ Klar ist jedenfalls, dass eine Entschuldigung über § 35 StGB²⁶ nicht in Betracht kommt, es sei denn A wäre Angehöriger des Arztes oder eine ihm sonst nahestehende Person.

Warum aber – so wird man fragen – sind Handlungs- und Unterlassungspflicht in der „*Ex-post*“-Situation nicht gleichwertig, so dass eine rechtfertigende Pflichtenkollision ausscheidet? Warum ist die Pflicht des Arztes, A zu retten (Handlungspflicht), nicht gleichrangig mit seiner Pflicht, B nicht zu töten (Unterlassungspflicht)? Der Grund dafür ist der unsere Rechtsordnung prägende Grundsatz, dass keine Person verpflichtet ist, ihr Leben zu Gunsten des Lebens eines anderen zu opfern²⁷ – ebenso wie keine Person verpflichtet werden kann, zur Rettung einer anderen ein lebensrettendes Organ zur Verfügung zu stellen. Daher hat es der bereits beatmete B nicht zu dulden, dass sein Leben zu Gunsten des A, der „seinen“ Beatmungsplatz erhalten soll, beendet wird. Der Staat darf ihn zu einer solchen Duldung nicht zwingen; denn in einer derartigen Duldungspflicht läge eine Verletzung der von der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) geschützten Basisgleichheit aller Menschen, weil sie implizierte, dass das Leben des A mehr wert sei als das des B (der zu Gunsten des A sterben müsste). Wenn davon ausgegangen wird, dass die „*Ex-post*“-Triage mit der „*Ex-ante*“-Triage vergleichbar²⁸ und nach gleichen strafrechtlichen Maßstäben zu beurteilen sei, werden Ärzte, die sich danach richten und den B zu Gunsten des A opfern würden, einem erheblichen Strafbarkeitsrisiko wegen Totschlags ausgesetzt²⁹. Dagegen kann man auch nicht einwenden, dass an anderer Stelle des Medizinrechts, nämlich im Bereich der passiven Sterbehilfe, das Tun mit dem Unterlassen gleichgesetzt wird. So macht es nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH)³⁰ zwar in der Tat keinen Unterschied, ob eine lebensrettende Behandlung aufgenommen oder eine solche beendet wird. Diese Gleichsetzung bezieht sich aber ausschließlich auf den Fall, dass der Patient die Behandlung selbstbestimmt ablehnt, also ausschließlich auf den Bereich

selbstbestimmten Sterbens. Derjenige, der eine intensivmedizinische Behandlung ablehnt und insoweit von seinem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch macht, darf von Rechts wegen nicht behandelt werden, unabhängig davon, ob die Entscheidung am Anfang einer Behandlung steht oder im Verlaufe dieser Behandlung geäußert wird: Steht der Wille des Patienten entgegen, darf die Behandlung nicht aufgenommen werden, eine bereits begonnene ist abzubrechen. Für die Ermittlung des Willens ist entweder auf den aktuell geäußerten Willen oder auf eine wirksame Patientenverfügung oder auf den mutmaßlichen Willen des Patienten abzustellen (§ 1901a BGB).

Diese Situation liegt im Falle der Vergabe knapper Rettungsmittel aber gerade nicht vor. Hier geht es regelmäßig nicht um den selbstbestimmten Tod (etwa eines Covid-19-Patienten), sondern um die Frage, ob sein Leben durch Abnahme vom Beatmungsgerät *gegen* seinen (mutmaßlichen) Willen beendet werden darf. Dies ist eine fundamental andere Situation, so dass es fernliegend ist, die Rechtsprechung des BGH zur passiven Sterbehilfe auf die Triage-Situation zu übertragen. Zudem unterscheidet das Strafrecht auch an anderer Stelle wertungsmäßig deutlich zwischen Tun und Unterlassen: So ist etwa die aktive Sterbehilfe, also die Tötung eines Menschen auf dessen Verlangen hin, nach § 216 StGB trotz ausdrücklichem und selbstbestimmtem Wunsch des Sterbewilligen strafbar. Das Unterlassen der Rettung einer Person, die selbstbestimmt Suizid begehen will, ist hingegen nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH nicht strafbar.³¹

