



Foto: picture alliance/Marek Kuschlaga

### Triage bei einer Pandemie

# Bislang gesetzlich un geregelt

Eine gesetzliche Norm zur Verteilung knapper Ressourcen im Pandemiefall enthält das deutsche Recht nicht. Handeln Ärzte rechtswidrig, wenn sie entscheiden, bei welchen Patienten die Therapie auf der Intensivstation begonnen und bei welchen abgebrochen wird? Eine juristische Betrachtung.

**A**uch in Deutschland könnte im Rahmen der aktuellen Coronapandemie eine Triage von COVID-19-Patienten notwendig werden. Gesetzliche Normen oder Vorgaben dazu enthalten jedoch weder das deutsche Recht noch die Pandemiepläne des Bundes und der Länder. Eine Regelung der Allokation knapper Ressourcen im Pandemiefall durch den parlamentarischen Gesetzgeber ist deshalb dringend erforderlich.

Kritiker einer möglichen gesetzlichen Regelung führen an, dass sich bereits aus der traditionellen ärztlichen Standesethik ermitteln lasse, wie knappe medizinische Güter zu verteilen sind. Die Bestimmung der Dringlichkeit und der Erfolgsaussichten der Anwendung eines Medikaments bei einem bestimmten Patienten sei der Fach-

kompetenz der Medizin zuzuordnen. Hinzu komme, dass sich das rechtlich Gebotene im Zweifel ohnehin am medizinischen Standard orientiere. Es genüge also, wenn Ärzte dem medizinischen Standard gemäß handelten.

#### Normative Vorgaben notwendig

Dieser Auffassung steht allerdings entgegen, dass Allokationskriterien darüber entscheiden sollen, welcher Patient anstelle anderer Patienten das benötigte Medikament oder Beatmungsgerät erhält, wer also „bevorzugt“ wird. Das Problem der interpersonellen Verteilung kann die Medizin in ihrer Eigenschaft als Naturwissenschaft jedoch nicht mit „Bordmitteln“ lösen. Sie kann lediglich sagen, ob die Anwendung eines Arzneimittels bei einem Patienten sinnvoll ist. Beim Vergleich

von Patienten und bei der Abwägung von Zielkonflikten ist die Medizin auf normative Vorgaben (Ethik, Recht) angewiesen.

Zwar ist auch die Medizinethik Bestandteil der medizinischen Wissenschaft. Es existieren jedoch zahlreiche konkurrierende Richtungen der (Medizin-)Ethik (genannt seien nur der Utilitarismus, der Egalitarismus, der Individualismus, die Deontologie), sodass sich die Frage stellt, welche dieser Richtungen maßgeblich sein soll. Diese Frage kann „die Ethik“ nicht aus sich heraus beantworten. Bezogen auf wesentliche Entscheidungen ist daher eine Antwort des Rechts gefordert – und nach der Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts sogar eine solche des parlamentarischen Gesetzgebers.

Der Deutsche Ethikrat hat am 27. März die Ad-hoc-Stellungnahme „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ (1) veröffentlicht. Darin führt der Rat aus, dass der Staat menschliches Leben nicht bewerten und deshalb auch nicht vorschreiben darf, welches Leben in einer Konfliktsituation vorrangig zu retten ist. Die Möglichkeiten des Staates, abstrakt bindende Vorgaben für die Allokation knapper Ressourcen zu machen, seien begrenzt.

### Dem Schicksal überlassen

Diese Ausführungen sind möglicherweise geprägt durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz (2). In jener Entscheidung ging es jedoch um den staatlich angeordneten Abschuss eines von Terroristen entführten und als Waffe missbrauchten Flugzeugs, also um eine eigene Maßnahme des Staates, durch die Menschenleben gezielt und aktiv beendet werden würde, um andere zu retten. In dieser Situation macht sich der Staat selbst zum „Täter“. Er behandelt die unschuldigen Opfer „als bloße Objekte“ seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer.

