

Jörg Arnold

## Endstation „Triage“ bei Menschen mit Behinderungen?

### Zusammenfassung

Das Thema „Triage“ bei behinderten Menschen im Hinblick auf Covid-19 und nicht ausreichend vorhandene intensivmedizinische Ressourcen fand in Politik und Wissenschaft bisher nicht die gebührende Aufmerksamkeit. Das änderte sich erst im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsvorhaben für entsprechende „Triage“-Regelungen. Im vorliegenden Beitrag werden einige Aspekte dieses Streits sowie der Vorgeschichte und der Entwicklung des Gesetzgebungsverfahrens nachgezeichnet. Dabei stehen im Mittelpunkt der Betrachtungen Überlegungen zum Schutz von behinderten Menschen vor Benachteiligungen. Es wird fernerhin gefragt, ob bei diesem Schutz auch das Strafrecht eine bestimmte Rolle einnehmen kann.

*Schlüsselwörter: „Triage“ bei Menschen mit Behinderungen, gesetzliche „Triage“-Regelungen, Disability Studies, Strafrecht*

## “Triage” for people with disabilities?

### Abstract in English

The issue of “triage” and disabled people with regard to Covid-19 and insufficient intensive care resources has not received the attention it deserves in the political and scientific discourse. This has only changed recently in connection with the legislative project for corresponding “triage” regulations. This article traces some aspects of this discussion as well as the run-up to and development of the legislative process. The focus of the considerations is on the protection of disabled people from disadvantages. The question is also raised, whether criminal law can play a certain role in this protection.

*Keywords: “Triage” for people with disabilities, legal “triage” regulations, disability studies, criminal law*

## Einleitung

Der Beitrag befasst sich zunächst mit der Entstehung und Kritik der am 10.11.2022 vom Bundestag in einem Zweiten Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes enthaltenen Regelung zur „Triage“<sup>1</sup>. Mit dieser Kritik wird von einer strikt egalitären Sicht ausgegangen, d. h. von der verfassungsrechtlichen Lebenswertindifferenz. Leben darf nicht gegen Leben abgewogen werden. Doch offenbaren die vom Bundestag verabschiedeten Regelungen zur „Triage“ ein solches Verständnis gerade nicht. Die zahlreichen kritischen Stellungnahmen dazu sprechen für sich. Der Grundtenor dabei erscheint einhellig: Das „Triage-Gesetz“ genügt den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht [BVerfG] in seiner Entscheidung vom 16.12.2021 zum Schutz von behinderten Menschen vor Benachteiligungen – und damit dem grundgesetzlich abgesicherten Benachteiligungsverbot von Menschen mit Behinderungen [Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG] – mitnichten. Auch mit diesem Gesetz bestehen nach wie vor schwerwiegende Diskriminierungsrisiken zulasten von Menschen mit Behinderungen im Gesundheitswesen (Gemeinsame Erklärung der Behindertenbeauftragten von Bund und Ländern, 9.11.2022). Angekündigt wurde bereits, dass deshalb erneut Verfassungsbeschwerden eingelegt werden soll.

Diskutiert werden in dem Beitrag auch einige strafrechtliche Aspekte. Bisher wurde der Frage, ob und inwieweit auch das Strafrecht beim Schutz von behinderten Menschen vor Benachteiligung eine Rolle spielt und zu spielen hat, kaum Bedeutung beigemessen. Doch indem auch das Strafrecht als solches einen Beitrag zum Menschenrechtsschutz leistet, ist sich dieser Frage mit zuzuwenden.

Es liegt in der Natur der Sache, d. h. am Thema, dass der nachfolgende Text einen juristischen Text darstellt, weshalb er auch überwiegend in juristischer Sprache verfasst ist. Der Autor, selbst Vater eines schwerstbehinderten Kindes, ist sich aber bewusst, dass juristische Texte außerhalb der juristischen Community nicht immer verständlich sind. Er hofft dennoch, dass das Anliegen, behinderte Menschen bei „Triage“-Entscheidungen nicht zu benachteiligen, ein Anliegen, das juristisch abzusichern ist, im Folgenden nachvollziehbar dargelegt werden kann. Die überwiegend juristische Sprache, die sich leider kaum vermeiden lässt, zeugt letztlich auch davon, wie kompliziert und komplex das Thema der „Triage“ ist.

## 1. Ausgangspunkt

In der Rechtswissenschaft sowie in der Philosophie und Ethik setzte bereits kurz nach dem Ausbruch der Pandemie in Deutschland eine kontroverse Diskussion über „Triage“ ein. Dies geschah auch vor dem Hintergrund von Meldungen aus Ländern wie Italien, dass dort aufgrund der hohen Anzahl von lebensbedrohlich an Covid-19 erkrankten Menschen und der nicht ausreichend vorhandenen lebensrettenden intensivmedizinischen Ressourcen in den Kliniken „triiert“ werden musste, d. h., entschieden wurde, welche Menschen von der Lebensrettung „aussortiert“ werden.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht wurde in der Wissenschaft u. a. der Frage nachgegangen, ob der Gesetzgeber Auswahlkriterien festlegen muss. In der Strafrechtswissenschaft galt die Aufmerksamkeit der möglichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Ärztinnen und Ärzten in Entscheidungssituationen der „Triage“ und dabei insbesondere den Verhaltensnormen des Strafgesetzbuches sowie den Rechtfertigungsgründen. In der Ethik ging es vor allem um die Auseinandersetzung zwischen Utilitarismus und Egalitarismus, also darum, ob die Auswahlkriterien so zu gestalten sind, dass möglichst viele Menschenleben gerettet werden können, oder von der Lebenswertindifferenz auszugehen ist, und damit Leben gegen Leben nicht abgewogen werden darf (Hörnle et al., 2021, S. VII–XX).

Eine zentrale Rolle in dieser Debatte spielten die Begriffe „Ex-ante-Triage“ sowie „Ex-post-Triage“. Dabei wird unter „Ex-ante-Triage“ verstanden, dass mehrere rettungsbedürftige Patienten im Krankenhaus eintreffen und/oder sich bereits dort befinden. Da nicht genügend Rettungsmittel zur Verfügung stehen, muss entschieden werden, wer ein Rettungsmittel enthält und wer nicht (Arnold, 2021, S. 59, Fn. 91). Der Begriff „Ex-post-Triage“ beinhaltet, dass Patient A nur dadurch gerettet werden kann, indem die bereits begonnene

Rettung des Patienten B nachträglich beendet wird, also das Rettungsmittel B entzogen und A zur Verfügung gestellt wird (Arnold, 2021, S. 63, Fn. 98).

In dieser Debatte kam jedoch die Bedeutung der „Triage“ für Menschen mit Behinderungen kaum vor. Erst im Zusammenhang mit der durch behinderte Menschen eingelegten Verfassungsbeschwerde wurde einerseits zumindest kurz darauf hingewiesen (Hörnle et al., 2021, S. XI), andererseits die wissenschaftliche Diskussion über „Triage“ und das Verbot, Menschen mit Behinderungen zu benachteiligen, etwas ausführlicher angestoßen (vgl. Arnold, 2021), ohne dass dies nennenswerte Beachtung fand.

## 1.1. Verfassungsbeschwerde

Es ist wohl allein der Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht [BVerfG] zu verdanken, dass das Thema „Triage‘ und behinderte Menschen“ überhaupt in einen öffentlichen Blick geriet. Neun schwerstbehinderte Beschwerdeführende legten im Sommer 2020 Verfassungsbeschwerde ein. Es wurde u. a. gerügt, dass der Gesetzgeber es unterlassen hat, Menschen mit Behinderungen im Falle von nicht vorhandenen ausreichenden intensivmedizinischen Ressourcen und damit notwendig werdenden „Triage“-Entscheidungen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie vor Benachteiligungen wegen ihrer Behinderungen zu schützen und damit dem verfassungsmäßigen Diskriminierungsverbot aus Artikel 3 Abs. 3 Satz 2 Grundgesetz [GG] nicht nachgekommen ist. Der Fokus der Verfassungsbeschwerde lag auch darauf, dass in Leitlinien von medizinischen Fachgesellschaften, wie jenen der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), für den Fall von nicht ausreichenden Versorgungskapazitäten als einziges Zuteilungskriterium die „Erfolgsaussicht der Behandlung“ angeführt wird. Da als Kriterien für geringere Erfolgsaussichten Komorbiditäten oder auch „Gebrechlichkeit“ benannt werden, die auch Behinderungen umfassen, führe die Anwendung dieser Richtlinie jedenfalls zu einer mittelbaren Benachteiligung von Menschen mit entsprechenden Behinderungen. Rechtlich – so die Beschwerdeführenden – ist maßgeblich, dass der Behandlungsanspruch von Menschen mit Behinderungen in genau dem gleichen Maß zu berücksichtigen und zu gewähren ist, wie bei Menschen ohne Behinderung – vorausgesetzt, dass eine intensivmedizinische Behandlung bei ihnen indiziert, also geboten ist und ihr Erfolg auch grundsätzlich möglich erscheint, sie also bei ausreichend vorhandenen Ressourcen durchgeführt werden würde. Es handele sich hier nicht um einen Behandlungsanspruch zweiter Klasse, der hinter den Behandlungsanspruch eines nichtbehinderten Menschen zurücktreten müsste (Tolmein, 27.7.2020).