4. Erforderlichkeit gesetzgeberischen Handelns

Die gegenwärtige rechtliche Situation, dass es für die Bewältigung der Allokationsproblematik bei Rettungsmitteln weder eine eigene gesetzliche Regelung noch konkretere strafrechtliche Vorgaben gibt, erscheint unbefriedigend. Deswegen stellt sich die Frage, ob der *Gesetzgeber* gefordert ist und eine diesbezügliche Regelung erlassen sollte. Dies könnte man zunächst mit der Begründung ablehnen, jede gesetzliche Regelung müsse Kriterien für die Auswahl enthalten und gerate damit mit der Menschenwürde in Konflikt, die eine Abwägung des Lebens gegen das Leben verbiete. Doch nicht jegliches Kriterium stellt eine (wertende) Abwägung von Leben gegen Leben dar. Es gibt vielmehr auch abwägungsindifferente, die Basisgleichheit aller Menschen nicht antastende Kriterien, die auch gesetzlicher Regelung zugänglich sind, man denke nur an das formale Kriterium „first come, first served“. Gelegentlich wird vorgetragen, man solle die Auswahl der Gewissensentscheidung des Arztes überlassen oder den Richtlinien medizinischer Fachgesellschaften. Dies liefe darauf hinaus, sich entweder mit den allgemeinen strafrechtlichen Maßgaben zu begnügen oder gar die Kategorie eines rechtsfreien Raumes anzunehmen, die vereinzelt in der rechtstheoretischen Literatur diskutiert worden ist.³² Der Gedanke wäre: In tragischen, nicht auflösbaren Dilemma-Situationen wie der Triage dürfe das Recht keine Regelung treffen, sondern habe sich normativer Vorgaben zu enthalten. Die Lehre vom *rechtswertungsfreien Raum*³³ besagt, dass das Recht in Fällen, die von Dilemma und Ausweglosigkeit geprägt sind, keine rechtliche Bewertung der Entscheidung abgeben, diese also weder als rechtmäßig noch als rechtswidrig beurteilen und daher auch nicht für strafbar erklären sollte. In diese Richtung scheint auch der Deutsche Ethikrat zu denken, wenn er von der „Primärverantwortung der Medizin“³⁴ spricht. Dieser – auf den ersten Blick naheliegend erscheinende – Weg weist einige Nachteile auf. Zum einen ist er von Rechtsunsicherheit geprägt, weil es den handelnden Personen unklar bleibt, ob und inwiefern sie sich nicht doch strafbar machen. Dies gilt insbesondere für die „Ex-post“-Triage (siehe oben 3.2.2). Enthielte sich der Gesetzgeber weiterhin einer speziellen Regelung, so machte sich derjenige, der einen Patienten von ei-

nem Beatmungsgerät nimmt, um dieses einem anderen beatmungsbedürftigen Patienten zur Verfügung zu stellen, nach allgemeinem Strafrecht wegen Totschlags strafbar. Auf das eventuelle Eingreifen eines Entschuldigungsgrundes³⁵ ggf. übergesetzlicher Art kann der Arzt nicht vertrauen, da nicht absehbar ist, wie Staatsanwaltschaften und Gerichte die Situation einschätzen werden. Mit der Rechtsunsicherheit auf Seiten der Ärzte geht eine hohe, ethisch kaum vertretbare Verunsicherung und Verängstigung der Patienten einher, die nicht wissen, wie mit ihnen im Falle des Falles umgegangen werden würde. Patienten könnten damit auch der Willkür der handelnden Person vor Ort ausgesetzt sein, weil der Arzt – wie gesehen – letztlich selbst und nach seinen eigenen Kriterien die Zuteilungsentscheidung treffen könnte.

Auch die evidente und elementare Grundrechtsrelevanz der Rettungsmittelallokation sowie das Demokratieprinzip, das erfordert, dass alle wesentlichen, insbesondere grundrechtsrelevanten Entscheidungen der Gesetzgeber zu treffen hat, sprechen *für* eine gesetzliche Regelung. Zwar mag es dem Gesetzgeber schwerfallen, eine derartige Regelung zu entwickeln und zu verabschieden. Dies ist jedoch kein hinreichender Grund dafür, eine Regelung zu unterlassen. Auch im Bereich der Präimplantationsdiagnostik und des Transplantationsmedizinrechts hat der Gesetzgeber Entscheidungen getroffen, die ethisch umstritten und – im Fall der Organtransplantation bei der Verteilung von Organen – auch dilemmaartig sein können. Der Gesetzgeber muss also aus juristischer und ethischer Sicht Farbe bekennen, auch wenn es noch so schwerfallen mag.³⁶

5. Anforderungen an eine gesetzliche Regelung

Welche Anforderungen sind aber an eine entsprechende gesetzliche Regelung zu stellen? Hierbei ist zwischen drei Konstellationen zu unterscheiden: der „Ex-ante“-Situation (5.1), der „Ex-post“-Situation (5.2) und der Situation, dass der Arzt einen Beatmungsplatz „freihält“, um einen später eintreffenden Patienten mit „besseren“ Erfolgsaussichten retten zu können (5.3).

