

KRITIK DER STELLUNGNAHME DES DEUTSCHEN ETHIKRATS

Triage: Wer soll zuerst behandelt werden?

*Adriano Mannino, Marina Moreno, Florian Chefai, Dr. Nikil Mukerji, Patrick Germann,
Prof. Dr. Thomas Metzinger, Prof. Dr. Franz Josef Wetz, Prof. Dr. Dr. h. c. Dieter Birnbacher*



Vorbemerkungen

Im Zuge der Corona-Pandemie kam es in verschiedenen Staaten zu dramatischen Situationen, weil nicht mehr genügend Beatmungsplätze für alle Patienten zur Verfügung standen. Die Intensivmediziner mussten daher triagieren – also darüber entscheiden, wer eine lebensrettende Behandlung erhält und wer nicht.

Nach den erschreckenden Berichten und Bildern aus italienischen Krankenhäusern im Frühjahr 2020 diskutierte der Deutsche Ethikrat über mögliche Kriterien, nach denen eine Allokation intensivmedizinischer Ressourcen erfolgen soll. In seiner vielbeachteten Ad-hoc-Empfehlung¹ betonte er dabei insbesondere die Pflicht, auch im Ausnahmefall eines flächendeckenden katastrophalen Notstands die fundamentalen Prinzipien der geltenden Rechtsordnung zu garantieren. Der Staat dürfe daher weder menschliches Leben bewerten noch auf eine utilitaristisch begründete Maximierung von Menschenleben und Lebensjahren abzielen. Deshalb dürfe auch nicht vorgeschrieben werden, welches Leben in einer Konfliktsituation vorrangig zu retten sei.

Darüber hinaus warnte der Ethikrat vor der Durchführung der sogenannten *Ex-post-Triage*, bei der eine bereits eingeleitete Behandlung abgebrochen wird, um den freiwerdenden Platz einem anderen intensivpflichtigen Patienten zur Verfügung zu stellen. Obwohl Ärzte im Ernstfall mit einer „entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung“ rechnen könnten, müsse das Beenden einer laufenden, weiterhin indizierten Behandlung (straf-)rechtlich verurteilt werden.

In der vorliegenden Stellungnahme soll die Position des Deutschen Ethikrates kritisch beleuchtet werden. Dabei wird eine andere Sichtweise auf das Problem vorgestellt, die zu einer rechtskonformen, ethisch vertretbaren und klinisch umsetzbaren Verfahrensweise beitragen soll.²

¹ Deutscher Ethikrat (2020): Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (Stand: 27.03.2020, letzter Zugriff: 01.05.2021).

² Teile der Stellungnahme entstammen: Mannino, Adriano (2021): Wen rette ich – und wenn ja, wie viele? Über Triage und Verteilungsgerechtigkeit, Reclam, Stuttgart.

Vergleichen heißt nicht Aufrechnen

Der Ethikrat verweist in seiner Empfehlung auf den verbindlichen Rahmen für die ärztliche Ethik, der durch die Vorgaben der Verfassung gesetzt wird. Die darin garantierte Menschenwürde fordert eine egalitäre Basisgleichheit aller Patienten, die auch dann gilt, wenn nicht alle gerettet werden können. Daher sei „jede unmittelbare oder mittelbare staatliche Unterscheidung nach Wert oder Dauer des Lebens und jede damit verbundene staatliche Vorgabe zur ungleichen Zuteilung von Überlebenschancen und Sterbensrisiken in akuten Krisensituationen [...] unzulässig“. Da jedes menschliche Leben den gleichen Schutz genießt, müsse eine Klassifizierung u. a. aufgrund des Alters oder der prognostizierten Lebensdauer seitens des Staates unterbleiben.

In den Ausführungen der Empfehlung wird impliziert, dass eine Berücksichtigung der verbleibenden Lebensjahre einer utilitaristischen Abwägung gleichkäme, die mit der im Grundgesetz verankerten Lebenswertindifferenz unvereinbar sei. Dabei verkennt der Ethikrat allerdings eine gewichtige Unterscheidung: Die Berücksichtigung der prognostizierten Lebensdauer setzt bloß eine paarweise interpersonelle *Vergleichbarkeit*, keineswegs aber eine interpersonelle *Aggregierbarkeit* (d. h. Aufrechenbarkeit) voraus, wie der Utilitarismus sie postuliert. Im Rahmen der ersteren wird lediglich vergleichend gefragt, ob *für den einen* Patienten in der konkreten Situation mehr auf dem Spiel steht als *für den anderen*. Die jeweils auf dem Spiel stehenden Schäden (individuelle Stakes) werden also weder objektiviert noch über Personengrenzen hinweg aufgerechnet. Im Rahmen einer utilitaristischen Position hingegen würde der Wert der verbleibenden Lebensjahre tatsächlich aufgerechnet. Die ältere Person würde damit direkt depriorisiert und erhielte keine Rettungschance,³ weil durch sie weniger Wert (im Sinne einer gemäß dem Utilitarismus personenneutral bestimm- baren Größe) realisiert werden kann. Die Berücksichtigung der Lebensjahre im Sinne des interpersonellen Vergleichs setzt jedoch keine utilitaristische Abwägung voraus.

