

Smartes Entscheiden in Konstellationen der Triage

Svenja Behrendt

I. Einführung

Gewisse Entscheidungen möchte man niemals treffen müssen. Triage-Entscheidungen – denen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie sowohl in der Fachwelt als auch in der Gesellschaft größere Aufmerksamkeit zuteil wurde – würde man wohl dazuzählen. Ganz falsch ist das sicher nicht, denn im Extremfall kann es um die Entscheidung gehen, wer die überlebensnotwendige Behandlung erhält und wer nicht. Im Zuge der jüngsten Diskussion wurde beispielsweise erörtert, wie man damit umgehen soll, wenn nicht genügend zum Überleben erforderliche Beatmungsgeräte zur Verfügung stehen, die verfügbaren Intensivbetten die Nachfrage überschreiten bzw. das medizinische Personal nicht ausreicht, um die Patient:innen angemessen zu versorgen. Die dann anstehenden Entscheidungen müssen zwar nur von wenigen Personen getroffen (oder kontrolliert) werden, jeder könnte aber in die Lage kommen, einer von den Patient:innen zu werden, zwischen denen entschieden werden muss. Wie Triage-Entscheidungen getroffen werden, ist deshalb von allgemeinem Interesse. Angesichts der Brisanz der Entscheidungen ist es wenig überraschend, dass man nach Orientierung sucht. Die Entscheidungsträger in der Medizin suchen nach Hilfe bei der Entscheidungsfindung, nach der (einen) richtigen Antwort. Man möchte schnell, verlässlich und rechtssicher herausfinden, wie sie im konkreten Fall genau lautet. Als Gesellschaftsmitglied möchte man sicher sein, dass die Entscheidung zumindest nicht unberechtigterweise zu Lasten der eigenen Person ausgeht. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass man sich künstlicher Intelligenz (KI) zuwendet. KI gilt vielen als Werkzeug, um Aufgaben schneller und besser zu erledigen. Der Mensch wird als Risikofaktor wahrgenommen – insbesondere, weil menschliches Entscheiden anfällig für kognitive Verzerrungen ist. Die Maschine scheint man zumindest vordergründig als (vergleichsweise) objektiven Entscheider zu verstehen – da KI letzten Endes eine Software ist, verarbeitet sie den Input mathematisch. Selbstverständ-

lich kann der Prozess der maschinellen Datenverarbeitung auch Störungen und Fehler aufweisen, er ist schließlich auch auf das Funktionieren der Technik angewiesen. Das biologische Äquivalent der Software, die neurobiologische Datenverarbeitung, wird hingegen durch derart viele Parameter beeinflusst, dass sie mit der „Reinheit“ maschineller Datenverarbeitung nicht mithalten kann. Zugleich würde man aber auch smarte maschinelle Datenverarbeitung nur sehr verzerrt darstellen, wenn man annähme, es gehe allein um Mathematik. Denn im Grunde stellt sich stets die Frage, ob die auf den konkreten Fall angewendete Formel (der jeweilige Algorithmus) den konkreten Sachverhalt auch tatsächlich richtig erfassen und verarbeiten kann.¹ Insbesondere, wenn die KI mit Daten trainiert wurde, die im Zusammenhang mit unmittelbarer/mittelbarer Diskriminierung generiert wurden, kann es gut sein, dass auch der Algorithmus diese Diskriminierung weitertragen wird („garbage in, garbage out“).² Das ist und bleibt eines der Grundprobleme, welche von der KI nicht „verständig“ gelöst werden kann. Die Hinzuziehung von KI bei Triage-Entscheidungen mag zwar auch deshalb reizvoll erscheinen, weil eine KI eine Antwort auswerfen würde, sofern sie darauf ausgerichtet wurde. Ob das konkrete von der KI ausgeworfene Ergebnis auch tatsächlich umgesetzt werden sollte, ist indes eine andere Frage, die letzten Endes vom Menschen beantwortet werden muss. Spätestens an dieser Stelle kommen dann auch wieder die kognitiven Verzerrungen ins Spiel, deretwegen man eigentlich bemüht ist, auf die KI auszuweichen.

Angesichts der jedenfalls partiell-sektoralen Überlegenheit von KI wird es kaum überraschen, dass das Interesse an derartigen Programmen, die nach ihrem Design bei Entscheidungen in der Triage Anwendung finden könnten, zunimmt. In der Diskussion über die Triage lässt sich interessanterweise sowohl eine Überhöhung menschlichen Entscheidens als auch eine Überzeichnung der Leistungsfähigkeit von KI beobachten. Man misstraut der KI und möchte deshalb, dass ein Mensch entscheidet, obgleich dieser auch diskriminierende und schlechte Entscheidungen treffen kann. Soweit deshalb wiederum mehr Hoffnung in den Einsatz von KI gesetzt

1 Siehe dazu *S. Behrendt, Entscheiden im digitalen Zeitalter: Überlegungen zu den Auswirkungen smarter Technologie auf Verhaltenspflichtbildung und Verantwortlichkeit*, in: M. Kuhli/F. Rostalski (Hrsg.), *Normentheorie im digitalen Zeitalter* (2023), S. 101 (105 ff.).

2 Aus der jüngeren Literatur siehe exemplarisch *R. S. Steiger u.a., „Garbage in, garbage out“ revisited: What do machine learning application papers report about human-labeled training data?*, Quantitative Science Studies 2 (2021), 795.

wird, werden die mit der Funktionsweise von KI verbundenen Schwierigkeiten unterschätzt.

In diesem Beitrag befasse ich mich zunächst mit dem Begriff der Triage und der Struktur der zugrundeliegenden Konstellationen. Bei der medizinischen Triage geht es längst nicht nur um die Entscheidung, wer die zum Überleben notwendige Behandlung erhält und wer nicht. Die dramatische Zusitzung führt dazu, dass man sich häufig vorschnell auf diese Konstellationen fokussiert. Triage ist jedoch eigentlich ein Begriff, der weiter zu verstehen ist und insbesondere auch eine stark verfahrensbezogene Komponente aufweist. Anschließend thematisiere ich das (sich trotz einer bунdesverfassungsgerichtlichen Entscheidung³ weiterhin stellende) Problem des nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gebotenen Schutzes vor Diskriminierung wegen einer Behinderung und komme dann auf die Möglichkeiten zu sprechen, KI hinzuziehen.

II. Der Begriff der Triage und das Problem der Allokation begrenzter Ressourcen

Der Begriff der Triage wurde in der Notfallmedizin geprägt.⁴ Man bezeichnet damit Verfahren, mit denen im Falle von nicht ausreichenden Ressourcen Patient:innen in Gruppen mit vorrangiger oder nachrangiger Behandlungspriorität eingeordnet werden.⁵ Es geht dann um die Sichtung der Behandlungsbedürftigkeit, die Einschätzung über die Lebensbedrohlichkeit des Zustands und die Frage, wie zeitnah eine Behandlung erfolgen muss. Entsprechend dieser Sichtung werden die Patient:innen dann in unterschiedliche Kategorien eingeordnet.⁶ In Notaufnahmen wird Tria-

3 BVerfGE 160, 79.

4 Die Ursprünge des Begriffs sind indes etwas unklar. Es wird angenommen, dass der Begriff ursprünglich im Handel und in der Militärmedizin Verwendung fand, s. H. Nakao/I. Ukai/J. Kotani, A review of the history of the origin of triage from a disaster medicine perspective, *Acute Medicine & Surgery* 4 (2017), 379; J. Zimmermann, Modellierung von Priorisierungsregeln am Spezialfall der Triage, in: W. Wohlgemuth/ M. H. Freitag (Hrsg.), Priorisierung in der Medizin: Interdisziplinäre Forschungsansätze (2009), S. 218.

5 Zimmermann, Modellierung (Fn. 4).

6 Teilweise werden zur Kommunikation dieser Kategorien Farbcodes genutzt. Da die Triage aber im Grunde ein Begriff für eine Methode zur Bewältigung eines Organisationsproblems darstellt, ist der Einsatz von Farbcodes selbstredend kein zwingendes Indiz dafür, dass ein Triage-System zur Anwendung kommt.

ge konstant praktiziert: Die Reihenfolge, nach welcher die Patient:innen behandelt werden, richtet sich in erster Linie nach der prognostizierten gesundheitlichen Gefährdung und nicht nach dem Zeitpunkt ihres Eintreffens.⁷

Die Verfahren der Triage sind als Methode zur Bewältigung des Problems der Allokation begrenzter Ressourcen zu verstehen. Hier lassen sich Konstellation mit *schwacher* Allokationsentscheidung von solchen mit *starker* Allokationsentscheidung unterscheiden. Rechtlich kann man außerdem Konstellationen, die rechtlich von einer berechtigten Bevorzugung des einen Patienten zu Lasten eines anderen Patienten geprägt sind, von Konstellationen, in denen die Patient:innen gleichermaßen gewichtige und gleichermaßen dringliche Behandlungsansprüche haben, *qualitativ* unterscheiden. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion differenziert man außerdem zwischen Ex-ante- und Ex-Post-Triage.⁸ Diese Diskussion wirkt sich auch auf die Frage aus, bei welchen Szenarien künstliche Intelligenz in welcher Weise und zur Erfüllung welcher Aufgaben hinzugezogen werden kann.