Bei einer für den Pandemiefall getroffenen Regelung werden dagegen Kriterien vorgegeben, nach denen in einer Mangelsituation bestimmte Menschen vorrangig vor anderen mit medizinischen Gütern versorgt werden und andere stattdessen nachrangig gerettet werden. In das Leben der nachrangig Versorgten wird dabei nicht aktiv eingegriffen. Vielmehr bleiben sie ihrem Schicksal überlassen und sterben möglicherweise an ihrer Krankheit.

Dies ist nicht anders als bei der gesetzlichen Regelung der Organtransplantation im Transplantationsgesetz. Danach sind vermittlungspflichtige Organe von der Vermittlungsstelle (Eurotransplant) nach „Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patienten zu vermitteln“. Der Bundesärztekammer ist die Aufgabe übertragen, diese rechtlichen Vorgaben durch die

Feststellung des Standes der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien fachlich auszufüllen und zu konkretisieren. Eine vergleichbare Regelung wäre für den Pandemiefall denkbar.

Davon unberührt bleibt die Tatsache, dass die medizinischen Fachgesellschaften in besonderem Maße aufgerufen und aufgrund ihrer Expertise auch in der Lage sind, medizinische Fragen der Indikation, der Erfolgsaussicht und der Dringlichkeit zu beurteilen. Dementsprechend sind in den letzten Wochen einige Empfehlungen und Stellungnahmen erschienen (3). Dabei gibt es viele Befürworter der sogenannten Maximierungsformel: Knappe medizinische Ressourcen sollen so verteilt werden, dass eine möglichst große Zahl betroffener Menschenleben gerettet werden kann.

### Die Maximierung der Überlebendenzahl als Verteilungskriterium ist verfassungsrechtlich nicht unproblematisch.

Die Maximierung der Überlebendenzahl als Verteilungskriterium ist allerdings aus dem Blickwinkel der Verfassung nicht unproblematisch. Es wird argumentiert, dass ein Menschenleben nicht abwägbar und der solidarischen Aufopferung für andere grundsätzlich entzogen sei. Allerdings: Auch wenn das Bundesverfassungsgericht das menschliche Leben als „einen“ – richtigerweise aber nicht als „den“ – Höchstwert klassifiziert, so ist es doch kein unendlicher, sondern ein begrenzter Wert. In bestimmten Konstellationen muss auch eine Abwägung zulasten des Lebensschutzes möglich sein, nämlich dann, wenn das Leben gegen ebenso hohe verfassungsrechtliche Güter abgewogen wird.

Grundsätzlich ist es ein Ziel der Rechtsordnung, ein Optimum an Rechtsgüterschutz zu erreichen. Wenn in einer Situation nicht alle Interessen geschützt werden können – wie es bei knappen medizinischen Gütern im Pandemiefall möglich sein kann – dann ist dieses

Optimum nur zu erreichen, wenn knappe medizinische Güter so eingesetzt werden, dass möglichst viele Leben gerettet werden können. Vor allem aber ist Folgendes zu berücksichtigen: Es geht im Pandemiefall nicht um eine aktive Verkürzung des Lebens eines Betroffenen um der Rettung eines anderen willen. Vielmehr bleiben diejenigen, die nicht gerettet werden können, ihrem von ihrer Krankheit und der Mangelsituation bestimmten Schicksal überlassen.

Fraglich ist allerdings, ob es auch zulässig ist, die lebenserhaltende Behandlung eines Patienten zu beenden, um mit den dadurch frei werdenden medizinischen Ressourcen das Leben eines anderen zu retten. Explizit fordern beispielsweise die aktuellen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Wissenschaften (4), dass mindestens alle 48 Stunden anhand einer detaillierten klinischen Kriterienliste zu überprüfen ist, bei welchen Patienten ein Erfolg ihrer Beatmung inzwischen unwahrscheinlich erscheint. In solchen Fällen sei die Intensivtherapie abzubrechen, um den Platz für einen anderen Schwerstkranken mit besseren Aussichten frei zu machen. Gefordert wird also eine konsequente Verlaufs-Triage.