³ Es ist möglich, die individuell verbleibenden Lebensjahre – neben einer Vielzahl weiterer Kriterien – im Rahmen eines (gewichteten) Zufallsverfahrens zu berücksichtigen, das keine Patienten direkt depriorisiert (s. unten).

Aus dem interpersonellen Vergleich der Stakes folgt außerdem keine ungleiche Wertschätzung bzw. Achtung der Personen. Die Unterscheidung zwischen den konkreten Stakes einer Person und der Person selbst ist von größter Bedeutung: Wenn eine Ärztin eine Person priorisiert, weil ihr ein vergleichsweise schlimmerer Schaden droht als einer anderen Person, dann drückt dies nicht das Urteil aus, dass die erstere mehr wert sei. Vielmehr ist diese Entscheidung Ausdruck des Vergleichs dessen, was für die beiden Personen in der konkreten Entscheidungssituation auf dem Spiel steht bzw. welcher der gleichwertigen Personen der größere Schaden droht. Das Prinzip der Personen- bzw. Lebenswertindifferenz wird dadurch nicht in Frage gestellt.

Muss die Ärztin beispielsweise entscheiden, entweder eine Person mit unerträglicher Migräne oder eine mit leichten Kopfschmerzen zu behandeln, ist die Priorisierung der ersteren nicht Ausdruck eines Personen- bzw. Lebenswertvergleichs, sondern eines Stakes-Vergleichs in der konkreten Situation. Analog verhält es sich, wenn ein Patient ohne sofortigen Eingriff einen Arm zu verlieren droht, während beim anderen Patienten beide Arme auf dem Spiel stehen: Die Priorisierung des letzteren Patienten ergibt sich gerade aus der gleichen Achtung der beiden Personen und ihrer Interessen.

Diese Erwägung kann auf die Entscheidung übertragen werden, eine vom Tod bedrohte 40-jährige Person gegenüber einer vom Tod bedrohten 85-jährigen Person (mit gleicher Dringlichkeit und kurzfristiger Erfolgsprognose) zu priorisieren. Das Leben der 40-Jährigen wird mit dieser Entscheidung keineswegs als „wertvoller“ eingestuft. Beide Personen zählen gleich bzw. sind gleich zu berücksichtigen. Gerade deshalb ist anzuerkennen, dass für die 40-Jährige mehr auf dem Spiel steht, da der Tod ihr höchstwahrscheinlich viel mehr verbleibende Lebensjahre rauben würde. Nähme man eine Gleichpriorisierung vor, obwohl für die eine Person viel mehr auf dem Spiel steht als für die andere, müsste man der letzteren Person einen geringeren Wert beimessen bzw. sie geringer achten, was unzulässig wäre.⁴

Es trifft auch nicht zu, dass es bei der Lebensquantität immer um das „Ganze“ geht, ebenso wenig wie bei qualitativen Gütern. Eine Person ist beispielsweise

nicht identisch mit ihrem letzten Lebensjahr – es ist ein höchst wichtiger, aber kleiner Teil ihrer ganzen Lebenszeit, zu der die Vergangenheit der Person genauso gehört wie ihre Zukunft. Auch wenn für eine Person noch Jahrzehnte an verbleibender Lebenszeit auf dem Spiel stehen, steht damit nicht „das ganze Leben“ auf dem Spiel, sondern – im Vergleich mit der gleichwertigen Person, der ein Jahr verbleibt – ein viel größerer Lebensabschnitt.

Der interpersonelle Stakes-Vergleich kann auch zur Begründung des Kriteriums der kurzfristigen Erfolgsprognose (d. h. des Zuwachses an Überlebenswahrscheinlichkeit) herangezogen werden.⁵ Denn auch diese Größe hat einen Einfluss darauf, wie viel für eine Person bei einer Entscheidung auf dem Spiel steht. Angenommen, Patientin A und Patientin B beanspruchen eine knappe medizinische Ressource, ohne die beide eine Überlebenschance von nur 10 % haben. Mit der Behandlung erhöht sich die Überlebenschance für Patientin A auf 100 %, während Patientin B lediglich mit 20 % rechnen kann. Für A steht hier entsprechend mehr auf dem Spiel, nämlich ein Zuwachs von +90 % im Vergleich zu +10 % für B.