1. Triage-Konstellationen mit schwacher Allokationsentscheidung

Der Grundgedanke der Triage besteht darin, im Dienst einer bestmöglichen Versorgung aller Patient:innen einen möglichst effizienten und effektiven Einsatz der zur Verfügung stehenden Ressourcen zu gewährleisten. Die Triage als Methode kann daher dazu dienen, die Ressourcen so einzusetzen, dass alle Patient:innen die erforderliche Behandlung zum Erhalt des Lebens und zur Abwendung eines irreversiblen oder nur schwer zu behebenden gesundheitlichen Schadens erhalten. Auf diese Weise führt die Triage als Methode dazu, dass alle Patient:innen die für sie erforderliche Behandlung erfahren. Diese Situation lässt sich nur in einem eher schwachen Sinn unter dem Gesichtspunkt der Ressourcenknappheit und dem Erfordernis einer Allokationsentscheidung erfassen, denn es geht pri-

7 Die Notaufnahme der Berliner Charité ist beispielsweise nach dem Manchester Triage System organisiert, siehe https://notfallmedizin-sued.charite.de/notfallversorgung/manchester_triage_system/ (letzter Aufruf der Webseite am 03.09.2023).

8 Davon wird die sog. präventive Triage weiter unterschieden. Bei dieser geht es um Fälle, in denen Patient:innen nicht versorgt werden, um Kapazitäten frei zu haben für die Behandlung ggfs. noch eintreffender, dringend behandlungsbedürftiger Patient:innen (mit schwerwiegenderem Gesundheitszustand).

mär um die Frage, *bis wann* die Ressource aufgewendet werden muss, um Schaden abzuwenden. Wenn alle Patient:innen fachgerecht behandelt werden können, dann werden die zur Verfügung stehenden Ressourcen so eingesetzt, dass der Bedarf die zur Verfügung stehenden Ressourcen nicht überschreitet. Dass im Ergebnis alle Patient:innen behandelt werden, ist dann aber ggf. erst das Resultat der Anwendung der Triage als Methode. Wenn die Patient:innen in der Reihenfolge ihres Eintreffens behandelt werden würden, so würde es deutlich häufiger zu Situationen kommen, in dem einem Patienten eben nicht mehr rechtzeitig geholfen werden kann. Über-spitzt dargestellt: Der eine Patient verstirbt an einem Schlaganfall, weil das medizinische Personal mit der Behandlung von alltäglichen Schürfwunden beschäftigt ist.

Selbst in diesen Fällen ist das Verfahren der Triage indes mit der Allokation begrenzter, angesichts der Nachfrage nicht ausreichender Ressourcen verbunden. Das wird deutlich, wenn man den Zeitbezug des Einsatzes der Ressourcen und des Behandlungsbedarfs berücksichtigt. Wenn der Arzt zum Zeitpunkt x Patient x behandelt, dann verbraucht er die Ressource, denn er behandelt zum selben Zeitpunkt nicht zugleich Patient y. Dennoch ist für den Patient y ggf. nur wichtig, dass er innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens behandelt wird, ihm also die erforderlichen Ressourcen (Zeit und Aufmerksamkeit eines Arztes und weitere Ressourcen) irgendwann innerhalb dieses Zeitfenster zuteil werden. Im Rahmen des zuvor angeführten Beispiels würde es also darum gehen, dass dem Patienten y mit der Schürfwunde zuzumuten ist, etwaige Schmerzen, Unwohlsein, und gesundheitliche Beeinträchtigungen, welche durch eine direkte Behandlung abgewendet werden würden, zu erdulden. Diese Beeinträchtigungen muss er/sie im überwiegenden Interesse des behandlungsbedürftigeren Patienten x (im Beispiel wäre das der Schlaganfall-Patient) hinnehmen. Die Interessen des Patienten y unterliegen bei der Abwägungsentscheidung darüber, wem die im Zeitpunkt x zur Verfügung stehenden Ressourcen zukommen sollen, da die Behandlung des Patienten x als dringender (und dessen Anspruch als wichtiger) beurteilt wird.

2. Triage-Konstellationen mit starker Allokationsentscheidung

Nicht immer lässt sich das Patient:innenauftreten aber auf diese Weise lösen. Es kann dazu kommen, dass eine Situation eintritt, in der die medizi-

nischen Ressourcen nicht ausreichen, um im Ergebnis alle behandlungsbedürftigen Patient:innen rechtzeitig zu versorgen. Dann muss entschieden werden, wer behandelt wird und wer nicht (bzw. wer ggfs. nicht in ausreichendem Maße behandelt werden wird). Es geht nicht mehr darum, in welcher Reihenfolge sinnvollerweise zu behandeln ist, damit jeder die Behandlung erhält, die er benötigt, sondern vielmehr darum, wer *überhaupt* behandelt wird, bevor es für das Eintreten eines irreversiblen Schadens zu spät ist. Dabei kann es sein, dass die Behandlung zwar gleichermaßen dringlich ist, der zu erwartende Schaden aber nicht gleichermaßen schwer wiegt (zum Beispiel könnte zu prognostizieren sein, dass der eine Patient ohne die Behandlung verstirbt, der andere hingegen voraussichtlich gelähmt bleiben wird).⁹ In diesem Fall wäre der Behandlungsanspruch des einen Patienten grds. von höherem Gewicht als der des anderen Patienten. Der Behandelnde würde sich grds. rechtswidrig verhalten, wenn er dem gewichtigeren Behandlungsanspruch nicht nachkommt, und den Achtungsanspruch¹⁰ des Patienten mit dem gewichtigeren Behandlungsanspruch verletzen.

Anders verhält es sich bei *gleichermaßen gewichtigen* und *gleichermaßen dringlichen* Fällen: Hier liegt eine Kollision gleichwertiger Verhaltenspflichten vor. Die Konsequenz ist, dass der Rechtsadressat, also der Behandler, den Achtungsanspruch des Patienten, dessen Behandlung er unterlässt, nicht verletzt – unabhängig davon, welchen Patienten er behandelt.¹¹ In einer solchen Situationen kann die Entscheidung rechtlich gar nicht vorge-

-
- 9 Dass die Prognose mit einem unterschiedlichen Grad der Gewissheit verbunden sein kann, verkompliziert die Sachlage weiter. Aus Gründen der Komplexitätsreduktion gehe ich hier von demselben Grad der Gewissheit aus.
 - 10 Zum Achtungsanspruch als Gleichrangiger siehe *W. Höfling*, in: *Sachs (Hrsg.)*, GG, Art. 1 Rn. 35 m.w.N.; etwas anders gelagerte Konzeption bei *S. Behrendt*, Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung: Eine Untersuchung zu den Grundlagen der Grundrechte (2023), S. 265 ff., zum Verständnis der Menschenwürde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ebd., S. 315 ff.
 - 11 Ob die Pflichtenkollision entschuldigend oder rechtfertigend wirkt, ist in der strafrechtlichen Literatur umstritten. Umstritten ist auch, in welchen Konstellationen eine Kollision gleichwertiger Pflichten anzunehmen ist. Grds. kann man ohne Weiteres gleichzeitig zur Vornahme einer Handlung und zum Unterlassen einer anderen verpflichtet sein kann – der Rechtsadressat kann beide Pflichten erfüllen, indem er einfach die Handlungspflicht erfüllt. Wenn der Rechtsadressat zur Rettung des einen Patienten einem anderen Patienten indes eine Ressource wegnehmen müsste, dann kann die Handlungspflicht nur unter Verletzung der Unterlassungspflicht erfüllt werden. Es kann also durchaus zu Konstellationen kommen, in denen Handlungs- und Unterlassungspflichten kollidieren.

geben werden, ohne dass die rechtliche Regelung bei einem auf Gleichrangigkeit beruhenden Verständnis der Grundrechte mit einer Grundrechtsverletzung verbunden wäre.¹² Abstrakt-generell vorzugeben, welchem von mehreren (nur alternativ, aber nicht kumulativ erfüllbaren) gleichgewichtigen Verhaltensansprüchen nachzukommen ist, würde den Achtungsanspruch derjenigen verletzen, die das Nachsehen haben – die Gleichrangigkeit wäre nicht gewahrt, weil der Verpflichtete trotz der Gleichwertigkeit der Ansprüche min. einen Anspruch gar nicht erfüllen darf. *Insoweit* von einer rechtlichen Regulierung der materiellen Entscheidung abzusehen, bedeutet daher nicht, dass man sich einer legislatorischen Verantwortung entzöge. Unter welchen Umständen man allerdings eine Pflichtenkollision annehmen kann, wird durch das – auch am Maßstab der Grundrechte zu prüfende – Recht beeinflusst.¹³ Eine Situation, in der man nur eine Ressource zu vergeben hat, aber zwei Menschen sie begehren, ist bei Weitem nicht zwingend eine Situation, in der gleichwertige Pflichten kollidieren. Im Diskurs über die Triage, welcher durch die sich im Rahmen der Corona-Pandemie stellenden Fragen nochmal intensiviert wurde, geht manchmal unter, dass die Suche nach handlungsleitenden Kriterien nichts anderes ist, als die Beschäftigung mit der Frage, ob die miteinander konkurrierenden Ansprüche auf Behandlung nicht doch ein unterschiedliches Gewicht haben, weshalb der Behandler einen Patienten dem anderen vorziehen muss.

