

<https://doi.org/10.1007/s00350-020-5643-7>

# Die „Triage“ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte

Josef Franz Lindner

*Der Beitrag geht der Frage nach, inwieweit Ärztinnen und Ärzte<sup>1</sup> bei der Allokation knapper Rettungsmittel („Triage“) die Grundrechte der Patienten, insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu beachten haben.*

## I. Einleitung

Die Corona-Pandemie hat das allgemeine Problem der Allokation knapper Rettungsmittel<sup>2</sup> in drastischer Weise vor Augen geführt. Es wird zumal unter dem Schlagwort „Triage“<sup>3</sup> diskutiert. Das Szenario: An COVID19 erkrankte Menschen können nicht beatmet werden, weil nicht genügend Respiratoren oder die dafür erforderliche intensivmedizinische Infrastruktur zur Verfügung stehen. Die Frage lautet: Wie sind Rettungsmittel (exemplarisch: Beatmungsgeräte samt intensivmedizinischer Infrastruktur) in der Mangelsituation zuzuteilen? „Wer darf überleben?“<sup>4</sup> Die Mangelsituation ist dadurch gekennzeichnet, dass  $x - 1$  Rettungsmittel auf  $x$  rettungsbedürftige Patienten verteilt werden müssen. Da mangels ausreichender Kapazitäten (auch mittels Verlegung) nicht alle ( $x$ ) Patienten gerettet werden können, ist eine Auswahl zu treffen. Doch nach welchen Kriterien hat die Allokation zu erfolgen? Zur „Lösung“ dieses Dilemmas haben u. a. der Deutsche Ethikrat<sup>5</sup>, die Bundesärztekammer<sup>6</sup> sowie medizinische Fachgesellschaften<sup>7</sup> Stellung bezogen. Das Dilemma besteht darin, dass bei *jeder* Entscheidung ein oder mehrere Menschen sterben. Deshalb stellt sich die Frage, ob und inwieweit die behandelnden Ärzte die Grundrechte des Patienten, insbesondere dessen Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), sein Lebensrecht (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) sowie die Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 2, 3 GG und den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu beachten haben. Diese Frage scheint auf den ersten Blick zu verneinen zu sein, da der Arzt<sup>8</sup> als privater Dritter<sup>9</sup> jedenfalls nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist; dies sind nur der Staat und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts (Art. 1 Abs. 3 GG). Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Grundrechte des Patienten im Verhältnis zum behandelnden Arzt keinerlei Bedeutung hätten. Über die sog. mittelbare Drittwirkung der Grundrechte (unten III.) kommen die Grundrechte auch zwischen nicht unmittelbar grundrechtsgebundenen Akteuren zur Geltung. Dies gilt seit der sog. „Stadionentscheidung“<sup>10</sup> des BVerfG auch für den Gleichbehandlungsgrundsatz, für den das BVerfG in besonderen Konstellationen in der Sache sogar eine unmittelbare Geltung *inter privatos* annimmt. Vor diesem Hintergrund erweist sich die ganz überwiegende Ansicht, dass der Arzt im Sinne einer rechtfertigenden Pflichtenkollision gerechtfertigt ist, wenn er nur irgendjemanden rettet (dazu sogleich II.), als verfassungsrechtlich nicht haltbar (IV.). Sollte sich der Gesetzgeber für eine Regelung der

Allokationsproblematik entscheiden, hätte er wegen Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechte der Patienten unmittelbar zu beachten (V.).

## II. Der derzeitige rechtliche Rahmen

### 1. Fehlen einer eigenen gesetzlichen Regelung

Für die Problematik der Allokation knapper Rettungsmittel existiert keine spezielle gesetzliche Regelung<sup>11</sup> – anders als im Transplantationsmedizinrecht, wo mit § 12 Abs. 3 TPG eine zumindest rudimentäre Regelung zur Zuteilung von Spenderorganen zur Verfügung steht. Insbesondere das Infektionsschutzrecht und das Katastrophenschutzrecht halten keine Regelungen zur Allokation von Rettungsmitteln bereit. Es gelten somit die allgemeinen straf- und medizinrechtlichen Regelungen<sup>12</sup>.

### 2. Grundgesetz enthält keine konkreten Handlungsanleitungen

Auch dem GG lassen sich keine unmittelbaren Handlungsanleitungen entnehmen, die Ärzte bei der Allokationsent-

- 1) Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird die männliche Schreibweise verwendet. Alle anderen Geschlechter sind dabei jeweils mitgedacht.
- 2) Für den Bereich des Rettungsdienstes s. *Spiegel*, Die Allokation von Rettungsmitteln, 2019.
- 3) „Triage“ (frz. trier – sortieren, aussuchen) wird überwiegend in der Militärmedizin verwendet und meint ein Verfahren zur Auswahl unter mehreren schwer verletzten Personen bei beschränkter Behandlungskapazitäten.
- 4) So der Untertitel eines Aufsatzes von *Taupitz*, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise – Wer darf überleben? *MedR* 2020, 440 ff.
- 5) Ad hoc-Empfehlung „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ v. 27.3.2020; vgl. dazu *Alena Buyx/Volker Lipp*, *MedR* 2020, 433. Vgl. auch *Merkel/Augsburg*, *JZ* 2020, 704.
- 6) Bekanntmachung der BÄK „Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels“, [www.bundesaerztekammer.de/corona-pandemie](http://www.bundesaerztekammer.de/corona-pandemie) (Abruf am 17.5.2020).
- 7) Vgl. etwa die Richtlinien der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) v. 25.3.2020.
- 8) Bzw. der private Krankenhausträger, dem das Handeln des Arztes ggf. zuzurechnen ist.
- 9) Eine Ausnahme wird man für Ärzte an Universitätsklinika anerkennen können. Das Universitätsklinikum ist, soweit es als Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert ist, an die Grundrechte gebunden – und damit sind es auch die für das Universitätsklinikum tätigen (angestellten und verbeamteten) Ärzte. Gleiches gilt für andere Krankenhäuser in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft.
- 10) BVerfGE 148, 267.
- 11) Näher *Taupitz*, *MedR* 2020, 440 ff. Vgl. im Hinblick auf den allgemeinen Rettungsdienst *Spiegel*, Die Allokation von Rettungsmitteln, 2019.
- 12) Dazu gehören auch §§ 630d, 1901a BGB, wonach eine Behandlung gegen den aktuellen oder in einer Patientenverfügung geäußerten Willen oder den mutmaßlichen des Patienten unzulässig ist. Ein Patient, der eine intensivmedizinische Behandlung wirksam ablehnt, ist damit nicht in die Auswahlentscheidung über die Zuteilung eines knappen Rettungsmittels einzubeziehen.