⁴Es sei hier noch einmal betont, dass der Vergleich dessen, was für verschiedene Personen auf dem Spiel steht, keine utilitaristischen Prämissen erfordert. Der interpersonelle Stakes-Vergleich kann sogar bemüht werden, um der utilitaristischen Aufrechnung einen normativen Riegel vorzuschieben: Angenommen etwa, wir können entweder eine Million Menschen vor Kopfschmerzen bewahren oder eine Person vor dem Tod retten, nicht aber beides zugleich tun. (Bei der Priorisierung im Public-Health-Bereich treten solche bzw. analoge Entscheidungssituationen tatsächlich auf.) Utilitaristische Positionen rechnen auf und gebieten uns, die Kopfschmerzen der Million – oder der Milliarde, sollte die Million in der Summe nicht ausreichen – zu verhindern. Nicht-utilitaristische Ethiken können dagegen auf den paarweisen Vergleich setzen: Vergleicht man das, was für die vom Tod bedrohte Person auf dem Spiel steht, mit dem, was für eine jede von Kopfschmerzen bedrohte Person auf dem Spiel steht, dann gewinnt die erstere jeden einzelnen dieser paarweisen Vergleiche mit großem Abstand. Der Abstand ist so groß, dass jede von Kopfschmerzen bedrohte Person einer Solidaritätspflicht untersteht, weshalb die vom Tod bedrohte Person zu priorisieren ist.

⁵Anerkennt man das Kriterium der kurzfristigen Prognose bereits, lässt sich – in umgekehrter Richtung – fragen, weshalb die langfristige Prognose (insbesondere: die verbleibenden Lebensjahre) nicht ebenso berücksichtigt werden sollten. Vgl. dazu Dietrich, Frank (2021). *Medizin am Limit: Wie umgehen mit Versorgungsengpässen in der Pandemie?*, in: Jaster, Romy & Keil, Geert (Hrsg.): *Nachdenken über Corona – Philosophische Essays über die Pandemie und ihre Folgen*, Reclam, Stuttgart, S. 84–97.

Anhand eines weiteren Fallbeispiels lässt sich veranschaulichen, dass das Kriterium der Erfolgsprognose auch keineswegs gleichzusetzen ist mit einer Aufrechnung und Maximierung der geretteten Menschenleben:⁶ Patient A benötige zum Beispiel drei Wochen lang ein Beatmungsgerät, das seine Überlebenschance um +70 % erhöht. Patienten B, C und D benötigen das Gerät dagegen nur je eine Woche, erhalten dadurch aber einen geringeren Zuwachs an Überlebenschance von je +50 %. Aus utilitaristischer Perspektive wären die Patienten B, C und D direkt zu priorisieren, da mit ihrer Behandlung (im statistischen Erwartungswert) mehr Menschenleben gerettet werden könnten. Das Kriterium der individuellen Erfolgsprognose legt jedoch eine andere Entscheidung nahe: Patient A ist zu priorisieren, da bei ihm im paarweisen Stakes-Vergleich mit jeder anderen Person jeweils mehr auf dem Spiel steht.

Das Kriterium der Erfolgsprognose wird manchmal mit der Begründung abgelehnt, es wäge das eine (Über-)Leben gegen das andere unzulässig ab oder lasse bestimmte Gruppen bereits im Voraus wissen, dass sie im Falle einer Triage benachteiligt werden.⁷ Dieselben Einwände würden jedoch gegen das Kriterium der Dringlichkeit greifen, dessen Relevanz kaum bestritten wird.⁸ Die Dringlichkeit bezeichnet die Überlebenschance, die ein Patient ohne Behandlung hat; die Erfolgsprognose bezieht sich auf den Zuwachs an Überlebenschance bzw. auf die Überlebenschance mit Behandlung. Es ist nicht einzusehen, weshalb die eine Wahrscheinlichkeit zählen sollte, die andere aber nicht.⁹

⁶ Vgl. Lübke, Weyma (2021): Effizienter Ressourceneinsatz in einer Pandemie und das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht. Prämissen und Fehlschlüsse, in: Hörnle, T., Huster, S. & Poscher, R. (Hrsg.): Triage in der Pandemie, Tübingen, S. 257-289.

⁷ Gutmann, Thomas; Fateh-Moghadam, Bijan (2021): Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, in: Hörnle, T., Huster, S. & Poscher, R. (Hrsg.): Triage in der Pandemie, Tübingen, S. 291-334.

⁸ Alte und jüngere vorerkrankte oder behinderte Menschen werden vom Dringlichkeitskriterium vorhersehbar bevorteilt, von jenem der Erfolgsprognose dagegen benachteiligt. Zur Illustration: Wenn Person A ohne Behandlung statistisch mit einer Wahrscheinlichkeit von 20 % überlebt, während Person B ohne Behandlung zu lediglich 10 % überlebt, dann priorisiert das Dringlichkeitskriterium Person B. Alte und jüngere vorerkrankte oder behinderte Menschen haben eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, sich im Katastrophenfall in der Situation von Person B wiederzufinden. Umgekehrt werden junge gesunde Personen im Regelfall eine bessere Erfolgsprognose haben.