3. Ex-ante-Triage und Ex-post-Triage

Mit der *Ex-ante-Triage* ist eine Situation gemeint, in der der Entscheidungsträger entscheiden muss, bei welchen von mehreren behandlungsbedürftigen Personen er mit der Behandlung überhaupt beginnt. Hier konkurrieren mehrere potentielle Patienten hinsichtlich der Aufnahme der Behandlung. Den Entscheidungsträger treffen mehrere Handlungspflichten, die er in dem konkreten Zeitpunkt zwar alternativ, aber nicht kumulativ erfüllen kann und er muss nun entscheiden, welchen Handlungspflichten er nachkommt.¹⁴ Die Ex-ante-Triage wird häufig auf Situationen kapriziert, in denen es um die Kollision gleichwertiger Handlungspflichten geht; aber das ist längst nicht immer der Fall – Situationen, in denen der Entscheidungs-

12 S. Augsberg, Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen, in: T. Hörmle, S. Huster, R. Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie (2021), S. 3 (22).

13 Augsberg, Regelbildung (Fn. 12).

14 U. Neumann, in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 34 Rn. 138.

träger zu dem konkreten Zeitpunkt ungleichwertige Verhaltenspflichten zwar alternativ, aber nicht kumulativ erfüllen kann, sind deutlich häufiger. Die Konstellationen der Ex-ante-Triage werden von der sog. *Ex-post-Triage* unterschieden. Hier geht es um die Frage, ob die Behandlung eines Patienten zur Behandlung eines anderen Patienten abgebrochen werden darf.

Die kategorische Trennung ist nach herrschender Ansicht mehr als bloße Deskription unterschiedlicher Situationen. Die Unterschiede seien nicht nur phänomenologischer Natur, auch rechtlich seien die Konstellationen unterschiedlich zu behandeln: Während es bei der Ex-ante-Triage um eine Pflichtenkollision gehen könne, komme bei der Ex-post-Triage grds. nur ein rechtfertigender Notstand in Betracht.¹⁵ Solche Positionen scheinen häufig durch den Gedanken geprägt zu sein, dass das nachträgliche Zurückstellen eines Patienten „schlimmer“ sei, als wenn man die Behandlung erst gar nicht aufgenommen hätte. Daran ist richtig, dass mit Aufnahme der Behandlung die Erwartung begründet wird, dass die Behandlung auch zu Ende gebracht und diese Entscheidung nicht noch einmal in Frage gestellt wird. In die Diskussion um die Zulässigkeit der sog. Ex-post-Triage spielt aber jedenfalls auch die grundsätzlichere Frage hinein, ob eine Beeinträchtigung durch aktives Tun bereits für sich genommen gewichtiger ist als eine Beeinträchtigung durch Unterlassen. Herrschend geht man im strafrechtlichen Schrifttum von einem strukturellen Ungleichgewicht aus. Das zeigt sich auch am Beispiel der Kollision einer Handlungs- und einer Unterlassungspflicht. Diese wird nach h.M. nach den Regeln des rechtfertigenden Notstands (und gerade *nicht* nach der rechtfertigenden Pflichtenkollision)¹⁶

-
- 15 Siehe exemplarisch *A. Engländer*, Die Pflichtenkollision bei der Ex-ante-Triage, in: T. Hörnle, S. Huster, R. Poscher (Hrsg.), *Triage in der Pandemie* (2021), S. 111 (118); *W. Perron*, in: Schönke/Schröder, *StGB*, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 4. Dafür, dass auch bei der Ex-post-Triage eine Pflichtenkollision vorliegen könne: *I. Coca Vila*, Die Kollision von Verpflichtungsgründen im Strafrecht, *ZStW* 130 (2018), 959 (976 f.); *K. Gaede/M. Kubiciel/F. Saliger/M. Tsambikakis*, Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, *medstra* 2020, 129 (134 ff.); *E. Hoven*, Die „Triage-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, *JZ* 2020, 449 (452 ff.); *T. Hörnle*, Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?, in: dies./S. Huster/R. Poscher (Hrsg.), *Triage in der Pandemie* (2021), S. 149 (173, 184); *C. Jäger/J. Gründel*, Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage, *ZIS* 2020, 151 (160).
- 16 Von einer Pflichtenkollision als strafrechtlicher Fachbegriff wird seitens der herrschenden Ansicht nur gesprochen, wenn *Handlungspflichten* kollidieren, siehe *Coca Vila*, Kollision (Fn. 15), 960.

gelöst.¹⁷ Dementsprechend hängt die Rechtfertigung der Verletzung einer Unterlassungspflicht¹⁸ insbesondere davon ab, dass das geschützte Interesse das beeinträchtigte Interesse *wesentlich* überwiegt. Bei gleichem Gewicht der kollidierenden Pflichten und selbst bei einem nur geringfügigen Überwiegen des geschützten Interesses setzt sich die Unterlassungspflicht durch. Der Rechtsadressat darf in diesen Fällen nach h.M. also keinen zu einem tatbestandlichen Erfolg (z.B. den Tod oder die Gesundheitsschädigung) führenden Kausalverlauf durch aktives Tun in Gang setzen. Auch ein Entschuldigungsgrund kommt regelmäßig nicht in Betracht.¹⁹

Diese Position der herrschenden Ansicht zur Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflicht scheint auf zwei Annahmen zu beruhen: Zum einen auf der These, dass aktives Tun und Unterlassen schon unter dem Gesichtspunkt der Verhaltensform nicht gleichwertig sind und dass die aktive Beeinträchtigung (also der Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht) per se einen größeren Unrechtsgehalt aufweist als die Beeinträchtigung durch ein Unterlassen (also die Beeinträchtigung durch Verstoß gegen eine Handlungspflicht). Zum anderen wird die Pflicht zur Hinnahme einer Beeinträchtigung eigener Interessen aus Gründen der Solidarität auf Konstellationen beschränkt, in denen das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt.²⁰

a) Tun und Unterlassen

Die zuerst genannte These würde erklären, warum man derart grundsätzlich der Ansicht ist, dass eine rechtfertigende Pflichtenkollision nicht grei-

17 Siehe exemplarisch *Engländer*, Pflichtenkollision (Fn. 15), 114 f., 118; *A. Engländer/T. Zimmermann*, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, 1398 (1399 f.); *T. Zimmermann*, Rettungstötungen: Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand (2009), S. 117 ff. Zur anderen Ansicht siehe die entsprechenden Nachweise in Fn. 15. Einige nehmen an, dass eine Pflichtenkollision nur entschuldigend wirke, siehe exemplarisch *C. Momsen/L. I. Savic*, in: *v. Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 01.08.2023, § 34 Rn. 24; *H.-U. Paeffgen/B. Zabel*, in: *NK-StGB*, 6. Aufl. 2023, Vor § 32 Rn. 174a.

18 Also die Verletzung einer Unterlassungspflicht durch das Befolgen einer Handlungspflicht bzw. das Handeln im eigenen Interesse.

19 *Engländer/Zimmermann*, „Rettungstötungen“ (Fn. 17), 1400.

20 Verbreitet wird angenommen, dass der in § 34 StGB geregelte rechtfertigende Notstand auf dem Solidaritätsprinzip beruht, statt vieler *Neumann* (Fn. 14), § 34 Rn. 9, 10.

fen könne. Die dogmatische Handhabung von der Frage abhängig zu machen, was für Verhaltenspflichten miteinander kollidieren, konfrontiert indes mit dem Problem, dass es häufig vom Zufall abhängt, ob eine Verhaltenspflicht ein aktives Tun oder ein Unterlassen erfordert. Dieses Problem versucht man teilweise durch wertende Umdeutungen zu umgehen,²¹ dann stellt sich aber die Folgefrage, unter welchen Voraussetzungen eine Umdeutung der Handlungsform rechtlich zulässig ist.²² Hinzukommt, dass die Grundannahme als solche nicht überzeugen kann. Es ist nicht ersichtlich, warum in dem folgenden Beispielsfall das Unterlassen einer gebotenen Handlung (also das Zuwiderhandeln gegen die Handlungspflicht) schon aus Gründen der Handlungsform weniger Unrecht begründen sollte als ein unterlassungspflichtwidriges aktives Tun. Nehmen wir an, A müsste nur einen Schritt zur Seite gehen, damit ein Freund des A keine Schmerzen erleidet. Das ist – wie A weiß – das Einzige, was seinen Freund vor den Schmerzen bewahren würde; eine anderweitige Abwendung des Erfolges ist ausgeschlossen. Vergleichen wir das mit dem Fall, dass A auf einen Knopf drückt, und dadurch – wie er weiß – demselben Freund die gleichen Schmerzen bereitet. Es scheint so zu liegen, dass man bei dem Zuwiderhandeln gegen die Unterlassungspflicht den gewichtigeren Vorwurf erheben würde, schließlich sind die Schmerzen des Freundes dann das Werk des A. A war es, der den Kausalverlauf in Gang gesetzt hat, welcher dazu führen wird, dass sein Freund Schmerzen erleiden wird. In beiden Fällen hat A es aber in der Hand, ob sein Freund Schmerzen erleiden muss und weiß dies auch. Der einzige Aspekt, der einen Unterschied machen könnte, wäre der Umstand, dass man in dem einen Fall „nur“ einen bereits angestoßenen, zur Beeinträchtigung eines Interesses führenden Kausalverlauf nicht unterbrechen würde und in dem anderen Fall durch das Verhalten einen entsprechenden Kausalverlauf überhaupt erst anstößt. Letzteres scheint, sofern das Drücken des Knopfes auf eine autonome, insbesondere nicht erzwungene Entscheidung des A zurückgeht, einen größeren Vorwurf zu

