Der Autor behandelt das Thema als eine verfassungsrechtliche Kritik der Bereitschaftsdienstordnungen von Ärztekammern und Kassenärztlichen Vereinigungen (so der Untertitel). Er gliedert sein Werk in fünf Kapitel. Der Verfasser will dabei das erste Kapitel als Einführung verstanden wissen, die zu der zentralen Frage der Teilnahmepflicht und einer diese begründenden Rechtsgrundlage im zweiten Kapitel hinführt. Im dritten Kapitel erfolgt dann eine kritische Analyse aller existierenden Bereitschaftsdienstordnungen. Anschließend werden dann im vierten Kapitel Vorschläge dafür unterbreitet „wie die Ärztekammern und Kassenärztlichen Vereinigungen die Teilnahmepflicht in ihren Bereitschaftsdienstordnungen regeln sollten“. Schließlich werden die gefundenen Ergebnisse in Thesen im fünften Kapitel zusammengefasst.

Nach der Definition des ärztlichen Bereitschaftsdienstes und der Korrelation zu dem im SGB V verwendeten Begriff Notdienst (§ 75 Abs. 1b S. 1 SGB V) sowie der Abgrenzung zur sonstigen Notfallversorgung (S. 44–61) setzt sich der Verfasser mit den gesetzlichen Grundlagen unter dem Aspekt der Regelungskompetenz auseinander (S. 62–86). Bei der ausführlichen Darstellung diskutiert der Autor dabei z.B. auch die Argumente von *Hagedorn* (S. 68 ff.) denen das BSG – wie der Verfasser voranstellt – nicht gefolgt ist. Im Ergebnis gelangt er zu einer Doppelzuständigkeit von Ärztekammern und Kassenärztlichen Vereinigungen.

Rechtliche Ausgestaltung und Organisation des ärztlichen Bereitschaftsdienstes ist Gegenstand der Darstellung auf den dann folgenden Seiten (S. 87–111). Der Autor betrachtet dabei auch Vor- und Nachteile von getrennten, parallelen und gemeinsamen Bereitschaftsdienstordnungen. Er stellt fest, dass jedenfalls die Ärztekammern eine Kompetenz zur Heranziehung aller Ärzte zum Bereitschaftsdienst haben, während die Kassenärztlichen Vereinigungen nur die Vertragsärzte betreffen.

In dem zentralen Kapitel 2 (S. 112–242) beschäftigt sich der Verfasser dann ausgiebig mit der Pflicht des Arztes zur Teilnahme am ärztlichen Bereitschaftsdienst, deren Rechtsgrundlage, der Vereinbarkeit mit Grundrechten sowie der Herausnahme bestimmter Facharztgruppen.

In diesem Zusammenhang gelangt der Autor – abweichend von der Rechtsprechung – zu der Bewertung, dass es noch einer eigenständigen formell gesetzlichen Normierung der Pflicht zur Teilnahme am ärztlichen Bereitschaftsdienst bedarf (S. 119). Die freiwillige Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung legitimiert nach seiner Meinung die Kassenärztlichen Vereinigungen nicht zur Heranziehung zum ärztlichen Bereitschaftsdienst. Er hält eine Heranziehung zum Bereitschaftsdienst durch Kassenärztliche Vereinigungen prinzipiell für zulässig, die bestehenden gesetzlichen Regelungen jedoch nicht für ausreichend. Diese Auffassung führt den Autor dann konsequent zu der Ansicht, dass als Grundlage für eine Heranziehung zum Bereitschaftsdienst nur die Regelungen der Ärztekammern anzusehen sind (S. 233).