Egalitaristischer Vorrang der Schlechtergestellten

Gerechtigkeit bedeutet auch, dass den vergleichsweise Schlechtergestellten im Konfliktfall ein gewisser Vorrang eingeräumt wird. Andernfalls erhöhen oder verstetigen unsere Entscheidungen die Ungleichheit zwischen den betroffenen Personen in problematischer Weise. Warum von diesem weithin akzeptierten Prinzip ausgerechnet bei der Lebenszeit – dem vielleicht wichtigsten Gut – Abstand genommen werden sollte, erschließt sich nicht. Alte Menschen sind privilegiert bzw. besser gestellt, insoweit ihr Leben reich an Jahren ist. Junge Menschen sind in dieser Hinsicht deutlich unterprivilegiert, sollten sie sterben. Lässt ein Triage-Verfahren die bereits verstrichene Lebenszeit unberücksichtigt und rettet einen hochbetagten Menschen anstelle eines jungen, verteilt es das vitalste aller Güter von den entsprechend Armen zu den Reichen sozusagen um. Es macht den an Lebensjahren Reichen noch reicher, während der an Lebensjahren Arme arm bleibt. Aus diesem Grund spricht einiges dafür, auch die *verstrichene* Lebenszeit¹⁰ zu berücksichtigen und jungen Menschen einen entsprechenden Gerechtigkeitsbonus zu gewähren.

Zu den Schlechtergestellten gehören ganz besonders auch die jüngeren Menschen mit Vorerkrankungen und Behinderungen, die oft eine geringere Lebenserwartung aufweisen. Der Fall einer 75-Jährigen, der noch zehn Jahre bleiben, unterscheidet sich ganz wesentlich von dem Fall einer 40-jährigen Vorerkrankten, der noch zehn Jahre bleiben. Die Kriterien der klinischen Erfolgsprognose und der verbleibenden Lebensjahre allein können diesem gewichtigen Unterschied nicht Rechnung tragen. Insbesondere würde es die 40-jährige vorerkrankte Person auch gegenüber einer

⁹ Vgl. Birnbacher, Dieter (2021): Triage-Entscheidungen im Kontext der Corona-Pandemie – die Sicht eines Ethikers, in: Hörnle, T., Huster, S. & Poscher, R. (Hrsg.): Triage in der Pandemie, S. 189-220.

¹⁰ Die Lebensdauer ist – im Gegensatz zu Merkmalen wie dem Geschlecht oder der ethnischen Zugehörigkeit, die typischen Diskriminierungsformen zugrunde liegen – ein dynamischer Faktor im Leben eines jeden Menschen, der keine gesellschaftliche Gruppe im Speziellen betrifft und im vorliegenden Kontext sachlich, d. h. gerechtigkeitsrechtlich relevant ist. Vgl. Hoven, Elisa (2020): Die "Triage"-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, JZ 2020, Heft 9, S. 449-454.

gesunden 40-jährigen Person ungerecht benachteiligen. Das lässt sich dadurch vermeiden, dass auch den vorerkrankten und behinderten Personen – als den besonders Schlechtergestellten – ein zusätzlicher, hinreichend starker Gerechtigkeitsvorrang eingeräumt wird.

Zur Zulässigkeit der *Ex-post*-Triage

In seiner Ad-hoc-Empfehlung stellte sich der Ethikrat einer weiteren Frage in Bezug auf die Triage: Soll zwischen der *Ex-ante*- und der *Ex-post*-Triage (d. h. der Triage „im Nachhinein“) unterschieden werden, und wenn ja, wie? Eine *Ex-ante*-Situation liegt dann vor, wenn zu viele Patienten gleichzeitig auf knappe Ressourcen – etwa auf letzte Beatmungsgeräte – Anspruch erheben. In der *Ex-post*-Situation dagegen sind alle Beatmungsgeräte bereits Patienten zugeteilt, während weitere Patienten eintreffen, welche die Geräte auch benötigen. *Ex post* triagiert würde demnach, wenn Patienten auch nachträglich depriorisiert und vom Beatmungsgerät getrennt werden können, damit höher priorisierte Patienten überleben.

Der Ethikrat betont, dass die *Ex-post*-Triage anders zu beurteilen sei als die *Ex-ante*-Triage: „Solche Entscheidungen sind erheblich problematischer. Hier können Grenzsituationen entstehen, die für das behandelnde Personal seelisch kaum zu bewältigen sind. Wer in einer solchen Lage eine Gewissensentscheidung trifft, die ethisch begründbar ist und transparenten – etwa von medizinischen Fachgesellschaften aufgestellten – Kriterien folgt, kann im Fall einer möglichen (straf-) rechtlichen Aufarbeitung des Geschehens mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen. Objektiv rechtens ist das aktive Beenden einer laufenden, weiterhin indizierten Behandlung zum Zweck der Rettung eines Dritten jedoch nicht.“

Eine Antwort auf die naheliegende Frage, welche Gewissensentscheidungen ethisch begründbar sein könnten, bleibt der Ethikrat mit seiner Formulierung schuldig. Ebenso bleibt unklar, warum und mit welcher „entschuldigenden Nachsicht“ betroffene Ärzte im Zweifelsfall rechnen dürfen. Weder gesetzlich noch übergesetzlich ist ersichtlich, warum die *Ex-post*-Triage entschuldigt werden sollte, wenn man sie für rechtswidrig hält. (Unter anderem können sich triagierende