21 Es ist beispielsweise wenig überzeugend, das Entfernen der Ernährungsonde (aktives Tun) per se für ein größeres Unrecht zu halten als das Unterlassen der Gabe von Nahrung. Insoweit wird deshalb ein Verhalten, dass sich tatsächlich als aktives Tun darstellt, normativ als ein Unterlassen gewertet, s. BGHSt 55, 191 (201 ff.). Darauf, dass es inkonsequent ist, diese Umdeutung bei dem Abschalten eines Beatmungsgeräts nicht vorzunehmen, weist u.a. *H. Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. (2023), S. 328 hin.

22 Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen ist ein viel diskutiertes Thema in der strafrechtlichen Literatur, siehe dazu exemplarisch *K. Gaede*, in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 4 ff.

implizieren, denn wer würde einem Freund schon freiwillig Schmerzen zufügen? Um die Frage zu beantworten, ob eine Pflichtverletzung durch aktives Tun gegenüber einer Pflichtverletzung durch Unterlassen schon aus Gründen der Handlungsform das größere Unrecht begründet, müsste man indes *sämtliche* sonstigen Faktoren gleich halten – also auch die Rahmenbedingungen der konkreten Entscheidung.

Nehmen wir also an, dass ein beeinträchtigender Kausalverlauf durch das aktive Tun des A nicht erst angestoßen werden würde, sondern bereits im Gange ist und dazu führen würde, dass der Freund des A Schmerzen erleiden wird. Das Betätigen des Knopfes würde diesen Kausalverlauf unterbrechen und einen neuen schaffen. Nehmen wir des Weiteren an, dass der Rechtsadressat nun lediglich die Wahl hat, dem Freund entweder durch Unterlassen des Zurseitetretens oder durch Betätigen des Knopfes Schmerzen zuzufügen – warum soll die Pflicht, schädigendes Handeln zu Unterlassen per sé der Pflicht, zur Abwehr eine Schädigung tätig zu werden, vorgehen? Es ist deutlich überzeugender, nicht von einer strukturellen Ungleichwertigkeit auszugehen, sondern sich die konkrete Sachlage anzuschauen und danach zu fragen, ob die kollidierenden Verhaltenspflichten gleichwertig sind. Die Verhaltensform als solche ist demnach unrechtsneutral. Das bedeutet, dass die Kollision einer Handlungs- und einer Unterlassungspflicht durchaus eine Pflichtenkollision im Rechtssinne darstellen kann.²³ Die Differenzierung zwischen Ex-ante- und Ex-post-Triage ist dann zunächst einmal nur phänomenologischer Natur und determiniert nicht die rechtliche Lösung. Wie die konkrete Sachlage rechtlich zu lösen ist, ist vielmehr von dem Gewicht der relevanten Ansprüche und Interessenslagen abhängig. In den Konstellationen der Ex-post-Triage wird man allerdings regelmäßig davon ausgehen können, dass der bereits in Behandlung stehende Patient ein berechtigtes Interesse hat, dass die Behandlung weitergeführt wird, und dass diese Umstände seinem Anspruch auf Behandlung²⁴ mehr Gewicht verleihen, sodass bei *gleichem* gesundheitlichen Zustand der Anspruch auf (Weiter-)Behandlung des bereits in Behandlung stehenden Patienten überwiegt. Eine Pflichtenkollision liegt hier nicht vor, weil die den Entscheidungsträger treffenden Pflichten (trotz gleicher Behandlungsbedürftigkeit) nicht das gleiche Gewicht haben. Ferner wird zu Recht da-

23 Siehe dazu auch die Nachweise in Fn. 15.

24 Der Anspruch stellt sich dann als Anspruch auf Weiterbehandlung dar, sofern man die einzelnen Behandlungsmaßnahmen kumulativ betrachtet und sie als *eine* Handlung wertet.

rauf hingewiesen, dass die nachträgliche Neuverteilung eines Behandlungsplatzes kollektives Systemvertrauen unterminiert.²⁵

b) Solidaritätspflichten

Der herrschende Ansatz deutet auf ein bestimmtes Verständnis der Solidaritätspflichten hin, welches keineswegs selbstverständlich ist. Es geht um die Frage, unter welchen Voraussetzungen jemand aus Gründen der Solidarität verpflichtet wäre, eine Beeinträchtigung seiner Interessen hinzunehmen. Würde man die Grenzen zur solidarischen Aufopferung allein auf der Basis eines auf Gleichrangigkeit beruhenden Rechtsverhältnisses bemessen und dabei nicht axiomatisch an die (zufällige) Risikoverteilung des status quo anknüpfen, dann ist nur das relationale Gewicht des jeweiligen Interesses entscheidend dafür, wer im überwiegenden Interesse des anderen inwieweit eine Beeinträchtigung hinnehmen muss.²⁶ Der eine Betroffene (A) müsste eine Beeinträchtigung seiner Interessen aus Gründen der Solidarität auch dann hinnehmen, wenn die Verhaltensalternative mit einer geringfügig schwerwiegenderen Beeinträchtigung der Interessen des anderen Betroffenen (B) verbunden wäre. Denn da A und B untereinander in einem auf Gleichrangigkeit beruhendem Rechtsverhältnis stehen, entscheidet sich die Frage, wem inwieweit eine Beeinträchtigung seiner Interessen zuzumuten ist, danach, welcher Anspruch gewichtiger ist (und sei es auch nur geringfügig). Das wirkt sich auf die Gewichtung der Pflichten des Entscheidungsträgers (C) aus: Wenn die gegenseitigen Ansprüche das gleiche Gewicht haben, ist keiner gegenüber dem anderen zur solidarischen Aufopferung verpflichtet und der Entscheidungsträger kann wählen, welche der alternativ, aber nicht kumulativ erfüllbaren Ansprüche er erfüllt. Das würde bedeuten, dass es nur auf die Frage ankommt, welches Gewicht dem jeweiligen Anspruch zukommt. Die Begriffe Ex-ante- und Ex-post-Triage wären weiterhin primär zur phänomenologischen Differenzierung geeignet; wie ein Fall rechtlich zu lösen ist, bemisst sich aber allein danach, wie der komplexe Prozess der Gewichtung und Abwägung aller Ansprüche unter Berücksichtigung der Verhaltensoptionen ausgeht: Überwiegen die auf eine bestimmte Verhaltensoption gerichteten Ansprüche, so ist C verpflichtet, sie

25 C. Sowada, NStZ 2020, 452 (457); Hörnle, Ex-post-Triage (Fn. 15) 175.

26 Zu einem solchen Verständnis der Solidaritätspflichten siehe S. Behrendt, Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung: Eine Untersuchung zu den Grundlagen der Grundrechte (2023), S. 312 ff.

zu realisieren. Soweit das Abwägungsergebnis einen Spielraum belässt, weil dem Rechtsadressaten mehrere Verhaltensoptionen zur Verfügung stehen, kann er innerhalb dessen wählen. So kann er beispielsweise zwar verpflichtet sein, die Ressource A zukommen zu lassen, aber die Art und Weise wie er das macht (zum Beispiel welches Bett, durch wen die Handlung ausgeführt wird, wo ein Kanal gelegt wird etc.), ist *insoweit* nicht festgelegt (was indes nicht bedeutet, dass diese Entscheidungen nicht auch rechtlich reguliert wären und rechtlich beurteilt werden könnten).