Prof. Dr. iur. Josef Franz Lindner,  
Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Medizinrecht  
und Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg  
sowie Geschäftsführender Direktor des Instituts für Bio-,  
Gesundheits- und Medizinrecht (IBGM),  
Universität Augsburg,  
Universitätsstraße 24, 86159 Augsburg, Deutschland

scheidung zu berücksichtigen hätten. Die Verfassung, zumal Art. 1 Abs. 1 GG (Schutz der Menschenwürde) und der Schutz des Lebens und der Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) schließen zwar eine Abwägung von Leben gegen Leben<sup>13</sup> und eine damit verbundene Bewertung der Qualität von Leben aus und verbürgen insoweit eine egalitäre Basisgleichheit aller Menschen. Das GG bindet aber unmittelbar nur den Staat, nicht indes Ärzte (Art. 1 Abs. 3 GG)<sup>14</sup>. Davon unabhängig kann die Notwendigkeit einer Auswahlentscheidung als solche weder gegen die Menschenwürde noch gegen das Lebensgrundrecht verstoßen, weil sie eben unausweichlich ist. Daraus, dass in der Knappheitssituation nicht alle rettungsmittelbedürftigen Patienten das indizierte Rettungsmittel erhalten können und einige von ihnen deswegen versterben werden, lässt sich verfassungsrechtlich kein Gebot oder auch nur die Option ableiten, *alle* Patienten sterben zu lassen, um eine Auswahlentscheidung und damit verbundene, im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG problematische Wertungen zu vermeiden. Eine Flucht aus dem Dilemma durch Nichtentscheidung ist ein verfassungsrechtlich nicht gangbarer Weg.

### 3. Maßgeblichkeit des Strafrechts

Die rechtliche Beurteilung der Allokation von Rettungsmitteln unter Knappheitsbedingungen richtet sich – sowohl generell als auch konkret im Hinblick auf die aktuelle Coronapandemie – nach den allgemeinen Regeln des Strafrechts<sup>15</sup>. Unstreitig ist zunächst, dass das Unterlassen einer tatsächlich möglichen intensivmedizinischen Behandlung durch einen Arzt trotz Behandlungsbedürftigkeit des Patienten grundsätzlich einen strafbaren Totschlag durch Unterlassen darstellt (§§ 212, 13 StGB), wenn der Patient infolge des Unterlassens der Behandlung stirbt. Den Arzt trifft eine sog. „Garantenpflicht“ zu Gunsten des Patienten, die ihn über die allgemeine Hilfeleistungspflicht hinaus (vgl. § 323c StGB) zur Rettung des Patienten verpflichtet. Würde der Arzt entscheiden, keinem der Patienten ein Rettungsmittel zur Verfügung zu stellen und stattdessen alle Patienten sterben zu lassen, wäre er wegen Totschlages durch Unterlassen strafbar. Allerdings fordert das Strafrecht vom Arzt nichts Unmögliches. Der allgemeine Grundsatz „impossibulum nulla est obligatio“ (oder „ultra posse nemo tenetur“) – keine Pflicht bei tatsächlicher Unmöglichkeit – gilt auch im Medizin- und Strafrecht. Kann ein beatmungsbedürftiger Patient mangels eines (freien) Beatmungsplatzes und mangels tatsächlicher Verlegungsoption tatsächlich nicht behandelt werden, entfällt die Strafbarkeit nach §§ 212, 13 StGB. Im Übrigen ist zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden:

#### a) „Ex ante“-Konstellation:

Der Arzt „kann wählen, wen er will“ (?)

Diese Konstellation beschreibt den Fall, dass mehrere rettungsbedürftige Patienten im Krankenhaus eintreffen und/oder sich dort schon befinden, indes nicht genügend Rettungsmittel zur Rettung aller Patienten zur Verfügung stehen und daher entschieden werden muss, wer ein Rettungsmittel erhält und wer nicht. Die (zu wenigen) Rettungsmittel sind noch frei und die Allokationsentscheidung muss erst noch getroffen werden (daher „ex ante“). Der Arzt kann aus tatsächlichen Gründen nicht alle (gleichwertigen) Handlungspflichten erfüllen. In der Strafrechtsdogmatik spricht man von einer sog. „rechtfertigenden Pflichtenkollision“: dem Arzt wird, wenn er jedenfalls so viele Patienten behandelt wie Rettungsmittel zur Verfügung stehen, kein Unrechtsvorwurf dahingehend gemacht, dass er nicht *alle* Patienten behandelt – eben dies ist ihm nicht möglich. Erfüllt der Arzt von mehreren gleichrangigen Handlungspflichten (alle) diejenigen, die er aus tatsächlichen Gründen erfüllen kann, handelt er gerechtfertigt<sup>16</sup> und ist nicht strafbar. Der Arzt *muss* eine Auswahlentscheidung treffen.

