

Patientenbetreuungsprogramms durch Diabetiker⁷⁴ sowie einer App zur Langzeitaufzeichnung der Herzfrequenz bei Herzrhythmusstörungen⁷⁵.

III. Ausblick

In ihrem Grünbuch identifizierte die Kommission diverse Hindernisse für die Ausschöpfung des Entwicklungspotenzials von mHealth-Lösungen. Klärungsbedarf besteht insbesondere hinsichtlich medizinprodukterechtlicher Abgrenzungsfragen und der Sicherheitsanforderungen an Apps. Zur Schaffung von Investitionsanreizen ist ferner die Kostenerstattungsfrage zu beantworten. Die Interoperabilität zwischen mHealth-Produkten und Gesundheitsnetzen ist eine technische wie rechtliche Aufgabe.

Die Stellungnahmen der Interessenvertreter zum Grünbuch zeigen unterschiedliche Strategien hinsichtlich der Regulierung auf. Die Vorschläge reichen von der Schaffung verbindlicher Abgrenzungsbestimmungen und Sonderregelungen für Lifestyle- und Wellbeing-Apps über die Prüfung medizinischer Apps durch eine benannte Stelle⁷⁶ bis hin zur Regulierung von Apps für das persönliche Wohlbefinden⁷⁷. Angelehnt an die US-Regulierung wird ferner vorgeschlagen, die Überwachung von Apps mit marginalem Gesundheitsrisiko in das Ermessen der Behörden zu stellen⁷⁸.

Die Sicherheit und das Anwendervertrauen könnten private und öffentliche Zertifizierungsprogramme stärken. Beispielhaft ist eine Sicherheitsprüfung durch die britische NHS health apps library, deren Register mittlerweile über 100 Apps umfasst⁷⁹. Hinsichtlich datenschutzrechtlicher Anforderungen bietet der TÜV Rheinland eine freiwillige Zertifizierung an⁸⁰. Zur Sicherung gesundheitsbezogener Daten wird die Standardisierung technologischer Verschlüsselungs- und Authentifizierungsverfahren gefordert⁸¹.

Der Referentenentwurf zur Umsetzung der Telematikinfrastruktur der gesetzlichen Krankenversicherung spart Rechtsfragen der Einbindung von mHealth-Apps in die Regelversorgung der GKV noch aus. Das Gesetzgebungsverfahren bleibt abzuwarten. Zu verfolgen bleibt auch, ob und in welchem Ausmaß die Ergebnisse der europäischen Konsultation in ein Gesetzgebungsverfahren einfließen und in wie weit das nationale Fernbehandlungsverbot dem US-amerikanischen Usus entsprechend den technischen Möglichkeiten weichen wird.

Zu erwähnen ist schließlich, dass das aktuelle Thema behördlicherseits aufgegriffen worden ist und das BfArM im März 2015 im Rahmen der „BfArM im Dialog: Medical Apps“-Veranstaltung Chancen wie auch Risiken gemeinsam mit Vertretern aus Anwendung, Forschung, Wirtschaft und Politik diskutiert hat⁸².

74) Dazu Bericht der Washington Post v. 21.6.2013, abrufbar unter http://www.washingtonpost.com/business/capitalbusiness/well-doc-to-release-prescription-only-smartphone-app/2013/06/21/bf76a794-d826-11e2-9df4-895344c13c30_story.html, Zugriff am 6.5.2015.

75) Vgl. http://alivecor-internal.s3.amazonaws.com/public/AliveCor_Reimbursement_Language.pdf, Zugriff am 6.5.2015.

76) Stellungnahme Deutsche Sozialversicherung v. 3.7.2014, S. 4.

77) Stellungnahme Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 10.9.2014, TEN/551, Punkt 4.3.5.

78) Stellungnahme der Telecommunications Industry Association v. 3.7.2014, S. 3.

79) S. <http://apps.nhs.uk/review-process/>, Zugriff am 6.5.2015.

80) Vgl. Angebot TÜV Rheinland, http://www.tuv.com/de/deutschland/gk/managementsysteme/informationstechnologie/check_your_app/check_your_app.html, Zugriff am 6.5.2015.

81) Stellungnahme Deutsche Sozialversicherung v. 3.7.2014, S. 2.

82) Näheres dazu unter <http://www.bfarm.de/DE/Service/Veranstaltungen/Dialogveranstaltungen/2015/150324-Dialog.html>, Zugriff am 6.5.2015.

DOI: 10.1007/s00350-015-4035-x

Ressourcenknappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Seuchenfall

Tobias Witte

I. Das steigende Pandemierisiko

In Europa traten in den letzten Jahren SARS¹, die sog. Schweinegrippe² und EHEC auf, in Westafrika wütet seit Monaten eine verheerende Ebola-Epidemie³ und Madagaskar verzeichnet einen neuerlichen Ausbruch der Pest: Die Seuchen kehren zurück⁴.

Hauptgrund dafür ist die mit der Globalisierung einhergehende stärkere Vernetzung der Welt, die aufgrund der hohen menschlichen Mobilität zu einer nie dagewesenen Steigerung der weltweiten Infektionsdynamik führt⁵. Dadurch werden Infektionsrisiken, die immer schon bestanden, von der lokalen und regionalen auf die globale Ebene getragen. Zu diesen klassischen Infektionsrisiken gehören zum einen erhebliche Hygienedefizite, vor allem in südamerikanischen und asiatischen Megacities⁶.