Bei der Beschäftigung mit der Eignung eines jeden Arztes hält der Autor die pauschale Annahme der Eignung aller Ärzte für realitätsfern (S. 156f.) und schlägt vor, dass „die Beantwortung der Frage, ob also bestimmte Facharztgruppen für die Teilnahme an einem allgemeinen ärztlichen Bereitschaftsdienst als geeignet anzusehen sind, ... hierbei jedoch von Medizinern vorgenommen wird und nicht Juristen überlassen werden sollte“. Dies blendet allerdings den Aspekt, dass – soweit zumindest durchschnittliche Honorare aus der Praxis erlangt werden – eine zu beauftragende Vertretung für zumutbar gehalten wird. Über deren Notwendigkeit mag subjektiv der betroffene Arzt entscheiden. Schlussendlich werden bei Rechtsstreitigkeiten über eine Pflicht zur Teilnahme am Bereitschaftsdienst im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung Juristen entscheiden müssen. Dem Autor ist allerdings zu Gute zu halten, dass er auf den folgenden Seiten (S. 158 ff.) Lösungsmöglichkeiten für die Problematik anspricht.

Der Verfasser wendet sich dann der Heranziehung aufgrund getrennter bzw. gemeinsamer Bereitschaftsdienstordnungen von Ärztekammer und Kassenärztlicher Vereinigung zu (S. 167 ff.) und stellt verschiedene Modelle vor. Behandelt wird ausführlich die Teilnahmepflicht von angestellten Ärzten und Medizinischen Versorgungszentren (S. 177 ff.) bevor sich der Verfasser dem Umfang der Teilnahmepflicht zuwendet (S. 197 ff.). Er gelangt dabei bezüglich Zweigpraxen zu einer differenzierten Betrachtung. Entscheidendes Kriterium für den Umfang der Heranziehung ist für den Verfasser – wie auch für die Rechtsprechung – die Zulassung des Verpflichteten, wobei dem Verfasser zuzustimmen ist, dass es wünschenswert erscheint, wenn Bereitschaftsdienst auch in allen Bezirken geleistet wird, in denen während der Sprechstundenzeiten Patienten versorgt werden.

Die Teilnahmepflicht wird in der Arbeit sehr detailliert bis hin zum Rechtsschutz (S. 237 ff.) behandelt. In seinem Fazit (S. 241 f.) stellt der Verfasser dann zutreffend fest, dass die behandelten Fragestellungen durch die anstehende Reform auch nicht durch integrierte Notfallzentren obsolet werden.

Das Kapitel 3 beinhaltet die Auseinandersetzung mit den einzelnen bestehenden Bereitschaftsdienstordnungen (S. 243–411). Dabei wird z.B. für Baden-Württemberg dargestellt, dass dort ein eventueller Kompetenzkonflikt zwischen Ärztekammern und Kassenärztlichen Vereinigungen dahingehend geregelt wird, dass der bundesgesetzlich determinierte vertragsärztliche Bereitschaftsdienst Vorrang genießen soll (vgl. S. 243 ff.).

Den Verfasser vermögen die von ihm bewerteten Regelungen nur bedingt zu überzeugen (S. 410) so dass er – konsequent – in Kapitel 4 (S. 412–418) generelle Verbesserungsvorschläge unterbreitet. Dabei empfiehlt der Verfasser etwa bei der Heranziehung von Nicht-Vertragsärzten den Tätigkeitsumfang nach Stunden zu bemessen und die Heranziehung entsprechend zu differenzieren. Er bietet dabei eine Lösungsmöglichkeit für die von ihm bei der gemeinsamen Bereitschaftsdienstordnung der Ärztekammer Nordrhein und der Kassenärztlichen Vereinigung Nordrhein thematisierte Fragestellung einer gleichen Heranziehung zum Bereitschaftsdienst an (S. 342 f., 344).

Die Zusammenfassung des Werkes (Kapitel 5, S. 419–428) eignet sich gut, einen Eindruck von der Vielfalt der behandelten Fragen zu vermitteln. Es ist ein umfangreiches, gelungenes und bereicherndes Werk, dessen Wert nicht dadurch geschmälert wird, dass die Rechtsentwicklung nur bis Februar 2020 berücksichtigt werden konnte.

Horst Bartels

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-5951-6>

Triage in der Pandemie.

