

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-5874-2>

# Rechtliche Regelung der „Triage“ – Gesundheitssysteme an ihren Grenzen

Alexander P. F. Ehlers, Julian Bartholomä und Daniel Menghin

„We need a long-term plan for the next pandemic“, so das Fazit einer Gruppe italienischer Ärzte, die in Bergamo am Krankenhaus Papa Giovanni XXIII Anfang März im europäischen Epizentrum gegen eine Krise kämpften. Den Verlauf der Krise beschrieben die Ärzte als unkontrolliert und stellen darüber hinaus fest, dass die Außenwelt über diese Tatsache nicht informiert war. Heute ist sie es. Die Feststellung der Ärzte verdeutlicht jedoch nochmals, dass das medizinische Personal weitestgehend alleine und ohne konkrete Leitfäden zum Umgang mit der Situation im Kampf gegen das neuartige Coronavirus „SARS-CoV-2“ („Severe acute respiratory syndrome Coronavirus 2“) stand. Dabei waren die Ausmaße erheblich. Teilweise unterließen Behandler es in einzelnen Fällen sogar, Wiederbelebungsmaßnahmen an älteren Patienten durchzuführen, da eine anschließende Behandlung aufgrund mangelnder Ressourcen nicht gewährleistet werden konnte<sup>1</sup>.

Seit Februar 2020 hält das neue Coronavirus neben den betroffenen Krankenhausanstalten weltweit auch die Gesellschaft und den Gesetzgeber in Schach. Dabei handelt es sich um ein Virus aus der Gruppe der Beta-Coronaviren, das eine für derartige Virusgruppen typische Erkältungskrankung, mitunter aber auch Pneumonien, hervorrufen kann. Eine Aufnahme des Virus erfolgt meist über den Respirationstrakt. Die Symptome umfassen ein breites Spektrum von leichten Kopf-, Halsschmerzen und Husten über Fieber bis hin zu Atembeschwerden, Atemnot und schließlich Lungenversagen. Außerhalb des primär pulmonalen Wirkungsraums verursacht das Virus Hyperkoagulopathien und Immunschwäche<sup>2</sup>. Die Erklärung zur Pandemie erfolgte am 11.3.2020 durch die WHO<sup>3</sup>. Zum Stichtag 10.2.2021 wurden weltweit insgesamt 106.321.987 Corona-Infektionen<sup>4</sup> verzeichnet bei einer Mortalitätsrate von unter 0,1 % bei Personen unter 50 Jahren und über 10 % bei Personen mit einem Alter von über 80 Jahren<sup>5</sup>.

Aus dem einstigen „Schattendasein“<sup>6</sup> heraustretend, findet die juristische Diskussion um die Allokation begrenzter Ressourcen nun stetig Zuwachs. Der Begriff der Triage (frz.: auslesen, auswählen), der ursprünglich der Kriegsmethodik entstammt und dort sowohl für eine anfängliche Sichtung als auch die darauffolgende Sortierung der Behandlungsbedürftigen verwendet wurde, findet zusehends Anwendung in der modernen Katastrophenmedizin<sup>7</sup>. Letztere, welche dogmatische auf die Kriegsmethodik zurückzuführen ist<sup>8</sup>, umschreibt außergewöhnliche Schadensereignisse wie beispielsweise zivile Katastrophen (Pandemien, Industrieunfälle und Terror-Anschläge) sowie Massenbehandlungen in der Kriegsmethodik, die zu einer unter Zeitdruck erfolgen-

den Behandlung unter ungünstigen Umweltbedingungen führen. Kennzeichnend ist ein Mangel an zur umfassenden Behandlung aller Bedürftigen notwendigen Ressourcen<sup>9</sup>.

Die Entscheidungen der italienischen Ärzte, wem im konkreten Fall eine Behandlung zukommen soll, wenn die dafür notwendigen Ressourcen nicht für alle reichen, sind von der obigen Begriffsdefinition erfasst. Grundlage bildeten Kriterien wie Alter und Lebenserwartung. Das Ergebnis solcher Entscheidungen war, dass älteren Patienten eine Behandlung verwehrt werden musste, da in der Folge 70 % der Intensivbetten in Bergamo für COVID-19-Patienten im kritischen Stadium mit vernünftiger Überlebenschance reserviert waren<sup>10</sup>. Aus Sicht der behandelnden Ärzte kann diese aus der Praxis erwachsene Lösung, nicht zuletzt aufgrund rechtlicher Unsicherheit, keinesfalls als zufriedenstellend angesehen werden<sup>11</sup>. Hinzu kommt die mit solchen Entscheidungen verbundene psychische Belastung, die ausschließlich vom klinischen Personal getragen wird. März 2020 wird von italienischen Ärzten zum Teil als der schlimmste Monat ihres Lebens bezeichnet<sup>12</sup>.

In Ermangelung einer deutlichen Positionierung des Gesetzgebers zu Allokationskriterien haben Fachgesellschaften und Ethikräte in zahlreichen europäischen Staaten Empfehlungen zu Allokationsentscheidungen bei Behandlung

- 1) *Nacoti et al.*, At the Epicenter of the Covid-19 Pandemic and Humanitarian Crises in Italy: Changing Perspectives on Preparation and Mitigation, <https://catalyst.nejm.org/doi/full/10.1056/CAT.20.0080> (aufgerufen am 10.2.2021); *Gristina/Orsi/Vergano*, BioLaw Journal 2020 Special Issue I, 379, 380; *Corrias*, La Repubblica, 11.4.2020, <https://bit.ly/2JXUStf> (aufgerufen am 10.2.2021).
- 2) RKI, SARS-CoV-2 Steckbrief zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), Stand 9.2.2021, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html#doc-13776792bodyText1](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html#doc-13776792bodyText1) (aufgerufen am 10.2.2021).
- 3) WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 11.3.2020, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020> (aufgerufen am 10.2.2021).
- 4) WHO Coronavirus Disease (Covid-19) Dashboard, <https://covid19.who.int/> (aufgerufen am 10.2.2021).
- 5) RKI, SARS-CoV-2 Steckbrief zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), Stand 9.2.2021, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html#doc-13776792bodyText1](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html#doc-13776792bodyText1) (aufgerufen am 10.2.2021).
- 6) *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 1. Aufl., 2013, S. 13.
- 7) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 47.
- 8) S. dazu die Rekonstruktion in *Pfeiffer*, Jahrbuch für Kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften 1983, 94, 103 f.
- 9) Für eine umfassende Auseinandersetzung siehe: *Kern/Rehborn*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, §21 Katastrophenmedizin.
- 10) *Nacoti et al.*, At the Epicenter of the Covid-19 Pandemic and Humanitarian Crises in Italy: Changing Perspectives on Preparation and Mitigation, <https://catalyst.nejm.org/doi/full/10.1056/CAT.20.0080> (aufgerufen am 10.2.2021).
- 11) *Ferraresi*, A coronavirus cautionary tale from Italy: don't do what we did, Boston Globe 13.3.2020, <https://www.bostonglobe.com/2020/03/13/opinion/coronavirus-cautionary-tale-italy-dont-do-what-we-did/> (aufgerufen am 10.2.2021).
- 12) *Corrias*, La Repubblica, 11.4.2020, <https://bit.ly/2JXUStf> (aufgerufen am 10.2.2021).

Prof. Dr. iur. Dr. med. Alexander P. F. Ehlers,  
Fachanwalt für Medizinrecht, Facharzt für Allgemeinmedizin,  
Partner bei Ehlers, Ehlers & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft mbB,  
Widenmayerstr. 29, 80539 München, Deutschland

Julian Bartholomä, Rechtsanwalt,  
Partner bei Ehlers, Ehlers & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft mbB,  
Widenmayerstr. 29, 80539 München, Deutschland

Daniel Menghin, Doktorand der Italienischen Rechtswissenschaften  
an der Università di Padova (IT)  
und Leopold-Franzens-Universität Innsbruck (AT),  
Widenmayerstr. 29, 80539 München, Deutschland

eines kritischen Krankheitsverlaufs nach einer COVID-19 Infektion veröffentlicht. Teilweise basierte diese Entscheidung auf der konkreten Notwendigkeit (so u. a. in Italien<sup>13</sup>, Spanien<sup>14</sup> und in der Schweiz<sup>15</sup>) und teilweise war das Ziel auf eine solche vorbereitet zu sein (so Deutschland<sup>16</sup>).