Hinzu kommen zum anderen primär in Entwicklungsländern fragwürdige Tierzucht- und Tierhaltungspraktiken⁷. Ein weithin unterschätztes Problem ist ferner die traditionelle Jagd auf „Bushmeat“, also auf solche Tierarten in Dschungelgebieten, durch die eine Übertragung neuartiger Krankheitserreger vom Tier zum Menschen möglich ist⁸.

1) Vgl. *Stadler/Masignani/Eickmann*, *Nature* 2003, 209.

2) Vgl. *Correll*, *NJW* 2009, 3069 ff.

3) Vgl. *Grunert*, *DÄBl.* 2015, A-134; *Müller*, *ÄrzteZeitung* v. 6.11.2014, 2.

4) Vgl. zur Rückkehr der Seuchen statt aller *Wolfe*, *Virus*, 2012; vgl. auch *Kutter*, *Wirtschaftswoche* v. 7.7.2014, 69 f.

5) Zum steigenden Risiko von Epidemien und Pandemien ausführlich *Kaufmann*, *Wächst die Seuchengefahr?*, 2008.

6) *Bruch*, *DVBl.* 2010, 770.; Vgl. auch *Bork/Butsch/Kraas*, *DÄBl.* 2009, A-1877 ff.

7) *Kaufmann*, *Wächst die Seuchengefahr?*, 2008, S. 171 ff.

8) *Wolfe*, *Virus*, 2012, S. 186, 211 ff., 289.

II. Auswirkungen in Deutschland

Dieser Anstieg des Pandemierisikos macht es erforderlich, sich mit den Folgen eines schweren Seuchenausbruchs in Deutschland auseinanderzusetzen. Für den als am wahrscheinlichsten anzusehenden Fall einer Influenzapandemie⁹ gibt es verschiedene Modellrechnungen, die von Erkrankungsraten von 30%–50% der Bevölkerung ausgehen. Nach zurückhaltenden Prognosen könnte dies zu über 370.000 Hospitalisierungen, etwa 13 Millionen zusätzlichen Arztbesuchen und ca. 100.000 Todesopfern führen¹⁰. Bei diesen Zahlen wird deutlich, dass das deutsche Gesundheitswesen aufgrund der ohnehin endlichen personellen und sächlichen Mittel im Seuchenfall vor eine massive Herausforderung gestellt werden würde. Nicht nur durch das abstrakte Risiko neuer (Influenza-)Pandemien, sondern konkret durch den aktuellen, nach wie vor bedrohlichen Ebola-Ausbruch in Westafrika¹¹ wird eine Befassung mit dem Thema Seuchenbekämpfung über die Grenzen der rein medizinischen Diskussion hinaus notwendig.

Im Auftrag der Schutzkommission beim Bundesministerium des Innern erstattete *Alexander S. Kekulé* vom Institut für biologische Sicherheitsforschung Halle im Herbst 2014 ein Gutachten zu den Risiken für die deutsche Bevölkerung durch Ebola. Er stellte fest, dass der BRD zum Teil nicht genügend Ressourcen für eine adäquate Behandlung Infizierter zur Verfügung stehen. Defizite der Bevorratung notwendiger Ressourcen seien vor allem in den Bereichen Transportkapazitäten, Quarantänemaßnahmen und der Dichte von Sonderisolationen zu verzeichnen¹². Besonders sticht das Problem heraus, dass im Bundesgebiet derzeit nur – schätzungsweise – zwölf adäquate Rettungswagen (RTW-I) zum Transport von Ebolakranken vorhanden sind¹³.

III. Herausforderung für die Rechtsordnung

Auch jenseits der Ebola-Epidemie stellt sich beispielsweise für Infektionskrankheiten, zu deren Bekämpfung bereits Impfstoffe oder antivirale Arzneimittel entwickelt wurden, zum einen die Frage, in welchem Umfang diese Gegenmittel präventiv bevorratet werden. Zum anderen ist in jeder seuchenbedingten Knappheitssituation, sei es eine Knappheit von Impfstoffen oder von qualifizierten Rettungswagen, das Problem zu klären, anhand welcher Priorisierungsregelung¹⁴ im Katastrophenfall die (lebens)notwendigen Ressourcen verteilt werden. Die staatliche Pflicht zur sinnvollen Allokation der vorhandenen Ressourcen im Katastrophenfall folgt als grundrechtliche Schutzpflicht bereits aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 S. 1 GG i. V. mit dem Sozialstaatsprinzip¹⁵. Im Katastrophenfall wandelt sich der Anspruch auf Zurverfügungstellung einer funktionsfähigen medizinischen Versorgung bei Knappheit von Gütern zu einem derivativen Teilhabanspruch¹⁶. Dabei steht die Frage der Allokation von Seuchenschutzressourcen neben der allgemeinen medizinrechtlichen Diskussion um die Verteilung knapper medizinischer Güter¹⁷. Durch die nur schwer kontrollierbare Infektionsdynamik und durch die gesamtgesellschaftliche Gefahrenlage erhält das Problem der Verteilungsgerechtigkeit eine ganz eigene rechtliche Prägung. Es drängt sich die Frage auf, wie der Rechtsstaat auch gerade in der pandemischen Knappheitssituation ein Mindestmaß an Verteilungsgerechtigkeit gewährleisten kann. Dies ist ein originär juristisches Problem, das die medizinische Wissenschaft alleine nicht zu klären vermag¹⁸.

IV. Erhebliche Regelungsdefizite

Die deutsche Rechtsordnung ist auf einen schweren Seuchenausbruch nicht vorbereitet¹⁹.