Ärzte – im Gegensatz etwa zu Kampfpiloten, die von Terroristen entführte Passagierflugzeuge *in extremis* attackieren – nicht darauf berufen, durch ihre Tat an der Zahl ungleich viel mehr Menschenleben gerettet zu haben.) Die Ärzteschaft hat daher allen Grund, angesichts der Stellungnahme des Ethikrats beunruhigt zu sein. Würde die *Ex-post*-Triage als rechtswidrig eingestuft, hätte dies nicht nur zur Folge, dass auch gemäß dem Ethikrat sehr nachvollziehbare ethische Gewissensentscheidungen kriminalisiert würden. Darüber hinaus wären Ärzte der inakzeptablen Situation ausgesetzt, rechtmäßige Notwehrhandlungen gegen ihre eigene Person in Kauf nehmen zu müssen. Der Ethikrat schlägt vor, der Rechtsstaat habe die *Ex-post*-Triage zu entschuldigen und damit auf jede Sanktionsandrohung zu verzichten, obwohl die Tat rechtswidrig sei. Damit nimmt er es hin, dass Ärzte von Dritten gewaltsam an der Durchführung einer *Ex-post*-Triage gehindert werden dürfen. Eine solche Rechtspraxis wäre strukturell höchst irrational und ethisch nicht vertretbar.¹¹

Wie für die *Ex-ante*-Situation gilt selbstredend auch *ex post*, dass zwei Pflichten kollidieren, von denen nur einer entsprochen werden kann. Die Handlungspflicht gegenüber dem neu eingetroffenen Patienten und die Unterlassungspflicht, die laufende Behandlung des ersten Patienten nicht abubrechen, können nicht gleichzeitig erfüllt werden. Werden diese Pflichten als gleichrangig betrachtet, liegt auch beim Behandlungsabbruch eine rechtfertigende Pflichtenkollision vor.¹² Nun könnte die Andersartigkeit der *ex post* kollidierenden Pflichten normativ jedoch hochrelevant sein. Wird ein Patient von einem Beatmungsgerät getrennt, führt ein Tun zu seinem Tod, während im Rahmen der *Ex-ante*-Triage eine tödliche Unterlassungshandlung vorliegt. Intuitiv hat die entsprechende Unterscheidung eine gewisse normative Kraft. Es stellt sich daher die Frage: Wiegen Pflichten, durch ein Tun keine Schadensfolgen zu verursachen, zwingend (viel) schwerer als Pflichten, durch Unterlassen keine Schadensfolgen zu erzeugen?

¹¹ Vgl. Nida-Rümelin, Julian (2001): Strukturelle Rationalität. Ein philosophischer Essay über praktische Vernunft, Stuttgart.

¹² Hörnle, Tatjana (2020): Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/>, (Stand: 04.04.2020, letzter Zugriff: 01.05.2021).

Gerade im medizinischen Kontext ist eine Vielzahl möglicher Situationen denkbar, die an dieser Hypothese zweifeln lassen: Angenommen etwa, ein Patient komme nach einem Unfall in ein Krankenhaus. Wird er nicht zeitnah behandelt, droht ihm der Verlust einer Hand. Es ist eine Ärztin verfügbar, die unverzüglich eine Behandlung einleitet. Während der Behandlung jedoch trifft ein weiterer Patient im Krankenhaus ein: Er ist schwer verletzt und droht beide Arme ganz zu verlieren. Die Ärztin wird in den Operationssaal gerufen und bricht die Behandlung des ersten Patienten ab. Man kann sich vorstellen, dass die Ärztin dem ersten Patienten die geleistete Hilfe hier durch ein Tun entzieht. Vielleicht verwendet sie ein medizinisches Gerät, das sie per Knopfdruck abstellt, um es dem anderen, höher priorisierten Patienten zur Verfügung stellen zu können. Würde sie dies nicht tun, hätte sie den Verlust der Arme des schwerverletzten Patienten als Folge der Nichtbehandlung lediglich durch Unterlassen zu verantworten. Trotzdem scheint sie verpflichtet zu sein, den Schwerverletzten höher zu priorisieren und die Behandlung des ersten Patienten abubrechen.

Offenbar wiegt die Pflicht, durch Unterlassen keine Schadensfolgen zu erzeugen, in diesem Fall viel schwerer als die Pflicht, durch Tun keine Schäden zu verursachen.¹³ Ausschlaggebend dafür ist die Tatsache, dass für den schwerverletzten Patienten hier individuell viel mehr auf dem Spiel steht. (Dieses Urteil erfordert – wie ausgeführt – weder eine utilitaristische Abwägung noch eine Aufweichung der Lebens- bzw. Personenwertindifferenz.) Der Stakes-Vergleich schafft es in entsprechenden Fällen also, die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen normativ zu überbieten.¹⁴ Das spiegelt sich durchaus auch im Recht: Falls in der *Ex-post*-Situation keine rechtfertigende Pflichtenkollision vorliegt, kann nämlich ein rechtfertigender Notstand nach § 34 StGB geltend gemacht werden.