Der Ruf der Ärzte hallt nach. Vor allem in der deutschen Rechtslehre<sup>17</sup> wird, in Anlehnung und in Zusammenarbeit mit medizinischen und ethischen Grundsätzen<sup>18</sup>, zunehmend darüber diskutiert, ob und inwieweit es Aufgabe eines Rechtsstaates sein kann und muss, Vorgaben für Entscheidungen im Triage-Fall zu geben. Die Diskussion streift neben verfassungsrechtlichen Grundsätzen<sup>19</sup> auch Überlegungen zur straf- und zivilrechtlichen Verantwortung des sanitären Personals.

Mit dem gegenständlichen Beitrag soll zunächst die Pflicht des Gesetzgebers zur Regelung der Triage-Entscheidungen in zivilen Katastrophensituationen erörtert werden (I), um anschließend entsprechende Priorisierungskriterien herauszuarbeiten (II) und kurz auf mögliche Alternativen zu solchen Kriterien einzugehen (III).

## I. Zur Pflicht des Gesetzgebers

### 1. Rechtssicherheit – Eine Notwendigkeit im Rechtsstaat

Die Notwendigkeit einer rechtlichen Regulierung der Allokation von knappen Ressourcen in Krisensituationen wird von einigen Vertretern der Lehre<sup>20</sup> zugunsten der Rechtssicherheit sowohl der betroffenen Patienten, als auch des involvierten medizinischen Personals als gegeben erachtet. Andere<sup>21</sup> wiederum kritisieren diese Ansicht. Sie sind der Meinung, die bisherigen medizinethischen Vorgaben, Ressourcen nach Maßgabe der medizinisch zu bewertenden, allgemein anerkannten Kriterien der Dringlichkeit und der Erfolgsaussichten zu verteilen, reichen vollkommen aus. Angesichts solcher Kriterien, denen ein Gesetzgeber auch nur zustimmen könne, wäre eine Regulierung durch letzteren nicht sinnvoll<sup>22</sup>.

Hinsichtlich der Rechtssicherheit spielt für medizinisches Personal vor allem die drohende strafrechtliche Verantwortung eine wesentliche Rolle. Dabei geht es vor allem um die Frage, wem aus rechtlicher Sicht bei gleichzeitigem Eintreffen einer Mehrzahl an intensivpflichtigen Patienten und mangelnder Anzahl an intensivmedizinischen Behandlungsgeräten eine entsprechende Behandlung zukommen soll. Noch viel häufiger dürfte sich das Problem jedoch dann stellen, wenn ein benutztes Beatmungsgerät erneut frei wird. Erweitert wird die Diskussion um die Frage nach der Rechtskonformität der Entscheidung, bereits begonnene intensivmedizinische Behandlungen zugunsten später eintreffender Patienten wieder zu beenden<sup>23</sup>.

### 2. Der Gesetzgeber an seinen Grenzen

Plakatativ wurde zu Beginn der Corona-Krise im Zusammenhang mit Triage-Entscheidungen von „Grenzen des staatlich Normierbaren“ gesprochen<sup>24</sup>. Erste Rechtfertigungen derartiger Aussagen suchte und fand man im deutschen Grundgesetz, welches die Aufgabe hat, den Bürger vor dem Staat und dessen unverhältnismäßigen Eingriffen in seine Grundfreiheiten zu schützen (sog. Abwehrrechte). Die nicht überschreitbare Hürde der menschlichen Würde stellt hierbei die absolute Grenze für staatliches Handeln dar. Demzufolge darf es also nicht möglich sein, dass ein das Grundgesetz respektierender Staat eine Entscheidung darüber fällt, wessen Leben zugunsten eines anderen geopfert werden muss<sup>25</sup>.

### 3. Der Arzt als Gesetzgeber?

Intuitive Verweise auf ärztliches Personal als Träger der Triage-Entscheidungen schlagen jedoch ebenfalls fehl, da

dessen Kompetenz schlichtweg nicht in derartig normativen Entscheidungen liegt und auch nicht liegen sollte. So umfasst der Aufgabenbereich des Arztes sehr wohl die Bewertung des konkreten Sachverhalts anhand medizinischer Kriterien, eine Entscheidungsbefugnis über die Art, Anzahl und Reihenfolge derselben muss dennoch verneint werden. Dies beruht unter anderem auch auf der individualistisch geprägten Perspektive der Ärzte, die nach § 1 Abs. 1 i. V. mit Abs. 2 MBO-Ä vor allem auch dazu verpflichtet sind, dem Einzelnen eine geeignete Behandlung zu bieten<sup>26</sup>.

- 13) SIAARTI, Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili, 6. 3. 2020, <http://www.siaarti.it/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI.aspx> (aufgerufen am 17. 11. 2020); CNB, Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del „trriage in emergenza pandemica“, 8. 4. 2020, <http://bioetica.governo.it/italiano/documenti/pareri-e-risposte/covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-trriage-in-emergenza-pandemica/> (aufgerufen am 1. 1. 2021).
- 14) Comité de Bioética de España, Informe del Comité de Bioética de España sobre Los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en El contexto de la crisis del coronavirus, 25. 3. 2020, <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/> (aufgerufen am 10. 2. 2021).
- 15) SAMW, Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, 3. Version vom 17. 12. 2020, <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Intensivmedizin.html> (aufgerufen am 10. 2. 2021).
- 16) Erste Empfehlungen der DIVI wurden am 26. 3. 2020 veröffentlicht und anschließend am 17. 4. 2020 aktualisiert. Für beide: <https://www.divi.de/register/aktuelle-informationen> (aufgerufen am 10. 2. 2021); Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise Ad-hoc-Empfehlung, 27. 3. 2020, <https://www.ethikrat.org/publikationen/kategorie/ad-hoc-empfehlungen/> (aufgerufen am 10. 2. 2021).
- 17) Umfassend damit auseinandergesetzt hat sich *Brech*, Triage und Recht, 2008. Zuletzt: *Augsberg/Merkel*, JZ 2020, 704; *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398; *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129; *Gutmann/Fateh-Moghadam*, Gleichheit vor der Triage, 30. 4. 2020, <https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/> (aufgerufen am 10. 2. 2021); *Hoven*, JZ 2020, 449; *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. X, Rdnr. 28–30; *Lindner*, MedR 2020, 723; *Sowada*, NStZ 2020, 452; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627; *Taupitz*, MedR 2020, 440; In Italien: *Piccinni et al.*, Recenti Prog Med 2020, 212.
- 18) *Lübbe*, MedR 2020, 434; *Piccinni et al.*, Recenti Prog Med 2020, 212.
- 19) *Costanzo/Zagrebelsky*, BioLaw Journal 2020 Special Issue 1, 441.
- 20) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 83; *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402; *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129; *Taupitz*, MedR 2020, 440; Dazu in Italien *Piccinni et al.*, Recenti Prog Med 2020, 212, 213.
- 21) *Augsberg/Merkel*, JZ 2020, 704, 705; *Schmidt/Wolfsblast/Kretschmer/Lewandowski/Verrel*, medstra 2020, 195.
- 22) Ähnliche Diskussionen finden sich auch in Italien: *Mori*, Le Raccomandazioni SIAARTI puntano nella direzione giusta, Mindermeinung im Anschluss an CNB, Covid-19, La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del „trriage in emergenza pandemica“, 8. 4. 2020, S. 12.
- 23) Für viele: *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627.
- 24) Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise Ad-hoc-Empfehlung, 27. 3. 2020, <https://www.ethikrat.org/publikationen/kategorie/ad-hoc-empfehlungen/> (aufgerufen am 10. 2. 2021); *Piccinni et al.*, Recenti Prog Med 2020, 212, 216.
- 25) So der Deutsche Ethikrat, der in seinen Ad-hoc Empfehlungen etwas widersprüchlich zunächst auf die politische Legitimation des Gesetzgebers verweist (S. 2–3), im Anschluss jedoch darauf plädiert, dass der Staat keine Normen setzen möge, wohl aber den Entscheidungen des klinischen Personals mit Akzeptanz entgegenkommen solle (S. 4).
- 26) Ausführlich dazu *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. X, Rdnr. 28–30, m. w. N.

Es ist nicht die Aufgabe der Wissenschaft, gesellschafts-politisch relevante Entscheidungen mit *erga omnes* Wirkung zu treffen, sondern vielmehr ihre Aufgabe, dem volkslegitimierten Entscheidungsträger die Grundlage für eine solche zu vermitteln<sup>27</sup>. Der Verweis<sup>28</sup> auf normative Grundlagen ist dabei insofern abwegig, als dass es eine solche derzeit schlichtweg nicht gibt. Es lassen sich zwar Parallelen zu bereits geltenden und angewandten Gesetzen, wie beispielsweise dem Transplantationsgesetz, erkennen, direkt anwendbar ist ein solches auf gegenständliche Sachverhalte jedenfalls nicht.