Das Problem besteht darin, dass das Strafrecht keine verbindlichen oder zumindest zulässigen Allokationskriterien bereithält. Rein strafrechtlich gesehen kommt es auf die Kriterien, die der Arzt für die Auswahl der Patienten anlegt, überhaupt nicht an. Maßgeblich ist allein, *dass* der Arzt alle ihm tatsächlich möglichen Handlungspflichten erfüllt. Nach welchen Kriterien er dies tut, ist für die Annahme einer rechtfertigenden Pflichtenkollision unbeachtlich. Das Strafrecht ist an dieser Stelle mithin außerrechtlichen Erwägungen, etwa moralischer Art, zugänglich<sup>17</sup>. Es besteht damit – strafrechtlich – auch die Möglichkeit, Kriterien, die medizinische Fachgesellschaften<sup>18</sup> in rechtlich nicht verbindlicher Form erarbeitet haben, anzuwenden. Dies bedeutet in der Sache aber auch, dass der Arzt sich auch dann nicht strafbar macht, wenn er Kriterien anwendet, die moralisch zweifelhaft oder gar anstößig sein mögen (z. B. Alter, Lebenserwartung, Vorerkrankungen) – solange er nur alle freien Respiratoren überhaupt vergibt. Kurz: „Der Arzt kann wählen, wen er will“<sup>19</sup>. Ist dies verfassungsrechtlich haltbar? Dazu näher unten IV.3.

#### b) „Ex post“-Konstellation: Strafbare Rettungstötung

Anders liegt es bei der sog. „ex post“-Konstellation: Patient A kann nur dadurch gerettet werden, dass die *bereits begonnene* Rettung des Patienten B nachträglich beendet (daher „ex post“), das Rettungsmittel dem B entzogen und dem A zur Verfügung gestellt wird. Die Handlungspflicht gegenüber A (diesen durch das Anschließen an den Respirator zu retten) kann nur dadurch erfüllt werden, dass die Pflicht gegenüber B, diesen durch den Entzug des Respirators nicht zu töten, verletzt wird. Die „ex post“-Situation unterscheidet sich von der „ex ante“-Situation grundsätzlich<sup>20</sup>: Während bei letzterer gleichwertige Handlungspflichten miteinander kollidieren, von denen nicht alle erfüllt werden können oder mindestens eine nicht erfüllt werden kann, kollidieren bei der „ex post“-Situation eine Handlungspflicht (die Rettung des A) und eine Unterlassungspflicht (die Pflicht, die Tötung des B durch Entzug des Respirators zu unterlassen). Handlungs- und Unterlassungspflicht sind aber nicht gleichwertig, so dass der Arzt nicht frei wählen kann, ob er die Handlungspflicht erfüllt (also A rettet und B tötet) oder die Unterlassungspflicht (also A nicht rettet und B nicht tötet). Warum aber ist die Pflicht des Arztes, A zu retten (Handlungspflicht), nicht gleichrangig mit seiner Pflicht, B nicht zu töten (Unterlassungspflicht)? Der Grund dafür ist der unsere Rechtsordnung prägende Grundsatz, dass keine Person verpflichtet ist, ihr Leben zu Gunsten des Lebens einer anderen Person zu opfern<sup>21</sup> – ebenso wie keine Person verpflichtet werden kann, zur Rettung einer anderen Person dieser ein lebensrettendes Organ zu spenden (vgl. § 8 TPG). Daher hat es der bereits beatmete B rechtlich nicht zu dulden, dass sein Leben zu Gunsten des A, der „sein“ Beatmungsgerät erhalten soll, beendet wird<sup>22</sup>. Der Staat darf

13) BVerfGE 115, 118 (LuftSiG).

14) Vgl. für Ausnahmen Fn. 9.

15) Dazu sind in jüngster Zeit eine Reihe von Abhandlungen erschienen: Hoven, JZ 2020, S. 449 ff.; Gaede/ Kubicel/ Saliger/ Tsambikakis, medstra 2020, 129 ff.; Engländer/ Zimmermann, NJW 2020, 1398 ff.; Merkel/Augsburg, JZ 2020, 704.

16) Engländer/Zimmermann, NJW, 2020, 1398, 1400.

17) Merkel, FAZ v. 4. 4. 2020, 11 f.

18) Vgl. etwa die Richtlinien der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) v. 25. 3. 2020.

19) Merkel, a. a. O., S. 11.

20) Anders Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 ff., S. 134.

21) Deutlich Merkel, a. a. O., S. 11 f. und S. 13: „unter keinem Gesichtspunkt zu legitimieren“; „keine Rechtsordnung kann das als gültige Norm akzeptieren“.

22) A. A. offenbar Taupitz, MedR 2020, 440, 446.

B zu einer solchen Duldung auch nicht dadurch faktisch zwingen, dass er dem Arzt die Tötungshandlung erlaubt. In einer derartigen Duldungspflicht läge eine Verletzung der von der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) geschützten Basisgleichheit aller Menschen (oben 2.), weil sie implizierte, dass das Leben des geretteten A in irgendeiner Hinsicht mehr wert sei als das des B (der zu Gunsten des A „geopfert“ würde). Wenn mitunter davon ausgegangen wird, dass die „ex post“-Triage mit der „ex ante“-Triage vergleichbar<sup>23</sup> und nach denselben strafrechtlichen Maßstäben zu beurteilen sei, werden Ärzte, die sich danach richten und den B zu Gunsten des A opfern würden, einem erheblichen Strafbarkeitsrisiko wegen Totschlags ausgesetzt<sup>24</sup>. Weder ist der Arzt – mangels Gleichwertigkeit von Handlungs- und Unterlassungspflicht – wegen einer Pflichtenkollision noch über § 34 StGB gerechtfertigt, weil das Leben des A das des B nicht „überwiegt“. Eine Entschuldigung nach § 35 StGB scheidet aus, wenn A nicht Angehöriger des Arztes oder eine ihm nahestehende Person ist, und ein übergesetzlicher Entschuldigungsgrund ist für derartige Fälle bisher in der Rechtsprechung nicht anerkannt. Nachgerade fahrlässig ist daher die Aussage des Deutschen Ethikrates, der Arzt könne mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen<sup>25</sup>.