¹³ Wir verwenden hier zur adäquaten Situationsbeschreibung einen handlungstheoretischen, nicht den aktuellen juristischen Begriff des Tuns bzw. Unterlassens.

¹⁴ Auch begrifflich ist die Unterscheidung zwischen „Tun“ und „Unterlassen“ in der Handlungstheorie, der Ethik und der Rechtsphilosophie umstritten. Ohnedies ist im vorliegenden Fall aber die ärztliche Garantenstellung gegenüber beiden Patienten normativ hochrelevant. Die berufliche Beistandspflicht gilt unabhängig von umstrittenen Zuschreibungen (z. B. im Hinblick auf „Verursachung“ oder „Absichtlichkeit“), die nur auf das „Tun“ Anwendung finden mögen, genauso für Entscheidungen über das „Unterlassen“ mit Schadensfolge.

Überwiegt ein geschütztes Interesse ein widerstreitendes Interesse wesentlich, ist die aktive Tat zum Schutz des höheren Interesses nicht zwingend rechtswidrig.

Ein analoges Argument lässt sich nun für den Fall wesentlich unterschiedlicher verbleibender und verstrichener Lebensjahre oder Erfolgsprognosen formulieren. Man stelle sich etwa eine 85-jährige Patientin vor, der nach der Behandlung wahrscheinlich noch zehn Monate bleiben würden. Wenn sie vom Beatmungsgerät getrennt wird, kann an ihrer Stelle eine 40-jährige Patientin mit erheblich besserer kurzfristiger Erfolgsprognose und Jahrzehnten an verbleibender Lebenserwartung angeschlossen werden. Wir haben oben dafür argumentiert, dass bei der jüngeren Person ein bedeutend höheres Schadensausmaß auf dem Spiel steht (und dass sie, sollte sie sterben, im Gegensatz zur 85-Jährigen auch zu den an Lebensjahren Armen bzw. Schlechtestgestellten gehört).¹⁵ Wie das Beispiel des Hand- und des Arm-Patienten zeigt, können Unterschiede im individuellen Schadensausmaß auch dann ausschlaggebend sein, wenn der eine Patient von einem Unterlassen, der andere aber von einem Tun betroffen wäre. Das legt nahe, dass sich die Triage-Praxis entsprechend auch in der *Ex-post*-Situation rechtfertigen lässt.¹⁶

¹⁵ Dies gilt auch für den Fall, dass die 40-jährige Patientin einer viel jüngeren Patientin gegenübersteht.

¹⁶ Wer, wie etwa Fateh-Moghadam & Gutmann, als Triage-Kriterium nur die Dringlichkeit gelten lässt, müsste die *Ex-post*-Triage als rechtmäßig anerkennen, wenn sie aufgrund der Dringlichkeit erfolgt. Grundsätzliche Argumente gegen die Zulässigkeit der *Ex-post*-Triage formulieren dagegen Merkel & Augsberg (Vgl. Merkel, Reinhard; Augsberg, Steffen (2020): Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, JZ 2020, Heft 14, S. 704-714), die insbesondere auf Fälle hinweisen, in denen eine *Ex-post*-Triage unzulässig wäre, obwohl eine Analogie zur Allokation knapper Beatmungsgeräte zu bestehen scheint (etwa: Allokation knapper Kunstherzen). Hier gilt es zu bedenken, dass die *Ex-post*-Triage selbstredend nur dann zur Anwendung gelangen darf, wenn *in extremis* keine anderen Verfahren der gerechten Allokation stattfinden können. Wer auf eine Organwarteliste gesetzt wird und eine ethisch angemessene Prioritätspunktzahl erhält, dem wird eine gerechte Chance zuteil. Ganz anders verhält es sich, wenn während einer Pandemie alle Beatmungsplätze besetzt sind und eine *Ex-post*-Triage kategorisch ausgeschlossen bleibt. In diesem Fall resultiert gegenüber den *ex post* eintreffenden Patienten eine massive Ungerechtigkeit.

Konsequenzen für die ärztliche Praxis

Unter der Voraussetzung, dass die obigen Argumente stichhaltig sind, könnte sich für die ärztliche Praxis die folgende Implikation ergeben: Ist eine wichtige medizinische Ressource knapp und unteilbar, sollten (wie bei der Allokation knapper Spenderorgane) entsprechend den genannten Kriterien Priorisierungspunkte verteilt werden. Kombiniert mit der Wartezeit bzw. dem Prinzip *First Come, First Served* ergäbe sich insgesamt ein gewichtetes Losverfahren: Das Prinzip entspricht aufgrund der Zufälligkeit der Reihenfolge einem natürlichen Los. Eine höhere Anzahl Priorisierungspunkte bewirkt, dass der entsprechende Patient auf der Warteliste Plätze gut macht, und führt damit zu einer höheren Chance auf Behandlung (eine Garantie lässt die Knappheitslage nicht zu). Dieses Prozedere würde ethische Gerechtigkeitskriterien berücksichtigen und steht im Einklang mit dem normativen Individualismus des Grundgesetzes, der eine utilitaristische Abwägung von Menschenleben untersagt. Dem Teilhabeanspruch eines jeden Patienten auf eine gerechte Behandlungschance würde damit Rechnung getragen.¹⁷