Das wäre anders, wenn die Frage, unter welchen Voraussetzungen man zur solidarischen Aufopferung eigener Interessen verpflichtet ist, anders beantwortet wird: So könnte man annehmen, dass man nur dann zur Duldung der Beeinträchtigung eigener Interessen verpflichtet sei, wenn das andernfalls beeinträchtigte Interesse des anderen Betroffenen *wesentlich* schwerer wiegt.²⁷ Sofern die drohende Beeinträchtigung diesen relativen Grad nicht erreicht, könnte ein solidarisches Opfer nicht verlangt werden. Wenn ein interessensbeeinträchtigender Kausalverlauf zu Lasten des Betroffenen A bereits angestoßen wurde, würde ihm zugemutet werden, die Beeinträchtigung zu erleiden – selbst wenn sein Interesse eigentlich geringfügig überwiegt; der Entscheidungsträger C dürfte den im Interesse des B liegenden Kausalverlauf nicht durch eine Neuverteilung der Ressource zugunsten des A unterbrechen. Wenn A und B hingegen ungefähr gleichermaßen behandlungsbedürftig sind und die Interessen des einen die des anderen nicht wesentlich überwiegen, C aber nur einen von beiden behandeln kann, dann wäre das (bei diesem Verständnis der Solidaritätspflichten) kein Problem, dass sich mit der Frage nach den Solidaritätspflichten lösen ließe. Weder A noch B wären aus Gründen der Solidarität dazu verpflichtet, eine Beeinträchtigung ihres Interesses hinzunehmen. Dieses Verständnis von Solidaritätspflichten könnte man nach wie vor so verstehen, dass es auf dem Gedanken der Gleichrangigkeit aufbaut – das Konzept akzeptiert aber die ggf. zufälligen Verlagerungen von Risiken und unterwirft sie nur der solidarischen Verteilung, sofern sie den einen *wesentlich* schwerer beeinträchtigen als den anderen. Die Ex-post-Triage ließe sich rechtlich grundsätzlich anders als die Ex-ante-Triage behandeln, weil man axiomatisch an den zum Entscheidungszeitpunkt bestehenden status quo anknüpfen würde: Der eine Patient steht im Unterschied zur neu dazukommenden,

27 Neumann (Fn. 14), § 34 Rn. 67: „Eine Preisgabe rechtlich geschützter Interessen unter dem Gesichtspunkt der Solidarität kann nur verlangt werden, wo es für den anderen um wesentlich wichtigere Interessen geht als für den Solidaritätspflichtigen.“

behandlungsbedürftigen Person bereits in Behandlung, das medizinische Personal hat sich bereits für dessen Behandlung entschieden. Der andere Patient hat das Nachsehen, sofern dessen Interessen nicht ein *wesentlich* höheres Gewicht beizumessen ist. Man könnte sich das Entscheiden in Konstellationen der Ex-post-Triage also leichter machen, weil man einfach auf den *status quo* verweist – dass dieser *status quo* Risiken und Chancen ungerecht und ungleich verteilt, läge dann außerhalb des rechtlichen Zugriffs. Für die Ex-ante-Triage wäre das Konzept nur relevant, sofern die Interessen des einen Betroffenen (A) die des anderen (B) wesentlich überwiegen – dann wäre C bereits verpflichtet, A zu behandeln, weil dem B aus Gründen der Solidarität mit A zuzumuten ist, dass B diese konkrete Ressource (Behandlung zum konkreten Zeitpunkt) nicht erhält. Soweit keines der Interessen *wesentlich* überwiegt, würde die rechtliche Behandlung nicht durch den Gedanken der Solidarität beeinflusst werden. Eine solche Konzeption solidarischer Aufopferung unterscheidet sich grundlegend von dem Konzept solidarischer Aufopferung, wie es zuvor beschrieben wurde.

III. Diskriminierungsschutz nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bei Triage-Entscheidungen

Bei Triage-Entscheidungen geht es, wie angesprochen, längst nicht nur um Konstellationen, in denen der Entscheidungsträger mit gleichwertigen Verhaltenspflichten konfrontiert wird. Eines der Grundprobleme besteht indes darin, zu determinieren, welche Faktoren rechtlich zur Bewertung der (Un-)Gleichwertigkeit herangezogen werden dürfen. Ich beschränke mich hier thematisch auf den Schutz von Menschen mit Behinderungen und zeige, dass die sich mit der Thematik befassende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom Dezember 2021²⁸ zur Problemlösung wenig beiträgt.

Das Gericht hat entschieden, dass eine Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG (und damit auch Faktoren, die implizit auf eine solche zurückgehen) nicht berücksichtigt werden darf – jdfs. sofern es nicht um die

28 BVerfGE 160, 79. Zur Kritik seitens der rechtswissenschaftlichen Literatur siehe exemplarisch *S. Jansen/T. Zimmermann*, Triage nach dem Beschluss des BVerfG v. 16.12.2021 - 1 BvR 1541/20, medstra 2022, 139; *D. Kranz/D. Ritter*, Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen, NVwZ 2022, 133; *H. Rosenau*, Triage - Das BVerfG, das Strafrecht und der Gesetzgeber des § 5c IfSG, GA 2023, 121.

Überlebenswahrscheinlichkeit hinsichtlich der konkreten medizinischen Maßnahme geht.²⁹ Es sah in der medizinischen Praxis das Risiko, dass sich Behandelnde gegen den Patienten mit Behinderung entscheiden könnten. Eine Behinderung kann sich zwar unter Umständen auf die Lebenserwartung auswirken; das ist indes nicht zwingend. Ob und inwiefern sich die Behinderung auf die Wahrscheinlichkeit auswirkt, die konkrete Behandlung zu überleben, ist eine von den Auswirkungen auf die Lebenserwartung zu trennende Frage. Das Bundesverfassungsgericht hält es zwar für verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn auf die klinischen Erfolgsaussichten im Sinne des Überlebens der aktuellen Erkrankung abgestellt wird. Es sei aber dennoch zu befürchten, dass Menschen mit Behinderung bei einer Auswahlentscheidung benachteiligt werden würden.³⁰ Hier geht es u.a. um Risiken, die mit der Bewältigung des Problems epistemischer Ungewissheit sowie kognitiven Verzerrungen zusammenhängen. Nicht zuletzt angesichts der Rahmenbedingungen, unter denen das medizinische Personal Behandlungsentscheidungen treffen muss, besteht die Gefahr, dass das konkret-individuelle Risiko des Patienten falsch eingeschätzt wird oder das rein stereotypisch von einer Behinderung auf eine verkürzte Lebenserwartung und/oder eine schlechtere Überlebensprognose geschlossen wird. Diesen Risiken müsse wirksam begegnet werden; der Gesetzgeber habe dafür zu sorgen, dass ein hinreichend wirksamer Schutz vor einer Benachteiligung wegen einer Behinderung erzielt werde.³¹

Hier gibt es indes diverse Schwierigkeiten. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot schützt (nach dem überzeugenderen, asymmetrisch-materiellen Verständnis) vor materiell nachteiligen Entscheidungen³² und soll – gewendet auf den medizinischen Kontext – davor schützen, dass Patient:innen wegen einer Behinderung benachteiligt werden.³³ Es ist des-

29 BVerfGE 160, 79 (121f.).

30 Dazu BVerfGE 160, 79 (122 ff.).

31 BVerfGE 160, 79 (119).

32 *S. Baer/N. Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage, Art. 3 Rn. 418 f.

33 BVerfGE 160, 79 (119): „In einer Rechtsordnung, die auf eine gleichberechtigte Teilhabe behinderter Menschen an der Gesellschaft ausgerichtet ist [...], kann eine Benachteiligung wegen einer Behinderung nicht hingenommen werden, der die Betroffenen nicht ausweichen können und die unmittelbar zu einer Gefährdung der nach Art. 2 II 1 GG als überragend bedeutsam geschützten Rechtsgüter Gesundheit und Leben [...] führt.“ Siehe dazu – bezogen auf die abwehrrechtliche Dimension – auch *C. Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, 100. EL Januar 2023, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 115 f. Diese ist jdfs. dann einschlägig, wenn es sich um eine Entscheidung handelt, die einem Hoheitsträger zuzurechnen ist; andernfalls stellt sich die Frage

halb grundsätzlich verfassungsrechtlich untersagt, dass eine Entscheidung durch das Bestehen einer Behinderung beeinflusst wird.³⁴ Vorbehaltlich einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung müsste das Bestehen einer Behinderung für die Entscheidung über die Priorisierung/Posteriorisierung von Patient:innen irrelevant sein – grds. selbst unter dem Gesichtspunkt des Kriteriums der klinischen Erfolgsaussichten im Sinne des Überlebens der aktuellen Erkrankung.³⁵ Da es mir hier um die Frage geht, inwiefern das Verfassungsrecht bei Triage-Entscheidungen vor einer Diskriminierung wegen einer bestehenden Behinderung schützen kann, können wir es etwas

nach der gleichheitsrechtlichen Grundrechtsbindung Privater. Zu dieser Diskussion siehe exemplarisch einerseits *M. Grünberger*, Personale Gleichheit: Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht (2013), S. 484 ff., 1007, der für eine Bindung Privater argumentiert, und andererseits *K. F. Gärditz*, Adressaten des Antidiskriminierungsrechts: Staat und Private, in: *A. K. Mangold/M. Payandeh* (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsgrecht (2022), S. 171 (173 ff.).