Darüber hinaus lässt sich in der Praxis feststellen, dass es dem Willen des ärztlichen Personals entspricht, derartige Triage-Entscheidungen nicht zu treffen. Dies lässt sich mit der daraus resultierenden moralischen Verantwortung begründen und gilt insofern unabhängig jedweder rechtlichen Konsequenz für rechtswidriges Handeln<sup>29</sup>.

#### 4. Rechtssicherheit in einem „rechtsfreien Raum“?

Aus der Ermangelung an notwendiger Kompetenz zur Festlegung der Priorisierungskriterien seitens des klinischen Personals folgt jedoch nicht zwingend eine derartige Kompetenz des Gesetzgebers, könnte es sich hierbei immerhin noch um einen „rechtsfreien Raum“<sup>30</sup> handeln. Dem widerspricht allerdings die Forderung, dass eine vollkommene Enthaltung der Entscheidung durch das medizinische Personal als weiterhin strafbar angesehen werden soll<sup>31</sup>. Eine solche wird als Ungerechtigkeit im Einzelfall empfunden. Auch eine „falsche“ Entscheidung, d. h. anhand von Kriterien, nach welchen selbst der Staat nicht entscheiden dürfte, gilt für einen Teil der Lehre<sup>32</sup> als strafrechtlich relevant. Dies ergibt sich aus der anerkannten Drittwirkung des Gleichheitsgrundsatzes auch in Privatrechtsverhältnissen<sup>33</sup>. Wie bereits festgestellt, verlangen aber gerade die Entscheidungsträger im Triage-Fall nach einer gesetzlichen Regelung. Einen rechtsfreien Raum stellt die Triage-Entscheidung somit nicht dar. Der Arzt muss also handeln, und wenn er handelt, dann richtig.

#### 5. Auf Kollisionskurs mit dem Grundrecht auf Gewissensfreiheit

Eine derart plakative Behauptung gilt es zunächst im Grundsatz zu bezweifeln. Es ist gemäß dem verfassungsrechtlich verankerten Prinzip der Gewissensfreiheit nach Art. 4 GG jedem erlaubt, in Situationen, in denen er von der Rechtsordnung gebotene Entscheidungen nicht mit seinem Gewissen vereinbaren kann, von derartigen Entscheidungen Abstand zu nehmen<sup>34</sup>. Dass es sich bei den hiesigen Entscheidungen um Gewissensentscheidungen handelt, wird mehrmals bestätigt<sup>35</sup>. Bereits das ärztliche Handeln als solches bedarf einer mit dem Gewissen des Behandelnden zu vereinbarenden Entscheidung (§ 2 Abs. 1 MBO-Ä).

Zentrales Merkmal einer vom Recht auf Gewissensfreiheit erfassten Entscheidung stellt die Unausweichlichkeit der Entscheidungssituation dar, in der sich die Person befindet. Bringt der zur Entscheidung Verpflichtete sich hingegen selbst in die Lage entscheiden zu müssen, obwohl eine solche problemlos hätte vermieden werden können, so erlaubt die Gewissensfreiheit keinen Ausweg aus dem staatlichen Zwang. Gewissensentscheidungen sind insbesondere dadurch geprägt, dass sie auf keine objektive Grundlage zurückzuführen sind, es sich demnach um eine Entscheidung entsprechend persönlicher Überzeugung handelt<sup>36</sup>. Ginge man somit davon aus, dass das Recht als objektiver Maßstab schlechthin nicht dazu in der Lage oder gar nicht dazu befugt sein sollte, entsprechende Regelungen für eine Verteilungsgerechtigkeit in der Triage zu statuieren, so eröffnet sich unwiderleglich der Anwendungsbereich der Gewissensfreiheit nach Art. 4 GG. Eine Entscheidung durch die Ärzte muss aufgrund fehlender objektiver Grundlagen nach subjektiven Ansichten getroffen werden.

Die Folge einer derartigen Annahme der Anwendbarkeit des Grundrechtes auf Gewissensfreiheit<sup>37</sup> wäre, dass den Entscheidungsträgern bei Entscheidungen anhand „falscher“ Allokationskriterien oder gar bei Unterlassen einer Triage-Entscheidung keine Folgen aus der Rechtsordnung erwachsen könnten. Es kann mitunter auch als maximale Verwirklichung des moralphilosophischen Prinzips des Egalitarismus verstanden werden, keinen zu behandeln, wenn nicht alle behandelt werden können.

Die völlige Gleichgültigkeit einer ausgebliebenen Entscheidung ist entsprechend der bereits angeführten Ansichten in der Lehre aber gerade eben nicht gegeben. Derartiges Handeln iwS soll insbesondere strafrechtlich geahndet werden, woraus eine Einschränkung des Grundrechtes auf Gewissensfreiheit abgeleitet werden muss. Allenfalls kann gesagt werden, dass jedwede Grundrechtseinschränkung einer Rechtfertigung bedarf. Eine solche kann einerseits in der Rechtsetzungsbefugnis des Gesetzgebers, der zur Einschränkung von Grundrechten ermächtigt wird<sup>38</sup>, andererseits in der Kollision zweier Grundrechte liegen.

Die Gewissensfreiheit als Grundrecht, dessen Position allen anderen Grundrechten prinzipiell gleichsteht und somit unter denselben Voraussetzungen eingeschränkt werden kann, tritt im gegenständlichen Sachverhalt in Kollision mit dem Recht auf Leben oder dem Recht auf körperliche Unversehrtheit der zu behandelnden Patienten. In der Rechtsprechung des BVerfG werden derartige Kollisionen zumeist nicht anhand einer Entweder-Oder-Entscheidung gelöst, sondern nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz<sup>39</sup>. Diese setzt jedoch eine einzelfallbezogene Entscheidung voraus. Will man generelle Vorgaben bei Grundrechtskollisionen treffen, so liegt es, nicht zuletzt aufgrund der Wesentlichkeitstheorie<sup>40</sup> am Gesetzgeber, derartige Regelungen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grundsätze zu setzen<sup>41</sup>. Vorausgeschickt wird, dass eine Abwägung der Grundrechte auf Gewissensfreiheit und Leben, bzw. körperliche Unversehrtheit jedenfalls möglich ist<sup>42</sup>.

27) Vgl. Gutmann/Fateh-Moghadam, Gleichheit vor der Triage, 30.4.2020, [https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/\(aufgerufen am 10.2.2021\)](https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/(aufgerufen%20am%2010.2.2021)).

28) Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise Ad-hoc-Empfehlung, 27.3.2020, [https://www.ethikrat.org/publikationen/kategorie/ad-hoc-empfehlungen/\(aufgerufen am 10.2.2021\)](https://www.ethikrat.org/publikationen/kategorie/ad-hoc-empfehlungen/(aufgerufen%20am%2010.2.2021)).

29) Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. X, Rdnr. 24.

30) Gutmann/Fateh-Moghadam, Gleichheit vor der Triage, 30.4.2020, [https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/\(aufgerufen am 10.2.2021\)](https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/(aufgerufen%20am%2010.2.2021)).

31) Für viele: Sowada, *NStZ* 2020, 452, 453.

32) So beispielsweise Engländer/Zimmermann, *NJW* 2020, 1398, 1401, wenn sie sagen, dass eine Entscheidung zugunsten der Erfolgsaussichten und entgegen der Dringlichkeit zu einer strafrechtlichen Verantwortung führt.

33) BVerfGE 148, 267. Näheres zur Drittwirkung der Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen in Lindner, *MedR* 2020, 723, 726, 728. Anderer Ansicht: Sternberg-Lieben, *MedR* 2020, 627, 634.

34) Muckel, *NJW* 2000, 689, spricht hier von einer „Befreiung von Rechtspflichten im Einzelfall“. Dazu bereits BVerfGE 78, 391.

35) BVerfG, *MedR* 2000, 28; Für viele: Brech, *Triage und Recht*, 2008, S. 182.

36) Muckel, *NJW* 2000, 689.

37) A. A. Engländer/Zimmermann, *NJW* 2020, 1398, 1401.

38) Vgl. dazu Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 GG.

39) Hierzu unter anderem BVerfGE 41, 29.

40) BVerfG, *NJW* 1972, 1504: „Dem staatlichen Gesetzgeber erwächst hier eine gesteigerte Verantwortung: Der verstärkten Geltungskraft der Grundrechte entspricht die besondere Bedeutung aller Akte staatlicher Gewaltausübung, welche die Verwirklichung und Begrenzung von Grundrechten zum Gegenstand haben.“ Siehe auch BVerfGE 147, 253; Vgl. Taupitz, *MedR* 2020, 440, 442.