Im Zentrum der umrissenen Problematik steht die Frage nach einer Verteilungsregelung, also nach einem Priorisie-

rungssystem für knappe Güter im Seuchenfall. Dabei ist zunächst auffällig, dass de lege lata eine solche Regelung in Deutschland nicht existiert. Das Infektionsschutzgesetz (IfSG) und die meisten auf dessen Grundlage erlassenen Verordnungen und Verwaltungsvorschriften machen keine Aussagen über die Allokation von Impfstoffen oder sonstigen Ressourcen. Einzig die Influenza-Schutzimpfungsverordnung (ISchGKVLV²⁰) aus dem Jahre 2009 enthielt eine auf die damalige Schweinegrippe-Pandemie bezogene Priorisierung der Impfstoffempfänger. Die am 31.7.2010 außer Kraft getretene Verordnung vermochte jedoch keine allgemeingültigen Aussagen zur seuchenschutzspezifischen Verteilung knapper Güter zu treffen, wenngleich der dort gewählten Stufung Hinweise zur Annäherung an das pandemische Allokationsproblem zu entnehmen sind²¹. Auch der Nationale Pandemieplan²² und die Pandemiepläne der Länder, deren Rechtsverbindlichkeit im Katastrophenfall bereits mehr als fraglich ist, enthalten keine greifbaren Aussagen zur Verteilungsgerechtigkeit im Seuchenfall oder wählen sich widersprechende Zuteilungskriterien²³.

V. Notwendigkeit einer Allokationsregelung

Wesentliche Fragen sind vom Gesetzgeber zu regeln, wobei diesem eine Einschätzungsprärogative zusteht²⁴. Grundrechtsbezug als Voraussetzung für die Wesentlichkeit einer

9) Einführend in Influenza und Influenzapandemien *Hoppe/Köhler/Müller=Oerlinghausen*, DÄBl. 2005, A-3444 ff.

10) *Lange*, Bevölkerungsschutz 2007, 13 ff.

11) Vgl. *Müller*, ÄrzteZeitung v. 6. 11. 2014, 2.

12) *Kekulé*, Gutachten für die Schutzkommission beim Bundesministerium des Innern v. 13. 10. 2014, S. 45 ff.

13) *Kekulé*, Gutachten für die Schutzkommission beim Bundesministerium des Innern v. 13. 10. 2014, S. 50 f.

14) Zur Priorisierung in der Medizin s. *Hoppe*, ZEFQ 2010, 418 ff.; *Katzenmeier*, ZEFQ 2010, 360 ff.; *Nägel/Alber/Bayerl*, ZEFQ 2010, 355 ff.

15) Vgl. einführend statt aller *Callies*, § 44 Schutzpflichten, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), HBdGR, Bd. 2, 2006, Rdnrn. 1 ff., 4 ff., 8 ff., 14.; BVerfGE 125, 175, 222 f.; vgl. zur staatlichen Gewährleistungsverantwortung auch *Huster*, DVBl. 2010, 1070; zu Verfassungsrecht und Priorisierung *Schmitz=Luhn*, Priorisierung in der Medizin, 2015, S. 119 ff.

16) Vgl. *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Vorbem. v. Art. 1, Rdnr. 93; BVerfGE 43, 291, 314.

17) Zum Thema Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen einführend *Gutmann*, Ad Legendum 2008, 14 ff.; ferner ausführlich *Lege/Kingreen*, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, in: *Höfling* (Hrsg.), Der Schutzauftrag des Rechts, 2011, S. 112 ff.

18) Vgl. *Gutmann/Land*, Die Natur von Verteilungsentscheidungen, in: *Wiesing* (Hrsg.), Ethik in der Medizin, 3. Aufl. 2008, S. 328; *Trute*, KritV 2005, 360 f.; *Taupitz*, Influenzapandemie: Wer bekommt die knappen Arzneimittel?, in: FS f. Fischer, 2010, S. 521.

19) *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 207 f.

20) Verordnung über die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung bei Schutzimpfungen gegen die neue Influenza A(H1N1) (Influenzaschutzimpfung-GKV-Leistungspflichtverordnung – ISchGKVLV) v. 19. 8. 2009, BAnz. 2009, S. 2889.

21) § 1 I ISchGKVLV traf folgende Zuteilungsreihenfolge: 1. bestimmte Risikogruppen, 2. Schwangere, 3. medizinisches Fachpersonal, 4. sonstiges Infrastrukturpersonal.

22) Der Nationale Pandemieplan ist auf der Seite des Robert-Koch-Instituts (www.rki.de) abrufbar und wird derzeit erfreulicherweise zumindest in seinem wissenschaftlichen Teil (Teil II) als Reaktion auf die Schweinegrippe 2009 wissenschaftlich überarbeitet.

23) Zur Analyse der vorhandenen Pandemiepläne auf Bundes- und Länderebene vor dem Hintergrund des Verteilungsproblems vgl. *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 134 ff.

24) BVerfGE 49, 89, 126: „Heute ist es ständige Rechtsprechung, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, [...] in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung [...] alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“; vgl. auch BVerfGE 34, 165, 192 f.; BVerfGE 20, 150, 157 f.

Problematik wird man in der hier gegebenen Situation, in der die körperliche Unversehrtheit und das Rechtsgut Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) sich massiven Bedrohungen ausgesetzt sehen, nicht leugnen können²⁵.