Dagegen kann man auch nicht überzeugend einwenden, dass an anderer Stelle des Medizinrechts, nämlich im Bereich der sog. passiven Sterbehilfe, das Tun mit dem Unterlassen gleichgesetzt werde. So macht es nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH)<sup>26</sup> in der Tat keinen Unterschied, ob eine lebensrettende Behandlung aufgenommen oder eine solche beendet wird. Diese Gleichsetzung bezieht sich indes auf den Fall, dass der Patient die Behandlung selbstbestimmt ablehnt, also auf den Bereich selbstbestimmten Sterbens. Derjenige, der eine intensivmedizinische Behandlung ablehnt und insoweit von seinem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch macht, darf von Rechts wegen nicht behandelt werden, unabhängig davon, ob die Entscheidung vor dem Beginn einer Behandlung oder im Verlaufe dieser Behandlung geäußert wird: Steht der freiverantwortlich gebildete Wille des Patienten entgegen, darf die Behandlung nicht aufgenommen werden, eine bereits begonnene ist abzubrechen. Diese Konstellation liegt im Falle der Vergabe knapper Rettungsmittel aber regelmäßig nicht vor. Hier geht es nicht um den selbstbestimmten Tod etwa eines Covid-19-Patienten, sondern um die Frage, ob sein Leben durch Trennung vom Respirator gegen seinen (mutmaßlichen) Willen zu Gunsten eines anderen beendet werden darf. Dies ist eine fundamental andere Situation, so dass es nicht überzeugen kann, die Rechtsprechung des BGH zur passiven Sterbehilfe auf die Triage-Situation zu übertragen. Auch an anderer Stelle unterscheidet das Strafrecht wertungsmäßig deutlich zwischen Tun und Unterlassen: So ist etwa die aktive Sterbehilfe<sup>27</sup>, also die Tötung eines Menschen auf dessen Verlangen hin, nach § 216 StGB trotz ausdrücklichem und selbstbestimmtem Wunsch des Sterbewilligen strafbar. Das Unterlassen der Rettung einer Person, die selbstbestimmt Suizid begehen will, ist hingegen nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH nicht strafbar<sup>28</sup>.

### III. Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arzt-Patienten-Verhältnis

Während die Rechtswidrigkeit (und Strafbarkeit) des Handelns des Arztes, der den B zu Gunsten des A extubiert und damit tötet, intuitiv einleuchtet und mit der grundgesetzlichen Wertordnung zwanglos in Einklang zu bringen ist, liegt es bei der „ex ante“-Situation anders. Hier erscheint das Ergebnis, der Arzt dürfe auswählen, „wen er will“ befremdlich – jedenfalls dann, wenn man eine rechtfertigende Pflichtenkollision auch für den Fall annimmt, dass der Arzt die Allokation nach Kriterien vornimmt, die der Staat selbst im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2, 3 GG nicht

anlegen dürfte (z. B. nach dem Alter, der Herkunft, dem Geschlecht, der Religionszugehörigkeit, dem Vorliegen einer Behinderung oder von Vorerkrankungen). Allerdings ist der Arzt<sup>29</sup> selbst nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG). Dies bedeutet indes nicht, dass die Grundrechte der Patienten im regelmäßig privatrechtlichen<sup>30</sup> Verhältnis zum Arzt gar keine Rolle spielen. Vielmehr entspricht es der ständigen Rechtsprechung des BVerfG, dass Grundrechte auch im Verhältnis unter Privaten (hier: Patient und Arzt/Krankenhausträger) Anwendung finden<sup>31</sup>. Erst kürzlich hat das BVerfG seine diesbezügliche Rechtsprechung wie folgt zusammengefasst:

„Nach ständiger Rechtsprechung können die Grundrechte in solchen Streitigkeiten im Wege der mittelbaren Drittwirkung Wirksamkeit entfalten (vgl. BVerfGE 7, 198 <205 f.>; 42, 143 <148>; 89, 214 <229>; 103, 89 <100>; 137, 273 <313 Rdnr. 109>; stRspr). Danach verpflichten die Grundrechte die Privaten grundsätzlich nicht unmittelbar untereinander selbst. Sie entfalten jedoch auch auf die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen Ausstrahlungswirkung und sind von den Fachgerichten, insbesondere über zivilrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, bei der Auslegung des Fachrechts zur Geltung zu bringen. Die Grundrechte entfalten hierbei ihre Wirkung als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen und strahlen als „Richtlinien“ in das Zivilrecht ein (vgl. BVerfGE 73, 261 <269>; 81, 242 <254>; 89, 214 <229>; 112, 332 <352>); die Rechtsprechung hat insoweit auch von den Grundrechten als einer „objektiven Wertordnung“ gesprochen (vgl. BVerfGE 7, 198 <205 f.>; 25, 256 <263>; 33, 1 <12>). Sie zielen hier nicht auf eine möglichst konsequente Minimierung von freiheitsbeschränkenden Eingriffen, sondern sind als Grundsatzentscheidungen im Ausgleich gleichberechtigter Freiheit zu entfalten. Die Freiheit der einen ist dabei mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen. Dabei kollidierende Grundrechtspositionen sind hierfür in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.“<sup>32</sup>

23) So etwa in den Richtlinien der DIVI. Nebulös hingegen der Deutsche Ethikrat in seinen Ad-hoc-Empfehlungen vom 27.3.2020, S. 4: „... kann im Fall einer möglichen (straf-)rechtlichen Aufarbeitung des Geschehens mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen. Objektiv rechters ist das aktive Beenden einer laufenden, weiterhin indizierten Behandlung zum Zweck der Rettung eines Dritten jedoch nicht.“

24) Berechtigte Kritik an den Richtlinien der DIVI bei Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398, 1401.

25) Vgl. den Nachweis in Fn. 23; vgl. dazu auch Lindner, medstra 2020, 199.

26) BGHSt 55, 191.

27) Zwar ist die aktive Sterbehilfe auch durch Unterlassen möglich, wenn den Unterlassenden eine Garantspflicht trifft (§ 13 StGB), sie wird aber regelmäßig durch ein Tun erfolgen (z. B. Setzen der Spritze mit der tödlichen Substanz).