41) Muckel, *NJW* 2000, 689, 691 f.

42) BVerfGE 32, 98.

Die Lösung des hiesigen Konfliktes nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz muss dazu führen, dass, wie sich bereits intuitiv ergibt, dem Recht auf Leben als vitale Voraussetzung der menschlichen Würde ein Vorrang zugesprochen wird. Ärzte sind demnach entsprechend der Priorisierungskriterien eines Gesetzes zu einer Entscheidung verpflichtet. Ein moralisches Unbehagen durch Einschränkung der individuellen Gewissensfreiheit verletzt die menschliche Würde in geringerem Ausmaß, als das für sie als Voraussetzung geltende Leben eines Individuums. Damit dem Grundrecht der Gewissensfreiheit im Rahmen der Abwägung in praktischer Konkordanz eine verhältnismäßige Einschränkung widerfährt, liegt es am Gesetzgeber, eine objektive Grundlage mittels Erarbeitung von Priorisierungskriterien für derartige Entscheidungen zu legen.

## 6. Zwischenfazit

Die Feststellung des Deutschen Ethikrates, ein Staat dürfe dann keine Priorisierungskriterien festlegen, wenn Gegenstand derselben das Leben von Menschen ist, da er in Anbetracht des fundamentalen Prinzips der Lebenswertindifferenz keine Abwägung durchführen darf, entsprechende Entscheidungen durch Fachvertreter aber akzeptieren kann (und aufgrund eines kollektiven Mitgefühls auch muss), überzeugt angesichts der obigen Ausführungen nur begrenzt. Das Prinzip der Rechtssicherheit verlangt einerseits zugunsten der Entscheidungsträger, andererseits zugunsten der Entscheidungsunterworfenen nach einem Tätigwerden des Gesetzgebers<sup>43</sup>.

Es ist dem Deutschen Ethikrat jedoch dann beizupflichten, wenn er sagt, dass gerade dann eine ausgewogene Entscheidung seitens des dazu befugten Gesetzgebers zu erwarten ist, wenn gesellschaftliche Uneinigkeit über die gerechte Verteilung knapper Ressourcen herrscht<sup>44</sup>. Im Dienst der Gerechtigkeit gilt es, objektive, rechtssichere Maßstäbe zu setzen<sup>45</sup>. Erkennbar ist auch hier die vom BVerfG festgestellte Pflicht des Staates, „sich schützend und fördernd“ vor ein Leben zu stellen und dies vor rechtswidrigen Eingriffen zu bewahren<sup>46</sup>.

## II. Kriterien zur Festlegung der Reihenfolge

Entsprechend der obigen Schlussfolgerung gilt es, Kriterien für die Allokation der knappen Ressourcen zur Wahrung des Lebens von Patienten zu erarbeiten. Dabei muss erneut betont werden, dass eine derartige Allokation normativen Charakter hat. Die Entscheidung, welche Kriterien im konkreten Fall Vorrang haben, ist eine rechtliche. Die konkrete Ausfüllung dieser Kriterien im Einzelfall liegt indes im Kompetenzbereich der Medizin<sup>47</sup>. Medizinische Kriterien im Sinne einer medizinischen Behandlungsnotwendigkeit dürfen jedenfalls die einzigen Kriterien zur Begründung einer Behandlung auch in Triage-Fällen darstellen<sup>48</sup>.

### 1. Anhaltspunkte aus dem geltenden Recht

Der Gesetzgeber muss im Sinne einer sachlichen Legitimation<sup>49</sup> dafür Sorge tragen, ausreichend konkrete Kriterien als Grundlage für Entscheidungen zu wählen, damit dieselben mit ausreichend Rechtssicherheit von den dazu befugten Personen getroffen werden können. Diesbezüglich bietet sich eine auf einen groben Überblick begrenzte Betrachtung der dogmatischen Diskussionen zum Transplantationsgesetz<sup>50</sup> und den Triage-Entscheidungen in der Kriegsmedizin an. Gemeinsam ist diesen Allokationsentscheidungen jedenfalls eine „Zuteilung von Lebenschancen“<sup>51</sup>.

#### a) Transplantationsgesetz

Das Transplantationsgesetz stellt die gesetzliche Grundlage der menschlichen Organ- und Gewebstransplantation

dar. Als solche verfolgt es das Ziel, eine klare „Rechtsgrundlage für die Vermittlung lebenswichtiger Organe nach Maßgabe medizinischer Kriterien“ zu schaffen<sup>52</sup>. Ausdrücklich angeführt werden dabei das Kriterium der Dringlichkeit und das Kriterium der Erfolgsaussicht (§ 12 Abs. 3 S. 1 TPG); nichtsdestotrotz lässt das Gesetz neben dem Freiraum zur Abwägung der beiden genannten Kriterien untereinander auch Spielraum für die Aufnahme weiterer Kriterien („insbesondere“). In der Lehre erkennt man darin einen „Kategorienfehler“<sup>53</sup>. Dem ist, nicht zuletzt aufgrund der verfassungswidrigen Verletzung des gesetzlichen Bestimmtheitsgebotes, zuzustimmen<sup>54</sup>. Richtigerweise wurde der Gesetzgeber folglich aufgefordert, Art und Rangordnung der Kriterien hinreichend festzulegen. Anderenfalls lässt sich der Widerspruch, dass dem behandelnden Arzt die Befugnis zur Festsetzung gesetzlicher Allokationskriterien zukommt, nicht auflösen<sup>55</sup>.

Jedenfalls können die in § 12 Abs. 3 S. 1 TPG angeführten Kriterien zur Priorisierung im Rahmen der Allokation zur Verfügung stehender Organe auch für die Allokation von Medizinprodukten und Arzneimitteln in Zeiten ihrer Knappheit eine Entscheidungsgrundlage bilden.

#### b) Kriegsmedizin

In der Kriegsmedizin tritt das Charakteristikum der prioritären individuellen Behandlung des am schwersten Verletzten, wie es beispielsweise in der Notfallmedizin Anwendung findet, zurück. Ziel ist es, möglichst viele vor Tod und Gesundheitsschäden zu bewahren, auch wenn dies bedeutet, dringende Behandlungen aufzuschieben oder erst gar nicht zu initiieren. Zur strukturierten Sichtung und anschließenden Sortierung werden vier Kategorien (I–IV) herangezogen<sup>56</sup>, anhand welcher die Behandlungspriorität festgelegt wird. Die ersten drei Kategorien (I–III) orientieren sich am Kriterium der Dringlichkeit. Dabei gilt, dass Behandlungsbedürftige der Kategorie I aufgrund ihrer schweren Verletzungen und dennoch guten Prognose als erste behandelt werden müssen. Anschließend folgen Behandlungsbedürftige der Kategorie II, die zwar schwer verletzt, aber nicht in Lebensgefahr sind und abschließend jene der Kategorie III, die keiner dringenden Behandlung bedürfen. In die vierte Kategorie (IV) werden jene Behandlungsbedürftige eingeordnet, deren Überlebenschance als äußerst gering eingeschätzt wird. Eine medizinische Behandlung dieser Patienten wird trotz bestehender medizi-

43) Im Ergebnis zustimmend Katzenmeier, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. X, Rdnr. 30.

44) Vgl. Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise Ad-hoc-Empfehlung, 27.3.2020, <https://www.ethikrat.org/publikationen/kategorie/ad-hoc-empfehlungen/> (aufgerufen am 10.2.2021): „Die Corona-Krise ist die Stunde der demokratisch legitimierten Politik.“ Dem entspricht auch Uhlenbruck, MedR 1995, 427.

45) Witte, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 1. Aufl., 2013, S. 118f.

46) BVerfG, NJW 1975, 573.

47) Gutmann, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz, 1. Aufl. 2005, § 12, Rdnr. 21.

48) Uhlenbruck, MedR 1995, 427, 433.

49) Vgl. Taupitz, MedR 2020, 440, 448.

50) Transplantationsgesetz vom 4.9.2007, BGBl. I S. 2206, zuletzt geändert durch Art. 6 G. v. 14.10.2020 (BGBl. I S. 2115).

51) Vgl. Gutmann/Fatch-Moghadam, NJW 2002, 3365, 3366.

52) BT-Dr. 13/4355, S. 2.

53) Gutmann, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz, 1. Aufl. 2005, § 12, Rdnr. 21.

54) So auch Augsberg/Merkel, JZ 2020, 704, 714.