Der Bund hat gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Infektionsschutzrecht inne, von der er durch Schaffung des IfSG insoweit Gebrauch gemacht hat. Trotz der Landeskompetenz für das Gesundheitswesen wäre in diesem spezifischen Bereich auch ohne Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG der Bund für die Schaffung einer antipandemischen Allokationsnorm bereits Kraft Natur der Sache²⁶ berufen: Krankheitserreger machen vor Landesgrenzen keinen Halt. Für eine weite Auslegung dieser Bundeskompetenz spricht die Gefahr einer bundesweit zerstückelten Seuchenschutzsituation mit potentiell chaotischen Folgen, wie die aktuelle Disparität der Landespläne zeigt. Eine in dieser Form weit ausgelegte Kompetenz würde auch den Bereich der präventiven Bevorratung²⁷ von Seuchenschutzressourcen (wie antiviralen Arzneimitteln, qualifizierten Rettungswagen und Ähnlichem) oder die Unterhaltung von Sonderisolationen²⁸ umfassen.

Gegen die Schaffung eines gesetzlichen Maßstabs zur Verteilung knapper Seuchenschutzressourcen spricht die Unwägbarkeit, die jedem Katastrophenfall innewohnt. Kritiker einer Vorabnormierung urteilen daher, im Katastrophenfall habe die „Stunde der Exekutive“ geschlagen²⁹. Die besseren Argumente streiten jedoch für die Schaffung eines gesetzlichen Verteilungsmaßstabs. Hier sind vor allem das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip des Art. 20 GG zu nennen. Ohne einen gesetzlichen Orientierungspunkt entstünde im Katastrophenfall die Situation, dass Selbstverwaltungsgremien des Gesundheitswesens oder wissenschaftliche Institutionen über die Allokation lebensnotwendiger Ressourcen alleine entscheiden würden – und dies wohlmöglich länderübergreifend unterschiedlich. Hier würde nicht nur die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG missachtet mit der Konsequenz erheblicher Legitimationsdefizite. Darüber hinaus wäre eine Allokationsentscheidung, die aufgrund der vorhandenen Regelungsdefizite ohne vorherigen Leitfaden auskommen müsste, in hohem Maße der öffentlichen Beeinflussbarkeit in der Katastrophe ausgesetzt³⁰. Rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht eine zu schaffende Allokationsregelung, der ein vor der Katastrophe stattfindender offener demokratischer Diskussionsprozess vorhergeht, in jeder Hinsicht mehr³¹. Bestünde dann a priori ein genereller gesetzlicher Verteilungsmaßstab, gelänge auch die Anpassung der Allokation auf den konkreten Seuchenfall erheblich schneller.

VI. Normativer Maßstab

Das Kernproblem des Allokationsmaßstabs de lege ferenda liegt darin, dass Gesundheitsleistungen – beispielsweise antipandemische Impfstoffe³², Zugang zu Isolierstationen, antivirale Arzneimittel – einer Patienten- bzw. Bevölkerungsgruppe aufgrund der Knappheit zwingend versagt werden müssen, während eine andere Gruppe sie erhält. Im schlimmsten Fall bedeutet das Vorenthalten der Seuchenschutzressourcen die der Knappheit geschuldete faktische Inkaufnahme des Todes von Personen der anderen Gruppe. Diesem Grundproblem muss sich auf rechtsethischem und verfassungsrechtlichem Wege genähert werden.

1. Anwendbarkeit der Maximierungsformel im Pandemiefall

Fraglich ist, welches Primärziel der Staat mit der Verteilung im Katastrophenfall verfolgen darf und soll. Als Leitmotiv wird regelmäßig die Maximierung genannt, also die möglichst umfassende Erhöhung der Überlebendenzahl³³. Dieses sog. „save the most lives“-Prinzip erfreut sich allge-

mein einer breiten, kritischen rechtsphilosophischen und medizinethischen Diskussion³⁴, bedarf für den Sonderfall einer schweren Seuche aber spezifischer Anpassungen. Bei Pandemien handelt es sich um soziale Grenzsituationen mit potentiell extremen Opferzahlen; entsprechend hoch ist auch die Belastung des Gesundheitswesens, insbesondere des Krankenhausesektors³⁵, sowie der sonstigen Infrastruktur. Daher liegt im Pandemiefall die vorrangige Immunisierung des medizinischen Personals nahe³⁶. Diese „Rettung der Retter“³⁷ ist wesentliches Merkmal einer praktischen Anwendung der Maximierungsformel. Andere Priorisierungssysteme wie beispielsweise der sog. „Birkenhead Drill“ („Frauen und Kinder zuerst“)³⁸ oder das Dringlichkeits- bzw. „save the worst off“-Prinzip³⁹ sind jedoch in Knappheitssituationen ebenso denkbar⁴⁰.

Gegen die Anwendbarkeit des „save the most lives“-Prinzips spricht, dass eine Erhöhung von Menschenleben immer ein „Gegeneinanderaufrechnen“ bedeute, was aufgrund des verfassungsrechtlichen Saldierungsverbots (Art. 1 Abs. 1 GG) und des Grundsatzes der Lebenswertindifferenz (Art. 3 GG) uneingeschränkt unzulässig sei⁴¹.