5.1 Bei der Festlegung der „Auswahlkriterien“ in der „Ex-ante“-Situation ist der Gesetzgeber – anders als der Arzt nach allgemeinem Strafrecht (dazu oben 3.2.1) – *nicht* frei. Der Gesetzgeber, also der Staat, darf *nicht* wählen, wen er will. Vielmehr liegt in der Festlegung von verbindlichen Auswahlkriterien durch den Gesetzgeber nicht nur eine rechtliche und ggf. strafrechtlich sanktionierte Anweisung an den Arzt vor, nach diesen Kriterien auszuwählen und die Rettungsmittel zu allozieren. Darüber hinaus besteht darin ein mittelbarer *Eingriff in die Grundrechte des rettungsbedürftigen Patienten*, der aufgrund der verbindlichen Anordnung des Gesetzgebers nicht für den freien Beatmungsplatz ausgewählt werden darf und deswegen an seiner Erkrankung sterben muss. Infolge dieser Eingriffsrelevanz hat sich der Gesetzgeber aufgrund seiner unmittelbaren Grundrechtsbindung über Art. 1 Abs. 3 GG maßgeblich am Grundsatz der Lebenswertgleichheit zu orientieren (5.1.1). Zur Bindung des Gesetzgebers an die in der Menschenwürde verankerte Lebenswertgleichheit kommt die Bindung an Art. 3 GG und die dort verbürgten Differenzierungsverbote (5.1.2) sowie den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (5.1.3):

5.1.1 Der Staat darf keinerlei Auswahlkriterien vorgeben, in denen eine Abwägung von Leben gegen Leben und eine damit verbundene Relativierung der *egalitären Basisgleichheit* zum Ausdruck käme (s. oben 2). Aspekte wie Lebenswert, Lebensqualität oder noch zu erwartende Lebensjahre oder Leistungen für die Gesellschaft dürfen daher jedenfalls grundsätzlich nicht als Auswahlkriterium aufgestellt werden. Gleiches gilt für das Alter.

5.1.2 Der Gesetzgeber darf auch solche Auswahlkriterien nicht vorgeben, die einen Verstoß gegen *absolute Differenzierungsverbote* nach Art. 3 Abs. 2 und 3 GG darstellen würden. Auswahlkriterien dürfen daher nicht sein: Geschlecht, Abstammung, Rasse und Herkunft, die Religionszugehörigkeit, die sexuelle Orientierung, das Vorliegen einer Behinderung, politische und weltanschauliche Überzeugungen.

5.1.3 Hinzu kommt der *allgemeine Gleichheitssatz* (Art. 3 Abs. 1 GG), den der Gesetzgeber ebenfalls zu beachten hat. Da in jeder durch den staatlichen Gesetzgeber gesteuerten Auswahlentscheidung eine Ungleichbehandlung liegt (Patient A bekommt den Beatmungsplatz, Patient B nicht aufgrund einer staatlichen Entscheidung), bedarf jede gesetzliche Anordnung von Auswahlkriterien der Rechtfertigung vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Zumal die Allokations-Entscheidungen mit intensiven Grundrechtseingriffen verbunden sind, die auf Seiten des nicht berücksichtigten Patienten regelmäßig zum Tode führen, sind an das Vorliegen sachlicher Differenzierungskriterien sehr strenge Anforderungen zu stellen. Keinesfalls dürfen über den „Umweg“ des Art. 3 Abs. 1 GG ausdrücklich oder inzident Kriterien wiedereingeführt werden, die bereits kraft der menschenwürdegebotenen Lebenswertindifferenz auszuschließen haben. Als sachgerechte Kriterien kommen nicht in Betracht: der Beruf, der soziale Status, der Familienstand, die politische und weltanschauliche Einstellung, die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Partei, Funktionen in der Zivilgesellschaft, das Vorverhalten, überhaupt die Biografie der Patienten.

Als sachgerechtes Allokationskriterium wird man spontan an den Aspekt der „*Dringlichkeit*“ der Rettungsmittelallokation denken: Ausgewählt für das Rettungsmittel wird zunächst derjenige Patient, bei dem die intensivmedizinische Behandlung aus medizinischen Gründen am dringlichsten ist. Allerdings wird dieses Kriterium als *Auswahlkriterium* nicht recht weiterführen. Diejenigen Patienten, bei denen eine Dringlichkeit (noch) nicht vorliegt, werden regelmäßig nicht in die engere Allokations-Entscheidung für den nächsten freiwerdenden Platz einbezogen werden müssen, weil bei ihnen eben noch zugewartet werden kann. Häufig wird es zudem so sein, dass mehrere oder viele Patienten ein gleiches Maß an Dringlichkeit aufweisen, so dass es zusätzlicher Allokationskriterien bedarf.