55) Gutmann, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz, 1. Aufl. 2005, § 12, Rdnr. 23.

56) Dazu Kern/Rehborn, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 21 Katastrophenmedizin, Rdnr. 29, m. w. N.

nischer Indikation<sup>57</sup> nicht mehr vorgenommen. Behandelt werden bei umfassender Betrachtung vorzugsweise also jene, die eine Behandlung mit großer Wahrscheinlichkeit überleben, deren Aussicht auf Erfolg somit am größten ist.

Der der Behandlung in der Kriegsmedizin zugrundeliegende Zweck der Priorisierungskriterien liegt in der reinen utilitaristischen Maximierung. Die oben angeführte Hierarchie ist Ausdruck der Annahme, dass zum Wohle der Gesamtbevölkerung und bei Wahrung der militärischen Logik jene vorzugsweise einer Behandlung unterzogen werden, deren Genesung einen späteren Beitrag zu ebendiesem Gesamtwohl leisten kann<sup>58</sup>. Die Verpflichtung des Soldaten, das Gemeinwohl zu wahren, lässt sich einerseits bereits aus § 7 und § 9 Abs. 1 Soldatengesetz (SG) hinsichtlich der Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland zu dienen, ableiten. Besonders deutlich wird dies aber in § 17a Abs. 2 Nr. 2 SG, wo ausdrücklich von „Dienst- und Verwendungsfähigkeit“ als Rechtfertigung für medizinische Behandlungen gegen den Willen des Soldaten gesprochen wird. Damit wird gesetzlich die „Unterordnung“ des Menschen unter die militärischen Ziele festgehalten<sup>59</sup>. Allenfalls kann angenommen werden, dass jene Personen, die sich in den militärischen Dienst des Staates stellen, bewusst ihr eigenes Leben für das Gemeinwohl in Gefahr bringen. Eine Unterordnung und die damit zusammenhängenden Folgen sind somit bekannt.

Es sind aber gerade eine solche Kategorisierung und insbesondere der dahinterstehende Zweck, die auf zivile Katastrophensituationen keine Anwendung finden können. Die Genesung mehrerer Patienten steht, anders als in der Logik der Kriegssituation, nicht in unmittelbarer Relation zum Wohl der Gesamtbevölkerung. Schon gar nicht liegt das Bewusstsein des Einzelnen vor, sich zum Wohle der Mehrheit opfern zu müssen. Letztlich fehlt es auch am Charakteristikum der „Verwendbarkeit“, welches unter anderem ein Kriterium für die Allokation begrenzter Ressourcen in der Kriegsmedizin darstellt. Mögliche Parallelen bestünden allenfalls mit dem derzeit kontrovers diskutierten Kriterium der „Rettung der Retter“.

### c) Zwischenfazit:

Angesichts der mangelnden Bestimmtheit des § 12 Abs. 3 S. 1 TPG kann aus diesem nur ansatzweise eine Vorgabe für Triage-Entscheidungen entnommen werden. Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber Kriterien wie Dringlichkeit und Erfolgsaussicht explizit erwähnt hat, lässt sich schließen, dass diese einer Entscheidung jedenfalls zugrunde gelegt werden müssen. Ebenso kann aus der Kriegsmedizin keine konkrete Vorgabe für eine Allokation entnommen werden, da eine Pflicht zur Aufopferung des Einzelnen zur Wahrung des Gemeinwohls in zivilen Katastrophenfällen nicht besteht. Ein möglicher Ansatz aus der in der Bundeswehr geltenden Kriegstriage für die Entscheidung, welche Kriterien in Allokationsentscheidungen der Katastrophenmedizin herangezogen werden dürfen, liegt demnach nur darin zu überlegen, ob den Rettern (Ärzten, sanitärem Personal) ein Vorrang gewährt werden soll.

## 2. A priori Ausschluss einzelner Kriterien

Aus rechtlicher Sicht kommt es auf die Vorgaben einer rein utilitaristischen Maximierung, wie sie vor allem in Leitlinien und Empfehlungen als Argument für eine bestimmte Reihung der Priorisierungskriterien verwendet wird, nicht an – sie ist verfassungsrechtlich gar nicht erlaubt. Eine derartige Maximierung orientiert sich nämlich entweder an der höchsten Zahl geretteter Leben, an der größten Anzahl von Lebensjahren oder am Kriterium der QALY (sog. Quality adjusted life years)<sup>60</sup>. Die Bewertung anhand utilitaristischer Kriterien muss dabei schlechthin als Entscheidung nach lebenswertem und lebensunwertem Leben aufgefasst

werden<sup>61</sup>. Dem reinen Maximierungsgebot der zu retten Leben als Ausdruck eines utilitaristischen Standpunktes steht das Argument entgegen, dass es, besonders nach dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Lebenswertindifferenz<sup>62</sup>, nicht möglich ist, den Wert eines Lebens mit jenem eines anderen aufzuwiegen – es handelt sich um nicht vergleichbare Rechtsgüter. Aus einem solchen Vergleich ließe sich nämlich die Abkehr von der Singularität des Menschen ableiten<sup>63</sup>.

Auch das Kriterium des höchsten Nutzens für die Gesellschaft, so beim Kriterium „Rettet die Retter“, als Ausdruck utilitaristischen Gedankenguts ist nur in jenen Rechtsordnungen vertretbar, in denen ein individuelles Recht auf Leben verfassungsrechtlich nicht normiert ist<sup>64</sup>. Schließlich greift auch hier das Lebenswertindifferenzprinzip durch.

Bereits aus diesen Gründen muss auch dem Kriterium der Ressourcenintensivität seine Eigenschaft als Priorisierungskriterium abgesprochen werden. Dabei handelt es sich um jenes Merkmal, nach welchem im Konkreten beurteilt wird, wie lange die Verwendung einer Ressource für den zu erzielenden Erfolg notwendig ist. Abhängig davon, ob sich die Ressource in kurzer Zeit wieder für neue Behandlungsbedürftige bereitstellen lässt oder nicht, kann eine unterschiedliche Anzahl an Patienten behandelt werden. Jedoch greift auch hier wieder die verfassungsrechtliche Grenze des nicht erlaubten Vergleichs zweier oder mehrerer Leben, da es sich dabei unmittelbar um eine Verwirklichung des Prinzips der utilitaristischen Maximierung handelt<sup>65</sup>. Die Begründung, ein Leben zu opfern, um eine größere Zahl Behandlungsbedürftiger zu retten, ist für denjenigen, dessen Leben in Gefahr ist, nicht zufriedenstellend<sup>66</sup>.

Im Gegensatz zu den Empfehlungen der Ethikräte ist man dennoch der Ansicht, dass dem „Kriterium“ des „*first come, first served*“ insofern eine Berechtigung zugesprochen werden muss, als eine Allokationsentscheidung dadurch bedingt ist, dass ein konkretes Konkurrenzverhältnis im Hinblick auf eine knappe Ressource vorliegt. Ist im konkreten Zeitpunkt der Entscheidung keine Konkurrenz erkennbar, so geht derjenige Patient vor, der zuerst Anspruch auf Behandlung erhoben hat. Es handelt sich somit erst gar nicht um ein Allokationskriterium im engeren Sinne.

## 3. Einschub: Kritik an den italienischen Vorgaben zu Allokationskriterien

Angesichts der obigen Ausführungen lässt sich erkennen, warum die Empfehlungen der SIAARTI und angewandte Allokationskriterien der italienischen Ärzte sowohl für Entscheidungsträger als auch Entscheidungsunterworfenen nicht zufriedenstellend waren. Älteren Patienten wurde der Zugang zur Intensivtherapie angesichts der reduzierten

57) Witte, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 1. Auflage, 2013, S. 121.

58) Pfeiffer, Jahrbuch für Kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften 1983, 94, 96.

59) Pfeiffer, Jahrbuch für Kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften 1983, 94, 98.

60) Palazzani, BioLaw Journal 2020 Special Issue 1, 359, 363; Costanzo/Zagrebelsky, BioLaw Journal 2020 Special Issue 1, 441, 446.

61) Huster, DVBl. 2010, 1069, 1075 f.

62) Ausführliche Ausführungen dazu in Augsberg/Merkel, JZ 2020, 704, 705.

63) Taupitz, MedR 2020, 440, 445; vgl. in diesem Sinne auch Gutmann/Fateh-Moghadam, Gleichheit vor der Triage, 30.4.2020, [https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/\(aufgerufen-am-10.2.2021\)](https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/(aufgerufen-am-10.2.2021)). Sie sprechen dabei von „Harten verfassungsrechtlichen Grenzen“ für utilitaristisches Denken.