28) Az.: 5 StR 132/18 und 5 StR 393/18, NJW 2019, 3089; Die Garantienstellung (§ 13 StGB) des Arztes für das Leben des Patienten ende, wenn er vereinbarungsgemäß nur noch dessen eigenverantwortlichen Suizid begleite. Ihn treffe keine Interventionspflicht zur Rettung des Suizidenten.

29) Mit Ausnahme der in Fn. 9 genannten Ärzte.

30) Etwa im Rahmen eines Behandlungsvertrages nach § 630a BGB.

31) Dazu Lindner, Der Dritte im System der Grundrechtsdogmatik, Jura 2020, 9.

32) BVerfGE 148, 267, Rdnr. 32 – Stadionverbot; vgl. jüngst auch BVerfG, NJW 2020, 300 („Recht auf Vergessen I“).

Dies bedeutet, dass die Grundrechte des Patienten auch im Rechtsverhältnis zum Arzt oder zum Krankenhaus-träger Bedeutung erlangen. Zum einen ist der seinerseits Grundrechtsschutz<sup>33</sup> genießende Arzt frei in seinen Therapieentscheidungen als Teil seiner Berufsausübung. Auf der anderen Seite stehen die Grundrechte des Patienten auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) sowie dessen Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Die Grundrechtspositionen von Arzt und Patienten sind in wechselseitigen Ausgleich zu bringen, in dem auch die Grundrechtspositionen des Patienten hinreichend Berücksichtigung erfahren. Damit dürften jedenfalls solche Allokationskriterien ausscheiden, die gegen das ebenfalls mittelbare Drittwirkung entfaltende Prinzip der Lebenswertindifferenz verstoßen: Eine Allokation nach dem (vermeintlichen) Lebenswert, der Lebensqualität oder der (bisherigen oder zu erwartenden) Lebensleistung wäre damit nicht vereinbar. Der Staat (zumal in Gestalt des Strafgerichts) darf bei Anwendung solcher Kriterien durch einen Arzt keine rechtfertigende Pflichtenkollision annehmen. „Übersetzt“ in die Schutzpflichtendogmatik, mit der die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte überwiegend konstruiert wird: Der Staat hat sich schützend vor die Gleichwertigkeit jedes Lebens zu stellen, indem er unmittelbar oder mittelbar nach dem Lebenswert differenzierende Allokationskriterien und deren Anwendung durch den Arzt für rechtswidrig und ggf. strafbar erachtet. Mit anderen Worten: Die strafrechtsdogmatische Anerkennung einer rechtfertigenden Pflichtenkollision für die Allokations-Problematik ist zwar nicht als solche, wohl aber für den Fall zweifelhaft, dass lebensbewertende oder -abwertende Kriterien angesetzt werden. Der Satz: „Der Arzt darf wählen, wen er will“ ist vor dem Hintergrund der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte des Patienten auf das Arzt-Patienten-Verhältnis und einer diesbezüglichen Schutzpflicht des Staates in dieser Pauschalität nicht haltbar.

#### IV. Zur Drittwirkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Hinzukommt, dass das BVerfG auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in seiner jüngsten Rechtsprechung ausdrücklich mittelbare Drittwirkung zugesprochen hat. Die insoweit einschlägigen Ausführungen in der sog. „Stadion“-Entscheidung (1.) sind auf die Triage-Konstellation übertragbar (2.). Dies hat zur Konsequenz, dass der Arzt im Rahmen der Allokationsentscheidung nicht nur die Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 2, 3 GG, sondern auch den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu beachten hat (unten 3.).

##### 1. Die Stadion-Entscheidung des BVerfG

Das BVerfG hat in seinem Beschluss zu Stadionverboten<sup>34</sup> entschieden, dass auch Art. 3 Abs. 1 GG über die Figur der mittelbaren Drittwirkung Geltung im Privatrechtsverhältnis entfalten könne: Zwar lasse sich Art. 3 Abs. 1 GG „auch nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung kein objektives Verfassungsprinzip entnehmen, wonach die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten von diesen prinzipiell gleichheitsgerecht zu gestalten“ wären. Grundsätzlich gehöre es zur Freiheit jeder Person, nach eigenen Präferenzen darüber zu bestimmen, wie sie ihr Verhältnis zu Dritten gestalten wolle. Das BVerfG lasse jedoch für bestimmte – von ihm nicht abschließend umschriebene – besondere Konstellationen Ausnahmen zu: Gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten könnten sich aus Art. 3 Abs. 1 GG für „spezifische Konstellationen“ ergeben. „Mittelbare Drittwirkung“ könne Art. 3 Abs. 1 GG etwa dann entfalten, wenn einzelne Personen mittels des privatrechtlichen Hausrechts von Veranstaltungen

ausgeschlossen würden, die von Privaten aufgrund eigener Entscheidung einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet würden und wenn der Ausschluss für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheide. Die Veranstalter dürften hier ihre Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, bestimmte Personen ohne sachlichen Grund von einem solchen Ereignis auszuschließen.

