

# Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?

Jochen Taupitz

Die Corona-Pandemie hat in vielen Ländern zu dramatischen Situationen geführt, weil die medizinischen Ressourcen, etwa die verfügbaren Beatmungsgeräte, nicht zur Rettung aller ausreichen. Nach welchen Regeln dürfen oder sollen Ärzte dann über Leben und Tod entscheiden?

## A. Einleitung

Als Pandemie wird eine länder- und kontinentübergreifende Ausbreitung einer Krankheit beim Menschen bezeichnet, im engeren Sinn die Ausbreitung einer Infektionskrankheit. Ihr Kennzeichen ist die fehlende örtliche Begrenzung<sup>1</sup>. Die sogenannte „spanische Grippe“ forderte Anfang des 20. Jahrhunderts mindestens 20 Millionen Menschenleben weltweit. Die sogenannte „Schweinegrippe“ (H1N1-Influenza-Pandemie) führte 2009 auch in Deutschland vor Augen, wie lange es dauert, bis ein geeigneter Impfstoff entwickelt und ausreichend getestet ist. Die flächendeckende Versorgung mit diesem Impfstoff war auf die Schnelle nicht möglich. Zwar stellte sich bald heraus, dass die Folgen der Erkrankung nicht so gravierend waren, wie zunächst befürchtet. Dennoch stellte sich schon damals die Frage: Wer darf geimpft werden: Zuerst die Retter<sup>2</sup>? Oder Frauen und Kinder zuerst? Aus rein medizinisch-naturwissenschaftlichen Erwägungen heraus ließen sich diese und andere Fragen nicht beantworten. Es ging und geht – auch – um Gerechtigkeit und somit um ethische und juristische Aspekte<sup>3</sup>.

Für die derzeitige Pandemie, bei der der neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 (Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2) bei vielen Menschen die schwere Lungenkrankheit COVID-19 (Corona Virus Disease 2019) mit der Notwendigkeit einer künstlichen Beatmung verursacht, ist kennzeichnend, dass es weder einen Impfstoff noch wirksame Therapeutika gibt. Vor allem aber hat sich in vielen Ländern (vor allem in Italien, aber auch in Spanien und Frankreich) gezeigt, dass die intensivmedizinischen Ressourcen schnell ausgeschöpft sind und bald nicht mehr für alle Behandlungsbedürftigen ausreichen<sup>4</sup> – mit dramatischen Folgen, die sich in den hohen Sterberaten widerspiegeln<sup>5</sup>. Wenn in einer derartigen Katastrophensituationen so viele Menschen so schwer verletzt werden, dass die regulär bereit gehaltenen Ressourcen nicht ausreichen, um sie alle angemessen medizinisch zu behandeln, wird ein Verfahren zur Entscheidung notwendig, welche der Patienten bevorzugt bzw. welche ggf. gar nicht behandelt werden; dafür hat sich seit langem der Begriff „Triage“ eingebürgert<sup>6</sup>. Offenkundig ist, dass die dafür maßgeblichen Entscheidungskriterien heftig umstritten sind: „Die Tragik theoretischer Meinungsverschiedenheiten in Ethik und Recht ist mit Wucht in der Wirklichkeit angekommen“<sup>7</sup>.

## B. Ausgangspunkt: Medizinische Indikation und Einwilligung des Patienten

Voraussetzungen dafür, dass einem Patienten medizinische Ressourcen zur Verfügung gestellt werden, sind eine medizinische Indikation und die (aktuell geäußerte, vorausverfügte oder mutmaßliche) Einwilligung des Patienten (§ 630d BGB). Beide Elemente können sich im Verlauf einer Behandlung ändern. Aus medizinischer Sicht ist eine Intensivtherapie nicht (mehr) indiziert, wenn der Sterbeprozess unaufhaltsam begonnen hat, die Therapie als medizinisch aussichtslos eingeschätzt wird, weil keine Besserung oder Stabilisierung erwartet wird, oder ein Überleben an den dauerhaften Aufenthalt auf der Intensivstation gebunden wäre<sup>8</sup>; ggf. ist eine Therapiezieländerung angezeigt, z. B. hin zu palliativen Zielen. Auch der Wille des Patienten kann für unterschiedliche Situationen ein jeweils anderer sein, so dass auch er vom medizinischen Personal bei Änderung der medizinischen Fakten erneut zu evaluieren ist.