Herausgegeben von **Tatjana Hörnle, Stefan Huster und Ralf Poscher, Mohr Siebeck, Tübingen 2021. XX, 372 S., kart., €34,00**

In verschiedenen Phasen der COVID-19-Pandemie 2020/21 wurde die Frage diskutiert, ob die intensivmedizinische Versorgung der Bevölkerung trotz der erwarteten Zahl intensivpflichtiger COVID-19-Patienten gewährleistet sei. Schnell war die aus der Katastrophen- und Kriegsmedizin bekannte Vokabel „Triage“ in aller Munde. Das brachte die ganze Debatte assoziativ in die Nähe dessen, was in der internationalen medizinethischen Debatte als *tragic choices* bekannt ist. Wo tragische Entscheidungen zu fällen sind – wie im Feldlazarett direkt hinter der Front, wo zu viele Schwerverletzte unter extrem insuffizienten Behandlungsbedingungen nicht effektiv versorgt werden können –, da tut sich scheinbar eine Zone der Unregulierbarkeit auf, die alles Wesentliche den ärztlich-professionellen Routinen (und den ihnen zugrundeliegenden moralischen Wertungen) überlässt. Kann das aber in einem Rechtsstaat die richtige Antwort sein: Die Entscheidung über die Verteilung von Überlebenschancen weithin „der“ professionsspezifischen Moral zu überlassen, die es in einer pluralen Ärzteschaft ohnehin nicht gibt und die von medizinischen Fachgesellschaften häufig in einer wenig transparenten Weise mehr behauptet als begründet wird?

Der Anfang 2021 erschienene Sammelband (die Einleitung datiert auf Dezember 2020) ist das erste Werk, das Beiträge von Expertinnen und Experten aus der mit medizinischen Fragen befassenden Verfassungs- und Strafrechtslehre sowie der philosophischen Ethik in Buchform versammelt (s. zum Thema „Triage“ auch die Beiträge in der „Zeitschrift für medizinische Ethik“ H. 4/2020). Die Autorinnen und Autoren sind ausgewiesene Kennerinnen und Kenner der Triage-Debatte, die sie bereits vielfach im Jahr 2020 durch Publikationen oder im Rahmen der wissenschaftlichen

Prof. Dr. iur. Stephan Rixen, Universität Bayreuth, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht I, Universitätsstr. 30, 95447 Bayreuth, Deutschland

Politikberatung geprägt haben. Die Beiträge greifen einerseits auf frühere Überlegungen zurück, nehmen andererseits aber die dynamische Debattenentwicklung auf und entwickeln die Argumentationen weiter. Es werden also nicht nur andernorts bereits veröffentlichte Überlegungen wiederholt, sondern es handelt sich um die produktive Weiterführung einer Debatte, die über die COVID-19-Pandemie hinaus für das Gesundheitswesen generell wichtig ist.

Die verfassungsrechtlichen Beiträge von *Steffen Augsberg*, *Ralf Poscher* und *Stefan Huster* verdeutlichen, dass der Verweis auf die Menschenwürde mehr Problemzeige als Problemlösung ist. Die Menschenwürde wirkt als Stoppsignal, um – orientiert am Gedanken der Lebenswertindifferenz – offene oder verdeckte Be- und Abwertungen schwerstkranker Menschen zu verhindern. Ob der Verweis auf Art. 1 Abs. 1 GG bestimmte Optionen zur Gestaltung der Triage (insb. die sog. Ex-post-Triage, also das Beenden der intensivmedizinischen Behandlung zugunsten von Patienten mit besserer Prognose) strikt ausschließt, hängt zentral vom Vorverständnis ab, das das Menschenwürdeargument steuert. Ob es richtig ist, das vorgeblich Tragische bzw. Dilemmatische der Triage so zuspitzen, dass sie mit anderen Priorisierungskonflikten kaum noch etwas zu tun hat (S. 93ff.) – was die ärztlichen Entscheidungsspielräume ausweitet –, erscheint zweifelhaft und zeigt, dass es ohne das Regulativ der antidiskriminierenden Lebenswertindifferenz nicht gehen wird.