64) Costanzo/Zagrebelsky, BioLaw Journal 2020 Special Issue 1, 441, 446; Lindner, MedR 2020, 723, 726.

65) Lübke, MedR 2020, 434, 438.

66) Sowada, NStZ 2020, 452, 456.

Überlebenschance und der geringeren Lebenserwartung auch nach erfolgreicher Beendigung der Intensivtherapie verwehrt (Nr. 3 der Empfehlungen der SIAARTI). Weiter wird die Aufnahme von Patienten mit Komorbiditäten nicht zuletzt auch aufgrund der erhöhten Ressourcenintensität abgelehnt (Nr. 4 der Empfehlungen der SIAARTI). Nicht zuletzt wurde ein bestimmter Anteil der für die Gesamtbevölkerung zur Verfügung stehenden Intensivbetten für COVID-19 Patienten „reserviert“.

Die Empfehlungen und konkrete Triage-Entscheidungen weichen von den eben angeführten Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung in eklatanter Weise ab.

Selbiges gilt jedoch auch für die italienische Rechtsordnung<sup>67</sup>. Neben Art. 2 (Schutz der Würde des Menschen), Art. 3 (Der Grundsatz der Gleichberechtigung), und Art. 32 (Recht auf Gesundheit) der italienischen Verfassung verletzen derartige Kriterien auch die deontologischen Verpflichtungen des Arztes, die in Art. 3 des deontologischen Kodexes<sup>68</sup> vorsehen, dass ein Arzt bei Behandlung das Diskriminierungsverbot beachten muss.

Die interpretative Umgehung der Verfassungswidrigkeit derartiger Kriterien, das Alter sei nicht immer diskriminierend, ist vor allem mit Blick auf die Erfolgsaussichten der konkreten medizinischen Behandlung soweit richtig – diskriminierend hingegen wird die Berücksichtigung des Alters dann, wenn in Punkt Nr. 3 der Empfehlungen der SIAARTI auch Bezug auf die zu rettenden Lebensjahre gemacht wird. Der Versuch der Beschwichtigung einer solchen verfassungswidrigen und dem deontologischen Kodex widersprechenden Empfehlung schlägt sodann fehl<sup>69</sup>.

Nicht zuletzt aufgrund derartiger Kritikpunkte erarbeitete die SIAARTI in Zusammenarbeit mit der SIMLA (Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni) eine neue Empfehlung, die zur öffentlichen Beratung auf der Webseite des SNLG (Sistema Nazionale Linee Guida) veröffentlicht wurde<sup>70</sup>.

Eine Lehre für die deutsche Rechtsordnung kann aus den Versuchen der italienischen Fachvertreter dennoch gezogen werden. Treffend weist *Palazzani* darauf hin, dass unabhängig der ethischen Strömung, der man bevorzugt folgen möchte, alles hin auf eine objektive von medizinischen Kriterien geprägte Triage-Entscheidung deutet, die vor allem der Dringlichkeit, der klinischen Kondition und den Erfolgsaussichten Rechnung tragen muss<sup>71</sup>.

#### 4. Dringlichkeit als Entscheidungsvoraussetzung und Dringlichkeit als Entscheidungskriterium

Ein Vorrang der Dringlichkeit<sup>72</sup> gegenüber den Erfolgsaussichten, und somit entgegen der Ansichten aktueller Empfehlungen deutscher Fachgesellschaften und Ethikräte, lässt sich aus dem verfassungsrechtlichen Teilhaberecht<sup>73</sup> und aus dem Prinzip des Höchstwertes des Rechts auf Leben<sup>74</sup> ableiten<sup>75</sup>. Dringlichkeit ist nämlich, zusammen mit der medizinischen Indikation<sup>76</sup> und entsprechendem Patientenwillen<sup>77</sup>, bereits Voraussetzung für die Notwendigkeit einer Triage-Entscheidung. Zu demselben Schluss kommt *Brech*, wenn er bemerkt, dass bereits dem Begriff Triage nur eine Entscheidung über Leben und Leben innewohnt<sup>78</sup>. Angesichts der Konkurrenz zweier Behandlungsbedürftiger um ein zur Behandlung notwendiges Beatmungsgerät, wobei nur einer in unmittelbarer Lebensgefahr schwebt, steht im direkten Vergleich nicht das Recht auf Leben des einen gegen das Recht auf Leben des anderen. Letzterer kämpft noch um seine Gesundheit. Eine Hinauszögerung der Behandlung verletzt somit nicht sein Recht auf Leben, sondern sein Recht auf Gesundheit aufgrund unterlassener Vorbeugung bzw. Heilung, weshalb die medizinische Behandlung schon allein aufgrund des Rechtsgutgefälles dem Ersteren zusteht<sup>79</sup>. Das Recht auf Leben kann nämlich erst dann verletzt werden, wenn die Folge einer Handlung bzw. Unter-

lassung nur mehr der Tod sein kann. Die Dringlichkeit stellt somit ein Kriterium zur Unterscheidung zwischen Recht auf Gesundheit und Recht auf Leben dar, wobei letzteres bereits intuitiv stets Vorrang hat. Dem pflichtet die Interpretation von *Gutmann-Fateh-Moghadam* bei, die Dringlichkeit als Maßstab für Größe und Unmittelbarkeit der Gefahr für ein Rechtsgut verstehen. Steht das Recht auf Leben auf dem Spiel, ist das Ausmaß der Gefahr für das Leben – wie schwer das Leben verletzt wird – unerheblich. Unmittelbar hingegen ist die Gefahr für das Leben nur dann, wenn es in einem nachfolgenden Moment nicht mehr bewahrt werden kann.

Eine nach medizinischem Wissen autonom zu bewertende Rolle in der Allokationsentscheidung nimmt das Kriterium der Dringlichkeit ausschließlich für jene Situation ein, in der das Recht auf Gesundheit zweier Patienten miteinander konkurriert. Nur für einen solchen Fall kann dem beipflichtet werden, dass zwingende Regelungen unserer Rechtsordnung es verlangen, dass die Dringlichkeit als primäres Kriterium zu Allokationsentscheidungen herangezogen wird<sup>80</sup>. Handelt es sich bei Triage-Entscheidungen demnach um Entscheidungen, die das Recht auf Leben unterschiedlicher Individuen zum Gegenstand haben, so ist die Dringlichkeit kein Kriterium für die Allo-

67) Dazu *Costanzo/Zagrebel'sky*, BioLaw Journal 2020 Special Issue 1, 441, 446.

68) Codice di deontologia medica, herausgegeben von FNEMCeO, <https://portale.fnomeo.it/codice-deontologico/> (aufgerufen am 10.2.2021).

69) Zum Versuch der Rechtfertigung siehe *Piccini et al.*, *Recenti Prog Med* 2020, 212, 218.

70) Aufrufbar unter <https://snlg.iss.it/?p=2706> (aufgerufen am 18.12.2020).

71) *Palazzani*, BioLaw Journal 2020 Special Issue 1, 359, 367.

72) Eine solche wird von *Gutmann*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz, 1. Aufl. 2005, §12, Rdnr. 24, beschrieben als: „Größe und Unmittelbarkeit der Gefahr für die Rechtsgüter des individuellen Patienten aus Art. 2 II S. 1 GG“.

73) Zum Institut der Teilhaberechte s. unter anderem BVerfGE 147, 253.

74) Dazu BVerfGE 115, 118; ausführlich auch in *Taupitz*, MedR 2020, 440, 444. Nicht klar ist, was *Taupitz* mit weit entfernter Lebensgefahr meint. Entscheidet es sich zu einem bestimmten Zeitpunkt, ob eine Person in den darauffolgenden Tagen überlebt oder nicht, ist es keine weit entfernte, sondern konkrete und unmittelbare Lebensgefahr. Kann eine solche Entscheidung über Leben und Tod auch verzögert werden, ist die Lebensgefahr mittelbar, unmittelbar hingegen die Gefahr für die Gesundheit.

75) Vgl. dazu *Taupitz*, MedR 2020, 440, 443.

76) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 87. *Brech* spricht bereits der medizinischen Indikation „allokativen Charakter“ zu. *Duttge*, medstra 2020, 193, sieht die Indikation als „Untergrenze“. Dazu wurde erst kürzlich ein Beitrag von *Sahm*, Engpass auf der Intensivstation, Frankfurter Allgemeine Zeitung – Natur und Wissenschaft, Nr. 236 v. 11.11.2020, S. 1, veröffentlicht, welcher anregt, bereits die medizinische Indikation einer Intensivbehandlung in Krisenzeiten neu zu definieren und dabei einen fraglichen Therapieversuch, dessen Versuch zwar bei ausreichend vorhandenen Mitteln gerechtfertigt werden kann, bei Ressourcenknappheit als nicht indiziert anzusehen. Damit würde aber das Kriterium der Erfolgsaussichten zu einer Voraussetzung für die Allokation in Triage-Situationen verkommen und somit einem Vergleich der Patienten untereinander entzogen.