##### 2. Übertragbarkeit auf die Triage-Situation?

Nun ist es offensichtlich, dass die der Stadion-Entscheidung zu Grunde liegende Fallkonstellation nicht ohne Weiteres auf die Triage-Situation übertragbar ist, da es bei dieser ersichtlich nicht um den Abschluss von Verträgen oder die Zulassung zu allgemein der Öffentlichkeit gewidmeten privaten Einrichtungen oder Veranstaltungen geht. Immerhin handelt es sich bei der Allokation knapper Rettungsmittel aber doch um Zulassung und Zuteilung – nämlich bestimmter medizinischer Leistungen. Wichtig ist zudem, dass das BVerfG die Möglichkeit der Wirkung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrechtsverhältnis nicht auf quasi-öffentliche Phänomene beschränkt hat. Vielmehr hat das Gericht allgemein von „spezifischen Konstellationen“ gesprochen, in denen Art. 3 Abs. 1 GG Bedeutung entfalten könne. Für welche Fallkonstellationen diese Konstruktion, die einer unmittelbaren Drittwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG zumindest sehr nahe kommt<sup>35</sup>, gelten soll, klärt das BVerfG zwar nicht abschließend, gibt aber doch wichtige Hinweise. Es nennt die „Unausweichlichkeit von Situationen“, das „Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien“, die „gesellschaftliche Bedeutung von bestimmten Leistungen“ oder die „soziale Mächtigkeit einer Seite“<sup>36</sup>. Diese alternativ verstandenen Kriterien lassen sich auf die ärztliche Allokationsentscheidung in der dilemmatischen Knappheitssituation mindestens teilweise übertragen: Die Situation ist für alle Beteiligten – Arzt wie Patient – „unausweichlich“: Es *mus*s eine Zuteilungentscheidung getroffen werden und diese ist für die Patienten überlebensnotwendig, existenziell. Ein „Ungleichgewicht“ zwischen Krankenhaus-träger/Arzt und Patient ist ebenfalls evident: Der Patient ist regelmäßig physisch hilflos, von dem Arzt abhängig, ohne eine realistische Möglichkeit zu haben, an der Allokationsentscheidung mitzuwirken oder diese zu beeinflussen. Insofern kann man durchaus von einer asymmetrischen Mächtigkeit der medizinischen Seite gegenüber dem auf das Rettungsmittel konkret angewiesenen Patienten sprechen. Die Triage-Konstellation erfüllt mithin wesentliche, vom BVerfG genannte Kriterien für die Annahme einer „spezifischen Konstellation“, in der der Gleichbehandlungsgrundsatz inter privatos Bedeutung entfaltet.

##### 3. Konsequenzen

Was folgt daraus? Zunächst wird man konstatieren müssen, dass der Arzt solche Allokationskriterien nicht anwenden darf, bezüglich derer Art. 3 Abs. 2, 3 GG bereits absolute Differenzierungsverbote, also strengere Vorgaben als

33) Im Betracht kommen die Grundrechte der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG).

34) *BVerfGE* 148, 267.

35) Dazu die prägnante Frage bei *Hellgart* JZ 2018, 901: „Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?“

36) *BVerfGE* 148, 267, Rdnr. 33. Hierbei knüpft das BVerfG an frühere Entscheidungen an: *BVerfGE* 89, 214 (232); 128, 226 (249). *Michl*, JZ 2018, 910 sieht in der Stadionverbotsentscheidung des BVerfG in der Sache zutreffend die (von ihm kritisierte) Etablierung einer „situativ staatsgleichen Grundrechtsbindung privater Akteure“ und in der Sache eine Verabschiedung der (lediglich) mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte.

Art. 3 Abs. 1 GG aufgestellt haben. Der Arzt darf seiner Entscheidung daher nicht zu Grunde legen: Geschlecht, Abstammung, Rasse und Herkunft, die Religionszugehörigkeit, die sexuelle Orientierung, das Vorliegen einer Behinderung, politische und weltanschauliche Überzeugungen. Tut der Arzt dies gleichwohl, dürfte er nicht wegen einer rechtfertigenden Pflichtenkollision gerechtfertigt sein. Denn durch die Qualifizierung einer solchen Allokationsentscheidung als rechtmäßig (also als erlaubt) würde der Staat gegen seine Pflicht verstoßen, den übergangenen Patienten vor einer Diskriminierung durch den Arzt zu schützen, er würde der mittelbaren Drittwirkung der Art. 3 Abs. 2, 3 GG nicht gerecht.

Zusätzlich hat der Arzt bei der Auswahlentscheidung, die notwendigerweise mit einer Ungleichbehandlung des ausgewählten und des übergangenen Patienten einhergeht – dieser stirbt, jener überlebt –, den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu beachten. Dies bedeutet: Die Kriterien, die der Arzt für die Allokation des Rettungsmittels anlegt, müssen sachgerecht, sie dürfen mindestens nicht willkürlich sein. Da die Allokationsentscheidung auf Seiten des nicht berücksichtigten Patienten regelmäßig zum Tode führt, sind an das Vorliegen sachlicher Differenzierungskriterien sehr strenge Anforderungen zu stellen. Keinesfalls dürfen über den „Umweg“ des Art. 3 Abs. 1 GG ausdrücklich oder inzident Kriterien wieder eingeführt werden, die bereits kraft der menschenwürdegebundenen Lebenswertindifferenz (vgl. bereits bei III.) oder wegen Art. 3 Abs. 2, 3 GG auszuschließen sind. Als sachgerechte Allokationskriterien kommen daher folgende wertende Kriterien nicht in Betracht (nicht abschließend): der Beruf, der soziale Status, der Familienstand, die politische und weltanschauliche Einstellung, die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Partei, Funktionen in der Zivilgesellschaft, das Vorverhalten, überhaupt die Biografie der Patienten.

Als sachgerechtes Allokationskriterium wird man allerdings intuitiv den Aspekt der „Dringlichkeit“ sowie insbesondere der „Erfolgsaussicht“ ansehen können. Letzteres Kriterium findet sich in den Richtlinien der medizinischen Fachgesellschaften (DIVI)<sup>37</sup>. Doch was bedeutet „Erfolg“? Auch hierbei handelt es sich um einen tendenziell wertenden Begriff. Um über das Kriterium der Erfolgsaussicht nicht doch wieder unzulässige materielle Lebensbewertungskriterien (Überlebensdauer, verbleibende Lebensqualität etc.) einfließen lassen, wird man „Erfolgsaussicht“ sehr eng fassen und im Sinne des Bestehens einer realistischen Überlebenschance verstehen müssen. Nicht ausgewählt werden würde unter dem Gesichtspunkt der Erfolgsaussicht daher lediglich ein solcher Patient, der nach medizinischer Einschätzung keine oder nur sehr geringe Aussichten hat, trotz der Zuteilung des Rettungsmittels zu überleben. Bei mehreren Patienten mit nach diesem Maßstab gleicher Überlebenschance benötigt man daher weitere Allokationskriterien, jedenfalls mindestens ein weiteres. Auch insofern scheiden erneut solche (utilitaristischen) Kriterien aus, in denen sich eine materielle Bewertung von Leben manifestiert – dem steht Art. 1 Abs. 1 GG entgegen. Es bleibt daher bei mehreren Patienten mit gleicher Überlebenschance nichts anderes übrig, als formale Aspekte wie den des zeitlichen Eintreffens der Patienten im Krankenhaus und bei zeitgleichem Eintreffen das Los heranzuziehen.