- 34 Art. 3 Abs. 3 S. 1 und 2 GG sind nach überzeugenderer Ansicht als Anknüpfungsverbote zu verstehen. Nach der Gegenansicht geht es nur um ein Begründungsverbot. Ein Verstoß würde nach der zuletzt genannten Ansicht nur dann vorliegen, wenn die Ungleichbehandlung nicht begründet werden kann, ohne auf das Merkmal zu rekurrieren, zum Streitstand siehe *Baer/Markard* (Fn. 32), Art. 3 Rn. 426; *A. K. Mangold/M. Payandeh*, Antidiskriminierungsrecht – Konturen eines Rechtsgebiets, in: dies. (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsgrecht (2022), S. 3 (31 f.). Das würde indes bedeuten, dass es verfassungsrechtlich legitim wäre, wenn ein Hoheitsträger nur wegen einer diskriminierenden Berücksichtigung beispielsweise der Behinderung eines Menschen eine bestimmte Entscheidung trifft, sofern er sie nur anders begründen kann – und zwar selbst dann, wenn er sich ohne Berücksichtigung dieses Umstands anders entschieden hätte. Das Problem einer anderweitigen Begründbarkeit und der Rationalisierung von Entscheidungen stellt sich bei der nachträglichen Überprüfung einer Entscheidung regelmäßig. Der verfassungsrechtliche Schutz vor Diskriminierung mag in der Praxis aus epistemischen Gründen nicht perfekt sein, das legitimiert es aber nicht, die Problematik einer (verfassungs-)rechtlichen Erfassung und der verfassungsrechtlichen Diskussion zu entziehen.
- 35 Der Weg, bereits im Tatbestand die Benachteiligung zu verneinen, ist problematisch, soweit es sich um eine bloße Prognose handelt. Sofern klar ist, dass der Patient die Behandlung nicht überleben würde, wäre die Entscheidung, einen anderen Patienten zu behandeln, unproblematisch. Da die Behandlung den Interessen des Patienten mit Behinderung, den Gesundheitszustand wiederherzustellen, nicht herbeiführen wird, erleidet er keinen materiellen Nachteil. Ist es hingegen unsicher und bestehen keine Kenntnisse über die Faktoren, die zur Beurteilung der Überlebenswahrscheinlichkeit verlässlich Auskunft geben und mit dem Bestehen/Nicht-Bestehen der Behinderung nicht zusammenhängen, so wird sich die Berücksichtigung der Behinderung regelmäßig nachteilig auswirken – mangels Kenntnis des konkret-individuellen Risikos wird man regelmäßig versuchen, die Unsicherheit heuristisch zu bewältigen. Ein grundrechtlicher Schutz vor Diskriminierung darf sich dieser Probleme nicht verschließen.

simplifizieren und annehmen, dass ein wirksamer Schutz vor Benachteiligung erfordern würde, dass die Behinderung und damit zusammenhängende Faktoren bei der Allokationsentscheidung *keinerlei* Berücksichtigung finden. Das Kernproblem – das sich verfassungsrechtlich nicht ausräumen lässt – liegt darin, dass die rechtliche Exklusion eines Faktors nicht dazu führt, dass die Entscheidung zwischen den Fällen leichter wäre oder dass Patienten mit Behinderung effektiv vor einer Benachteiligung geschützt werden würden. Der verfassungsrechtliche Schutz vor Diskriminierung hat nur den Effekt, dass bestimmte Merkmale – darunter das Bestehen einer Behinderung – eine Entscheidung nicht beeinflussen dürfen; er reduziert daher die Merkmale, die zur Differenzierung herangezogen werden dürfen. Hat man alle rechtlich zulässigen Kriterien berücksichtigt und gelangt zur Gleichwertigkeit mehrerer Behandlungsansprüche, von denen nicht alle erfüllt werden können – klassisches Beispiel: eine ECMO-Maschine, zwei Patient:innen mit gleichwertigem Behandlungsanspruch – dann ist es rechtlich egal, für welchen der beiden Patient:innen sich der Behandler entscheidet. Erklärt man, dass ein Faktor rechtlich nicht bei der Gewichtung der Ansprüche auf Behandlung berücksichtigt werden darf, dann bedeutet das nicht, dass der Rechtsadressat sich bei einer Gleichwertigkeit nicht genauso verhalten dürfte, wie er es tun würde, wenn er den Faktor berücksichtigen dürfte. Das Verfassungsrecht verbietet eine Ungleichbehandlung und die Berücksichtigung bestimmter Faktoren bei der Determinierung der Frage, ob ungleiche Fälle vorliegen. Es kann jedoch – aus Gründen der Gleichbehandlung – nicht gebieten, dass der Diskriminierungsschutz sich in eine Pflicht zur Bevorzugung der vulnerablen Gruppe wandelt. Dass Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gebietet, dass Maßnahmen zur Förderung von Menschen mit Behinderung ergriffen werden, bleibt davon unberührt. Insofern geht es aus der Perspektive eines auf Gleichrangigkeit beruhenden grundrechtlichen Rechtsverhältnisses unter Menschen nur um den Gedanken eines Nachteilsausgleichs.³⁶ Mit dem Gleichrangigkeitsgedanken unvereinbar wäre es aber wiederum, wenn Menschen mit Behinderung per se Menschen ohne Behinderung vorgezogen werden würden. Damit ist nicht gemeint, dass die Entscheidung, einen Menschen mit Behinderung zu bevorzugen, verfassungsrechtlich unzulässig wäre, aber eine solche Entscheidung ist – jenseits des Ausgleichs behinderungsbedingter Nachteile – ver-

36 Baer/Markard (Fn. 32), Art. 3 Rn. 542.

fassungsrechtlich auch nicht *geboten*.³⁷ Und hier liegt der Hund begraben: Denn die gleiche Partizipation von Menschen mit und ohne Behinderung an den Ressourcen der Gesellschaft lässt sich dann schließlich individualrechtlich nicht effektiv verwirklichen. Weil die Behinderung bei der konkreten Auswahlentscheidung keine Rolle spielen darf, muss der Behandler zwischen zwei Patienten mit gleichgewichtigen Behandlungsansprüchen wählen, das Recht nimmt ihm diese Entscheidung nicht ab – egal, für wen er sich entscheidet, er würde rechtskonform handeln. Deshalb kann das Recht nicht verhindern, dass sich Behandler dennoch für den Patienten ohne Behinderung entscheiden. Der in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verankerte grundrechtliche Schutz vor einer Diskriminierung wegen Behinderung hat insofern keine Zähne. Erst wenn man die individual-rechtliche Perspektive verlässt und die Aggregation solcher Triage-Entscheidungen zwischen Patient:innen mit und ohne Behinderung in den Blick nimmt, könnte man das Versprechen des antidiskriminierungsrechtlichen grundrechtlichen Schutzauftrags im Wege einer *statistischen* Gleichbehandlung einlösen – indem man alle Fälle erfasst, in denen eine solche Entscheidung getroffen wird. Man müsste einfach-rechtlich vorsehen, dass sich die Fälle, in denen sich der Behandelnde für die Behandlung eines Patienten ohne Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG entscheidet, und die Fälle, in denen er sich für die Behandlung eines Patienten mit Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG entscheidet, die Waage halten. Über die relevanten Entscheidungen müsste – zur Ermöglichung einer Kontrolle – Buch geführt werden.³⁸

Natürlich ist auch die Lösung über eine statistische Gleichbehandlung mit gewissen Problemen behaftet. Schlussendlich stellt sich die Frage, auf welche Bezugsgröße man diese statistische Gleichbehandlung wendet. Es macht ggf. einen erheblichen Unterschied, ob man dies am einzelnen Behandler festmacht, an der Notfallambulanz oder, am konkreten Krankenhaus als organisatorischer Einheit, am Bundesland oder in Bezug auf alle Triage-Entscheidungen bundesweit. Stellt man nicht auf eine bundesweite statistische Gleichbehandlung ab, so können unterschiedliche Fallzahlen sich ggf. aggregieren und dann auf der Basis einer bundesweiten Erfassung zu einer statistischen Ungleichbehandlung führen. Je stärker man

37 J. Zinsmeister, Behinderung als Diskriminierungskategorie, in: A. K. Mangold/M. Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht (2022), S. 387 (414).

38 Die auf Anlass der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergangene Reform des Infektionsschutzgesetzes, siehe § 5c IfSG, hat dies versäumt. Das Problem wird auch nicht funktionsäquivalent anderweitig gelöst. Hier sind weitere Probleme vorprogrammiert.

sich jedoch von den konkreten Entscheidungsträgern löst, desto eher läuft man Gefahr, dass der eine Behandler weiterhin Menschen ohne Behinderungen solchen mit Behinderungen vorzieht und der andere es anders macht. In diesem Extremeszenario hinge es dann aus Sicht des Patienten davon ab, welcher Behandler über den Fall entscheidet. Da der Diskriminierungsschutz aber schlussendlich individualrechtlich geprägt ist, muss sich die Lösung über die statistische Gleichbehandlung auch bis hin zum konkreten Entscheidungsträger durchziehen; nur wegen der unterschiedlichen Fallzahlen ließe sich dann eine auf der untersten Ebene bestehende statistische Ungleichbehandlung bei einem vergleichenden Blick auf andere Entscheidungsträger ausgleichen. Zudem stellt sich die Frage, wann eine Entscheidung als eine in die statistische Beobachtung einfließende Triage-Entscheidung gilt. Das setzt voraus, dass man die Entscheidungskonstellationen, die mit Blick auf das System als Triage-Entscheidung gelten, gut konturieren müsste.