Ein solches zusätzliches sachliches Kriterium könnte die „*Erfolgsaussicht*“ der intensivmedizinischen Behandlung sein; auf dieses Kriterium stellen die medizinischen Fachgesellschaften ab. Es dürfte zunächst intuitiv einleuchten, dass knappe Rettungsmittel nach Erfolgsaussicht, also letztlich nach Effektivität (im Sinne therapeutischer Erfolgsaussicht) verteilt werden. Wäre es nicht Ressourcenverschwendung, ein freies Rettungsmittel einem Patienten zuzuteilen, der die Behandlung nicht oder nur unter dauerhafter Intensivpflichtigkeit überlebt? Gleichwohl ist auch dieses Kriterium mit erheblichen Problemen belastet³⁷. Wie stellt man „Erfolgsaussicht“ fest – und nach welchen Kriterien? Worauf bezieht sich überhaupt der „Erfolg“: auf das bloße Überleben, auf das Überleben ohne schwere Gesundheitsbeeinträchtigungen, auf das Überleben mit einer bestimmten zusätzlichen Lebensdauer, auf das Überleben mit einer bestimmten Lebensqualität? Hinter der scheinbar objektiven und medizinisch unter Heranziehung sog. Scores bestimmbarer Erfolgsaussicht versteckt sich doch wieder die Bewertung von Leben nach verbleibender Lebensdauer und Lebensqualität. Letztlich wird man daher nur diejenigen Patienten hintanstellen dürfen, bei denen mit einer hohen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass sie die intensivmedizinische Behandlung nicht überleben werden. Um mit dem Kriterium der „Erfolgsaussicht“ nicht doch wieder in materielle Abwägungsprozesse zu geraten, die mit der Würde des Menschen unvereinbar und des-

halb verfassungswidrig wären (verbotene Abwägung Leben gegen Leben), wird man „Erfolgsaussicht“ nur sehr eng und im negativen Sinne verstehen dürfen: Nur denjenigen Patienten, die nach medizinischer Einschätzung mit hoher Wahrscheinlichkeit die intensivmedizinische Behandlung nicht überleben werden, darf das Rettungsmittel vorenthalten werden zu Gunsten eines anderen Patienten mit insofern evident besseren Erfolgsaussichten. Ausschließlich in diesem Kontext der Feststellung der Überlebenschance dürfen – höchst mittelbar zu deren Beurteilung – das Alter (physiologische Reservekapazität) und das Bestehen von Vorerkrankungen berücksichtigt werden. Bei Anlegung eines eng verstandenen Erfolgskriteriums dürfte es häufig vorkommen, dass mehrere Patienten mit *gleichen* Erfolgsaussichten auf die freien Rettungsplätze verteilt werden müssen. Dies umso mehr, da die Einschätzung der Überlebenschance ihrerseits eine mit Unsicherheit behaftete Prognose ist, bei der im Zweifel das Überleben zu unterstellen ist. Man benötigt also über das Kriterium des (Überlebens-)Erfolgs hinaus zusätzliche Kriterien, nach denen eine Allokationsentscheidung unter mehreren Patienten mit gleicher Überlebenschance erfolgen kann. Auch diese weiteren Kriterien dürfen *nicht* zu einer Abwägung Leben gegen Leben (oben 5.1.1) führen und auch nicht von den Diskriminierungsverboten in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG (oben 5.1.2) erfasst sein. Auch hier darf also nicht die zu erwartende Lebensqualität nach der intensivmedizinischen Behandlung, die voraussichtlich verbleibenden Lebensjahre, das Alter, der Familienstand etc. herangezogen werden.

5.1.4 Vielmehr dürfte im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Postulat der Gleichwertigkeit jedes Lebens nichts anderes übrigbleiben, als *formelle Kriterien* (bei gleicher Überlebenschance) für sachgerecht zu erachten. Insofern wird man auf das zeitliche Eintreffen der Patienten abstellen müssen. Wer von mehreren Patienten mit gleicher Erfolgsaussicht die Notaufnahme zuerst erreicht oder sich dort befindet, erhält auch das nächste freiwerdende Rettungsmittel.