- 25) Zu den erheblichen Morbiditäts- und Mortalitätsraten im Pandemiefall s. oben, sub II.
- 26) Zur Bundeskompetenz Kraft Natur der Sache vgl. BVerfGE 3, 422; BVerfGE 11, 98; BVerfGE 26, 257.
- 27) Zur vorzubehaltenden Bevorratung von Seuchenschutzressourcen s. Witte, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 75 ff.
- 28) Zur unklaren Situation der Behandlungskapazitäten in Sonderisolationen s. *Kekulé*, Gutachten für die Schutzkommission beim Bundesministerium des Innern v. 13.10.2014, S. 48 ff.
- 29) *Trute*, KritV 2005, 343 f.
- 30) *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 147 f.
- 31) Dies berührt in erheblichem Maße rechtsphilosophische Probleme: Vor dem Eintritt einer Seuche leben alle gleichsam hinter dem *Rawls*'schen „Schleier des Nichtwissens“, sodass vorab getroffene freie Entscheidungen später kontraktualistische Gerechtigkeit begründen können, vgl. *Rawls*, A Theory of Justice, 1999, S. 118 ff.; dazu auch *Maus*, Der Urzustand, in: *Höffe* (Hrsg.), John Rawls, S. 76 ff.; *Heinz*, Der Schleier des Nichtwissens im Gesetzgebungsverfahren, 2009.
- 32) Die folgende Darstellung orientiert sich zur Veranschaulichung an dem instruktiven Beispiel der Verteilung knapper Impfstoffe.
- 33) Zur Problematik der Maximierungsformel im Seuchenfall vgl. *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 151 ff.
- 34) Vgl. u. a. *Blöß*, DÄBl. 2004, 2216 ff.; *Gostin*, Hastings Center Report 2004, 10 f.; *Gostin*, JAMA 2006, 554; *Gostin*, Hastings Center Report 2009, 9 f.; *Gostin/Berkman*, Administrative Law Review 2007, 121 ff.; *Gutmann/Schmidt* (Hrsg.), Rationierung und Allokation, 2002; *Lübbe* (Hrsg.), Tödliche Entscheidung, 2004; *Lübbe*, DÄBl. 2006, A-2362 ff.; *Miller/Viboud/Olson u. a.*, Journal of Infectious Diseases 2008, 305 ff.; *Persad/Wertheimer/Emanuel*, The Lancet 2009, 423 ff.; *Winslow*, Triage and justice, 1982; *Fritze*, Die Tötung Unschuldiger, 2008; *Brech*, Triage und Recht, 2008.
- 35) *Augurzky/Krolop/Sperling u. a.*, RWI Materialien 2006, 6 ff.; vgl. auch *Adams/Tecklenburg*, Intensivmed 2007, 88 ff.
- 36) Die Pandemiepläne des Bundes und der Länder tendieren grds., wenngleich nicht identisch, zu einer vorrangigen Immunisierung des Gesundheitspersonals.
- 37) Vgl. zum dahinter stehenden Optimierungsprinzip *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, 2001, S. 93.
- 38) *Annas*, The New England Journal of Medicine 1995, 1647 ff.; kritisch *Meagher/DiQuinzio*, Women and children first, 2005.
- 39) Zum Dringlichkeitsprinzip vgl. *Gutmann/Fateh=Moghadam*, Rechtsfragen der Organverteilung II, in: *Gutmann u. a.*, Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, S. 92 ff.; verschiedene Höchststrangpriorisierungen gegenüberstellend *Emanuel/Wertheimer*, Who Should Get Influenza Vaccine When Not All Can?, in: *Strech/Marckmann* (Hrsg.), Public Health Ethik, S. 192.
- 40) *Persad/Wertheimer/Emanuel*, The Lancet 2009, 424.
- 41) *Gutmann/Fateh=Moghadam*, Rechtsfragen der Organverteilung II, in: *Gutmann u. a.*, Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, S. 78.

Dass staatliche Handlungen auch in außergewöhnlichen Gefahrensituationen nicht zu einer Lebens(wert)abwägung führen dürfen, zeigt die Judikatur des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz⁴². Ein weiteres Gegenargument ist, dass bei Anwendung der Maximierungsformel die Grundrechte der Betroffenen schlicht zahlenmäßig aggregiert würden. Die Triage⁴³ sei damit stets utilitaristisch⁴⁴. Grundrechte als subjektive Rechte seien rechtstheoretisch hingegen strikt antiutilitaristisch konzipiert⁴⁵.

Für eine Anwendung der Maximierungsformel im Seuchenfall spricht zunächst die Fassung des Art. 2 Abs. 2 S. 1, 3 GG. Im Wege der Wortlautauslegung muss nüchtern festgehalten werden, dass auch das Grundrecht auf Leben einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt. Hiermit einhergehend hat das BVerfG „das menschliche Leben als ‚einen‘, richtigerweise aber nicht als ‚den‘ Höchstwert klassifiziert“⁴⁶. Es gibt Güter von Verfassungsrang, die auf gleicher Ebene stehen wie das Leben des Einzelnen⁴⁷. *Taupitz* nennt hier bezugnehmend auf einen Beschluss des BVerfG zur Fortsetzung der Strafvollstreckung gegen freigesessene Straftäter⁴⁸ beispielsweise die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege⁴⁹. Hieran zeigt sich, dass das Lebensrecht, entgegen vielfachen anderslautenden Äußerungen, de facto nicht absolut geschützt ist. Gesetzliche Grenzen findet es beispielsweise bereits bei der Notwehr oder dem Notstand sowie im finalen Rettungsschuss⁵⁰. Als weiteres Gut von Verfassungsrang, das auf ebenso hoher Ebene angesiedelt werden muss wie das Leben, ist die Funktionsfähigkeit des Rechtsstaats an sich zu nennen. *Pawlik* spricht in diesem Zusammenhang von der „Existenz bzw. der verfassungsrechtlichen Identität des Staates selbst“⁵¹. Um nichts anderes geht es im Extremfall einer schwerwiegenden Pandemie.