Das BVerfG hat vor seiner Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde Stellungnahmen von sachkundigen Dritten eingeholt, wie vom Deutschen Ethikrat, von der Bundesärztekammer, der DIVI, dem Deutschen Institut für Menschenrechte (DIMR), dem Bochumer Zentrum für Disability Studies (BODYS) sowie von einer ganzen Reihe von Behindertenverbänden. Die Stellungnahme von BODYS hält die Empfehlungen der DIVI für rechtswidrig, denn sie diskriminierten alte und behinderte Menschen. Auch wird von BODYS das Kriterium der „klinischen Erfolgsaussichten“ kritisiert. Würden von diesem Kriterium auch aktuelle Erkrankungen, Komorbiditäten und allgemeiner Gesundheitszustand mit erfasst, hätten behinderte und ältere Menschen „durchweg ein höheres Risiko, schlechter eingestuft zu werden, denn sie seien häufiger sekundär gesundheitlich beeinträchtigt als Behandlungsbedürftige ohne Behinderung“ (Beschluss des BVerfG, 16.12.2021, Rn. 47/48). Unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention sei sicherzustellen, dass Vorurteile und Stereotype keine Rolle spielten und die medizinische Behandlung nicht wegen Behinderung oder funktionaler gesundheitlicher Beeinträchtigung verweigert werde. Kurzfristige Überlebenserwartungen und die Aussichtslosigkeit einer Behandlung dürften nur dann eine Rolle spielen, wenn für Menschen mit Behinderungen oder chronischen Erkrankungen angemessene Vorkehrungen für eine individuelle objektiv evidenzbasierte Einschätzung vorgesehen seien. Zudem sei eine barrierefreie und effektive Kommunikation wichtig, um den Patientenwillen möglichst auch in der intensivmedizinischen Notsituation besser feststellen zu können (Beschluss des BVerfG, 16.12.2021, Rn. 49). Gefordert wird von BODYS eine gesetzliche Grundlage zum Schutz vor Benachteiligung alter und behinderter Menschen (Rn. 47).

## 1.2 Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Mit dem Beschluss des BVerfG vom 16.12.2021 wurde entschieden, dass der Gesetzgeber Art. 3 Abs. 3 Satz 2 Grundgesetz [GG] verletzt hat, weil er es unterließ, Vorkehrungen zu treffen, damit niemand wegen einer Behinderung bei der Zuteilung überlebenswichtiger, nicht für alle zur Verfügung stehenden intensivmedizinischen Behandlungsressourcen benachteiligt wird. Das BVerfG forderte vom Gesetzgeber, dass dieser – auch im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention – dafür Sorge tragen muss, dass jede Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Verteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen hinreichend wirksam verhindert wird. Der Gesetzgeber sei gehalten, dieser Handlungspflicht unverzüglich durch geeignete Vorkehrungen nachzukommen. Bei der konkreten Ausgestaltung komme ihm ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (zur Kritik an der Entscheidung des BVerfG siehe Gutmann, 2022; Merkel, 2022).

## 1.3 „Triage“-Gesetzentwurf und „Triage“-Gesetz

Am 24.8.2022 hat das Bundeskabinett einen Gesetzentwurf als Änderung des Infektionsschutzgesetzes vorgelegt, mit dem die Regierung meint, den Vorgaben des BVerfG Rechnung zu tragen (Gesetzentwurf der Bundesregierung, 24.8.2022). Dieser Gesetzentwurf wurde – allerdings ohne dessen ausführliche Begründung – am 10.10.2022 in den Deutschen Bundestag eingebracht (Gesetzentwurf der Bundesregierung, 10.10.2022). Der Bundestag hat daraufhin am 10.11.2022 das Zweite Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) erlassen, mit dem Menschen mit Behinderungen in „Triage“-Situationen besser vor Benachteiligungen geschützt werden sollen. Die im Gesetzentwurf enthaltenen „Triage“-Regelungen wurden im Wesentlichen übernommen.

In § 5c heißt es u. a., wobei die Absätze 1 und 2 nachfolgend im vollen Wortlaut wiedergegeben werden sollen:

„Abs. 1: Niemand darf bei einer ärztlichen Entscheidung über die Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten (Zuteilungsentscheidung) benachteiligt werden, insbesondere nicht wegen einer Behinderung, des Grades der Gebrechlichkeit, des Alters, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung.“

„Abs. 2: Eine Zuteilungsentscheidung darf nur aufgrund der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten getroffen werden. Komorbiditäten dürfen bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nur berücksichtigt werden, soweit sie aufgrund ihrer Schwere oder Kombination die auf die aktuelle Krankheit bezogene kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich verringern. Kriterien, die sich auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit nicht auswirken, wie insbesondere eine Behinderung, das Alter, die verbleibende mittel- oder langfristige Lebenserwartung, der Grad der Gebrechlichkeit und die Lebensqualität, dürfen bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nicht berücksichtigt werden. Bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten sind von der Zuteilungsentscheidung ausgenommen.“

Die Absätze 3 und 4 regeln Verfahrensfragen der Zuteilungsentscheidung<sup>2</sup>. Gegenüber dem Gesetzentwurf enthält das Gesetz einige wenige Änderungen, die vor allem Verfahrensfragen betreffen, sowie die Auflage, dass das Bundesgesundheitsministerium die „Triage“-Regelungen nach einer bestimmten Zeit zu evaluieren hat<sup>3</sup>.

## 2. „Ex-post-Triage“

### 2.1 Ausschluss der „Ex-post-Triage“

Ein zentraler Streitpunkt sowohl im Gesetzgebungsverfahren wie auch in der Medizin und in der Rechtswissenschaft betrifft die Regelung in § 5c Abs. 2, letzter Satz, wonach bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten von der Zuteilungsentscheidung ausgenommen sind. Das bedeutet, dass die „Ex-post-Triage“ gesetzlich ausgeschlossen wird. In der Begründung des Gesetzentwurfs wird das – im Gegensatz zur Anhörung der sachverständigen Dritten – nicht näher erläutert.

In einem ersten Entwurf des Gesetzes, den das Gesundheitsministerium im Mai 2022 als Referentenentwurf vorgelegt hatte, war die „Ex-post-Triage“ noch enthalten. Dagegen regte sich jedoch nicht zuletzt auch öffentlicher Widerstand, den besonders Behindertenverbände und andere Sozialverbände leisteten. So stufte das DIMR die „Ex-post-Triage“ als menschenrechtswidrig ein. Aufgrund der massiven Kritik zog Gesundheitsminister Lauterbach diesen Gesetzentwurf wieder zurück. Lauterbach stellte nun nachträglich fest, dass die „Ex-post-Triage“ „ethisch nicht vertretbar und weder Ärzten, Patienten noch Angehörigen zuzumuten“ (Presseagentur Gesundheit, 10.5.2022) sei. Das wurde – wie gezeigt – in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung und im Gesetz des Bundestages umgesetzt.