Die Frage, wie stark die Kriterien der Dringlichkeit, der Erfolgsprognose, der verbleibenden und der verstrichenen Lebensjahre (Vorrang der Schlechtestgestellten) relativ zueinander gewichtet werden sollten, ist nicht ohne Weiteres zu beantworten. Weder liegt diesbezüglich ein klarer Maßstab vor noch existiert dazu in der Gesellschaft ein anerkannter ethischer Konsens.¹⁸ Das Recht ist daher aufgerufen, ärztlichen Gewissensentscheidungen, die im Katastrophenfall unter Umständen gefällt werden müssen, bis auf Weiteres Raum zu lassen. Es wäre *auch* eine massive Ungerechtigkeit, Notärzte während einer Katastrophe zusätzlich mit ungeklärten Fragen der Ethik und der Rechtswissenschaft

¹⁷ Die Logik des (gewichteten) Losverfahrens bestünde also weder darin, den Zufall oder das Schicksal entscheiden zu lassen, noch in der Zurückweisung unserer Entscheidungsverantwortung, sondern darin, Verantwortung wahrzunehmen und Chancenverteilungsgerechtigkeit walten zu lassen.

¹⁸ Vgl. Marckmann, Georg (2016): Grundlagen ethischer Entscheidungsfindung in der Medizin, in: Marckmann, Georg (Hrsg.): Praxisbuch Ethik in der Medizin, Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Berlin, S. 9 ff.

zu belasten oder sie gar mit Strafe zu bedrohen, obwohl sie nach bestem Wissen und Gewissen handeln.¹⁹

Ein wichtiger Punkt darf bei alledem nicht aus dem Blickfeld geraten: Auch unter hohem Zeitdruck sind Ärzte selbstredend dazu angehalten, die Autonomie der Patienten möglichst umfassend zu wahren. In der gegenwärtigen Pandemie bedarf es dazu nicht nur einer ethisch und rechtlich vertretbaren Handlungsleitlinie für Triage-Situationen, damit knappe Ressourcen möglichst gerecht verteilt werden. Ebenso bedarf es einer Auseinandersetzung mit der Frage, wie eine Übertherapie am Lebensende verhindert werden kann, *falls* intensivmedizinische Maßnahmen dem aufgeklärten Patienteninteresse entgegenstehen. Das vorrangige Ziel des ärztlichen Handelns darf nicht die bedingungslose Rettung oder Verlängerung von Leben sein. Vielmehr gilt es, eine medizinische Versorgung zu gewährleisten, die dem Willen der Patienten entspricht, zu ihrem Wohl beiträgt und ihre Würde am Lebensende bestmöglich wahrt.²⁰ Falls keine realistische Aussicht auf ein Leben außerhalb der Intensivstation besteht oder der Sterbeprozess bereits begonnen hat, ist von strapaziösen Behandlungen abzusehen, die für die Betroffenen nur zusätzliches Leiden bedeuten und ein Sterben in Würde verhindern.²¹

Kritisch-rationales Recht

Der Deutsche Ethikrat befürchtet in seiner Ad-hoc-Empfehlung, dass die Fundamente der Rechtsordnung erodieren könnten, sollte es Ärzten erlaubt sein, eine *Ex-post*-Triage durchzuführen, selbst wenn die Handlung ethisch wohlbegründet wäre. Tatsächlich sprechen in manchen Fällen triftige Argumente dafür, Ethik

¹⁹ Vgl. Hilgendorf, Eric (2020): Mit Rechtsfragen nicht die Ärzte belasten: Triage-Empfehlungen in der Coronakrise, LTO, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-klinisch-ethische-empfehlungen-aerzte-pflichtenkollision-moeglichst-viele-nutzbringend-retten/> (Stand: 27.03.2020, letzter Zugriff: 01.05.2021).

²⁰ Vgl. Chefai, Florian et al. (2020): Patientenautonomie in der Krise: Plädoyer für eine kritisch-rationale Medizin. Stellungnahme des Hans-Albert-Instituts, <https://hans-albert-institut.de/wp-content/uploads/2020/05/Patientenautonomie-in-der-Krise.pdf> (Stand: 07.05.2020, letzter Zugriff: 01.05.2021).