Die Argumentationslinie gegen die Maximierungsformel ist zu entkräften, indem man sich dem Problem mit einem praktischen Blick nähert: Stellt der Staat eine Priorisierung für den Zugang zu Impfstoffen auf, wird damit festgelegt, welche Gruppen eine Begünstigung erhalten und damit aus dem gleichsam natürlichen Lauf der pandemischen Situation herausgehoben werden. Unabhängig davon stehen die anderen, posteriorisierten Personen: Ihnen geschieht nichts anderes als ohne das Aufstellen einer irgendwie gearteten Rangfolge⁵². Der Zweck der Priorisierung infolge einer Anwendung der Maximierungsformel zielt einzig auf die damit zu gewährleistende Einsatzfähigkeit der Retter ab; eine Instrumentalisierung der Posteriorisierten ist damit nicht gegeben. Diejenigen, die nicht (sofort, aber später) beispielsweise geimpft werden, werden gerade nicht zum staatlichen Mittel degradiert. Es findet gerade kein behördlich angeordneter Abschuss Unschuldiger statt, der unbestritten eine mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbare staatliche Handlung darstellen würde. Vielmehr wird in einem schweren Seuchenfall staatlicherseits in Ausübung der Schutzpflicht versucht, durch möglichst lange Aufrechterhaltung der infrastrukturellen Ordnung einen in der Extremsituation noch maximal möglichen Rechtsgüterschutz für die Gesamtgesellschaft zu gewährleisten⁵³.

2. Zulässige Verteilungskriterien

Ist die Steigerung der Überlebendenzahl das Leitmotiv der Ressourcenverteilung im Pandemiefall, lassen sich daraus Konsequenzen für die dabei anzulegenden konkreten Verteilungskriterien ziehen. Verfehlt wäre es jedoch, aus der hier dargestellten Verfassungsmäßigkeit der Maximierungsformel abzuleiten, dass im Seuchenfall unterschiedslos alle Allokationskriterien, die die Maximierung fördern, per se verfassungsgemäß seien⁵⁴. Im juristischen und medizinethischen Schrifttum wird eine große Zahl an grundsätzlich denkbaren Verteilungskriterien diskutiert⁵⁵, die

von der „sozialen Wertigkeit“⁵⁶ über den Zufall⁵⁷, das Alter⁵⁸, die „Qualitätsorientierte Lebensjahreerwartung“⁵⁹ bis hin zur „erwartbaren Überlebensdauer“⁶⁰ reichen. Bereits an den Bezeichnungen wird deutlich, dass die meisten dieser Kriterien zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung i.S. des Art. 3 Abs. 1 GG keine sachlichen Gründe darstellen können⁶¹.

Anders ist die Situation bei folgenden Kriterien zu bewerten: Die Wichtigkeit für Gesundheitswesen und öffentliche Ordnung (Schlüsselpersonal), die medizinische Dringlichkeit (Risikogruppen) und die Förderung der Infektionszahlen (Ansteckungsmultiplikatoren) sind Kriterien, die sowohl das Erfordernis der Überlebendenzahlerhöhung umsetzen als auch verfassungsmäßigen Anforderungen genügen. Dabei handelt es sich um Rahmenkriterien, deren gesetzliche Normierung einen Orientierungsmaßstab für die detaillierte Ressourcenverteilung im konkreten Katastrophenfall darstellen könnte.

- 42) BVerfGE 115, 118, 154 ff.; BVerfG, Beschl. v. 3. 7. 2012 – 2 PBvU 1/11 –; vgl. dazu *Steinforth*, Ethik im Katastrophenfall, in: *Kloepfer/Meßerschmidt* (Hrsg.), Anmerkungen zum Katastrophenrecht, S. 109 ff.; *Hartleb*, NJW 2005, 1398 ff.; *Pawlik*, JZ 2004, 1051.
- 43) Der Begriff stammt aus der napoleonischen Kriegsmedizin und meint die Aussortierung Verletzter mit dem Ziel, die Gesamtkampfkraft der Truppe zu erhöhen; vgl. dazu *Brech*, Triage und Recht, 2008; vgl. auch einführend *Peters*, ZEFQ 2010, 411 ff.
- 44) *Lübbe*, Ethik Med 2001, 150.
- 45) *Gutmann/Fatch=Moghadam*, Rechtsfragen der Organverteilung II, in: *Gutmann u. a.*, Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, S. 73 f.
- 46) *Taupitz*, Influenzapandemie: Wer bekommt die knappen Arzneimittel?, in: FS f. Fischer, 2010, S. 529, bezugnehmend auf BVerfGE 39, 1, 42.
- 47) BVerfGE 88, 203, 253 f. „Der Schutz des Lebens ist nicht in dem Sinne absolut geboten, daß dieses gegenüber jedem anderen Rechtsgut ausnahmslos Vorrang genosse.“
- 48) BVerfG, Beschl. v. 20. 10. 1977 – 2 BvR 631/77 –.
- 49) *Taupitz*, Influenzapandemie: Wer bekommt die knappen Arzneimittel?, in: FS f. Fischer, 2010, S. 529; dazu BVerfGE 46, 214, 223: „Ob im Falle einer erpresserischen Geiselnahme der Forderung der Entführer [...] zum Schutze des Lebens der Geisel entsprochen werden soll, haben die [...] staatlichen Stellen in eigener Verantwortung zu entscheiden; die Verfassung schreibt ihnen in solchen Fällen prinzipiell keine bestimmte Entscheidung vor.“
- 50) *Dreier*, JZ 2007, 263 ff.; vgl. auch *Hartleb*, NJW 2005, 1398 ff.
- 51) *Pawlik*, JZ 2004, 1051.
- 52) Zum rechtsethischen Unterschied zwischen Töten und Sterbenlassen vgl. auch instruktiv *Green*, American Philosophical Quarterly 1980, 195 ff.
- 53) Zum aus der staatlichen Schutzpflicht fließenden Gebot des maximalen Rechtsgüterschutzes s. auch *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 238 f.
- 54) A. A. wohl *Taupitz*, Influenzapandemie: Wer bekommt die knappen Arzneimittel?, in: FS f. Fischer, 2010, S. 534.
- 55) Vgl. *Katzenmeier*, in: *Schmitz=Luhn/Bohmeier* (Hrsg.), Priorisierung in der Medizin – Kriterien im Dialog, 2013, S. 1 ff.; zur Kriterienbildung innerhalb verschiedener Priorisierungssysteme vgl. *Schmitz=Luhn*, Priorisierung in der Medizin, 2015, S. 104 ff.
- 56) Vgl. *Shatin*, American Journal of Orthopsychiatry 1966, 96 ff.; *White/Katz/Luce u. a.*, Annals of Internal Medicine 2009, 132 ff.
- 57) Vgl. *Bernsmann*, Entschuldigung durch Notstand, 1989, S. 336 ff.
- 58) Vgl. *Huster*, in: *Schmitz=Luhn/Bohmeier* (Hrsg.), Priorisierung in der Medizin – Kriterien im Dialog, 2013, S. 215 ff.; *Friedrich/Schöne=Seifert*, in: *Schmitz=Luhn/Bohmeier* (Hrsg.), Priorisierung in der Medizin – Kriterien im Dialog, 2013, S. 225 ff.
- 59) Vgl. *Schöffski/Greiner*, Das QALY-Konzept als prominentester Vertreter der Kosten-Nutzwert-Analyse, in: *Schöffski/von der Graf Schulenburg* (Hrsg.), Gesundheitsökonomische Evaluationen, S. 71 ff.
- 60) Vgl. *Miller/Viboud/Olson u. a.*, Journal of Infectious Diseases 2008, 305 ff.
- 61) Zur verfassungsrechtlichen Bewertung verschiedener Verteilungskriterien im Seuchenfall vgl. *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 163 ff.