5.1.5 Gelegentlich wird vorgeschlagen, jedenfalls insofern materielle Auswahlkriterien anwenden zu dürfen, als man solche Personen vorrangig berücksichtigt, die sich aufgrund ihrer beruflichen Funktion einem besonderen Infektionsrisiko ausgesetzt gesehen haben. Man könnte unter dem Schlagwort „*Rettet die Retter*“ darüber nachdenken, dass im Falle einer Allokationslage unter Knappheit zunächst ärztlichem, medizinischem und pflegerischem Personal ein freier Beatmungsplatz zugewiesen wird. Unabhängig von praktischen Problemen wie etwa der Feststellbarkeit der Infektion im Rahmen eines medizinischen Kontextes taucht aber auch hier die von der Garantie der Menschenwürde ausgeschlossene Bewertung von Menschen und ihres Lebens oder ihrer Lebens„leistung“ auf. Müsste man dann nicht auch Polizisten, Erfinder, Bedienstete von Kindertagesstätten, Lehrer oder Beschäftigte in sonstigen „systemrelevanten“ Berufen vorrangig berücksichtigen? Hier käme man in nicht endende, mit der vitalen Basisgleichheit des Menschen nicht vereinbare Abwägungs- und Bewertungsprozesse hinein, die in der von Hektik, Zeitknappheit und Prognoseunsicherheit geprägten Allokationssituation nicht ansatzweise zu bewältigen wären.

5.1.6 Als *Zwischenergebnis für die „Ex-ante“-Situation* kann man aus rechtlicher Perspektive, die sich auch ethisch stützen lässt, festhalten: Von mehreren, um einen freien Rettungsplatz „konkurrierenden“ Patienten sind zunächst diejenigen aus der Auswahlentscheidung herauszunehmen, die eine Behandlung freiverantwortlich ablehnen oder bei denen eine diesbezügliche wirksame Patientenverfügung (§ 1901a BGB) vorliegt. Sodann sind diejenigen Patienten zumindest „zurückzustellen“, bei denen die Zuweisung des Rettungsmittels, also im Fall von Covid-19 das Anschließen an das Beatmungsgerät, aus medizinischen Gründen noch nicht so dringlich ist wie bei den anderen

Patienten, es also vertretbar ist, noch zuzuwarten. Des Weiteren sind solche Personen bei der Allokations-Entscheidung nicht mehr zu berücksichtigen, bei denen der Sterbeprozess bereits begonnen hat, bei denen also eine medizinische Indikation zur Durchführung einer intensivmedizinischen Behandlung nicht mehr besteht.³⁸ Von den sodann verbleibenden Patienten sind diejenigen in die Allokations-Entscheidung einzubeziehen, bei denen eine „Erfolgsaussicht“ in dem Sinne besteht, dass sie nach pflichtgemäßer medizinischer Einschätzung eine realistische Chance haben, die intensivmedizinische Behandlung zu überleben. Sind auch nach dieser Beurteilung noch mehr Patienten vorhanden als freie Beatmungsplätze, ist nach dem formalen Kriterium des zeitlichen Eintreffens zu entscheiden. Nur durch einen engen, auf das Überleben bezogenen „Erfolgs“begriff, durch den Verzicht auf materielle Bewertungskriterien und letztlich durch ein Zurückgreifen auf den formalen Aspekt der Zeit kann der Gesetzgeber die Verfassungskonformität einer Auswahlregelung im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde), im Hinblick auf das Lebensrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und im Hinblick auf die gleichheitsrechtlichen Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 2, 3 GG) sowie schließlich im Hinblick auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) erreichen.

5.1.7 Zusätzlich zu dem soeben skizzierten Entscheidungsprozess müsste der Gesetzgeber *verfahrensrechtliche Flankierungen* vorsehen, die eine tatsächliche Sicherstellung der Einhaltung der für die Allokations-Entscheidung formulierten Kriterien ermöglichen. Es sollte dafür ein interprofessionelles „Mehr-Augen-Prinzip“ vorgesehen werden, ggf. unter Heranziehung einer ad-hoc-Ethikgruppe. Insbesondere im Hinblick auf das Kriterium der Erfolgsaussicht muss durch geeignete Organisations- und Verfahrensregelungen sichergestellt werden, dass lediglich solche Patienten von der Allokations-Entscheidung ausgenommen werden, bei denen aus medizinischer Sicht mit hoher Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass sie die intensivmedizinische Behandlung nicht überleben werden. Dabei ist insbesondere darauf zu achten, dass an dieser Stelle nicht doch materielle Kriterien in die Erfolgsaussicht hineininterpretiert werden, etwa Lebensdauer und Lebensqualität.