²¹ Michalsen, Andrej et al. (2021): Überversorgung in der Intensivmedizin: erkennen, benennen, vermeiden. Positionspapier der Sektion Ethik der DIVI und der Sektion Ethik der DGIIN, <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs00063-021-00794-4> (Stand: 01.03.2021, letzter Zugriff: 01.05.2021).

und Recht voneinander abweichen zu lassen – etwa wenn eine ethische Forderung vergleichsweise unbedeutend ist, die Akteure über Gebühr in die Pflicht nimmt oder zu einem gefährlichen rechtlichen Dammbbruch führen könnte. Dies ist im fraglichen Fall jedoch nicht gegeben, denn die oben genannten ethischen Gründe sind von großem Gewicht, die Ärzte werden (indem das Recht ihren Gewissensentscheidungen Raum lässt) nicht über Gebühr in die Pflicht genommen und ein Dammbbruch ist nicht zu erwarten.

In verschiedenen westlichen Rechtsstaaten ist die *Ex-post-Triage* (sehr wahrscheinlich) zulässig bzw. stößt in der Rechtswissenschaft auf keinen großen Widerstand, ohne dass Anzeichen bestehen, dass ein Dammbbruch stattgefunden hätte.²² Sollte sich entgegen der bisherigen Erfahrung ein Dammbbruch abzeichnen, müsste selbstverständlich eine Korrektur vorgenommen werden. In jedem Fall aber wären Dammbbruch-Thesen empirisch-rechtssoziologisch fundiert zu belegen, was bisher nicht erfolgt ist. Außerdem gilt es zu bedenken, dass eine allzu große Kluft zwischen Ethik und Recht nicht weniger zu einer Erosion der Rechtsordnung führen könnte. Ohne hinreichende ethische Legitimation steht das Recht nämlich in Gefahr, an der sozialen Realität zu scheitern und einen Vertrauensverlust zu erleiden – auch in dieser Richtung müsste nach Belegen gesucht werden.

In seiner Empfehlung gibt der Ethikrat zu bedenken, dass die „Möglichkeiten des Staates, abstrakt bindende Vorgaben für die Allokation knapper Ressourcen zu machen“, begrenzt sind. Das Grundgesetz definiert zwar negativ den Bereich des nicht mehr Zulässigen, bietet jedoch keine positive Orientierung für die konkrete Auswahlentscheidung in der klinischen Praxis. Zu Recht betont der Ethikrat daher die Funktion der medizinischen Fachgesellschaften, deren Leitlinien sehr wohl positive Kriterien formulieren dürfen, solan-

ge sie sich im Rahmen der Vorgaben des Grundgesetzes bewegen. Doch wo genau verlaufen die Grenzen dessen, was staatlicherseits als zulässig betrachtet werden muss?

Weder in der Ethik noch in der Rechtswissenschaft, der Gesundheitsökonomie oder der Medizin selbst besteht bisher Einigkeit in der Frage, ob und wie eine Verteilung von Überlebenschancen bei Ressourcenknappheit geregelt werden sollte. Nicht selten werden unterschiedliche Standpunkte vertreten, die in fundamentalen Annahmen voneinander abweichen und sich mitunter deutlich widersprechen.²³ Es liegt leider in der Natur der Sache, dass es in existenziellen Konfliktfällen keine Lösungen gibt, die unproblematisch wären. Die resultierende ethische und rechtliche Unsicherheit ist anzuerkennen und transparent zu kommunizieren. Sie gebietet – im liberalen Rechtsstaat – nicht zuletzt auch eine Zurückhaltung bezüglich strafrechtlicher Verfolgung, die als schärfstes Schwert des Staates nur unter restriktiven normativen Voraussetzungen gewählt werden darf.

Ein Rekurs auf vermeintliche Letztbegründungen des Rechts ist jedenfalls keine adäquate Antwort auf das komplexe Problem der Triage. Das Recht ist – wie jede menschliche Kulturleistung – fehleranfällig und damit stets kritikwürdig.²⁴ Auch sicher geglaubte Urteile müssen sich daher einer kritischen Prüfung unterziehen, wenn sie sich bewähren wollen.²⁵ Eine offene Debatte, in der unterschiedliche Standpunkte Gehör finden, kann in diesem Sinne auch zur Vertrauensbildung und zur Stärkung des liberalen Rechtsstaats beitragen.

²² Ähnliches gilt für weitere Bereiche, in denen *nolens volens* über Leben und Tod entschieden wird. Der Abschuss terroristisch entführter Flugzeuge etwa ist in Deutschland strikte untersagt, während ihn viele andere Rechtsstaaten erlauben oder als *ultima ratio* sogar gebieten. Die entsprechenden rechtlichen Festlegungen haben keine Dammbbrüche bewirkt.

²³ Auch innerhalb des Hans-Albert-Instituts werden unterschiedliche Positionen vertreten und diskutiert.

²⁴ Vgl. Hilgendorf, Eric (2017): Konstruktion und Kritik im Recht, in: Hilgendorf, Eric; Joerden, Jan (Hrsg.): Handbuch Rechtsphilosophie. J.B. Metzler, Stuttgart.

²⁵ Vgl. Albert, Hans (1991): Traktat über kritische Vernunft, 5. verb. u. erw. Aufl., Mohr Siebek, Tübingen.

* Foto auf dem Deckblatt: eldarnurkovic — stock.adobe.com