77) *Schmidt/Wolfslast/Kretschmer/Lewandowski/Verrel*, medstra 2020, 195, 195 ff.

78) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 70. Nicht überzeugend ist die Argumentation von *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 133, die bereits bei der medizinischen Indikation einer Behandlung auf den Intensivstationen die Dringlichkeit als „grundsätzlich gegeben“ erkennen. Eine Intensivbehandlung kann jedenfalls auch bei Vorliegen von schweren Krankheiten indiziert sein.

79) Für viele *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 154. Anderer Ansicht hingegen *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 630.

80) *Uhlenbruck*, MedR 1995, 427, 434.

kation, sondern zusammen mit der medizinischen Indikation und dem Patientenwillen gar eine Voraussetzung für dieselbe. Im Rahmen der Bewertung der Dringlichkeit als Voraussetzung für die Triage-Entscheidung muss jedenfalls berücksichtigt werden, wie hoch die Chance ist, dass zum gegebenen Zeitpunkt aus einer mittelbaren Lebensgefahr eine unmittelbare wird<sup>81</sup>. Dabei handelt es sich um eine medizinische Bewertung, hinsichtlich welcher der Gesetzgeber keine Vorgaben machen kann.

Eine Abwägung des Kriteriums der Dringlichkeit mit jener der Erfolgsaussicht ist demnach vollständig abzulehnen. Eine solche Abwägung der Wahrscheinlichkeit des Erhalts des Lebens ist für den Einzelnen in einer derartigen Situation nicht nachvollziehbar. Es handelt sich dabei um die chancengleiche Teilnahme an den Ressourcen zur intensivmedizinischen Behandlung, welche nicht zuletzt aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 GG im Sinne eines derivativen Teilhaberechts allen gleich zukommen muss.

Der Behauptung, in Zeiten der Krise stehe dem Kriterium der Erfolgsaussicht eine höhere Position zu, als jenem der Dringlichkeit<sup>82</sup> ist angesichts der oben angeführten Überlegungen nicht beizupflichten.

Zur Kenntnis genommen werden muss jedenfalls, dass die Priorisierung der Dringlichkeit in der Praxis zum Verlust einer größeren Anzahl von Leben führen kann. Die Erfolgchancen sinken nämlich mit Verstreichen der behandlungsrelevanten Zeit: Erfolgchancen und Dringlichkeit stehen häufig umgekehrt proportional zueinander<sup>83</sup>. Im Sinne einer Maximierung der zu rettenden Leben orientieren sich Fachgesellschaften und Ethikräte deshalb vorzugsweise am Kriterium der Erfolgsaussichten. Die Knappheit an Ressourcen darf dennoch nicht dazu führen, dass aus einem Unglück Unrecht wird<sup>84</sup>.

### 5. Kriterienkatalog

Wie soeben festgestellt, können zwei Sachverhalte unterschieden werden, bei denen eine Allokationsentscheidung nicht getroffen werden muss. Entweder geht das zu rettende Rechtsgut jenem konkurrierenden aufgrund des Rechtsgutgefälles vor, oder es erhält bei gleichen Rechtsgütern jenes den Vorrang, bei welchem die Gefahr einer Verletzung unmittelbar bevorsteht. Es gilt nun zu prüfen, nach welchen Kriterien bei Vorliegen einer Konkurrenz gleicher Rechtsgüter, die jeweils unmittelbar in Gefahr sind, entschieden werden muss. Wie bereits angeführt, wird sodann das Kriterium der Erfolgsaussicht in den Raum gestellt<sup>85</sup>. Es muss demnach nur bei jenen ein Versuch der Rettung unternommen werden, deren Chancen für den Erfolg der Behandlung als größer bewertet werden, damit so viele Menschen wie möglich gerettet werden können. Auch hier handelt es sich wieder um eine Maximierung, die sich von einer rein utilitaristischen jedoch dahingehend unterscheidet, dass, solange objektive medizinische Kriterien als Grundlage dienen, keine Bewertung über ein lebenswertes bzw. lebensunwertes Leben durchgeführt wird<sup>86</sup>. Dieser Maxime kann, unter anderem auch grenzübergreifend<sup>87</sup>, deshalb zugestimmt werden, da bereits § 1 Abs. 1 BÄO die Verpflichtung des Arztes kennt, nicht nur die Gesundheit des einzelnen Patienten, sondern jene des Patientenkollektivs in Form des Volkes zu wahren. Das Wohl des Einzelnen steht hier in mittelbarer Relation zum Gesamtwohl. Dem individualistischen Aspekt der ärztlichen Behandlung und der verfassungsrechtlichen Grundlagen muss dabei insofern Rechnung getragen werden, als dass die Auswahl der Allokationskriterien dem Interesse des Einzelnen gerecht wird. Wie bereits festgestellt, bedarf die Verallgemeinerung<sup>88</sup> selbiger einer gesellschaftlichen Legitimation.

In diesem Zusammenhang kann eine kategorische Ablehnung des Kriteriums des Alters nicht ganz überzeugen. Zwar ist es seit der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz des BVerfG zweifelsfrei festgestellt, dass jede Art des Lebens

lebenswert ist und demnach nicht nach Kriterien wie Alter, Rasse, Geschlecht und sozialer Stand diskriminiert werden darf (vgl. dazu Art. 3 GG), dennoch kann das Kriterium des Alters als Maßstab für die Bewertung der Erfolgchancen der konkreten Therapie hinzugezogen werden<sup>89</sup>. In diesem Zusammenhang wird zwischen kalendarischem und biologischem Alter<sup>90</sup> unterschieden, wobei nur letzteres ein medizinisch signifikantes Kriterium im Rahmen einer Bewertung der Erfolgsaussichten sein kann. Einfluss auf einen Krankheitsverlauf hat nämlich nur die konkrete körperliche Konstitution. Dem gleichzustellen ist das Kriterium der Komorbidität, sofern eine solche Einfluss auf die Berechnung der Erfolgsaussicht der konkreten Behandlung nimmt.

Der Zeitpunkt der Erhebung der für die Bewertung der Erfolgsaussicht relevanten klinischen Daten ist dabei unerheblich. Es liegt in der Sache selbst, dass ein Großteil der im Rahmen einer medizinischen Indikation geprüften Kriterien auch für die weitreichendere prognostische Bewertung der Erfolgsaussichten herangezogen wird<sup>91</sup>. Gewahrt werden muss dabei lediglich die Unterscheidung zwischen Voraussetzung und Kriterium einer Triage-Entscheidung.

81) Kann bereits zum Zeitpunkt X gesagt werden, dass ein Beatmungsgerät am folgenden Tag höchstwahrscheinlich nicht zur Verfügung steht, Patient B aber anders als Patient A auch am nächsten Tag noch behandelt werden könnte, dann wird aus der zunächst mittelbaren Lebensgefahr für Patient B eine unmittelbare. Die Voraussetzung für eine Triage-Entscheidung scheint erfüllt. Die Entscheidung über Leben oder nicht Leben des Patienten B wird im selben Augenblick gefällt, wie jene für Patient A. Dazu *Brech, Triage und Recht*, 2008, S. 261: „Ob der Tod am Anfang oder am Ende der Knappheitssituation eintreten würde, macht rechtlich im Ergebnis keinen Unterschied, solange der Todeseintritt in der Knappheitssituation an sich aus ex ante Sicht mit an Sicherheit zu grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Eine Vorrangstellung von Patienten, deren Tod kurz bevorsteht gegenüber in diesem Moment noch nicht so hochdringlichen Patienten, deren Tod bei einer ausbleibenden lebensrettenden Behandlung aber für nur wenige Zeit später prognostiziert wird, kann es in einer Situation, in der nicht alle Patienten gerettet werden können, nicht geben“.

82) Vgl. dazu *Taupitz*, MedR 2020, 440, 447.

83) *Taupitz*, MedR 2020 440, 447.

84) *Gutmann/Fateh-Moghadam*, Gleichheit vor der Triage, 30. 4. 2020, [https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/\(aufgerufen am 10. 2. 2021\)](https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/(aufgerufen%20am%2010.2.2021)).