Die Bewältigung des epistemischen Grundproblems bleibt indes ein Problem, das noch adressiert werden müsste. Denn die Entscheidung gegen die Behandlung eines Patienten, der diese Behandlung – anders als der schlussendlich behandelte andere Patient – nicht überlebt hätte, sollte bei der statistischen Erfassung außen vor bleiben. Diese soll bezwecken, dass Menschen mit und ohne Behinderung gleichermaßen an der Allokation überlebensnotwendiger Ressourcen partizipieren – das Bedürfnis für Partizipation speist sich aber aus dem Interesse, welches durch die Nutzung der Ressource gefördert wird. Wenn sich dieser Nutzen nicht einstellen wird, sondern zu einer Lebensverkürzung führen würde, so ist das Unterlassen des Zurverfügungstellens der Ressource auch nicht zur Interessensrealisierung geboten.³⁹ Wenn sich dies indes nicht aufklären lässt, muss ein Weg gefunden werden, wie mit dieser Unsicherheit umzugehen ist und was das für die Erfassung bedeuten. Jedenfalls aber müsste nach einer Triage-Entscheidung noch qualitativ geprüft werden, ob die Entscheidung in die statistische Erfassung eingehen sollte.

Ein solches System wäre durchaus komplex und müsste noch genauer ausgearbeitet werden. Es wird auch nicht zu einer perfekten Bewältigung des Diskriminierungsproblems führen – diese kann es schon wegen unausräumbarer, stets bestehender Unschärfen nicht geben.

39 Das wird bei der straf- und verfassungsrechtlichen Diskussion derartiger Dilemmata häufig übersehen.

IV. Der Einsatz von KI bei Entscheidungen in der Triage

Inwiefern kann KI nun bei Entscheidungen in der Triage unterstützen?⁴⁰ Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, um welche Aufgaben es konkret geht, und inwiefern die KI in der Lage ist, bei der Aufgabenerfüllung zu unterstützen. Die Ausführungen zum Begriff und zum Verständnis der Triage haben bereits deutlich gemacht, dass es hier längst nicht nur um die dilemmatische Entscheidung, welche Patient:innen man am Leben erhält und welche man sterben lässt, geht. Vielmehr geht es bei Entscheidungen in der Triage auch um Priorisierungsentscheidungen ganz allgemein. Auch die Zurückstellung der Behandlung des Patienten mit oberflächlicher Schnittverletzung gegenüber dem Patienten mit Herzinfarkt ist eine Triage-Entscheidung, da Triage auch als Oberbegriff zur Zuteilung der Ressourcen nach Dringlichkeit verwendet wird.

Folgende Punkte lassen sich grob auseinanderhalten, auch wenn sie als Teil eines Prozesses sinnhaft miteinander verbunden sind (insbesondere die ersten drei Stichpunkte):

- Sichtbarmachen und Koordination der Ressourcen
- Erhebung der Informationen, die über die Behandlungsbedürftigkeit und die Dringlichkeit sowie etwaige Risikofaktoren Auskunft geben
- Ermittlung der Behandlungsbedürftigkeit
- Ermittlung der Dringlichkeit
- Entscheidung mit existentieller Bedeutung

KI könnte zunächst einmal bei der Verwaltung und Organisation der Ressourcen helfen, beispielsweise durch ein Monitoring der freien Betten und verfügbaren Ressourcen in unterschiedlichen Kliniken in Echtzeit. Das kann Zeit sparen und dadurch Leben retten. Das entspricht dem Vorschlag der Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Kran-

40 Naturgemäß stellt sich die Frage, was man überhaupt unter künstlicher Intelligenz versteht. Versteht man den Begriff der Intelligenz recht weit und fordert allein, dass ein Reiz-Reaktions-Mechanismus über Datenverarbeitung stattfindet, so ist die Bandbreite dessen, was als künstlich intelligent bezeichnet werden kann, nahezu grenzenlos. Ich möchte es für die Zwecke dieses Beitrags auch gerne bei diesem breiten Spektrum belassen, weil die real verfügbaren Applikationen auch eine Bandbreite aufweisen.

kenhausversorgung⁴¹ und wird allem Anschein nach auch teilweise bereits praktiziert.

Soweit es um die konkrete Behandlung von Patient:innen geht, müssen zunächst im Wege der Anamnese die Informationen erhoben werden, die über die Behandlungsbedürftigkeit und die Dringlichkeit Auskunft geben. Smarte Technologie kann hier sehr hilfreich sein, soweit es um die Informationserhebung und automatisierte Weiterleitung an die richtigen Stellen geht. Schon bei der Informationserhebung kommt es allerdings entscheidend auf die genaue Ausgestaltung an: Wenn dieser Schritt auf die digitale Erfassung von Daten, die der Patient selbst eingibt, beschränkt wird, wird ggfs. viel übersehen. Wenn der Patient selbst einige der Symptome gar nicht bemerkt oder sie nicht angibt, weil er sie nicht für relevant hält, dann misslingt die Sichtung der Behandlungsbedürftigkeit gegebenenfalls. Hier bietet die Digitalisierung und Technisierung der Medizin einiges an Potential. Eine umfassende Datenerhebung und -zusammenführung im Sinne einer elektronischen Patientenakte ebnet den Weg für eine früherkennende Medizin, führt weg von einer symptomgeleiteten und hin zu einer stärker datenbasierten Medizin.⁴² Zugleich kann die Zusammenführung der gesundheitlichen Geschichte des Patienten und die maschinelle Analyse dieser Daten ggfs. Rückschlüsse erlauben, die auch für die Einschätzung des Gesundheitszustandes des Patienten und die Dringlichkeit seiner Versorgung in der Notfallsituation wichtig sind.

-
- 41 Vierte Stellungnahme und Empfehlung der Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung: „Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen“, S. 14. Abrufbar unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/krankenhaus/regierungskommission-krankenhausversorgung>.
- 42 Bislang erfolgt ein Großteil medizinischen Arbeitens symptomgeleitet. Erst bei Auftreten von Symptomen wird nach den Ursachen gesucht. Dem versucht man zwar in Bezug auf gewisse gesundheitliche Risiken durch die – symptomunabhängige – Durchführung von Früherkennungsmaßnahmen entgegenzuwirken, dennoch steht das Symptom regelmäßig am Anfang der Behandlung. In der Notaufnahme ist das nicht anders. Dieser Weg ist indes sehr fehleranfällig, denn zum einen kann das Symptom sich ggfs. erst zu spät zeigen, um den pathologischen Zustand zu beheben. Zum anderen kann ein Symptom ggfs. sehr unspezifisch sein und sehr unterschiedliche Ursachen haben. Welche Ursache im konkreten Fall vorliegt, ist dann schwer zu beurteilen. Wenn die Abklärung der genauen Ursache ressourcenaufwändig ist, kann es sein, dass im Zweifel nur auf die statistische Wahrscheinlichkeit vertraut wird – es kann dann zu den tragischen Fällen kommen, in denen ein gravierender, lebensbedrohlicher Zustand mit tödlichen Folgen unentdeckt bleibt.

Künstliche Intelligenz könnte aber auch anderweitig dabei helfen, weitere Informationen einzuholen, die für die Einschätzung der Behandlungsbedürftigkeit und Dringlichkeit wichtig sind. So könnte smarte Technologie beispielsweise genutzt werden, um gezielter nachzufragen und beispielsweise aufgrund der Fehleinschätzung des Patienten unterlassene Angaben einzuholen, indem die Abfrage dynamisch erfolgt und sich als iterativer Prozess darstellt. KI simuliert auf diese Weise das Arztgespräch, bohrt in Reaktion auf die konkrete Antwort des Patienten tiefer nach. Bei der normalen Anamnese werden schließlich auch erst allgemeine Informationen mit potentieller Relevanz für den Gesundheitszustand des Patienten abgefragt und dann erfolgt die Abklärung des Gesundheitszustandes gewissermaßen schrittweise. Eine Information wird mit Krankheitsbildern abgeglichen und zur Diagnostizierung wird abgefragt, inwiefern es weitere Daten gibt, die mit dem jeweiligen Krankheitsbild übereinstimmen. Das ließe sich jedoch teilweise auch durch KI reproduzieren.⁴³ Diagnostik ist außerdem stark wissensbasiert. Das menschliche Gehirn ist jedoch nur begrenzt aufnahme- und speicherungsfähig und der Griff zur Datenbank deshalb sinnvoll. Künstliche Intelligenz kann hier helfen, um diesen Abgleich mit den individuellen Daten des Patienten und potentiellen Krankheitsbildern durchzuführen und zugleich das medizinische Personal zu entlasten.