a) Schlüsselpersonal

Dem oben bereits angesprochenen Schlüsselpersonal, also vor allem dem medizinischen Personal sowie, im Rang nachfolgend, sonstigem Infrastrukturpersonal (Polizei, Feuerwehr, Katastrophenschutz) müsste eine solche Verteilungsregelung den höchsten Rang einräumen. Die Priorisierung des Schlüsselpersonals trägt bereits den Keim der Vermeidung des weiteren Sterbens in sich. Der Not geschuldet muss der Staat eine belastende Auswahlentscheidung treffen, und die bestmöglich zu treffende Entscheidung ist die, die die Not am effektivsten behebt, um den Normalzustand und die größtmögliche Grundrechtsgewährleistung für alle schnellstmöglich wieder zu erreichen. Effektiv bei der Behebung der Notlage durch Sicherstellung elementarer gesundheitlicher und infrastruktureller Dienste können nur diejenigen Personen sein, deren Profession diese Dienste sind. Es handelt sich daher nicht um eine unzulässige materiale Lebensbewertung hinsichtlich einer irgendwie gearteten „sozialen Wertigkeit“, sondern vielmehr um eine sachlich begründete Auswahl anhand des instrumentellen Werts der priorisierten Schlüsselpersonen⁶².

b) Risikogruppen

Die Risikogruppen, also diejenigen Personengruppen, bei denen ein schwerer Verlauf der Infektionskrankheit medizinisch am wahrscheinlichsten ist, könnten an zweiter Stelle der Allokationsreihenfolge verortet werden. Das dabei zugrunde liegende Differenzierungskriterium ist die medizinische Dringlichkeit, also die Gefährdungslage⁶³. Die staatliche Schutzpflicht ist grundsätzlich umso intensiver berufen, je höher die Gefährdungslage einzustufen ist⁶⁴. Für *Gutmann* ist daher die Gefährdungslage des Patienten das „primäre Kriterium der Priorisierung“ in der allgemeinen Gesundheitsversorgung⁶⁵. Ein außergewöhnlicher Katastrophenfall wie eine Pandemie, bei der die öffentliche Gesundheit und das Staatswesen per se bedroht sind, vermag eine temporäre Abkehr von der Zugrundelegung der reinen medizinischen Dringlichkeit zur Erreichung des Allokationsziels – Steigerung der Überlebendenzahl – zu rechtfertigen. Vor diesem Hintergrund stellt sich das Dringlichkeitsprinzip als logische Konsequenz des Allokationsziels dar: Wer möglichst viele Leben retten will, muss da ansetzen, wo die zu rettenden Leben am ehesten bedroht sind. Die Versorgung der Risikogruppen nach dem Schlüsselpersonal und vor den Infektionsmultiplikatoren ist vor diesem Hintergrund nicht willkürlich i. S. des Art. 3 Abs. 1 GG.

