

In der Intensivstation eines Krankenhauses wird ein Patient seit mehreren Wochen künstlich beatmet. Sein Zustand verbessert sich nicht, die Ärzte sehen nur noch eine minimale Chance auf Genesung. Das Land befindet sich in einer Pandemie, jeden Tag werden neue Patienten eingeliefert, die Plätze in Intensivstationen werden knapp. Am Ende der Woche sind die Kapazitäten erschöpft. Als sich der Zustand einer Patientin mit Herzinfarkt verschlechtert, stehen die behandelnden Ärzte vor einer Entscheidung: Sie könnten die Behandlung des ersten Patienten beenden und die neue Patientin aufnehmen. Ihre Überlebenschancen sind im Falle einer Behandlung exzellent, während der andere die Krankheit höchstwahrscheinlich nicht überleben wird.

Wenn eine bereits zuteilte intensivmedizinische Ressource neu verteilt werden soll, weil keine Behandlungskapazitäten mehr vorhanden sind, spricht man von einer Ex-post-Triage. Sie ist im deutschen Recht bislang nicht geregelt und ihre Bewertung in der Rechtswissenschaft heftig umstritten. Selbst zwei Strafrechtsprofessorinnen könnten den Ärzten in unserem Beispiel nicht mit Gewissheit sagen, ob ein Gericht sie freisprechen oder wegen eines Totschlags verurteilen würde. Diese Unsicherheit ist in einem Rechtsstaat hoch problematisch – daher ist es zu begrüßen, dass das Bundesministerium für Gesundheit nun einen Entwurf für eine Änderung des Infektionsschutzgesetzes vorgelegt hat, der sich auch mit der Ex-post-Triage befasst. Nur: Die jetzt vorgeschlagene Regelung ist undurchdacht und beruht auf falschen Grundannahmen.

Der Entwurf verbietet eine Ex-post-Triage ohne Ausnahme; Ressourcen bleiben bei dem Patienten, dem bereits ein Behandlungsplatz zuteilte wurde, selbst wenn seine Überlebenschancen nur sehr gering sind. Neu eintreffende Personen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit in intensivmedizinischer Fürsorge überleben würden, hätten dann keine Chance. Ärzte würden durch das Gesetz gezwungen, über Wochen bereits aufgenommene Patienten mit schlechten Prognosen zu behandeln, während vor der Tür Menschen in an sich sehr gut zu behandelnden Notlagen sterben. Dass die Erfolgsaussichten keinerlei Rolle spielen sollen, ist aus medizinischer Sicht kaum nachvollziehbar. Medizinische Fachgesellschaften empfehlen in einer kritischen Stellungnahme zum Entwurf daher auch etwas ganz anderes: In die Zuteilungsentscheidung sollen alle Patienten einbezogen werden, ob bereits behandelt oder nicht.

Eine frühere Version des Gesetzentwurfs lag übrigens genau auf dieser Linie. Ärzte hätten in einer Pandemie die Möglichkeit gehabt, die Lage kontinuierlich neu

Wer darf weiterleben?

Warum die Ex-post-Triage erlaubt und geregelt werden muss.

Von Tatjana Hörnle, Elisa Hoven, Stefan Huster und Thomas Weigend



Illustration Greser & Lenz

zu bewerten und im Notfall eine Behandlung zugunsten eines neuen Patienten mit deutlich besseren Chancen zu beenden. Wie kam es zu dieser Rolle rückwärts?

Ein Grund dafür dürfte die teilweise scharfe, aber wenig glückliche Kritik aus der Presse gewesen sein. Ein Argument war: Viele Strafrechtler ordnen die Ex-post-Triage als rechtswidrig ein, also sei das Gesetz nicht richtig. Das ist allerdings ein falscher Schluss. In der Strafrechtswissenschaft ist umstritten, ob für das Handeln der Ärzte nach derzeit geltendem Recht ein Rechtfertigungsgrund greift oder ob es als Totschlag geahndet werden muss. Das liegt daran, dass das aktuelle Recht nichts zur Triage sagt und daher all-

gemeine Grundsätze anzuwenden sind, die Spielraum für Auslegungen lassen. Wenn der Gesetzgeber die Ex-post-Triage aber ausdrücklich erlauben würde, wäre das Verhalten des Arztes durch das Gesetz gerechtfertigt, die Debatte der Strafrechtler hätte sich erledigt.