Die strafrechtliche Diskussion (*Armin Engländer*, *Tatjana Hörnle*) vollzieht die verfassungsrechtlichen Kontroversen im Rahmen einer tiefgreifend ansetzenden Debatte insbesondere über Grund und Grenzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision nach. Die beiden Beiträge verdeutlichen vor allem, dass die Behandlungsteams auf den Intensivstationen infolge der kontroversen strafrechtlichen Einordnung eine kaum zumutbare Rechtsunsicherheit aushalten müssen. Umso wichtiger ist eine rechtspolitische Diskussion darüber, wie eine gesetzliche Regelung der Triage aussehen könne. *Dieter Birnbacher* und *Weyma Lübke* steuern aus philosophisch-ethischer Perspektive wichtige grundbegriffliche Klärungen bei und sortieren die Sachargumente. Ihre Beiträge sind deshalb so wichtig, weil sie anders als die juristischen Beiträge offen mit wertenden Vorannahmen umgehen, die zudem nicht durch die Absicht belastet sind, im juristischen Deutungskampf mit seinen sehr praktischen Auswirkungen (Strafverfolgung) reüssieren zu müssen.

Till Zimmermann legt eine geistreiche, von John Rawls' hypothetischem Kontraktualismus inspirierte Apologie des Zufallsprinzips vor, die allerdings all jene, die auf Intensivstationen würfeln oder Streichhölzer ziehen müssten, nicht überzeugen wird. *Bijan Fateh-Moghadam* und *Thomas Gutmann* machen das Kriterium der Dringlichkeit (gegen das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht) stark und verbinden es (bei Fällen gleicher Dringlichkeit) mit dem Zufalls- oder dem Prioritätsprinzip, das letztlich nur eine Variante des Zufallsprinzips ist. *Elisa Hoven* wirbt für einen neuen, differenzierten Blick auf die Kriterien von Lebensalter und Lebenserwartung. So richtig es ist, die antidiskriminierende Lebenswertindifferenz zu betonen, so richtig ist es auch, über streng begründete Abwägungen nachzudenken, die verhindern, dass ein vorgeblicher Lebensschutz-Maximalismus praktiziert wird, der von den Effekten zulasten all derer, deren Leben bewusst nicht gerettet wird, nichts wissen will.

Soweit bekannt, hat es in der COVID-19-Pandemie auf den Intensivstationen in Deutschland keine Triage gegeben. Allerdings gab es vielfach wohl eine vorgelagerte („graue“) Triage, die schon auf der hausärztlichen Ebene dazu geführt hat, dass gerade ältere Menschen verspätet oder einsteilen gar nicht ins Krankenhaus eingewiesen wurden. Viele Operationen, aber auch diagnostische Maßnahmen wurden in der Pandemie verschoben. Lebenserhaltende Operationen (etwa bei Krebserkrankungen) oder diagnostische Maßnahmen zur Erkennung lebensbedrohlicher Erkrankungen sollten zwar nicht verschoben werden, aber Berichte aus der Praxis deuten darauf hin, dass das nicht durchweg der Fall war. Was lebenswichtig ist, ist ersichtlich eine nur sehr aufwändig steuerbare Interpretationsfrage. Das alles zeigt, dass die Triage-Debatte nicht auf die intensivmedizinische Behandlung begrenzt werden darf. Ihre Einbettung in das gesamte Versorgungssystem und die dort auch informell praktizierten Priorisierungsentscheidungen einschließlich der Vorwirkungen, die eine Triage-Debatte schon als solche auslösen kann, all dies ist immer mit zu bedenken.

Auch die Frage, was genau eine pandemiebedingte Triage charakterisiert, ist in begrifflicher wie empirischer Hinsicht weiterhin klärungsbedürftig. Die Unterscheidung zwischen Ex-ante- und