### 2.2 Kritik am Ausschluss der „Ex-post-Triage“

Daran aber wird nun insbesondere aus den Ärzteverbänden sowie aus der Rechtswissenschaft erhebliche Kritik geübt. Dabei wird u. a. damit argumentiert, dass im Kern das Verbot einer „Ex-post-Triage“ mehr Menschenleben kosten werde, auch das Leben von Menschen mit Behinderung. Die Sorge sei – wie es der Past-Präsident (Vorjahres-Präsident) der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) Uwe Janssens zum Ausdruck bringt –, dass künftig einmal eingeleitete Intensivtherapien nicht mehr beendet würden, auch dann nicht, wenn eine Weiterbehandlung medizinisch-ethisch nicht mehr geboten sei. Zwar werde im „Triage-Gesetz“ der Abbruch einer begonnenen intensivmedizinischen Behandlung im Pandemiefall untersagt, für realistisch wird aber gehalten, dass das indirekt als Grundregel angesehen wird, weil es juristisch jede Einzelfallentscheidung für einen Therapieabbruch auf Intensivstationen angreifbar mache (Ärzteblatt, 2.8.2022). Das bedeutet, dass Janssens das vorgesehene gesetzliche Verbot, wonach einmal eingeleitete Intensivmaßnahmen nicht mehr beendet werden dürfen, so interpretiert, dass dieses nicht für jene Fälle gelte, wo eine Weiterbehandlung medizinisch-ethisch nicht mehr vertretbar sei. Er befürchtet, dass trotz dieser Interpretation die Ärzte das Verbot jedoch auch auf Fälle anwenden, bei denen eine medizinisch-ethische Weiterbehandlung nicht mehr in Betracht kommt. Dies hätte zur Folge, dass das Verbot eines Abbruchs der Weiterbehandlung als ohne Ausnahme geltend angesehen und in diesem Sinne auch praktiziert werden würde. Diese Sorge von Janssens gründet sich darauf, dass bei einem Abbruch der Weiterbehandlung im Falle der nicht mehr gegebenen medizinisch-ethischen Voraussetzungen die Ärzte nicht sicher sind, ob sie sich nicht dennoch strafbar machen.

Es bleibt unklar, warum Janssens in diesem Zusammenhang auch die Sorge äußert,

„dass bei Triage-Situationen die Entscheidungen statt auf den Intensivstationen in der Notaufnahme der Krankenhäuser getroffen werden. Denn nur dort sei die Entscheidung erlaubt, wer zuerst und wie versorgt werden müsse. Allerdings müsse dann anhand von viel weniger Informationen über die Aufnahme von Patienten auf eine Intensivstation entschieden werden.“ (Ärzteblatt, 2.8.2022)

Die im Gesetz (§ 5c Abs. 3, 4, 5 und 6) vorgesehenen Verfahrensregelungen<sup>4</sup> legen die Vermutung nahe, dass diesen Vorschriften nur auf den Intensivstationen selbst nachgekommen werden kann. Damit wird der Eindruck erweckt, als würden potenzielle intensivmedizinische Patienten gleich von vornherein auf den

Intensivstationen daraufhin untersucht, ob sie einer Zuteilungsentscheidung unterliegen oder nicht. Die den Zuteilungsentscheidungen vorgelagerten Verfahrensabläufe scheinen aber bei weitem nicht so klar und einheitlich zu sein. Völlig unabhängig von Gesetzentwurf und Gesetz – so wird berichtet – seien in der bisherigen Praxis „Triage“-Entscheidungen in den Notaufnahmen von Kliniken vorgelagert (Arnold, 2021, S. 50; Schmidbauer, 2021, S. 3).

Ferner wird als Kritikpunkt an dem Ausschluss der „Ex-post-Triage“ darauf hingewiesen, dass in Extremphasen einer Pandemie die Gefahr bestehe, dass Menschen nach einem Herzinfarkt oder einem schweren Unfall nicht mehr auf eine Intensivstation aufgenommen würden (Hörnle et al., 28.7.2022, S. 6). Dabei wird mit bestimmten Fallbeispielen argumentiert. Beispielsweise mit folgendem:

„In der Intensivstation eines Krankenhauses wird ein Patient seit mehreren Wochen künstlich beatmet. Sein Zustand verbessert sich nicht, die Ärzte sehen nur noch minimale Chancen 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“ (Hörnle et al., 28.7.2022, S. 6; Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, 20.7.2022).

Hieraus wird nun abgeleitet, dass nach der eingetretenen Gesetzeslage mit dem vorgesehenen Ausschluss der „Ex-post-Triage“ die Behandlung des zuerst versorgten Patienten nicht abgebrochen werden dürfe. Anders sähe das aus, wenn die „Ex-post-Triage“ zugelassen wäre.

Die Regelung des § 5c Abs. 2 letzter Absatz hat im Gesetz folgenden Wortlaut:

„Bereits zugewiesene überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten sind von der Zuteilungsentscheidung ausgenommen.“ Daraus folgt im Umkehrschluss, dass dann, wenn die bereits zugewiesenen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten keine Aussichten auf das Überleben mehr versprechen, also nicht mehr „überlebenswichtig“ sind, die Behandlung abgebrochen werden darf, aber eben auch nur dann. Falls sich in einem solchen Fall palliative Maßnahmen im Sterbeprozess anschließen, lässt sich insoweit von einer Therapiezieländerung bzw. einer „Ex-post-Triage“ sui generis sprechen.

### **2.3 Außergesetzliches Kriterium „höchstwahrscheinlich nicht überleben“**

In dem oben geschilderten Fall wird der intensivmedizinisch zuerst behandelte Patient „höchstwahrscheinlich nicht überleben“, wie es dort heißt.

Ist damit aber jenes Kriterium gemeint, das in der Literatur im Hinblick auf den dem Gesetzentwurf vorausgegangenem Referentenentwurf, der sich insoweit von dem Entwurf des Bundeskabinetts nicht unterscheidet, mit der Formulierung umschrieben wird, wonach „keine realistische Wahrscheinlichkeit mehr dafür besteht“, dass der Patient überlebt (Gutmann & Fateh-Moghadam, 2022, S. 131)?

Der Schlüsselbegriff zur Beantwortung dieser Frage scheint die „fortbestehende medizinische Indikation“ zu sein (Gutmann & Fateh-Moghadam, 2022, S. 131). Wenn diese auch noch bei einem Patienten gegeben ist, der die Behandlung „höchstwahrscheinlich nicht überlebt“, wäre eine „Ex-post-Triage“ nicht zulässig. Das ergibt sich aus dem Prinzip der Lebenswertindifferenz (Arnold, 2021, S. 63). Dieses Prinzip folgt aus einem strikten verfassungsrechtlichen Egalitarismus (Arnold, 2021, S. 35 f.). Demgegenüber befinden sich jene Stimmen, die sich für die Zulassung der „Ex-post-Triage“ aussprechen, eher auf dem Boden eines Utilitarismus, gegen den nicht zuletzt schwerbehinderte Menschen nachvollziehbare grundlegende Vorbehalte haben (Arnold, 2021, S. 37 ff.).

Fest steht, dass für den Fall, die „Ex-post-Triage“ wäre gesetzlich zugelassen worden, große Unsicherheit darüber bestünde, ob dann auch strafrechtliche Verantwortlichkeit für Ärztinnen und Ärzte etwa wegen Totschlags vorläge (Arnold, 2021, S. 63). Für diesen Fall geben Stimmen aus der Strafrechtswissenschaft zu bedenken, dass dann aber auch gesetzlich geregelt werden müsste, was strafbar ist und was nicht, weil nur damit die Rechtsunsicherheit für die Ärztinnen und Ärzte beseitigt werden könne (Hörnle et al., 28.7.2022, S. 6). Es gibt aber auch fachübergreifende Stimmen, die darauf aufmerksam machen, dass die Zulassung der „Ex-post-Triage“ im Referentenentwurf mit einer Entkriminalisierung verbunden worden wäre (BODYS, 17.10.2022).

Demgegenüber forderte der „Runde Tisch Triage“, ein Zusammenschluss der LIGA Selbstvertretung, der Caritas Behindertenhilfe und Psychiatrie sowie des Forums behinderter Juristinnen und Juristen, dass die „Ex-post-Triage“ nicht nur verboten, sondern auch strafbar bleibt (Runder Tisch Triage, 2022).

### **3. „Ex-ante-Triage“**

Im Gesetzgebungsprozess, aber auch in der rechtswissenschaftlichen und medizinischen Debatte über den Gesetzentwurf der Bundesregierung lag der Fokus offenkundig schwerpunktmäßig auf dem Ausschluss der „Ex-post-Triage“. Dadurch scheint die „Ex-ante-Triage“ ein wenig aus dem Blick geraten zu sein.

#### **3.1. „Aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“**

Nicht aus dem Blick geriet die „Ex-ante-Triage“ bei den Stimmen u. a. aus den Behindertenverbänden, aber auch aus der Bundestagsfraktion der Grünen, teilweise auch aus der Rechtswissenschaft. Die kritischen Blicke richteten sich darauf, wie bei der Aufnahme in die Klinik von Patientinnen und Patienten zu entscheiden ist, die alle intensivmedizinisch lebensnotwendiger Behandlung bedürfen, für die aber die intensivmedizinischen Apparate oder auch die Bettenkapazität nicht ausreichend vorhanden sind. In dieser Konstellation geht es darum, nach welchen Kriterien die Zuteilungsentscheidungen erfolgen, welche Menschen nach wohl gängiger Praxis in die Klinik zur intensivmedizinischen Behandlung aufgenommen werden und welche Menschen nicht. Hierfür ist nach dem Gesetz das materielle Kriterium „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ maßgebend (§ 5c Abs. 2).