- 1) *Kraft/Dohmen*, PharmR 2008, 401; *Pflug*, Pandemievorsorge – informationelle und kognitive Regelungsstrukturen, 2013, S. 27.
- 2) Im (auch heute noch gültigen) Pandemieplan des Landes Hessen (Stand: Februar 2007, abrufbar unter [https://soziales.hessen.de/sites/default/files/HSM/pandemieplan\\_des\\_landes\\_hessen.pdf](https://soziales.hessen.de/sites/default/files/HSM/pandemieplan_des_landes_hessen.pdf), Zugriff am 8. 4. 2020) z. B. ist in der Tat vorgesehen, dass zunächst das Gesundheitspersonal geimpft werden soll, weil diese Personen einerseits besonders gefährdet sind zu erkranken und andererseits ihr Ausfall eine Einschränkung der Krankenversorgung allgemein bedeute. Im Weiteren sollen die Kräfte zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geimpft werden, da deren ausreichende Präsenz für die im Zusammenhang mit einer Pandemie auftretenden Sekundärprobleme unbedingt erforderlich sei. Der übrigen Bevölkerung soll in zeitlicher Aneinanderreihung die Impfung nach Abwägung der Kriterien Mortalität, Morbidität oder Verbreitungspotential angeboten werden.
- 3) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 151; *Ach/Wiesing*, in: *Brudermüller/Seelmann* (Hrsg.), Organtransplantation, 2000, S. 139, 145 ff.
- 4) Dafür, multimorbide alte COVID-19-Patienten eher nur palliativ zu behandeln („Lungenentzündung am Ende des Lebens als Freund des alten Menschen“), *Thöns*, *Drunter&Drüber* 3. 4. 2020, abrufbar unter [https://www.dud-magazin.de/2020/04/03/corona-sprechen-wir-über-ethik-und-gerechtigkeit/?fbclid=IwAR2Ad3yCrTMuvXsbw1KB5\\_VCGmXbGSvVJNrnVlSi67paDSGDz8SjxUGhi8](https://www.dud-magazin.de/2020/04/03/corona-sprechen-wir-über-ethik-und-gerechtigkeit/?fbclid=IwAR2Ad3yCrTMuvXsbw1KB5_VCGmXbGSvVJNrnVlSi67paDSGDz8SjxUGhi8), Zugriff am 8. 4. 2020.
- 5) S. die Übersicht der Johns Hopkins University, abrufbar unter <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>, Zugriff am 8. 4. 2020. Allerdings können die Zahlen zur Sterblichkeit (Case Fatality Rate) kaum valide interpretiert werden, s. *Schrappé et al.*, Thesenpapier zur Pandemie durch SARS-CoV-2/Covid-19, S. 5, 13 ff., abrufbar unter [https://www.socium.uni-bremen.de/uploads/News/2020/thesenpapier\\_endfassung\\_200405.pdf](https://www.socium.uni-bremen.de/uploads/News/2020/thesenpapier_endfassung_200405.pdf), Zugriff am 8. 4. 2020.
- 6) Der Begriff wurde zunächst zur Zeit Napoleons für die Selektion verwundeter Soldaten geprägt.
- 7) *Schöne-Seifert*, *faz.net* 31. 3. 2020, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/konflikte-wegen-corona-wen-soll-man-sterben-lassen-16703671.html>, Zugriff am 8. 4. 2020.
- 8) Klinisch-ethische Empfehlungen von DIVI, DGINA, DGAI, DGIN, DGP, DGP und AEM, Punkt 2.1, abrufbar unter <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1540-covid-19-ethik-empfehlung-v2/file>, Zugriff am 8. 4. 2020; s. auch (österreich.) Bioethikkommission, Zum Umgang mit knappen Ressourcen in der Gesundheitsversorgung im Kontext der Covid-19-Pandemie, März 2020, S. 11 f., abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/themen/bioethikkommission/publikationen-bioethik.html>, Zugriff am 8. 4. 2020.