5.2 Für unzulässig muss der Gesetzgeber die „*Ex-post*“-Triage erklären. Es kann vor dem Hintergrund des Art. 1 Abs. 1 GG und des Grundrechts auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) schlechterdings nicht legitimiert werden, einen Patienten durch den Entzug des Rettungsmittels zu töten, um einem anderen Patienten den nun freien Platz zuteilen und ihn dadurch retten zu können. Niemand ist von Verfassungswegen verpflichtet und darf dazu verpflichtet werden, seinen Tod bzw. seine Tötung zu Gunsten des Lebens eines anderen zu dulden (s. bereits oben 3.2.2).³⁹ Es erscheint daher aus verfassungsrechtlicher Sicht ausgeschlossen, das Verfahren und die Kriterien für die „*Ex-ante*“-Triage auf die „*Ex-post*“-Triage zu übertragen.

5.3 Schließlich bleibt die Konstellation des Unterlassens der dringenden Behandlung eines Patienten, in der Absicht, den so freibleibenden Rettungsplatz für einen später eintreffenden Patienten, mit besseren Heilungsaussichten, „*freizuhalten*“. Ein solches Zuwarten und ein damit verbundenes Opfern des einen Patienten für einen später eintreffenden Patienten mit vermeintlich besseren Aussichten dürfte vom Gesetzgeber im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG nicht zugelassen werden. Denn auch hierin liegt nichts anderes als eine Preisgabe des zunächst eintreffenden Patienten mit schlechteren Erfolgsaussichten zu Gunsten eines künftigen Patienten. Würden beide Patienten nacheinander eintreffen und käme es zur „*Ex-ante*“-Triage (oben 5.1), dürfte nur eine eng verstandene Erfolgsaussicht (also das bloße Überleben) als Kriterium angesetzt werden und es müsste bei gleicher Überlebenseaussicht ergänzend auf das formale Kriterium des zeitlichen Eintreffens zurück-

gegriffen werden. Das bedeutet: Jeder Patient mit Erfolgsaussicht (im Hinblick auf das bloße Überleben) ist zu behandeln, unabhängig davon, ob eine andere Person mit ggf. „besserer“ Heilungsaussicht später angeliefert wird oder werden könnte. Denn auch bei der „Ex-ante“-Triage darf nicht zwischen besseren und schlechteren Erfolgsaussichten differenziert, sondern im Sinne eines eng verstandenen Erfolgsbegriffs nur auf die bloße Überlebenschance abgestellt werden. Derjenige Patient, der zunächst angeliefert wird, dessen Behandlung dringlich ist und der einer solchen auch nicht widersprochen hat, bei dem auch noch nicht der unmittelbare Sterbeprozess eingetreten ist und aus medizinischer Sicht zu erwarten ist, dass er die intensivmedizinische Behandlung überlebt, muss den freien Rettungsplatz erhalten – unabhängig davon, ob in Kürze ein Patient mit vielleicht besseren Heilungschancen angeliefert wird. Kriterien wie Lebensqualität, Alter, Überlebensdauer etc. sind auch in dieser Konstellation unzulässig und dürfen vom Gesetzgeber, also vom Staat, nicht als Kriterien für ein Abwarten festgelegt werden.

III. Schluss

Nachdem aus zwei Perspektiven der Fall der Triage beleuchtet wurde (aus rechtlicher und aus ethischer Sicht), sollen nun kurz beide zusammengeführt werden. Grundsätzlich gilt: Es muss alles dafür getan werden, dass eine Triage-Situation nicht eintritt (z. B. Ausbau von Reservekapazitäten, DIVI-Intensivregister usw.). Solche Vorsorge ist ethisches wie rechtliches Postulat. Sollte doch der Fall eintreten, könnten in unseren Augen folgende normative ‚Leitplanken‘ zur Geltung gebracht werden:

Zum einen sprechen sich beide Positionen dafür aus, dass auch in einer Dilemmasituation nur Menschenmögliches gefordert werden kann. Zum Zweiten wird immer wieder die Allokations-Entscheidung bei der Organtransplantation als Vergleichspunkt herangezogen. Die Frage der Gerechtigkeit stellt sich in einer sehr verschärften Art und Weise und muss transparent und nachvollziehbar beantwortet werden. Zum Dritten wurde die unterschiedliche Betrachtungsweise auf „Ex-ante“-Triage und „Ex-post“-Triage und der jeweils unterschiedliche Handlungstyp mit allen Folgen betrachtet und sich für eine rechtsverbindliche, möglichst gesetzliche Regelung ausgesprochen. Solche existenziellen Entscheidungen nur dem Gewissensurteil der Beteiligten anheimzustellen, höhlt einerseits die Gewissensfunktion aus und liefert andererseits einer Willkürlichkeit der Entscheidung Vorschub. Die Garantenstellung des Arztes sollte nicht durch mangelnde Gesetzgebungsbereitschaft gefährdet werden. Zum Vierten sollte utilitaristische Nutzenabwägung nur dort zum Tragen kommen, wo sie unausweichlich ist. Ansonsten sollte das Basisprinzip bestehen bleiben: Leben darf nicht gegen Leben abgewogen werden.