Der Einschätzung der Dringlichkeit liegen immer Prognosen über den weiteren Verlauf mit und ohne medizinische Hilfe zugrunde. Die Erwartung ist hier, dass maschinelle Prognosen menschliche Prognosen übertreffen. Eine auf maschinellem Lernen beruhende Software soll schneller und besser sein und verlässlichere Prognosen abgeben.⁴⁴ Es bestehen indes häufig grundlegende Probleme mit einer auf maschinellem Lernen basierenden Software: So hat eine umfassende Analyse von diversen prognostischen KI-Tools ergeben, dass fast alle untersuchten Modelle ein hohes Risiko von Biases (Verzerrungen) aufweisen, unter sog. Overfitting (Überanpassung) leiden, also auch auf irrelevante Parameter abstellen und die Vorhersageleis-

-
- 43 Solche Systeme gibt es bereits, siehe <https://klinikhealthcaresolutions.com/how-ai-driven-online-triage-is-transforming-general-practice/>. KI kann außerdem grds. bei der Verständigung mit nicht deutsch- oder englischsprechenden Patient:innen helfen.
- 44 Vgl. *Helbing u.a.*, Triage 4.0: On Death Algorithms and Technological Selection. Is Today's Data-Driven Medical System Still Compatible with the Constitution?, *Journal of European CME* 10 (2021), 1989243, 1 (2), <https://doi.org/10.1080/21614083.2021.1989243>; *H. Overweg u.a.*, Interpretable Outcome Prediction with Sparse Bayesian Neural Networks in Intensive Care, <https://arxiv.org/abs/1905.02599>.

tung übertrieben ist.⁴⁵ Die Tools arbeiten ggfs. im Trainingsszenario gut, in realen Anwendungsszenarien sei jedoch zu befürchten, dass dem nicht so sei. Von dem vorschnellen Einsatz der untersuchten Modelle wurde daher abgeraten.⁴⁶

Schwierig wird es insbesondere, soweit KI bei der Prognose eingesetzt wird, ob der Patient überleben wird. Die Überlebenswahrscheinlichkeit ist bei „existentiellen“ Triage-Entscheidungen (also denen, bei denen hinsichtlich der überlebensnotwendigen Ressource eine Auswahlentscheidung getroffen werden muss) zentral und – soweit es um die Wahrscheinlichkeit des Überlebens der konkret vorzunehmenden Maßnahme geht – auch ein vom Bundesverfassungsgericht gebilligtes Kriterium.⁴⁷ Da das Bundesverfassungsgericht es aber zugleich für unzulässig hält, die weitere Lebenserwartung zu berücksichtigen⁴⁸ – dies wäre mit dem Leitprinzip der Lebenswertindifferenz⁴⁹ unvereinbar – stellen sich Abgrenzungsschwierigkeiten. Wenn die Durchführung der Maßnahme bei dem Patienten mit Behinderung eine Ursache dafür setzt, dass dieser im Zusammenwirken mit gesundheitlichen Faktoren, die durch die Behinderung negativ beeinflusst werden, kurz nach Beendigung der Maßnahme versterben wird, hat er dann die konkrete Maßnahme „überlebt“, solange er nur nach Abschluss der Arbeiten noch am Leben ist? Wie ist es, wenn es eine Woche dauert? Ein Monat? Ein Jahr? Die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit der Berücksichtigung der Behinderung – sofern es nicht um das Überleben der konkret in Rede stehenden Maßnahme geht – wirkt sich auch auf die Frage aus, inwiefern KI bei existentiellen Triage-Entscheidungen eingesetzt werden kann. Denn soweit KI mit Daten trainiert wird, die eine unzulässige Diskriminierung enthalten, dann führt das auch zu einem Modell, dass diese Diskriminierung bei der Bewertung des konkreten Falles weitergibt. Und das Training mit diskriminierungsfreien Daten wird auch durch die genannte Abgrenzungsschwierigkeit erschwert. Es ist zu befürchten, dass ein KI-Modell Patient:innen mit Behinderung eine schlechtere Überlebenswahrscheinlichkeit auch hinsichtlich der konkreten Maßnahme attestiert, weil es das durch Korrelationen in den Trainingsdaten so „gelernt“ hat. Das

45 *L. Wynants u.a.*, Prediction models for diagnosis and prognosis of covid-19: systematic review and critical appraisal, BMJ 2020;369:m1328; <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m1328>.

46 *Ibid.*

47 BVerfGE 160, 79 (121f.).

48 BVerfGE 160, 79 (122).

49 Exemplarisch Augsberg, Regelbildung (Fn. 12), 12 ff.

beschränkt sich nicht auf eine Diskriminierung wegen einer Behinderung. Empirisch belegt ist beispielsweise racial discrimination im (US-amerikanischen) System der Gesundheitsversorgung.⁵⁰

Das verstärkt eines der Kernprobleme, denn KI wird häufig plausibel erscheinende Prognosen auswerfen. Im Anwendungsfall wird eine menschliche Plausibilitätskontrolle in der Regel die Probleme der maschinellen Prognose nicht entdecken können. Eine substantiellere Kontrolle ist angesichts der Intransparenz der maschinellen Prozesse nicht möglich. Das liegt nicht nur daran, dass der Algorithmus in der Regel nicht offengelegt wird, denn mit der Kenntnis des Algorithmus – und selbst der konkreten Parameter des Einzelfalls – ist nicht viel gewonnen. Man müsste vielmehr verstehen können, inwiefern die maschinelle Datenverarbeitung den ontologischen Sachverhalt überhaupt erfassen und den Kausalverlauf zutreffend beurteilen kann. Davon sind wir noch weit entfernt. Sog. Ankereffekte⁵¹ bzw. ein sogenannter Automation Bias⁵² sind deshalb im Grunde unausweichlich. Allerdings werden Algorithmen teilweise auch eine gewisse Skepsis entgegengebracht. Das wird unter dem Stichwort „algorithm aversion“ diskutiert. Das stößt aber im Grunde auf spiegelbildliche Bedenken, denn dann wird ggf. das maschinell ausgeworfene Ergebnis verworfen, obwohl es tatsächlich eine gute Entscheidungsgrundlage darstellen würde. Wir befinden uns in einer Zwickmühle. Verwenden wir KI zur Ermittlung von Kriterien, die ein prognostisches Element beinhalten, tragen wir systemische Diskriminierungen und anderweitige Diskriminierungen in eine Entscheidung hinein, die andernfalls nicht zwingend durch diese Diskriminierung kontaminiert wäre. Verzichten wir auf die Hinzuziehung von KI zur Ermittlung von Kriterien, die ein prognostisches Element beinhalten, wird das länger dauern und es ist keineswegs sicher, dass die Behandlungsentscheidung „die richtige“ sein wird. Einen Weg „zwischen Skylla und Charybdis“ könnte ggf. darin bestehen, bei der Entwicklung von KI-Modellen stärker auf eine interdisziplinäre Kollaboration zu setzen und die Übersetzungsfähig-

50 Siehe <https://www.verywellhealth.com/black-health-experience-survey-5219151>.

51 Grundlegend zu Ankereffekten: A. Tversky, D. Kahneman, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science* 185 (1974), 1124.

52 Allgemein zum Thema des Automation Bias siehe L. J. Skitka u.a., *Int. J. Human-Computer Studies* (1999), 1006. Eine jüngere Studie plausibilisiert, dass die Gefahr eines automation bias auch bei einem human-in-the-loop-System bei Triage-Entscheidungen durchaus gegeben ist, B. van der Stigchel u.a., Intelligent decision support in medical triage: are people robust to biased advice?, *Journal of Public Health* 45 (2023), 689–696.

keit bei algorithmischen Systemen zu stärken. Bei der Hinzuziehung von KI bei Behandlungsentscheidungen könnte letzteres ggfs. auch durch speziell ausgebildetes Personal geleistet werden.

Die Beantwortung der Frage, unter welchen Bedingungen KI bei „existentiellen Triage-Entscheidungen“ eingesetzt werden kann, hängt auch von den oben behandelten rechtlichen Grundfragen ab. Die These, dass die Ex post Triage von vorneherein dem Regime des rechtfertigenden Notstands unterworfen werden soll, stößt auf einige grundlegende Bedenken (s.o.); nimmt man sie ernst, so bedeutet das, dass die konkrete Entscheidung über die Zuteilung einer Ressource komplexer ist, als sie nach herrschender Ansicht wäre. Das müsste bei der Entwicklung und Anwendung von KI-Systemen beachtet werden.

V. Schluss

Schlussendlich ist es meines Erachtens nicht ratsam, maschinelle Entscheidungshilfen kategorisch abzulehnen, viele vorbereitende Schritte, die für Triage-Entscheidungen relevant sind, lassen sich durchaus technisch unterstützen. Bedenken hinsichtlich eines Einsatzes von KI bei dem Echtzeit-Monitoring von Ressourcen bestehen beispielsweise nicht. Problematisch wird indes der Einsatz von KI bei Prognoseentscheidungen. Hier bräuchte es jedenfalls eines Bewusstseins über die Fallstricke von diskriminierenden Entscheidungen und welche Probleme sich daraus mit Blick auf Allokationsentscheidungen ergeben.