Gewichtiger sind die Bedenken von Behindertenverbänden, die eine Diskriminierung von Menschen etwa mit Vorerkrankungen befürchten. Aber: Lebensbedrohliche Akutzustände wie ein Herzinfarkt oder ein Schlaganfall treffen auch Personen mit Vorerkrankungen und Behinderungen. An den womöglich wochenlang geschlossenen Türen der Intensivstationen würden

alle scheitern. Ob die Gefahr struktureller Benachteiligung droht, hängt nicht vom Zeitpunkt der Entscheidung, sondern allein von ihrem Maßstab ab. Wenn wir mit dem Bundesverfassungsgericht die akuten, kurzfristigen Überlebenschancen als Kriterium anerkennen und hierin keine Ungleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen sehen, kann es keinen Unterschied machen, ob vor oder nach einem Behandlungsbeginn entschieden wird. Realer scheint eine andere Gefahr, die selten laut, aber am Rande jeder Diskussionsrunde geäußert wird: Wenn Ärzte die Ressourcen nicht neu zuteilen können, werden Patienten mit schlech-

ter Prognose womöglich gar nicht erst behandelt – um Plätze frei zu halten.

Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach hat die Ablehnung der Ex-post-Triage damit begründet, dass sie „ethisch nicht vertretbar“ sei. Dieses apodiktische Urteil erstaunt angesichts der tatsächlich kontroversen und vielschichtigen wissenschaftlichen Diskussion. Der Deutsche Ethikrat stufte die Entscheidung eines Arztes für eine Ex-post-Triage ausdrücklich als „ethisch begründbar“ ein.

Dass eine eingeleitete Behandlung wieder abgebrochen werden könnte, wirkt verunsichernd. Aber die Vorstellung, bei einem akuten Notfall gar nicht

erst intensivmedizinisch behandelt zu werden, dürfte kaum weniger beängstigend sein. Wenn wir die Ex-post-Triage verbieten, besteht in Extremphasen einer Pandemie die Gefahr, dass Menschen nach einem Herzinfarkt oder einem schweren Unfall nicht mehr auf einer Intensivstation aufgenommen werden. Wer sich diese dramatische Situation vor Augen führt, wird sich mit einem „Wer hat, der hat“ nicht zufriedengeben, sondern eine faire Verteilung der Behandlungschancen für alle Patienten erwarten.

Ein neues Gesetz sollte deshalb festlegen, dass es für die Zuteilung intensivmedizinischer Behandlungsplätze keinen Unterschied macht, ob eine Behandlung bereits begonnen wurde oder nicht. Das Leben des neu eingelieferten Patienten ist nicht mehr oder weniger schützenswert als das Leben desjenigen, der zufällig wenige Stunden vorher ins Krankenhaus kam. Für Politiker, die zeitnah eine gesetzliche Regelung schaffen müssen, mag ein Verbot der Ex-post-Triage besser vermittelbar erscheinen als deren Zulassung. Die Ex-post-Triage lässt sich leicht skandalisieren, wenn man den Blick einseitig auf den behandelten Patienten richtet und die nicht behandelten ausblendet. Sollte der Entwurf aber Gesetz werden und eines Tages eine besonders schwere Pandemielage entstehen, dürfte das Entsetzen über die praktischen Auswirkungen groß sein.

Der Entwurf trifft mit der Ablehnung der Ex-post-Triage nicht nur eine falsche Entscheidung, er schafft nicht einmal die versprochene Rechtssicherheit für Ärzte. Wer unter großem Zeitdruck und enormem Stress schwierige Entscheidungen treffen muss, verdient eindeutige rechtliche Vorgaben, gerade auch mit Blick auf mögliche strafrechtliche Folgen. Der Entwurf lässt jedoch ausdrücklich offen, ob der Arzt, der sich in unserem Beispiel für die Patientin mit dem Herzinfarkt entscheidet, strafbar ist oder nicht. Das Verbot soll „keine Vorgaben“ für die strafrechtliche Behandlung dieser Fälle machen. Dass nicht einmal diese wesentliche Frage der Triage geklärt wird, lässt ziemlich ratlos zurück. Dieser Entwurf sollte nicht Gesetz werden.

Professor Dr. **Tatjana Hörnle** ist Direktorin des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg im Breisgau. Professor Dr. **Elisa Hoven** lehrt deutsches und ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medienstrafrecht an der Universität Leipzig. Professor Dr. **Stefan Huster** ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie an der Ruhr-Universität Bochum. Professor Dr. **Thomas Weigend** leitete das Institut für ausländisches und internationales Strafrecht der Universität zu Köln.