Daran wird u. a. kritisiert, dass nicht hinreichende Klarheit besteht, wie dieses Kriterium auszulegen ist und dass aufgrund dessen, dass die offizielle Begründung des Referentenentwurfs (so auch die Begründung des Gesetzentwurfs der Regierung) dieses Kriterium in die Nähe der „klinischen Erfolgsaussichten“ rückt, Diskriminierungen gerade nicht ausgeschlossen sind. Denn das Kriterium der „klinischen Erfolgsaussichten“ wurde – wie bereits gezeigt – im Vorfeld der Entscheidung des BVerfG zu Recht heftig angegriffen (Überblick bei Arnold, 2021, S. 46 ff., 51 ff.).

Das DIMR wendet sich gegen dieses materielle Kriterium, weil es nicht mit dem menschen- und verfassungsrechtlichen Grundsatz der Lebenswertindifferenz zu vereinen ist (DIMR, 2022, S. 6 f.). Gutmann und Fateh-Moghadam als Stimmen aus der Wissenschaft weisen darauf hin, dass das Festhalten an den „klinischen Erfolgsaussichten“ die Möglichkeit böte, das Kriterium „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ in einem relativ weiten Sinne zu interpretieren:

„Jede Form des Abstellens auf die relative ‚Erfolgsaussicht‘ des Einsatzes knapper medizinischer Ressourcen muss mit Notwendigkeit vulnerable Patientengruppen diskriminieren – Menschen, die zu behindert oder zu alt und deshalb zu ‚komorbid‘ sind, um optimale Ergebnisse zu garantieren. Das gilt auch für das Kriterium der kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit.“ (Gutmann & Fateh-Moghadam, 2022, S. 131)

Deshalb sprechen sich die Autoren wie auch andere kritische Stimmen beispielsweise aus den Behindertenverbänden dafür aus, das Kriterium „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ allein nach dem Kriterium der Dringlichkeit auszulegen:

„In einer Situation, in der eine intensivmedizinische Behandlung bei mehreren Patienten angezeigt ist, alle Patienten denselben Anspruch auf gleiche Berücksichtigung ihrer Überlebensinteressen haben, die Kapazitäten aber nicht für alle reichen, darf und muss denjenigen Patienten der Vorrang eingeräumt werden, die ohne Beatmung mit höherer Wahrscheinlichkeit sterben würden, sofern die intensivmedizinische Behandlung für sie nicht bereits individuell aussichtslos ist. Im vorliegenden Kontext konkurrieren jedoch regelmäßig vergleichbar hochdringliche Patienten um den Zugang zu einer Intensivtherapie, so dass der Gesetzgeber zu entscheiden hat, ob er für die Auswahl von Patienten mit vergleichbarer Dringlichkeit materielle Auswahlkriterien formuliert oder lediglich ein Verfahren garantiert, das formale Chancengleichheit und Diskriminierungsschutz gewährleistet. Der vorliegende Entwurf folgt dem ersten Ansatz und etabliert als allein maßgebliches inhaltliches Kriterium für die Zuteilungsentscheidung die relativ bessere ‚aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten.‘ Intensivplätze Patienten mit den relativ besseren Erfolgsaussichten zuzuteilen, führt indes zu einer systematischen mittelbaren Diskriminierung von Menschen mit Behinderung sowie von älteren, vorerkrankten und gebrechlichen Patienten, um deren Schutz es dem Gesetz vorgeblich geht.“ (Gutmann & Fateh Moghadam, 2022, S. 131)

Diese Kritik ist damit auch auf das vom Bundestag verabschiedete Gesetz in vollem Umfang zu übertragen. Der „Runde Tisch Triage“ spricht sich dafür aus, die „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ ausschließlich im Sinne einer Behandlungsindikation zu verstehen. Das scheint mit dem Verständnis von Gutmann und Fateh-Moghadam identisch zu sein.

Im Gesamtkontext dieser Diskussion darf nicht vergessen werden, dass in § 5c Abs. 2 nach dem dortigen ersten Satz, wonach eine Zuteilungsentscheidung nur aufgrund der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten erfolgen darf, sich folgender Satz anschließt:

„Komorbiditäten dürfen bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nur berücksichtigt werden, soweit sie aufgrund ihrer Schwere oder Kombination die auf die aktuelle Krankheit bezogene kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich verringern.“

Die daran geübte Kritik moniert, dass damit nicht beachtet wird, dass Behinderungen zu Begleiterkrankungen führen können, und Begleiterkrankungen wiederum zu Behinderungen. Begleiterkrankungen könnten nach der nun verabschiedeten Regelung im Infektionsschutzgesetz als Begründung für die Aussonderung der Betroffenen aus medizinischen Therapien dienen, so der Vorsitzende der Humanistischen Union Marburg, Franz-Josef Hanke (Kobinet-Nachrichten, 13.11.2022).

### **3.2 Randomisierungsverfahren und besondere Erschwernisse**

Anders aber als Gutmann/Fateh-Moghadam präferieren der „Runde Tisch Triage“ wie u. a. auch die für Behindertenpolitik zuständige Bundestagsabgeordnete der Grünen Corinna Rüffer bei der „Ex-ante-Triage“ ein Randomisierungsverfahren. Als einzige Möglichkeit, eine Diskriminierung von älteren Menschen und Behinderten sicher auszuschließen, sehen sie bislang die Anwendung von Zufallsprinzipien.

„Im Fall knapper Ressourcen sollte das Losverfahren oder die Reihenfolge der Einlieferung in der Klinik darüber entscheiden, wer zuerst intensivmedizinisch behandelt wird“, betont Rüffer (Ärzteblatt, 12.9.2022).

Der „Runde Tisch Triage“ bezieht sich in seiner Begründung für ein Randomisierungsverfahren auf die Auffassungen von BODYD und des DIMR, die im Falle nicht ausreichender intensivmedizinischer



Behandlungskapazitäten diese Lösung für den einzig menschenrechtlich vertretbaren Weg halten (Runder Tisch Triage, 2022).

Es überrascht allerdings, dass in diesem Zusammenhang sich nicht mit der Auffassung auseinandergesetzt wird, wonach behinderte Menschen es unter Umständen schwerer haben, ins Krankenhaus transportiert zu werden, beispielsweise, wenn sie auf den Rollstuhl angewiesen sind (Ärzteblatt, 2.8.2022). Behinderte Menschen können es aber schon im Vorfeld einer Aufnahme schwerer als nichtbehinderte Menschen haben, den Transport ins Krankenhaus zu organisieren bzw. sich gegenüber dem Krankenhaus bzw. dem telefonischen Notdienst zu verständigen. Das kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn behinderte Menschen auch in solchen Situationen auf die Hilfe anderer Menschen angewiesen sind, diese aber nicht sofort erreicht werden können. Oftmals bedarf es in solchen Situationen auch der Kommunikation mit der gesetzlichen Betreuungsperson, nicht zuletzt auch, um die notwendigen Krankenunterlagen mitzunehmen. In nicht wenigen Fällen trifft der behinderte Mensch ohne ausreichende Krankeninformationen in der Klinik ein und befindet sich auch diesbezüglich gegenüber nichtbehinderten Menschen im Nachteil (Arnold, 2021, S. 54 ff.).

Das sind bedenkenswerte Erschwernis- und Zeitfaktoren mit Benachteiligungsauswirkungen im Hinblick auf Zufallsentscheidungen nach dem Losverfahren bzw. dem Prinzip „wer zuerst kommt“. Auswirkungen können sich auch im Hinblick darauf ergeben, dass aufgrund des zeitlich verzögerten Eintreffens von behinderten Menschen auf der Intensivstation die Chancengleichheit mit nichtbehinderten Menschen nicht gewahrt ist, indem die Zuteilungsentscheidung für die Nutzung der intensivmedizinischen Versorgung bei früherem Eintreffen dem behinderten Menschen gegolten hätte und nicht dem nichtbehinderten Patienten. Auch mit dem erfolgten gesetzlichen Ausschluss der „Ex-post-Triage“ würde sich das verzögerte Eintreffen in der Klinik bzw. auf der Intensivstation nachteilig auf den behinderten Patienten auswirken.

#### **4. „Ex-ante-Triage“ und Strafrecht**

Ein eigenes Problem bei der „Ex-ante-Triage“ betrifft die „straflose Diskriminierung“, die auch nach der Begründung des Gesetzentwurfs vom 24.8.2022 straflos bleiben soll. Obwohl der Gesetzentwurf vom 10.10.2022 die Passage zum Strafrecht aus der Begründung des Entwurfs vom 26.8.2022 nicht enthält, ist nicht davon auszugehen, dass das gleichbedeutend mit einer sich geänderten Auffassung dazu ist.