Ex-post-Triage ist nur vordergründig überzeugend. Mit Blick auf die praktischen Abläufe bei der Aufnahme in ein Krankenhaus bzw. auf eine Intensivstation handelt es sich um eine Differenzierung, die das reale Geschehen allzu sehr vereinfachen dürfte. Ex ante- und Ex-post-Konstellationen anders zu bewerten, wird in augenfälliger Weise fragwürdig, wo Vorher und Nachher von zeitlichen Zufälligkeiten im Sekunden- oder Minutenbereich abhängen. Das bei nahezu allen ärztlichen Behandlungen primär ausschlaggebende Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht ist gewiss nicht der Weisheit letzter Schluss. Es lässt sich aber so präzisieren, dass es im Vergleich der denkbaren Kriterien auch bei der pandemiebedingten Triage am wenigsten inkonsistent gehandelt werden kann (*Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 154ff.). All diese Aspekte verdeutlichen: Allein durch Interpretation wird sich die nötige Klarheit nicht erreichen lassen. Eine gesetzliche Regelung der Triage ist bitter nötig, und zwar unabhängig davon, ob sie verfassungsrechtlich geboten ist oder nicht. Ein „minimalinvasiver“, im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) platzierter Regelungsvorschlag liegt vor (*Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 162f.). Die Diskussion über eine gesetzliche Triage-Regelung, wie immer sie im Detail aussehen mag, muss unbedingt fortgesetzt werden.

Zur Triage-Diskussion leistet der von *Tatjana Hörnle*, *Stefan Huster* und *Ralf Poscher* herausgegebene Band Pionierarbeit auf höchstem Niveau. Wer über Triage in der Pandemie und Priorisierungsentscheidungen im Gesundheitswesen auf der Höhe der Zeit mitsprechen will, dem oder der gewährt dieser gut lesbare und durchweg lehrreiche Band umfassende Orientierung.

Stephan Rixen

Arzthaftungsrecht. Leitfaden für die Praxis.

Von **Wolfgang Frahm** und **Alexander Walter**. Verlag Versicherungswirtschaft, 7. Aufl., Karlsruhe 2020, XXII u. 444 S., kart., €89,00

Wolfgang Frahm (Vorsitzender Richter am OLG Schleswig) und *Alexander Walter* (Richter am OLG Koblenz) legen nach knapp drei Jahren eine überarbeitete Neuauflage ihres bekannten Buches „Arzthaftungsrecht“ vor und tragen so der Dynamik der behandelten Materie Rechnung. Neben den maßgeblichen Entwicklungen in der Rechtsprechung wurden – für einen „Leitfaden für die Praxis“ nicht selbstverständlich – erneut auch Einflüsse aus dem Schrifttum berücksichtigt. Die Darstellung folgt der höchstrichterlichen Linie, weist aber auch auf abweichende Stimmen hin.

Auch aufgrund einer leserfreundlichen Umformatierung des Textes ist das Werk im Vergleich zur Voraufgabe um knapp 50 Seiten gewachsen. Sein Preis ist unverändert. In Anbetracht des über die Jahre gestiegenen Umfangs wurden mit der aktuellen Auflage die Rannummern neu vergeben. Ihre Zahl hat sich mehr als verdoppelt, jedem Absatz ist nunmehr eine eigene Nummer zugewiesen. Dadurch haben sich die Übersichtlichkeit und Auffindbarkeit anhand des intuitiven Stichwortverzeichnisses noch einmal deutlich verbessert. Vor allem Rezipienten aus Wissenschaft und Forschung wird es freilich freuen, dass zur Erleichterung des Übergangs die bisherige Nummerierung in Klammern weiterhin abgedruckt ist.

Die bewährte Gliederung in sechs Teile bleibt in der Neuauflage unangetastet. Teil 1 (S. 1–86) zu den Haftungsgrundlagen beginnt wie bisher mit einer ausführlichen Darstellung des Behandlungsvertrags. Souverän führen *Frahm/Walter* namentlich durch die – nicht zuletzt für die Passivlegitimation im Arzthaftungsprozess vorgreifliche – Bestimmung des Vertragspartners des Patienten (Rdnrn. 27ff.). Instrukтив sind auch die Erläuterungen zur wirtschaftlichen Information nach § 630c Abs. 3 BGB (Rdnrn. 81ff.) unter Berücksichtigung der jüngeren BGH-Rechtsprechung (BGHZ 224, 256 = MedR 2020, 575). Es folgt ein kurzer Abschnitt zur ärztlichen Geschäfts-

Akad. Rat Dr. iur. Christoph Jansen, LL.M.,
Institut für Medizinrecht, Universität zu Köln,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, Deutschland