Eine Beendigung der Intensivtherapie eines COVID-19-Patienten mit dem Risiko des krankheitsbedingten Versterbens sehen auch die Empfehlungen der Österreichische Gesellschaft für Anästhesiologie, Reanimation und Intensivmedizin (5) ausdrücklich vor, sofern ein anderer Patient ein besseres Outcome zu erwarten hätte. In dieselbe Richtung, wenn auch nicht so deutlich, äußern sich auch andere Fachgesellschaften (3).

### „Nachsicht der Rechtsordnung“

Der Deutsche Ethikrat vertritt dagegen eine andere Auffassung. Nach seiner Ad-hoc-Stellungnahme (1) kann derjenige, „der in einer solchen Lage eine Gewissensentscheidung trifft, die ethisch begründbar ist und transparenten – etwa von medizinischen Fachgesellschaften aufgestellten – Kriterien folgt, ... im Fall einer möglichen (straf-)rechtlichen Aufar-

beutung 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. ... Auch in Katastrophenzeiten hat der Staat die Fundamente der Rechtsordnung zu sichern“, heißt es in seinem Papier.

Zwar ist es in der Tat nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsordnung menschliches Handeln anders bewertet als dies aus ethischer Sicht möglich ist. Gleichwohl ist es überraschend, mit welcher Rigidität der Ethikrat eine „ethisch begründbare“ Entscheidung für objektiv rechtswidrig erklärt und sie sogar als gegen die Fundamente der Rechtsordnung gerichtet ansieht. Das Verdikt der Rechtswidrigkeit entsprechenden Handelns ist dabei keineswegs selbstverständlich. Denn auch in der hier zu beurteilenden Situation gilt, dass derjenige, dem die erforderlichen medizinischen Ressourcen nicht weiter zur Verfügung gestellt werden, an seiner Krankheit stirbt, aber nicht durch einen von außen kommenden Eingriff in sein Leben.

Wenn man dagegen argumentiert, dass er – unter Inkaufnahme der Nichtrettung eines anderen – gerettet werden könnte, müsste dasselbe für die Situation gleichzeitig Bedürftiger gelten. Denn auch dort ist nicht eine Rettung an sich unmöglich, sondern nur die Rettung aller gleichzeitig Bedürftigen.

### Schwierige Auswahl

In beiden Situationen geht es um eine Auswahlentscheidung, sodass sich die Frage stellt, warum die Gleichzeitigkeit der Entscheidungsnotwendigkeit eine Auswahl nach bestimmten Kriterien (auch rechtlich) legitimiert, die zeitlich versetzte Entscheidungsnotwendigkeit dagegen per se nicht. Gleichwohl gilt nach Auffassung des Ethikrates nur für die Situation der gleichzeitig akut Bedürftigen: „Patienten, denen die Behandlung vorenthalten wird, werden von den medizinischen Entscheidern nicht etwa durch Unterlassen ‚getötet‘, sondern aus Gründen einer tragischen Unmöglichkeit

vor dem krankheitsbedingten Sterben nicht gerettet. Hier gilt der Grundsatz, dass niemand zu Unmöglichem verpflichtet sein kann.“

Zuzugeben ist dem Ethikrat, dass ein Behandlungsabbruch, der mit einem aktiven Tun (etwa der Verlegung von der Intensivstation) einhergeht, nach verbreiteter Auffassung nicht als Unterlassen, sondern als (strafbares) Handeln anzusehen ist. Jedoch hat der Bundesgerichtshof (BGH) 2010 (6) entschieden, dass die Kriterien für die Abgrenzung zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten nicht allein in der äußerlichen Handlungsqualität gefunden werden können. Einen Behandlungsabbruch bewertet der BGH differenziert (*Kasten*).