Es heißt in der Gesetzentwurfsbegründung vom 24.8.2022:

„In strafrechtlicher Hinsicht bleibt es für die Bewertung einer Zuteilungsentscheidung, wem eine überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlung bei nicht ausreichend vorhandenen Behandlungskapazitäten gewährt wird, bei den allgemeinen Regeln, insbesondere den Vorgaben zur gewohnheitsrechtlich anerkannten rechtfertigenden Pflichtenkollision. Eine Pflichtenkollision liegt vor, wenn eine Person zwei gleichwertige Handlungspflichten (= Rettungspflichten) treffen, sie aber nur eine erfüllen kann, sie also etwa von zwei bedrohten Menschenleben nur eine erfüllen kann (sie kann nicht gleichzeitig beide Menschen retten), ist sie gerechtfertigt, wenn sie eine Handlungspflicht auf Kosten der anderen erfüllt.“ (Gesetzentwurfsbegründung 24.8.2022)

Dabei bezieht sich der Entwurf auf eine Reihe von Quellen der strafrechtlichen Literatur. Es sind genau jene Quellen, mit der sich auch eine Straflosigkeit von Diskriminierungen begründen lassen. Ganz überwiegend wird in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur davon ausgegangen, dass dann, wenn sich der Arzt bei seiner Auswahlentscheidung in Fällen gleicher Behandlungsbedürftigkeit positiv oder negativ beispielsweise vom Geschlecht, von der Inländer- oder Ausländereigenschaft oder den ihm bekannten politischen Überzeugungen der Patienten leiten lasse, dies zwar ethisch zu tadeln sei, objektiv er sich aber innerhalb der nur einen äußeren Rahmen setzenden Strafrechtsordnung bewege. Wäre es anders, liefe das auf ein Gesinnungsstrafrecht hinaus (Nachweise bei Arnold, 2021, S. 60).

Nach dieser Auffassung handelt der Arzt auch dann gerechtfertigt, wenn er sich bei der Entscheidung zwischen gleichwertigen Lebensrettungspflichten von diskriminierenden Motiven leiten lässt. Das ergibt sich nach der in der Strafrechtswissenschaft vorherrschenden Meinung daraus, dass man das Diskriminierungsunrecht bzw. das moralisch zu missbilligende Motiv des Arztes in einer Situation echter Pflichtenkollision nicht als Tötungsdelikt erfassen könne, solange der Arzt seine Behandlungskapazität ausschöpft. Eine Verurteilung des Arztes wegen Tötung des Patienten A durch Unterlassen würde implizieren, dass der Arzt rechtlich verpflichtet gewesen wäre, genau diesen Patienten und nicht den Patienten B zu retten, welchen er tatsächlich rettete (Arnold, 2021, S. 60 f).

Man könnte nun aufgrund der gesetzlichen Regelung in § 5c Abs. 1, wonach niemand bei einer ärztlichen Entscheidung über die Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten (Zuteilungsentscheidung) benachteiligt werden darf, insbesondere nicht wegen einer Behinderung, des Grades der Gebrechlichkeit, des Alters, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung, zu der Auffassung gelangen, dass dies von Auswirkung auf die bisherige Strafrechtsmeinung zur straflosen Diskriminierung im Sinne einer Korrektur sein könnte. Dass das aber nicht gewollt ist, davon zeugt die zitierte Stelle der Begründung des Gesetzentwurfs vom 24.8.2022 im Hinblick auf das Strafrecht. Auf diese Weise wird die Regelung in § 5c Abs. 1 konterkariert. In Wirklichkeit also scheint der Gesetzgeber im Falle einer gleichwertigen Pflichtenkollision bei der „Ex-ante-Triage“ an der Straflosigkeit bei auftretenden Diskriminierungen nichts ändern zu wollen. Nimmt man jedoch den Gesetzestext in § 5c Abs. 1 ernst, dann folgt daraus, dass sich im Falle von Diskriminierungen bei der ärztlichen Entscheidung zwischen zwei gleichwertigen Lebensrettungspflichten durchaus Strafbarkeit ergeben kann. Möglicherweise wird durch das Mehraugenprinzip strafbares diskriminierendes Verhalten deutlich minimiert. Aber ob es damit ausgeschlossen wird, steht erst einmal dahin.

Sich dafür auszusprechen, dass es sich nicht um straflose Diskriminierung handelt, sondern um strafbares Diskriminierungsunrecht, bedeutet indes nicht zwingend, dass auch eine strafrechtliche Verurteilung zu erfolgen hat. Das resultiert allein schon daraus, dass es sehr schwierig sein dürfte zu beweisen, ob eine Zuteilungsentscheidung bei gleichwertiger Lebensrettungspflicht tatsächlich in diskriminierender Weise getroffen worden ist. Dennoch soll sich hier dafür ausgesprochen werden, die Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen jedenfalls präventiv unter Schutz zu stellen, auch wenn das auf ein „symbolisches Strafrecht“ hinausläuft. Dieses „symbolische Strafrecht“ würde jedoch mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG korrespondieren, wonach niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf (Arnold, 2021, S. 59 ff.)

## 5. „Vor-Triage“

Das BVerfG hat in seiner oben genannten Entscheidung das Wort „Vor-Triage“, in Wiedergabe der Stellungnahme des Bundesverbandes Caritas Behindertenhilfe zu der Verfassungsbeschwerde, erwähnt. Der Bundesverband hat in seiner Stellungnahme dem BVerfG berichtet, dass ihm im Jahr 2020 von Mitgliedseinrichtungen in Regionen mit extremen Infektionslagen gemeldet wurde, dass Menschen mit Behinderung trotz schwerer Infektion mit Covid-19 nicht in ein Krankenhaus aufgenommen worden seien, obwohl sie in ihren Einrichtungen nicht hinreichend versorgt werden konnten; eine Einrichtung habe daher eigene Beatmungsgeräte angeschafft. Das zeige exemplarisch, dass eine „Triage vor der Triage“ stattfinde, was aber derzeit nicht mit validen Daten zu belegen sei. Der Caritas Behindertenhilfe sei auch berichtet worden, dass Landesärztekammern vereinfachte Patientenverfügungen verteilt hätten, in denen Menschen oder deren gesetzliche Betreuerinnen und Betreuer motiviert worden seien, lebensverlängernde Maßnahmen durch eine intensivmedizinische Behandlung abzulehnen (Beschluss des BVerfG, 16.12.2021, Rn. 53/54). Auch wenn die Information zu dieser Praxis der Landesärztekammern in der Stellungnahme des Bundesverbandes Caritas Behindertenhilfe nicht im Zusammenhang mit einer „Vor-Triage“ erwähnt wird, kann in dieser Praxis durchaus eine Aufforderung zur „Vor-Triage“ gesehen werden.

Der „Runde Tisch Triage“ stellt fest, dass die „Triage vor der Triage“ eine Selektion im Vorfeld und somit Verweigerung der intensivmedizinischen Behandlung sei. Dies soll durch die vorgeschlagene alternative Gesetzesformulierung verhindert werden. Diese Gesetzesformulierung (§ 5c Abs. 5) lautet wie folgt: „Die Verfahrensanweisungen werden unter Einbeziehung der Landesbehindertenbeauftragten erarbeitet und gewährleisten, dass keine Benachteiligungen im Sinn des Abs. 1 durch die Nichtaufnahme in das Krankenhaus erfolgen. Es ist ferner zu gewährleisten, dass jede Patientin und jeder Patient bei der oder dem eine medizinische Indikation gegeben ist und eine (tatsächliche oder mutmaßliche) Einwilligung vorliegt, gleichberechtigt Zugang zu einer intensivmedizinischen Behandlung erhält.“ (Runder Tisch Triage, 2022)

Thematisiert wird auch das Problem einer „stillen Triage“. Diese liege insbesondere in einer Situation vor, wenn beispielsweise Krebspatientinnen und -patienten kein Bett bekommen und nicht operiert werden können, weil Personal aus den Operationssälen zur Coronaversorgung auf Intensivstationen verschoben wird, weshalb die Krebseingriffe dann ausfielen: „Das führt zu einer faktischen Triage. Die bedeutet nicht, dass es gar keine Therapie gibt, sie bedeutet aber eine verzögerte Therapie“ (Geinitz, 18.1.2022). Kritisiert wird hier vor allem die Politik, denn diese habe in der Vergangenheit in Hochzeiten der Pandemie empfohlen, auf planbare Operationen zu verzichten (rnd.de, 21.12.2021).