c) Infektionsmultiplikatoren

Den „Personen in Einrichtungen mit umfangreichem Publikumsverkehr sowie Personen, die als mögliche Infektionsquelle für von ihnen betreute ungeimpfte Risikopersonen fungieren können“⁶⁶ spricht der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) bereits in Normalzeiten einen Anspruch auf Übernahme der Kosten für Schutzimpfungen gegen die saisonale Influenza gem. §20d Abs. 1 SGB V zu. Wenn diese Personengruppen bereits innerhalb der Bekämpfung der alljährlichen saisonalen Influenza gesondert behandelt werden, dann muss dies erst recht für die Bekämpfung einer pandemischen Infektionskrankheit gelten, potenziieren sich doch in diesem Fall die Gefahren. Die epidemiologische Wirksamkeit einer hochrangigen Impfung der genannten Multiplikatoren konnte durch mathematische Modelle zudem für die „Asia-Pandemie“ 1957 und für die „Hong Kong-Pandemie“ 1968–1970 in den USA nachgewiesen werden⁶⁷. Dem Allokationsziel der Minimierung der Krankheitslast und Sterblichkeit ist durch eine Vergabe von Vakzinen dort, wo die seuchenspezifische Dynamik zu einer erhöhten Ausbreitung der Krankheit führt, sehr viel besser gedient als in der Normalbevölkerung. Die

Unterschiede zwischen beiden Gruppen sind wie gezeigt erheblich, sodass eine Abwägung zwischen den Gruppenunterschieden und der Intensität der Ungleichbehandlung vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 1 GG im Ergebnis zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung führen muss.

Nach Schlüsselpersonal, Risikogruppen und Infektionsmultiplikatoren wäre an vierter Stelle die restliche Bevölkerung zu versorgen.

VII. Umsetzung

Es handelt sich bei den obigen Ausführungen um einen auf verfassungsrechtlichen Erwägungen basierenden Vorschlag für ein zulässiges Allokationsschema. Beinahe wichtiger noch als die Detailfragen der Priorisierung ist jedoch der Umstand, dass – zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit und länderübergreifendem Verteilungschaos – überhaupt eine bundeseinheitliche gesetzliche Normierung der Allokation knapper lebensrettender Ressourcen im Seuchenfall erfolgt. Aufgrund der oben angerissenen Rechtsunsicherheit der Pandemiepläne in Bund und Ländern sollte die zu schaffende Verteilungsregelung nicht den Rechtscharakter eines Plans haben. Eine verbindliche Vorabnormierung der generellen Ressourcenverteilung als Orientierungsrahmen, vorzugsweise in einer Anlage zum IfSG, ist zu favorisieren⁶⁸. Dieser Rahmen müsste dann durch die Festlegung der Risikogruppen für die jeweilige Infektionskrankheit soweit nötig durch ein an selber Stelle gesetzlich legitimiertes Gremium aktualisiert werden⁶⁹.

VIII. Fazit

Aufgrund erheblicher Regelungsdefizite, vor allem in den Bereichen Bevorratung, Verteilung und Kostentragung ist die deutsche Rechtsordnung auf einen schweren Seuchenausbruch derzeit nicht vorbereitet. In einem solchen Katastrophenfall wäre das verfassungsrechtlich zulässige und erforderliche Gebot der Stunde die Maximierung der Überlebendenzahl. Daraus ergeben sich wiederum Folgerwägungen zur kriteriengeleiteten Verteilungsgerechtigkeit, an deren Ende die Normierung eines Allokationssystems stehen sollte. Festzuhalten ist, dass die ansteigende Gefahr schwerer Seuchen und die Vernachlässigung, die das Thema bisher in der katastrophenschutz- und medizinrechtlichen Diskussion erfährt, in keinem Verhältnis stehen.

- 62) Zwischen unzulässiger Bemessung des sozialen Werts und zulässiger Betrachtung der instrumentellen Funktion einer (Schlüssel-)person differenzierend *White/Katz/Luce u. a.*, *Annals of Internal Medicine* 2009, 134f.; *Emanuel/Wertheimer*, Who Should Get Influenza Vaccine When Not All Can?, in: *Strech/Marckmann* (Hrsg.), *Public Health Ethik*, S. 192.; vgl. auch *Bernsmann*, Entschuldigung durch Notstand, 1989, S. 346.
- 63) Zur Dringlichkeit als Priorisierungskriterium vgl. *Katzenmeier*, in: *Schmitz=Luhn/Bohmeier* (Hrsg.), *Priorisierung in der Medizin – Kriterien im Dialog*, 2013, S. 4f.; *Schöne=Seifert/Friedrich*, in: *Schmitz=Luhn/Bohmeier* (Hrsg.), *Priorisierung in der Medizin – Kriterien im Dialog*, 2013, S. 109ff.
- 64) Kerngedanke der „Rule of Rescue“, vgl. *Bohmeier/Schmitz=Luhn*, in: *Schmitz=Luhn/Bohmeier* (Hrsg.), *Priorisierung in der Medizin – Kriterien im Dialog*, 2013, S. 125ff.
- 65) *Gutmann*, Der Faktor Delta. Zur Skizze einer rechteorientierten Theorie der Gesundheitsversorgung, in: *Schöne=Seifert/Buyx/Ach* (Hrsg.), *Gerecht behandelt?*, 2006, S. 41.
- 66) Anlage 1 der Richtlinie über Schutzimpfungen nach §20d Abs. 1 SGB V i. d. F. v. 21.6.2007/18.10.2007, *BAnz.* 2007, S. 8154, zuletzt geändert am 18.12.2014 (*BAnz AT* 13.2.2015 B2).
- 67) *Housworth/Spoon*, *American Journal of Epidemiology* 1971, 349f.
- 68) Zur Umsetzung einer seuchenspezifischen Verteilungsnorm vgl. *Witte*, *Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall*, 2013, S. 180ff.
- 69) Denkbar ist hier die beim RKI angesiedelte Ständige Impfkommission (STIKO).