Auf der Basis des BGH-Urteils ist es nicht ausgeschlossen, in einer Triage-Situation um der Rettung möglichst vieler willen „alle Handlungen, die mit einer ... Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zu-

sammenhang stehen, in einem normativ-wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammenzufassen“ und dem von Rechts wegen erlaubten Unterlassen einer medizinisch an sich indizierten Behandlung gleichzustellen. Denn auch bei dem (bei einer Triage) von Rechts wegen erlaubten Unterlassen einer Behandlung kommt es auf den Willen des Betroffenen nicht an.

### Bewertung als „rechtmäßig“

Wenn somit der Behandlungsabbruch in der Triage als Unterlassen gewertet wird – wie es ohnehin verbreiteten ethischen und rechtlichen Vorstellungen entspricht –, können die verschiedenen Rettungspflichten gegeneinander abgewogen werden. Entgegen der Auffassung des Ethikrates sollte dem Arzt, der in einer Triage-Situation „eine Gewissensentscheidung trifft, die ethisch begründbar ist und transparenten – etwa von medizinischen Fachgesellschaften aufgestellten – Kriterien folgt“, somit nicht nur ein Entschuldigungsgrund gewährt werden. Sein Verhalten sollte vielmehr darüber hinaus als rechtmäßig bewertet werden. Sieht man dies anders, lässt die Rechtsordnung das medizinische Personal im Pandemiefall tagtäglich sehenden Auges rechtswidrig handeln, obwohl es sich „ethisch begründbar“, nach den Empfehlungen der Fachgesellschaften und nicht zuletzt auch verfassungskonform verhält.

Prof. Dr. jur. Jochen Taupitz

## Urteil zum Behandlungsabbruch

### Bundesgerichtshof, Urteil vom 25. Juni 2010

„Ein ‚Behandlungsabbruch‘ erschöpft sich ... nach seinem natürlichen und sozialen Sinngehalt nicht in bloßer Untätigkeit; er kann und wird vielmehr fast regelmäßig eine Vielzahl von aktiven und passiven Handlungen umfassen, deren Einordnung nach Maßgabe der in der Dogmatik und von der Rechtsprechung zu den Unterlassungstaten ... entwickelten Kriterien problematisch ist und teilweise von bloßen Zufällen abhängen kann. Es ist deshalb sinnvoll und erforderlich, alle Handlungen, die mit einer solchen Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, in einem normativ-wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammenzufassen, der neben objektiven Handlungselementen auch die subjektive Zielsetzung des Handelnden umfasst, eine bereits begonnene medizinische Behandlungsmaßnahme gemäß dem Willen des Patienten insgesamt zu beenden oder ihren Umfang entsprechend dem Willen des Betroffenen oder seines Betreuers nach Maßgabe jeweils indizierter Pflege- und Versorgungserfordernisse zu reduzieren ... Denn wenn ein Patient das Unterlassen einer Behandlung verlangen kann, muss dies gleichermaßen auch für die Beendigung einer nicht (mehr) gewollten Behandlung gelten, gleich, ob dies durch Unterlassen weiterer Behandlungsmaßnahmen oder durch aktives Tun umzusetzen ist, wie es etwa das Abschalten eines Respirators oder die Entfernung einer Ernährungssonde darstellen.“

### Literatur

1. Deutscher Ethikrat (2020), Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise.
2. Bundesverfassungsgericht (2006), Urteil vom 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, in: Neue Juristische Wochenschrift, 751–1.
3. Akademie für Ethik in der Medizin, Empfehlungen und Materialien zu ethischen Fragen der Patientenversorgung angesichts der COVID-19-Pandemie (2020).
4. Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) gemeinsam mit der Schweizerischen Gesellschaft für Intensivmedizin (2020), Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit.
5. Österreichische Gesellschaft für Anästhesiologie, Reanimation und Intensivmedizin (2020), Allokation intensivmedizinischer Ressourcen aus Anlass der Covid-19-Pandemie vom 17.03.2020.
6. Bundesgerichtshof (2010), Urteil vom 25.6.2010 – 2 StR 454/09, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2963 – 8.