Prof. Dr. iur. Jochen Taupitz,  
Geschäftsführender Direktor des Instituts für Deutsches,  
Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht  
und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim;  
Seniorprofessor für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht,  
Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung  
an der Universität Mannheim,  
Schloss, 68131 Mannheim, Deutschland

Aus dem Vorstehenden folgt, dass sich das Problem der Verteilung knapper medizinischer Ressourcen nur bezogen auf jene Patienten stellt, bei denen sowohl eine medizinische Indikation (noch) gegeben ist als auch eine Einwilligung (noch) vorliegt.

### C. Das Fehlen einer Gesetzesnorm zur Verteilung knapper medizinischer Ressourcen im Pandemiefall

Auf der Suche nach einer einschlägigen *Rechtsnorm*, die das Verteilungsproblem knapper medizinischer Güter im Pandemiefall regelt, wird man im deutschen Recht nicht fündig. Dies erstaunt zunächst, ist der Gesetzgeber doch in verschiedener Hinsicht tätig geworden und hat er zahlreiche Regelungen für etwaige Pandemiefälle getroffen. Hierzu zählen z. B. das Infektionsschutzgesetz<sup>9</sup> und das Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz<sup>10</sup> des Bundes, die Katastrophenschutzgesetze und Rettungsdienstgesetze der Länder und die auf Basis dieser Gesetze erlassenen Rechtsverordnungen<sup>11</sup>. Doch gerade die Verteilung knapper medizinischer Güter im (drohenden) Pandemiefall ist in ihnen nicht rechtssatzförmig geregelt.

Bund und Länder haben zwar in den vergangenen Jahren Pandemiepläne erarbeitet. Auf Bundesebene ist für die Pandemievorsorge und -bekämpfung der für Influenza entwickelte nationale Pandemieplan maßgeblich (erstmalig 2005 veröffentlicht, u. a. 2017 überarbeitet<sup>12</sup> und jetzt [2020] angepasst<sup>13</sup>). Dieser hat das Ziel, Morbidität und Mortalität der Gesamtbevölkerung zu reduzieren, die Versorgung Erkrankter sicherzustellen, essentielle, öffentliche Dienstleistungen aufrecht zu erhalten und die zuverlässige und zeitnahe Information für politische Entscheidungsträger, Fachpersonal, die Öffentlichkeit und Medien zu gewährleisten<sup>14</sup>. Dieser Plan enthält jedoch lediglich Handlungsempfehlungen<sup>15</sup>. Die Ausarbeitung rechtlich verbindlicher Vorschriften war dem beschlussfassenden Gremium auch gar nicht möglich. Urheber des Pandemieplanes ist eine beim *Robert-Koch-Institut* (RKI) angesiedelte Expertengruppe. Schon aus formellen Gründen kann er daher nicht die Qualität eines formellen oder materiellen Gesetzes für sich beanspruchen<sup>16</sup>. Der nationale Pandemieplan ist auch keine Verwaltungsvorschrift mit bloß verwaltungsinterner Bindung<sup>17</sup>. Verwaltungsvorschriften werden von einer vorgesetzten Behörde gegenüber nachstehenden Behörden erlassen, um die einheitliche Anwendung und Auslegung von Gesetzen und Rechtsverordnungen sicherzustellen<sup>18</sup>. Sie können folglich nur von der Exekutive erlassen werden. Die Expertengruppe beim *Robert-Koch-Institut* gehört jedoch nicht der Exekutive an. Außerdem wendet sich der Pandemieplan ausdrücklich auch an nicht einer Behörde Angehörige<sup>19</sup>; er kann auch deshalb keine verwaltungsinterne Vorschrift sein<sup>20</sup>. Ferner handelt es sich beim Pandemieplan nicht um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG<sup>21</sup>. Da die Handlungsempfehlungen im nationalen Pandemieplan nicht auf die Setzung von Rechtsfolgen ausgerichtet sind, mangelt es an der für einen Verwaltungsakt erforderlichen Regelungswirkung. Deshalb stellt der Plan auch keine Allgemeinverfügung im Sinne von § 35 S. 2 VwVfG dar. Insgesamt handelt es sich bei dem nationalen Pandemieplan um eine rechtlich unverbindliche Handlungsempfehlung<sup>22</sup>.