85) Dem stimmen auch Vertreter der italienischen Lehre zu: *Mori*, Le Raccomandazioni Siaarti puntano nella direzione giusta, Minidermeinung im Anschluss an CNB, Covid-19, La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del „trriage in emergenza pandemica“, 8. 4. 2020, 13, „[...] a parità di giudizio clinico, la giustizia distributiva suggerisce di puntare a „privilegiare la „maggior speranza di vita“. Interessant hier vor allem der Verweis auf den *giudizio clinico* – „das klinische Urteil“, worunter unter anderem eine Bewertung der Dringlichkeit subsumiert werden kann. Zustimmung zur Verwendung der Erfolgsaussichten als Kriterium auch *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 136; Zweifel hinsichtlich der ausreichenden begrifflichen Ausgestaltung in *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402.

86) S. zur Verfassungskonformität einer derartigen Maximierung auch *Lübbe*, MedR 2020, 434, 438.

87) Vgl. Art. 1 des italienischen G. Nr. 833/1978. Dort heißt es: „[...] Förderung, Aufrechterhaltung und Wiederherstellung der [...] Gesundheit der Gesamtbevölkerung ungeachtet individueller oder sozialer Unterschiede [...]“.

88) *Huster*, DVBl. 2010, 1069, 1074.

89) *Taupitz*, MedR 2020, 440, 448; *Hübner/Schewe/Katalinic/Frieltz*, Dtsch Med Wochenschr 2020, 687, 689; *Picinni et al.*, *Recenti Prog Med* 2020, 212, 218, pflichten dem bei („visto che l'età anagrafica e la comorbidità sono correlate alla probabilità di sopravvivenza“). Dem widersprechend *Gutmann/Fateh-Moghadam*, Gleichheit vor der Triage, 30. 4. 2020, [https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/\(aufgerufen am 10. 2. 2021\)](https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/(aufgerufen%20am%2010.2.2021)), „mittelbare Altersrationierung“.

90) *Marckmann et al.*, *Medizinische Klinik – Intensivmedizin und Notfallmedizin* 2020, 477, 478.

91) Beispielfhaft die detaillierte Darstellung von *Marckmann et al.*, *Medizinische Klinik – Intensivmedizin und Notfallmedizin* 2020, 477, 481.



Der Erfolgsaussicht liegt allein der Erfolg der Behandlung *hic et nunc* und nicht die spätere Lebenserwartung zugrunde. Ein mit der Behandlung nicht konkret in Verbindung stehender, klinischer Allgemeinzustand, kann somit nicht in die Bewertung einfließen<sup>92</sup>. Dies führe nämlich erneut zu einer Bewertung des Werts des individuellen Lebens.

Nicht überraschend ist in diesem Zusammenhang die kategorische Ablehnung der Allokationskriterien in den Empfehlungen der SIAARTI von Seiten der italienischen Lehre, die unabhängig eines Verweises auf die Erfolgsaussicht (sog. „*probabilità di sopravvivenza*“) auf Alter und Komorbidität abstellen. Der verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 i. V. mit dem Recht auf Gesundheit in Art. 32 der italienischen Verfassung bei Zugrundelegung des Rechts auf Würde eines jeden Individuums verbietet auch in Italien die Heranziehung von Alter, sozialer Position oder für die konkrete Krankheit irrelevante Komorbiditäten bei Allokationsentscheidungen<sup>93</sup>.

Das Los als abschließendes Entscheidungskriterium wird in Italien<sup>94</sup> abgelehnt, in Deutschland hingegen als letzter Ausweg akzeptiert<sup>95</sup>. Grundsätzlich ist ein solches als *ultima ratio* nicht verwerflich.

### III. Alternativen zur Vorgabe von Kriterien?

Als Alternativlösung zur Festlegung von festen Kriterien, anhand derer das medizinische Personal autonom Entscheidungen fällt, verweist die italienische Lehre auf Empfehlungen französischer Fachgesellschaften, welche auf die Möglichkeit eingehen, grenzwertige Entscheidungen einem Ethikrat anzuvertrauen<sup>96</sup>. Derartige Vorschläge scheinen in klinischer Praxis angesichts der unterschiedlichen Zeitpunkte, zu welchen Entscheidungen getroffen werden müssen und die Geschwindigkeit einer solchen jedoch nur sehr schlecht umsetzbar. Der Rückgriff auf ein Kollegialorgan zur Klärung von Einzelfällen, die zum Großteil die Bewertung von medizinischen Kriterien zum Gegenstand haben, ist somit unverhältnismäßig und würde zu keiner adäquaten Lösung angesichts des herrschenden Zeitdrucks und der allgemeinen Anspannung führen.

### IV. Fazit

Die Frage nach der Notwendigkeit des Einschreitens des Gesetzgebers zur Festlegung von Allokationskriterien muss bejaht werden. Nicht nur schreibt die Rechtsordnung ein solches aufgrund der notwendigen Einschränkung ärztlicher Gewissensentscheidungen und der verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitstheorie vor, sondern herrscht diesbezüglich auch Konsens bei Vertretern der Ärzteschaft.

Als Voraussetzung für eine Triage-Entscheidung gilt, neben einer entsprechenden medizinischen Indikation und der Einwilligung des Patienten, zunächst die Dringlichkeit einer ärztlichen Behandlung. Sie ist eben kein Allokationskriterium, da die unmittelbare Gefahr für das Recht auf Leben *per definitionem* bei einer Triage vorliegen muss. Anschließend findet das in der Praxis verbreitete Kriterium der Erfolgschancen der MBO-Ä Behandlung *hic et nunc* Anwendung. Im diesem Rahmen sind Kriterien wie Alter und Komorbiditäten, sofern sie sich auf die konkrete Behandlung auswirken, relevant. Vorab ausgeschlossen werden müssen diskriminierende Kriterien. Der Zufall kann als *ultima ratio* herangezogen werden.

Abschließend angemerkt sei dennoch, dass Rechtssetzung stets von Akzeptanz der Rechtsunterworfenen lebt. Eine solche ist derzeit hinsichtlich eines auf rechtlichen Grundsätzen bestehenden Kriterienkatalogs nicht absehbar, zeigen die unterschiedlichen Empfehlungen von Fachgesellschaften und Ethikräten in der Praxis doch, dass verstärkt utilitaristische Kriterien angewandt werden und nach diesen verlangt wird.

92) Marckmann et al., Medizinische Klinik – Intensivmedizin und Notfallmedizin 2020, 477, 481.

93) Costanzo/Zagrebelsky, BioLaw Journal 2020 Special Issue 1, 441, 443, 445.

94) Palazzani, BioLaw Journal 2020 Special Issue 1, 359, 360.

95) Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627, 634; Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398, 1402.

96) Costanzo/Zagrebelsky, BioLaw Journal 2020 Special Issue 1, 441, 445.

## Neue Urteile des EuGH zur grenzüberschreitenden Nachfrage nach Gesundheitsleistungen

Karl-Jürgen Bieback

### Abstract:

Nach langer Zeit hat der EuGH in der zweiten Jahreshälfte 2020 in zwei Urteilen die europarechtliche Regelung der grenzüberschreitende Nachfrage nach Krankenbehandlung und speziell Krankenhausbehandlung grundlegend und in Detailfragen neu thematisiert. In einem Urteil v. 23.9.2020 (Rs. WO)<sup>1</sup> öffnet der EuGH noch stärker als bisher den gemeinsamen Markt für die Behandlung in Krankenhäusern in medizinischen „Notfällen“. Das andere Urteil v. 29.10.2020 (Rs. A)<sup>2</sup> betont zwar noch einmal, dass nur aus rein medizinischen Gründen eine grenzüberschreitende Krankenhausbehandlung verlangt werden

könne. Führt dies aber nicht zu mehr Kosten als im Versicherungsmitgliedstaat bei gleicher Behandlung entstehen würden, dann könnten auch andere, z. B. religiöse Gründe einen Anspruch auf grenzüberschreitende Nachfrage nach Krankenhausbehandlung rechtfertigen.

### I. Europarechtlicher Anspruch auf grenzüberschreitende Nachfrage nach Behandlung

Traditionell gibt es zwei europarechtliche Grundlagen für einen Anspruch auf grenzüberschreitende Nachfrage

Prof. Dr. iur. Karl-Jürgen Bieback,  
Silker Weiche 36a, 21465 Reinbek, Deutschland

1) EuGH, Rs. C-777/18 (WO) ECLI:EU:C:2020:745, juris.

2) EuGH, Rs. C-243/19 (A ./Veselibas ministrija), ECLI:EU:C:2020:872, juris.