Nimmt man die vorstehenden Erwägungen als aus der Drittwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG wie des Art. 3 GG folgend an, dürfte der Staat – in Gestalt des Strafgerichts – eine rechtfertigende Pflichtenkollision auf Seiten des allozierenden Arztes nur annehmen, wenn die genannten Allokationskriterien wie folgt vorliegen: Von mehreren, um einen freien Rettungsplatz „konkurrierenden“ Patienten sind zunächst diejenigen aus der Auswahlentscheidung herauszunehmen, die eine Behandlung freiverantwortlich ablehnen (§630d BGB) oder bei denen eine diesbezügliche

wirksame Patientenverfügung (§1901a BGB) vorliegt oder ein entsprechender mutmaßlicher Wille feststellbar ist. Des Weiteren sind solche Personen bei der Allokationsentscheidung nicht (mehr) zu berücksichtigen, bei denen der Sterbeprozess bereits begonnen hat, bei denen also eine medizinische Indikation zur Durchführung einer intensivmedizinischen Behandlung nicht mehr besteht<sup>38</sup>. Von den sodann verbleibenden Patienten sind diejenigen in die Allokationsentscheidung einzubeziehen, bei denen eine (eng verstandene) „Erfolgsaussicht“ in dem Sinne besteht, dass sie nach pflichtgemäßer medizinischer Einschätzung eine realistische Chance haben, die intensivmedizinische Behandlung zu überleben. Sind auch nach dieser Beurteilung noch mehr Patienten vorhanden als freie Rettungsmittel, ist nach dem formalen Kriterium des zeitlichen Eintreffens zu entscheiden und bei zeitgleichem Eintreffen durch Los.

## V. Unmittelbare Grundrechtsbindung des Gesetzgebers

Würde der Gesetzgeber – was derzeit nicht der Fall ist – selbst Kriterien für die Allokationsentscheidung vorgeben<sup>39</sup>, wäre er wegen Art. 1 Abs. 3 GG *unmittelbar* an die Grundrechte gebunden. In der Festlegung von verbindlichen Allokationskriterien<sup>40</sup> durch den Gesetzgeber läge nicht nur eine rechtliche und ggf. strafrechtlich sanktionierte Anweisung an den Arzt, nach diesen Kriterien auszuwählen und die Rettungsmittel zu allozieren. Darüber hinaus wäre darin ein mittelbarer Eingriff in die Grundrechte des rettungsbedürftigen Patienten zu sehen, der aufgrund der verbindlichen Anordnung des Gesetzgebers nicht für den freien Beatmungsplatz ausgewählt werden darf und deswegen sterben muss. Infolge dieser erheblichen Eingriffsrelevanz hat sich der Gesetzgeber aufgrund seiner unmittelbaren Grundrechtsbindung über Art. 1 Abs. 3 GG maßgeblich am Grundsatz der Lebenswertgleichheit (Art. 1 Abs. 1 GG) zu orientieren; hierüber hilft auch der Gesetzesvorbehalt in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG nicht hinweg, da dieser keine Beschränkung der Menschenwürde legitimieren kann<sup>41</sup>. Daher dürfte der Gesetzgeber auch die ex post-Triage nicht zulassen, da kein Mensch verpflichtet ist und dazu verpflichtet werden kann, sein Leben zu Gunsten eines Dritten zu opfern und insofern seine Tötung zu dulden. Für die ex ante-Konstellation kommt die unmittelbare Bindung des Gesetzgebers an Art. 3 GG und die dort verbürgten Differenzierungsverbote (Abs. 2, 3) sowie den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Abs. 1)

37) Vgl. Fn. 7. Auf S. 3 dieser Richtlinien heißt es: „Die Priorisierung von Patienten sollte sich deshalb am Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht orientieren, was nicht eine Entscheidung im Sinne der „best choice“ bedeutet, sondern vielmehr den Verzicht auf Behandlung derer, bei denen keine oder nur eine sehr geringe Erfolgsaussicht besteht. Vorrangig werden dann diejenigen Patienten klinisch notfall- oder intensivmedizinisch behandelt, die dadurch eine höhere Überlebenschance bzw. eine bessere Gesamtprognose (auch im weiteren Verlauf) haben. Die Einschätzung der klinischen Erfolgsaussicht muss für jeden Patienten so sorgfältig wie möglich erfolgen.“

38) Dazu *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1401. In diesem Fall ist dann für eine palliativmedizinische Betreuung und Versorgung des Patienten zu sorgen.

39) In der Literatur wird vielfach gefordert, dass der Staat – in Gestalt des Gesetzgebers – Vorgaben für den Umgang mit der Allokation knapper Rettungsmittel erlässt, vgl. etwa *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402; *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129 ff. Anders der Deutsche Ethikrat, a. a. O., S. 4, der von der „Primärverantwortung der Medizin“ spricht.

40) Freilich müsste der Gesetzgeber nicht nur Allokationskriterien formulieren, sondern auch ein sachgerechtes, grundrechtssicherndes Allokationsverfahren aufsetzen.

41) Zum Verhältnis von Menschenwürde und Lebensrecht s. *Lindner*, Die Würde des Menschen und sein Leben, DÖV 2006, 577 ff.

hinzu. Insofern ergeben sich letztlich die gleichen Anforderungen wie im Rahmen der Drittwirkung (oben IV.3.).