Gesprochen wird schließlich auch noch von der „grauen Triage“. Dabei handele es sich um vorgelagerte Priorisierungsentscheidungen z. B. beim Zugang zur Intensivstation, die im Verdacht stehen, intransparent und dadurch missbrauchsanfällig zu sein (Gerechte Gesundheit, 2022).

## 5.1 Strafbarkeit der „Vor-Triage“

In strafrechtlicher Hinsicht ist auch die Frage angesprochen worden, ob und in welchem Umfang Ärzte die (strafbewehrte) Pflicht haben, für eine ausreichende Kapazitätserweiterung zu sorgen, bevor eine „Triage“-Situation entsteht (Streng-Baunemann, 6.11.2020). Diese Fragestellung betrifft wohl alle Formen der „Vor-Triage“, soweit sie damit in Zusammenhang stehende Pflichtverletzungen von Ärztinnen und Ärzten betrifft.

Es wird argumentiert, dass aus Perspektive des deutschen Strafrechts gelten müsse, dass eine tödliche Patientenauswahl aufgrund akuter Ressourcenknappheit von vornherein auszuschneiden habe, wenn diese nicht wirklich „ultima ratio“ ist. „Ultima ratio“ sei die knappheitsbedingte Vorenthaltung lebensrettender Behandlungsressourcen nur dann, wenn vorher alle geeigneten und gebotenen Maßnahmen zur Kapazitätsausweitung unternommen wurden und gescheitert sind: Die Ressourcen anderer Abteilungen oder anderer Kliniken müssten vorher ausgeschöpft werden. Zusätzlich gebe es weitere Möglichkeiten zur Ressourcenerhöhung, die im Ernstfall ebenfalls genutzt werden müssten: Patienten könnten vorübergehend im OP-Saal beatmet werden oder ein Beatmungsgerät könne für zwei Patienten gleichzeitig eingesetzt werden (Streng-Baunemann, 6.11.2020; vgl. auch Gesetzentwurf der Bundesregierung, 10.10.2022, S. 9).

Verzichte ein Arzt darauf, die gerade aufgezählten Möglichkeiten der Ressourcenerhöhung zu nutzen und verweigere er unter Verweis auf knappe Behandlungsressourcen die überlebensnotwendige Behandlung, so komme eine Strafbarkeit wegen durch Unterlassen begangenen Totschlags (§§ 212, 13 StGB) in Betracht. Denn die ärztlichen Garantenpflichten<sup>5</sup> für Leben und Gesundheit, die jeder Klinikarzt zugunsten aller in seiner Abteilung befindlichen Patientinnen und Patienten innehat, seien darauf gerichtet, alles Mögliche und Zumutbare zu tun, um den tatbestandlichen Erfolg (d. h. Tod des Patienten und/oder negative Auswirkungen auf den Gesundheitszustand) zu verhindern. Klinikärzte seien daher nicht auf den Einsatz derjenigen Behandlungsressourcen beschränkt, die der eigenen Klinik zur Verfügung stehen. Im Pandemie-Fall seien Ärzte also verpflichtet, Patienten rechtzeitig in ein erreichbares Krankenhaus mit noch vorhandenen Ressourcen zu verlegen (Streng-Baunemann, 6.11.2020).

Aber auch in Fällen, in denen die Aufnahme von behinderten sowie alten Menschen in Krankenhäuser verhindert wird, sei es durch das nicht-medizinische wie medizinische Personal, kann sich Strafbarkeit ergeben. Insoweit die „Vor-Triage“ aber auch von anderen Berufsgruppen mit einer Garantenstellung vorgenommen wird, wie durch das Pflegepersonal, so steht auch hier die Fragestellung nach deren

Strafbarkeit, wenn sie entweder in der ambulanten oder der Heimpflege bewusst verhindern, dass behinderte oder alte Menschen, die an Covid-19 erkrankt sind, in ein Krankenhaus eingewiesen oder dorthin verlegt werden. Sollte diese Selektion zum Tod der den Pflegerinnen und Pflegern anvertrauten Menschen führen, käme je nach Fallkonstellation auch hier durch Unterlassen begangener Totschlag als Straftatbestand in Betracht. Da es aber wohl bis heute keine verifizierbaren genaueren Erkenntnisse über die Praxis der verschiedenen Formen der „Vor-Triage“ gibt, befindet sich das Strafrecht auch hier eher in einer symbolischen Existenz.

## 5.2 Politische Geringschätzung der „Vor-Triage“

Insoweit das pandemische Geschehen aber wieder zunimmt, wird auch die „Vor-Triage“ wieder stärker zu einem Thema werden. Deshalb ist zu fordern, dass Untersuchungen zu diesem Phänomen stattfinden, das eben kein Phantom ist. Nur auf der Grundlage der dann gefundenen Ergebnisse, sollten diese belastbar sein, können daraus konkrete politische und rechtliche Konsequenzen gezogen werden. Dass solche Untersuchungen bisher nicht erfolgt sind, verdeutlicht, wie wenig ernst dies von der Politik bisher genommen wurde.

Es sollte auch alles getan werden, um so etwas wie eine „Vor-Triage-Atmosphäre“ zu verhindern, wie sie in den genannten Fällen zum Ausdruck kommt, dass Landesärztekammern – wie oben erwähnt – vereinfachte Patientenverfügungen verteilt hätten, in denen Menschen oder deren gesetzliche Betreuerinnen und Betreuer motiviert worden seien, lebensverlängernde Maßnahmen durch eine intensivmedizinische Behandlung abzulehnen. Auch dass das Landratsamt Tuttlingen einen Rundbrief an Pflege- und Behindertenheime mit einem Anhang verschickte, worin die Bewohner ihren Behandlungswillen hinsichtlich einer Corona-Erkrankung im Vorfeld festlegen konnten und dass diese Erklärung auch unabhängig von einer Patientenverfügung ausgefüllt werden konnte, ist wohl ebenfalls Ausweis einer Tendenz zu einer „Vor-Triage-Atmosphäre“, selbst wenn das Landratsamt Tuttlingen dies als Vorsorge verstanden wissen wollte (Klink, 16.12.2022).

Falls der derzeitige Gesundheitsminister Karl Lauterbach noch seiner früheren Auffassung als Gesundheitsexperte der SPD anhängen sollte, dann würde sich an alledem wohl wenig ändern. Denn der von Corinna Rüffer angestoßenen Debatte über „Vor-Triage“ in Pflegeheimen hielt er von vornherein entgegen, er nehme an, dass sich Ärzte, Ärztinnen und Angehörige in vielen Fällen auch auf Basis einer Patientenverfügung gegen eine Einweisung in die Klinik entscheiden würden. Er glaube nicht, dass hier versteckte Rationierung eine Rolle spiele, etwa um die Intensivstationen zu entlasten. Statt eine Einweisung vorzunehmen, werde vielmehr in der gewohnten Umgebung mit der Palliativbehandlung begonnen (medstra-online, 2022).

Nur mit Vermutungen oder dem Glauben an etwas, wie es sein sollte, aber in der Wirklichkeit vielleicht nicht ist, lassen sich derart existenzielle Fragen nicht lösen. Hier schließt sich auch der Kreis zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, der maßgeblich unter der Federführung des Gesundheitsministeriums und seines Ministers Lauterbach erarbeitet wurde. Der ehemalige Bundesbehindertenbeauftragte der Regierung, Hubert Hüppe (CDU), erklärte dazu, dass die Absicht der Regierung zu erkennen sei, die „Triage“-Entscheidung des BVerfG nur im „kleinstmöglichen Maßstab“ umzusetzen sowie eine echte Beteiligung von Menschen mit Behinderung nicht zuzulassen. Der schmalspurige Gesetzentwurf missachte die Weisung des BVerfG, einen wirksamen gesetzlichen Diskriminierungsschutz für Menschen mit Behinderungen bei „Triage“ zu schaffen (Hüppe, 2022).

## 6. Zusammenfassung und Diskussion

Im Zusammenhang mit dem vorgelegten Gesetzentwurf der Regierung zu Zulassungsentscheidungen bei knappen Ressourcen, also zur „Triage“, wäre eine grundlegende Parlamentsdebatte wünschenswert gewesen. Diese unterblieb jedoch.