Auch auf Landes- und Kommunalebene finden sich Pandemie-Rahmenpläne und Pandemiepläne<sup>23</sup>. Sie dienen der Konkretisierung des nationalen Pandemieplans, orientieren sich im Aufbau an dem nationalen Pandemieplan und beinhalten im Wesentlichen auch dessen Empfehlungen. Anpassungen finden sich aber im Hinblick auf den Verwaltungsaufbau und den Verwaltungszuständigkeiten innerhalb des Landes. Sie sind – wie der nationale Pande-

mieplan – lediglich Ausfluss einer Planung und daher nicht verbindlich.

### D. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung?

Kritiker einer möglichen gesetzlichen Regelung führen an, dass sich bereits aus der traditionellen ärztlichen Standesethik ermitteln lasse, wie knappe medizinische Güter zu verteilen sind<sup>24</sup>. Die Bestimmung der Dringlichkeit und der Erfolgsaussichten der Anwendung eines Medikaments bei einem bestimmten Patienten sei der Fachkompetenz der Medizin zuzuordnen. Hinzu komme, dass sich das rechtlich Gebotene im Zweifel ohnehin am medizinischen Standard orientiere<sup>25</sup>. Es genüge also, wenn Ärzte dem medizinischen Standard gemäß handelten<sup>26</sup>.

- 9) Infektionsschutzgesetz v. 20. 7. 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 27. 3. 2020 (BGBl. I S. 587).
- 10) Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz v. 25. 3. 1997 (BGBl. I S. 726), zuletzt geändert durch Artikel 2 Nummer 1 des Gesetzes v. 29. 7. 2009 (BGBl. I S. 2350).
- 11) Aktuelle Übersicht: Bayerischer Pandemieplan (Stand: 15. 2. 2020), S. 8 ff., abrufbar unter <https://www.stmgp.bayern.de/vorsorge/infektionsschutz/infektionsmonitor-bayern/#Bayerischer-Influenzapandemieplan>, Zugriff am 8. 4. 2020.
- 12) Der Plan besteht aus den Teilen I (Strukturen und Maßnahmen) und II (Wissenschaftliche Grundlagen). Teil I (Stand: 1. 3. 2017) ist abrufbar unter <https://edoc.rki.de/handle/176904/187>, Teil II (Stand: 4. 4. 2016) unter [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/I/Influenza/Pandemieplanung/Downloads/Pandemieplan\\_Teil\\_II\\_gesamt.html?jsessionid=0B1C41488EF37B7DA7BE50455361ECCF.internet062?nn=2370466](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/I/Influenza/Pandemieplanung/Downloads/Pandemieplan_Teil_II_gesamt.html?jsessionid=0B1C41488EF37B7DA7BE50455361ECCF.internet062?nn=2370466), Zugriff am 8. 4. 2020.
- 13) Abrufbar unter [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Ergaenzung\\_Pandemieplan\\_Covid.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Ergaenzung_Pandemieplan_Covid.pdf?__blob=publicationFile), Zugriff am 8. 4. 2020, Der im Influenza-Pandemieplan vorgesehene Einsatz von Impfstoffen wurde in der für SARS-CoV-2 angepassten Version gestrichen, da ein solcher Impfstoff (noch) nicht zur Verfügung steht.
- 14) Nationaler Pandemieplan Teil I (Fn. 12), S. 7.
- 15) Für ihn gilt nichts anderes als z. B. für den Bay. Pandemieplan (Fn. 11): „Der Bay. Influenzapandemie-Rahmenplan setzt die Regelungen, die im Nationalen Pandemieplan von Bund und Ländern getroffen wurden, für Bay. um und versteht sich als Fachschrift mit Informationen, Hinweisen und Empfehlungen für Behörden und andere Institutionen“.
- 16) Ebenso *Walus*, DöV 2010, 127, 132; *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 143; *Pflug* Pandemievorsorge – informationelle und kognitive Regelungsstrukturen, 2013, S. 178; vgl. auch *Kloepfer/Deye*, DVBl. 2009, 1208, 1214.
- 17) Ebenso *Walus*, DöV 2010, 127, 132; vgl. auch *Kloepfer/Deye*, DVBl. 2009, 1208, 1214.
- 18) *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Au. 2018, § 1, Rdnr. 212.
- 19) S. Nationaler Pandemieplan Teil I (Fn. 12), S. 7 f.: „Er richtet sich ... vor allem an die Verantwortlichen und verantwortlichen Behörden in Bund, Ländern und Kommunen. ... Der NPP soll ... auch die Öffentlichkeit über die potenziellen Gefahren einer Pandemie informieren, die Planungen transparent machen, die erforderlichen Maßnahmen aufzeigen und für weitere Planungen in medizinischen Einrichtungen, Unternehmen usw. die Grundlage bilden.“ S. auch den Adressatenkreis des Bayerischen Pandemieplans (Fn. 15).
- 20) Ebenso *Walus*, DöV 2010, 127, 132; *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 143 f.
- 21) Ebenso *Walus*, DöV 2010, 127, 132; *Pflug*, Pandemievorsorge – informationelle und kognitive Regelungsstrukturen, 2013, S. 178.
- 22) *Kloepfer/Deye*, DVBl. 2009, 1208, 1215; *Walus*, DöV 2010, 127, 132; *Taupitz*, in: *Kern/Lilie*, FS f. G. *Fischer*, 2010, S. 521, 522 ff.
- 23) Übersicht zu den zurzeit geltenden Pandemie-Rahmenplänen und Pandemieplänen der Bundesländer: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/I/Influenza/Pandemieplanung/Pandemiepläne\\_Bundeslaender.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/I/Influenza/Pandemieplanung/Pandemiepläne_Bundeslaender.html), Zugriff am 8. 4. 2020.
- 24) *Herb*, Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin, 2002, S. 179.
- 25) Zum medizinischen Standard als Maßstab für das Recht s. differenzierend *Taupitz*, in: *Greiner/Gross/Nehm/Spickhoff*, FS f. G. *Müller*, 2009, S. 311, 318 f.
- 26) *Herb*, Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin, 2002, S. 179.