Zusammenfassend: Wir sprechen uns für eine gesetzliche Regelung aus, da eine Triage-Entscheidung normative Vorgaben braucht, die nicht allein dem ärztlichen Standesethos oder der Strafrechtsdogmatik überantwortet werden können. Für die „Ex-ante“-Triage können aus ethischer wie rechtlicher Sicht tragfähige Kriterien und Handlungsanleitungen formuliert werden (vgl. bei 5.1.6). Gegen die Zulässigkeit der „Ex-post“-Triage hingegen sprechen durchgreifende ethische und rechtliche Einwände.

-
- ¹ Häufig wird dies unter dem Begriff „Triage“ (frz.: *trier* – sortieren, aussuchen) erörtert. „Triage“ wird überwiegend in der Militärmedizin verwendet und meint ein Verfahren zur Auswahl unter mehreren schwer verletzten Personen bei beschränkten Behandlungskapazitäten.
 - ² Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird die männliche Schreibweise verwendet. Alle anderen Geschlechter sind dabei jeweils mitgedacht.
 - ³ Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrats „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ vom 27.3.2020, <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/2020/solidaritaet-und-verantwortung-in-der-corona-krise/> (Abruf am 17.06.2020).
 - ⁴ Bekanntmachung der Bundesärztekammer (BÄK) „Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels“ im Deutschen Ärzteblatt vom 15.5.2020, www.bundesaerztekammer.de/corona-pandemie/ (Abruf am 17.5.2020).
 - ⁵ Vgl. etwa die Richtlinien der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI): „Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie. Version 2. Klinisch-ethische Empfehlungen.“ 2. überarbeitete Fassung vom 17.04.2020, <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1549-entscheidungen-ueber-die-zuteilung-intensivmedizinischer-ressourcen-im-kontext-der-covid-19-pandemie-klinisch-ethische-empfehlungen/file> (Abruf am 17.06.2020).
 - ⁶ Vgl. Taupitz, Jochen: Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben? *Medizinrecht* 2020 38, S. 5.
 - ⁷ Heinemann, Thomas/Proft, Ingo/Sahm, Stephan/Schockenhoff, Eberhard: Covid-19. Ethische Empfehlungen über Beginn und Fortführung einer intensivmedizinischen Behandlung bei nicht ausreichenden Behandlungskapazitäten, *Vallendar* 2020, S. 15.
 - ⁸ DIVI-Empfehlungen, 2020, S. 6.
 - ⁹ Deutsche Bischofskonferenz, Medizinische Allokationsprobleme angesichts der Covid-19-Pandemie in ethischer Beurteilung, <https://dbk.de/nc/presse/aktuelles/meldung/triage/> (Abruf am 25.5.2020), Nr. 6.
 - ¹⁰ Lübke, Weyma: Orientierung in der Corona-Krise? Nicht mit Doppelbotschaften, *Medizinrecht* 2020 38, S. 1-6.
 - ¹¹ Ebd., S. 3.
 - ¹² Vgl. im Hinblick auf den allgemeinen Rettungsdienst Spiegel, Ulrich: Die Allokation von Rettungsmitteln, *Nomos* 2019.
 - ¹³ Näher Taupitz, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise, S. 440 ff.
 - ¹⁴ BVerfGE 115, 118, 157 (Luftsicherheitsgesetz).
 - ¹⁵ Eine Ausnahme wird man für Ärzte an Universitätsklinikum anerkennen können. Das Universitätsklinikum ist, soweit es als Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert ist, an die Grundrechte gebunden – und damit sind es auch die für das Universitätsklinikum tätigen (angestellten und verbeamteten) Ärzte.
 - ¹⁶ Dazu sind in jüngster Zeit eine Reihe von Abhandlungen erschienen, auf die hier ausdrücklich verwiesen wird: Elisa Hoven: Die ‚Triage‘-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, *JZ* 2020, S. 449 ff.; Gaede, Karsten/Kubicjel, Michael/Saliger, Frank/ Tsambikakis, Michael: Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, *Zeitschrift für Medizinstrafrecht* 2020, S. 129 ff.; Engländer, Armin /Zimmermann, Till: „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, S. 1398 ff.
 - ¹⁷ Engländer/Zimmermann, aaO, S. 1400.
 - ¹⁸ Fischer, Thomas: *Strafgesetzbuch*, 67. Aufl. 2020, vor § 32 Rn. 11a.
 - ¹⁹ Merkel, Reinhard: Eine Frage von Recht und Ethik, *FAZ* v. 4.4.2020, S. 11 f.
 - ²⁰ Vgl. etwa die Richtlinien der DIVI: Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie Klinisch-ethische Empfehlungen, vom 25.3.2020, <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1540-covid-19-ethik-empfehlung-v2/file> (Abruf am 17.6.2020).
 - ²¹ Merkel, aaO, S. 11: „Der Arzt kann wählen, wen er will“. Kritisch dazu aus verfassungsrechtlicher Sicht Lindner, Josef Franz: Triage im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, *Medizinrecht* 2020 (im Erscheinen).
 - ²² Anders Gaede/Kubicjel/Saliger/Tsambikakis, aaO (unter II.5.a).
 - ²³ § 34 StGB („rechtfertigender Notstand“) lautet: „¹Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr

von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstrebenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt...“.

- ²⁴ In der Strafrechtsdogmatik wird grundsätzlich zwischen der Rechtswidrigkeit einer Handlung und dem Verschulden unterschieden. „Rechtswidrigkeit“ besagt, dass dem Handelnden Unrecht vorgehalten wird, das allerdings durch Rechtfertigungsgründe (z. B. Notwehr) ausgeräumt werden kann. Das „Verschulden“ betrifft die Vorwerfbarkeit des rechtswidrigen Handelns, die durch Entschuldigungs- oder Schuldausschlussgründe entkräftet werden kann.
- ²⁵ Engländer/Zimmermann, aaO, S. 1400. Irreführend ist daher die Äußerung des Deutschen Ethikrates (Ad-hoc-Stellungnahme vom 27.3.2020, S. 4), der Arzt könne in der „Ex-post“-Situation „mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen“. Darauf sollte sich kein Arzt verlassen.
- ²⁶ § 35 StGB („entschuldigender Notstand“) lautet: „Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld.“
- ²⁷ Deutlich Merkel, aaO, S. 11 f.
- ²⁸ So etwa in den Richtlinien der DIVI. Unklar hingegen der Deutsche Ethikrat in seinen Ad-hoc-Empfehlungen „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ vom 27.3.2020, S. 4: „... kann im Fall einer möglichen (straf-)rechtlichen Aufarbeitung des Geschehens mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen. Objektiv rechtens ist das aktive Beenden einer laufenden, weiterhin indizierten Behandlung zum Zweck der Rettung eines Dritten jedoch nicht.“
- ²⁹ Berechtigte Kritik an den Richtlinien der DIVI bei Engländer/Zimmermann, aaO, S. 1401.
- ³⁰ BGHSt 55, S. 191.
- ³¹ Az.: 5 StR 132/18 und 5 StR 393/18, Neue Juristische Wochenschrift 2019, S. 3089: Die Garantenstellung (§ 13 StGB) des Arztes für das Leben des Patienten ende, wenn er vereinbarungsgemäß nur noch dessen eigenverantwortlichen Suizid begleite. Ihn trifft daher keine Interventionspflicht zur Rettung des Suizidenten.
- ³² Vgl. maßgeblich Kaufmann, Arthur: Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, S. 226 ff.
- ³³ Dazu Lindner, Josef Franz: Zur Kategorie des rechtswertungsfreien Raumes aus rechtsphilosophischer Sicht, Zeitschrift für Rechtsphilosophie, 2004, S. 87 ff.; ders.: Tragische Konflikte, FAZ v. 15.10.2004, S. 8.
- ³⁴ Deutscher Ethikrat, aaO, S. 4.
- ³⁵ Siehe dazu auch die Erläuterung in Fußnote 23.
- ³⁶ So im Ergebnis auch Engländer/Zimmermann, aaO, S. 1402; Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis, aaO.
- ³⁷ Ähnlich Engländer/Zimmermann, aaO, S. 1401 f.
- ³⁸ Dazu Engländer/Zimmermann, aaO, S. 1401. In diesem Fall ist dann für eine palliativmedizinische Betreuung und Versorgung des Patienten zu sorgen.
- ³⁹ Merkel, aaO, S. 13: „unter keinem Gesichtspunkt zu legitimieren“; „keine Rechtsordnung kann das als gültige Norm akzeptieren“.