Theresia Degener bezeichnete die Anhörung im Gesundheitsausschuss des Bundestages als „erschütternd geschichtsvergessen und einseitig medizinisch-ökonomisch“ (Degener, 2022). Das spricht nicht dafür, dass in Deutschland im Zusammenhang mit der Entscheidung des BVerfG und dem Gesetzgebungsverfahren – entgegen den damit verbundenen Hoffnungen – ein wirklich gesellschaftspolitisches behindertenfreundliches Klima entsteht; ein Klima, das strikt in jenem menschenrechtlichen Rahmen liegt, der das grundgesetzliche Benachteiligungsverbot von Menschen mit Behinderungen an die UN-Behindertenrechtskonvention und an den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte koppelt. Danach dürfen Kriterien, die potenzielle Abwertungen von alten Menschen oder Menschen mit Behinderungen bzw. Stereotypen und Vorurteile gegenüber Menschen mit Behinderungen befördern können, in einer Antwort auf die Frage nach dem Umgang mit knappen Ressourcen nicht zur Anwendung kommen (DIMR, 2022, S. 9). Der Behindertenverband „Netzwerk Artikel 3“ hat in seiner Stellungnahme an das BVerfG unter Bezugnahme auf eine Studie darauf aufmerksam gemacht, dass behinderte Menschen häufig damit konfrontiert sind, dass nichtbehinderte Menschen unhinterfragt als Norm zugrunde gelegt werden (sog. „Ableismus“). Diese Haltung sei auch beim Krankenhauspersonal anzutreffen (Beschluss des BVerfG, 16.12.2021, Rn. 51/113). Für das BVerfG sind daher auch spezifische Vorgaben für die Aus- und Weiterbildung in der Medizin und Pflege und insbesondere des intensivmedizinischen Personals, um auf die Vermeidung von Benachteiligungen wegen Behinderung in einer „Triage“-Situation hinzuwirken, denkbar (Beschluss des BVerfG, 16.12.2021, Rn. 128). Soweit zu sehen ist, hat das im „Triage-Gesetz“ keine Berücksichtigung erfahren.

### 6.1 Zäsur

Der in der Katastrophen- und Notfallmedizin gebräuchliche Begriff der „Triage“ stand in der Corona-Pandemie für die Metapher in Bezug auf Entscheidungen zwischen Leben und Tod bei nicht ausreichend zur Verfügung stehenden medizinischen Ressourcen. Damit aber fand auch eine Blickverengung statt, die das Thema quasi fern der Pandemie vorhandener alltäglicher Allokation im Gesundheitswesen und daraus folgender Priorisierung verdrängte. Dieses Thema aber gelangt nun, da nicht mehr von einer Corona-Pandemie gesprochen werden kann, um so mehr in den Vordergrund. Will man dabei den Begriff der „Triage“ aufrechterhalten, diesen aber generell auf die aktuellen Allokationen und Priorisierungen beziehen, so stellt sich eine ganze Reihe von Problemen und Fragestellungen. Denn deutlich zu erkennen sind dann Erscheinungen wie eine „Pflegerotstand-Triage“, „Krankenhausnotstand-Triage“, „Kinderklinik-Triage“, „Rettungsdienste-Triage“ sowie „Medikamenten-Triage“. All diese Erscheinungen führen letztlich zu Priorisierungen, die zwar nicht unbedingt so wie die „Triage“ in der Corona-Pandemie mit Entscheidungen verbunden sind, die zu lebensgefährlichen Folgen führen, und die deshalb auch zusammenfassend „weiche Triage“ genannt werden können (Schwager, 2022), die aber gleichwohl mit schwerwiegenden gesundheitlichen und sozialen Einschnitten einhergehen. Davon sind auch und nicht zuletzt Menschen mit Behinderungen betroffen. Gerade hierin liegt die ganz aktuelle „Triage-Konstellation“ nach der Corona-Pandemie, oder um insoweit metaphorisch zu bleiben, die „Triage“ nach der „Triage“.

### 6.2. Schluss

Auf die Bundestagsdebatte zum „Triage-Gesetz“ zurückkommend, sei festgehalten, dass dabei hätte auch erörtert werden sollen, worin die politischen und ökonomischen Ursachen für die Ressourcenknappheit zu suchen und welche Maßnahmen zu ergreifen sind, damit das Gesundheitswesen aus der Klammer eines an zunehmender Privatisierung, Ökonomisierung und Profitabilität ausgerichteten Systems mit einem knapper werdenden Personal in den Kliniken befreit werden kann. Erst wenn sozusagen die Axt an die tieferen

Wurzeln gelegt worden ist, lassen sich dilemmatische „Triage“-Entscheidungen sowohl in Pandemien (Arnold, 2021, S. 36), die auch in Zukunft nicht ausgeschlossen sind, wie auch und besonders Fälle der „Triage“ nach der „Triage“, die den aktuellen Allokations- wie Priorisierungsalltag prägen, wirklich vermeiden. Die italienische Philosophin Donatella Di Cesare nennt das „die Atemnot des Kapitalismus“ (Di Cesare, 2020; vgl. auch Fleury, 2.12.2021) und verweist auf europäische Länder, aber auch auf die USA, wo nachweislich nach dem Kriterium der „höheren Lebenserwartung“ triagiert worden sei (Di Cesare, 2020, S. 93). Damit seien „die verheerenden Auswirkungen des Neoliberalismus auf das öffentliche Gesundheitswesen zutage“ getreten (Di Cesare, 2020, S. 93). Ob den politischen Entscheidungsträgern allerdings daran gelegen ist, hier etwas grundlegend zu verändern, muss bezweifelt werden. Deshalb sollten jene gesellschaftlichen Stimmen noch hörbarer werden, die diesen Auswirkungen auf das Gesundheitswesen entgegengetreten.

---

## Anmerkungen

<sup>1</sup> Der vorliegende Text beruht auf meinen Ausführungen während der Podiumsdiskussion der Humanistischen Union zum Thema „Endstation Triage?“ am 17.9.2022 in Marburg; er bezog sich auf den zu diesem Zeitpunkt allein vorliegenden Gesetzentwurf der Bundesregierung zu den „Triage-Regelungen“. Da jedoch am 10.11.2022 der Bundestag dazu das Gesetz verabschiedet hat, wurde der Text hinsichtlich des Gesetzgebungsprozesses grundlegend aktualisiert.

<sup>2</sup> Im Einzelnen besagt § 5c Abs. 3, dass die Zuteilungsentscheidung von Ärztinnen und Ärzten mit gesetzlich geregelten bestimmten Voraussetzungen einvernehmlich zu treffen ist (Mehraugenprinzip). § 5c Abs. 4 legt den Inhalt der für den Zeitpunkt der Zuteilungsentscheidung anzufertigenden Dokumentation fest. Mit § 5c Abs. 5 werden Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten verpflichtet, Verfahrensanweisungen mit im Einzelnen festgelegten Inhalten aufzustellen.

<sup>3</sup> Mit den durch das Gesetz in § 5c neu eingefügten, und damit den Gesetzentwurf ergänzenden, Absätzen 6 und 7 wird eine Konkretisierung im Hinblick darauf gefordert, wann überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten in einem Krankenhaus nicht ausreichend vorhanden sind; zudem wird eine Verpflichtung für Krankenhäuser ausgesprochen, eine Zuteilungsentscheidung unverzüglich der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde anzuzeigen; und schließlich wird das Bundesministerium für Gesundheit beauftragt, innerhalb von sechs Monaten, nachdem erstmals eine Zuteilungsentscheidung angezeigt wurde, spätestens jedoch bis zum 31. Dezember 2025, eine Evaluation der Neuregelung zu beauftragen.

<sup>4</sup> Unter anderem Dokumentationspflicht für die behandelnden Ärztinnen und Ärzte zum Zeitpunkt der Zuteilungsentscheidung; Verfahren zur Benennung der Ärztinnen und Ärzte, die für die Mitwirkung an der Zuteilungsentscheidung zuständig sind; Treffen der Zuteilungsentscheidung von zwei Ärztinnen und Ärzten unter konkret im Gesetz festgelegten Bedingungen.

<sup>5</sup> Garantenpflichten sind die Pflichten, dafür einzustehen, dass ein bestimmter tatbestandlicher Erfolg nicht eintritt. Sie sind Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen Unterlassens (§ 13 StGB).

## Literatur

Arnold, Jörg (2021). „Triage“ und Verbot der Benachteiligung von Menschen mit Behinderung. In E. Hilgendorf, E. Hoven & F. Rostalski (Hrsg.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft* (S. 33–76). Nomos.