## VI. Ergebnisse

1. Die zu Beginn gestellte Frage, ob der Arzt bei der Allokation knapper Rettungsmittel Grundrechte des Patienten, insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 GG) zu beachten hat, ist zu bejahen. Es handelt sich bei dilemmatischen Allokationsentscheidungen wie der Triage um eine Konstellation, auf welche die vom BVerfG für eine Drittwirkung des Gleichheitssatzes formulierten Bedingungen übertragbar sind. Der Arzt darf daher nicht wählen, „wen er will“. Die strafrechtliche Dogmatik einer rechtfertigenden Pflichtenkollision ist daher jedenfalls für solche Fälle verfassungsrechtlich nicht haltbar, in denen der Arzt nach Kriterien alloziert, die der Staat nicht anwenden dürfte.

2. Für die „ex ante“-Konstellation der erstmaligen Allokation ist die Annahme einer rechtfertigenden Pflichtenkollision nur unter folgenden Voraussetzungen verfassungskonform:

2.1 Von mehreren, um einen freien Rettungsplatz „konkurrierenden“ Patienten sind zunächst diejenigen aus der Auswahlentscheidung herauszunehmen, die eine Behandlung freiverantwortlich ablehnen oder bei denen eine diesbezügliche wirksame Patientenverfügung (§ 1901a BGB) vorliegt.

2.2 Zudem sind solche Personen bei der Allokationsentscheidung nicht mehr zu berücksichtigen, bei denen der Sterbeprozess bereits begonnen hat, bei denen also eine medizinische Indikation zur Durchführung einer intensivmedizinischen Behandlung nicht mehr besteht.

2.3 Von den sodann verbleibenden Patienten sind diejenigen in die Allokationsentscheidung einzubeziehen, bei denen eine „Erfolgsaussicht“ in dem Sinne besteht, dass sie nach pflichtgemäßer medizinischer Einschätzung eine realistische Chance haben, die intensivmedizinische Behandlung zu überleben.

2.4 Sind auch nach dieser Beurteilung noch mehr Patienten vorhanden als freie Rettungsmittel, ist nach dem formalen Kriterium des zeitlichen Eintreffens zu entscheiden und bei zeitgleichem Eintreffen durch Los.

2.5 Nur durch einen engen, auf das bloße Überleben fokussierten „Erfolgs“begriff, durch jeglichen Verzicht auf materielle Bewertungskriterien und letztlich durch ein Zurückgreifen auf rein formale Aspekte (Zeit, Los) kann der Gesetzgeber die Verfassungswidrigkeit einer Auswahlregelung im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde), im Hinblick auf das Lebensrecht (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) und im Hinblick auf die gleichheitsrechtlichen Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 2, 3 GG) sowie schließlich im Hinblick auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) vermeiden.

3. Für die „ex post“-Konstellation (B wird extubiert und stirbt, damit A das freiwerdende Rettungsmittel erhält) kommt eine Rechtfertigung überhaupt nicht in Betracht, allenfalls eine übergesetzliche Entschuldigung. Denn niemand ist verpflichtet, seine Tötung zu dulden, damit ein anderer überlebt.

4. Die unter 2. und 3. genannten Maßstäbe hätte der Gesetzgeber auch bei einer gesetzlichen Regelung der Triage zu beachten.

# Krankenversicherungsrechtliche Leistungsansprüche und der Faktor Zeit

Zeitliche Vorgaben für den Richtlinienenerlass durch den G-BA

Dagmar Felix

## I. Einleitung

Im Recht der GKV normiert das SGB V als formelles Gesetz die Leistungsansprüche der Versicherten. Indes: Ohne die Ergänzung der hier zu findenden Regelungen durch die Richtlinien des G-BA sind die vermeintlichen Ansprüche häufig nicht durchsetzbar. Der G-BA hat insoweit eine zentrale Steuerungsfunktion für das materielle Leistungsrecht der GKV<sup>1</sup>. Seine Richtlinienkompetenz umfasst nahezu das gesamte Spektrum der Gesundheitsversorgung der GKV. Die Richtlinien konkretisieren den Leistungsanspruch des Versicherten; und erst sie machen ihn letztlich zu einem gegenüber der Krankenkasse durchsetzbaren Einzelanspruch. Die Redewendung vom „kleinen Gesetzgeber“<sup>2</sup> wird nahezu täglich bedeutsamer, denn der Aufgabenkreis des G-BA wurde vom Gesetzgeber – und das trotz der noch immer ungeklärten Fragen bezüglich seiner demokratischen Legitimation<sup>3</sup> – in

den letzten Jahren auf eine wahrlich beeindruckende Weise stetig erweitert.

Schon die in § 92 Abs. 1 S. 2 SGB V aufgeführten Regelungsbereiche sind vielfältig und weitreichend – man denke hier nur an den Bereich der „ärztlichen Behandlung“ (Nr. 1) Auch die maßgeblichen Vorschriften im Leistungsrecht normieren in erheblichem Umfang Richtlinienenerfordernisse und verweisen ihrerseits häufig – gleichsam spiegelbildlich – auf § 92 SGB V. § 25a SGB V mag das verdeutlichen: § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB V fordert<sup>4</sup> vom G-BA den Erlass einer Richtlinie über die „Maßnahmen zur Früherkennung von Krankheiten und zur Qualitätssicherung der Früherkennungsuntersuchungen sowie zur Durchführung organisierter Krebsfrüherkennungsprogramme nach § 25a einschließlich der systematischen Erfassung, Überwachung und Verbesserung der Qualität dieser Programme.“ § 25a SGB V seinerseits erwähnt den

Prof. Dr. iur. Dagmar Felix,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht,  
Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Universität Hamburg,  
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg, Deutschland

1) *Wiegand*, in: *jurisPK-SGB V*, 3. Aufl. 2016, § 92, Rdnr. 21.

2) Hierzu schon *Oldiges*, *Sozialer Fortschritt* 1998, 69, 70ff.

3) Vgl. hierzu die Gutachten von *Kingreen*, *Gassner* und *Kluth* (veröffentlicht auf der Webseite des BMG).

4) In den hier genannten Bereichen „soll“ der G-BA Richtlinien erlassen.