- Ärzteblatt (2022, 2. August). *Triage-Gesetz*. <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/136386/Triage-Gesetz-wuerde-zu-mehr-vermeidbaren-Todesfaellen-fuehren>
- Ärzteblatt (2022, 12. September). *Grüne haben weiter Bedenken gegen Gesetzesentwurf zur Triage*. <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/137321/Gruene-haben-weiter-Bedenken-gegen-Gesetzesentwurf-zur-Triage>
- Beschluss des BVerfG (2021, 16. Dezember). 1 BvR 1541/20. [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/12/rs20211216\\_1bvr154120.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/12/rs20211216_1bvr154120.html)
- BODYS (2022, 17. Oktober). *Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung Drs. 20/3877 „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 10.10.2022“*. [https://www.bundestag.de/resource/blob/916714/c36abec439b9514bb42a5c7752c4db5c/20\\_14\\_0060-25-\\_Bochumer-Zentrum-fuer-Disability-Studies\\_Stellungnahme-zur-oeffentlichen-Anhoerung\\_nicht-barrierefrei-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/916714/c36abec439b9514bb42a5c7752c4db5c/20_14_0060-25-_Bochumer-Zentrum-fuer-Disability-Studies_Stellungnahme-zur-oeffentlichen-Anhoerung_nicht-barrierefrei-data.pdf)
- Degener, Theresia (2022). *BODYS-Pressemitteilung zur Anhörung des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestages zum Triage-Gesetz am 19. Oktober 2022*. <https://bodys.evh-bochum.de/artikel/triage-prof-dr-theresia-degener-im-bundestag.html>
- Di Cesare, Donatella (2020). *Souveränes Virus? Die Atemnot des Kapitalismus*. University Press.
- DIMR (Deutsches Institut für Menschenrechte) (2022). *Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes*. [https://www.bundestag.de/resource/blob/916786/9f06afee2871f63c3e62e080e22e0fe5/20\\_14\\_0060-29-\\_Deutsches-Institut-fuer-Menschenrechte\\_Stellungnahme-zur-oeffentlichen-Anhoerung\\_nicht-barrierefrei-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/916786/9f06afee2871f63c3e62e080e22e0fe5/20_14_0060-29-_Deutsches-Institut-fuer-Menschenrechte_Stellungnahme-zur-oeffentlichen-Anhoerung_nicht-barrierefrei-data.pdf)
- Fleury, C. (2021, 2. Dezember). *Interview: „Ein absolutes Recht“*. Süddeutsche Zeitung, Print-Ausgabe.
- Geinitz, Christian (2022, 18. Januar). *Ungeimpfte verursachen Solidaritätsproblem*. Frankfurter Allgemeine Zeitung. <https://www.faz.net/aktuell/stille-triage-ungeimpfte-verschlimmern-lage-der-tumorpatienten-17760292.html>
- Gemeinsame Erklärung der Behindertenbeauftragten von Bund und Ländern (2022, 9. November). *Behindertenbeauftragte von Bund und Ländern haben Bedenken in Bezug auf Diskriminierungsschutz im Gesundheitswesen*. <https://www.hamburg.de/contentblob/16670140/1103365f6dc3a5a27fff73cb06e97b25/data/erklaerung-triage-gesetz.pdf>
- Gerechte Gesundheit (2021, 25. Mai). *Triage-Tragik: Braucht es ein Gesetz?* <https://www.gerechte-gesundheit-magazin.de/ausgabe-55-mai-2021/triage-tragik-braucht-es-ein-gesetz/>
- Gesetzesentwurf der Bundesregierung. *Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 24.8.2022*. [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/Gesetze\\_und\\_Vero\\_rdnungen/GuV/I/Kabinettfassung\\_GE\\_IfSG\\_BVerfG\\_Triage\\_bf.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Vero_rdnungen/GuV/I/Kabinettfassung_GE_IfSG_BVerfG_Triage_bf.pdf)
- Gesetzesentwurf der Bundesregierung (2022, 10. Oktober). *Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes*. BT-Drs. 20/3877. <https://dserver.bundestag.de/btd/20/038/2003877.pdf>
- Gutmann, Thomas (2022). *Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20*. *MedR*, 40, 217–221. <https://doi.org/10.1007/s00350-022-6140-y>

- Gutmann, Thomas & Fateh-Moghadam, Bijan (2022). Geplante Regelung der Triage –Grundrechtsschutz als Farce. *ZRP*, 130–135.
- Hörnle, Tatjana/Huster, Stefan & Poscher, Ralf (Hrsg.) (2021). *Triage in der Pandemie*. Mohr Siebeck.
- Hörnle, Tatjana/Hoven, Elisa/Huster, Stefan & Weigend, Thomas (2022, 28. Juli). *Wer darf weiterleben?* Frankfurter Allgemeine Zeitung. <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/ex-post-triage-wer-darf-weiterleben-18203024.html>
- Hüppe, Hubert (2022). *Triage wird unzureichend geregelt*. <https://www.huberthueppe.de/triage-wird-unzureichend-geregelt/>
- Klink, Louisa Sophie (16.12.2021). *Aufregung um Rundbrief an Heime in Tuttlingen – Vorstufe zur Triage oder Fürsorge?* SWR. <https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/tuebingen/umstrittener-rundbrief-an-pflege-und-behinderten-heime-in-tuttlingen-100.html>
- Kobinet-Nachrichten (2022, 13. November). *Neues Triage-Gesetz unwirksames Placebo*. <https://kobinet-nachrichten.org/2022/11/13/neues-triage-gesetz-unwirksames-placebo/#:~:text=Die%20Humanistische%20Union%20teilt%20die,diese%20Behauptung%20schlicht%20f%C3%BCr%20unwahr>
- Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht (2022, 20. Juli). *Ergänzende Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes“*. [https://csl.mpg.de/389104/stellungnahme\\_stand\\_20\\_juli\\_2022.pdf](https://csl.mpg.de/389104/stellungnahme_stand_20_juli_2022.pdf)
- medstra-online (2021). *Versteckte Triage in Pflegeheimen?* <https://www.medstra-online.de/66447.htm>
- Merkel, Reinhard (2022, 12. Januar). *Die Triage-Entscheidung hilft Behinderten nicht*. <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/reinhard-merkel-kritisiert-triage-entscheidung-unpraezise-kriterien-17728156.html>
- Presseagentur Gesundheit (pag) Medizinische Nachricht (2022, 10. Mai). *Lauterbach will Ex-Post-Triage nicht erlauben*. <https://www.univadis.de/viewarticle/lauterbach-will-ex-post-triage-nicht-erlauben>
- rnd.de (2021, 21. Dezember). *Stille Triage auf Intensivstationen: Krebszentren warnen vor negativen Folgen für Krebskranke*. Redaktionsnetzwerk Deutschland. <https://www.rnd.de/gesundheit/stille-triage-auf-intensivstationen-krebszentren-warnen-vor-negativen-folgen-fuer-krebskranke-WY4MML23US4WOL6L4XVZ7L2TGQ.html>
- Runder Tisch Triage (2022, 10. September). *Alternative Gesetzesformulierungen*. [http://liga-selbstvertretung.de/wp-content/uploads/2022/09/220911\\_Alternative\\_Gesetzesformulierungen\\_RTT.pdf](http://liga-selbstvertretung.de/wp-content/uploads/2022/09/220911_Alternative_Gesetzesformulierungen_RTT.pdf)
- Schmidbauer, Jan (2021, 8. Dezember). *77 Betten, 78 Patienten*. Süddeutsche Zeitung. <https://www.sueddeutsche.de/leben/coronavirus-intensivbetten-bayern-krankenhaus-notruf-1.5482469?reduced=true>
- Schwager, Christian (2022, 3. Dezember). *Weiche Triage? Warum Berlins Kinderkliniken wieder im Krisenmodus sind*. Berliner Zeitung. <https://www.berliner-zeitung.de/mensch-metropole/weiche-triage-warum-berlins-kinderkliniken-wieder-im-krisenmodus-sind-li.293126>
- Streng-Baunemann, Anne (2020, 6. November). *Die Ärztliche Pflicht zur Kapazitätsausweitung vor der Triage*. *Verfassungsblog*. <https://verfassungsblog.de/die-arztliche-pflicht-zur-kapazitaetsausweitung-vor-der-triage/>



Tolmein, Oliver (2020, 27. Juli). *Verfassungsbeschwerde gegen Triage*. Mensch und Rechte. Assoziation Freier Rechtsanwälte. Blog.  
<https://www.menschenundrechte.de/de/blog/details/artikel/verfassungsbeschwerde-gegen-triage-1374.html>

### **Zum Autor**

Prof. Dr. Jörg Arnold, Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg im Breisgau. Aktuelle Arbeitsschwerpunkte: Historische Aspekte der Strafverteidigung; NSU-Prozess; Frieden durch Recht; Schutz von Menschen mit Behinderungen vor „Triage“. Mitglied der Humanistischen Union sowie des Republikanischen Anwältinnen- und Anwältevereins; Vertrauensdozent der Rosa-Luxemburg-Stiftung.

E-Mail: [j.arnold@csl.mpg.de](mailto:j.arnold@csl.mpg.de)