Dieser Auffassung steht allerdings entgegen, dass Allokationskriterien darüber entscheiden sollen, welcher Patient *anstelle anderer Patienten* das benötigte Medikament oder Beatmungsgerät erhält, wer also „bevorzugt“ wird. Das Problem der interpersonellen Verteilung kann die Medizin in ihrer Eigenschaft als Naturwissenschaft jedoch nicht mit „Bordmitteln“ lösen<sup>27</sup>. Sie kann lediglich sagen, ob die Anwendung eines Arzneimittels bei *einem* Patienten „sinnvoll“ ist. Beim Vergleich von Patienten und bei der Abwägung von Zielkonflikten ist die Medizin auf *normative Vorgaben* (Ethik, Recht) angewiesen<sup>28</sup>. Zwar ist auch die Medizinethik Bestandteil der medizinischen Wissenschaft<sup>29</sup>. Es existieren jedoch zahlreiche konkurrierende Richtungen der (Medizin-)Ethik (genannt seien nur der Utilitarismus, der Egalitarismus, der Individualismus, die Deontologie)<sup>30</sup>, so dass sich die Frage stellt, welche dieser Richtungen maßgeblich sein soll. Diese Frage kann „die Ethik“ nicht aus sich heraus beantworten. Jedenfalls bezogen auf wesentliche Entscheidungen ist eine Antwort des Rechts gefordert – und nach der Wesentlichkeitslehre des BVerfG<sup>31</sup> sogar eine solche des parlamentarischen Gesetzgebers. Denn Allokationsentscheidungen aufgrund knapper medizinischer Ressourcen haben eine hohe Bedeutung für die Allgemeinheit bzw. das öffentliche Interesse, weisen eine hohe generelle Grundrechtsrelevanz auf (nämlich für Leben, körperliche Unversehrtheit und Gesundheit der Bürger) und führen zu einer intensiven individuellen Betroffenheit der auf das knappe Gut angewiesenen Personen<sup>32</sup>. Deshalb wäre im Hinblick auf die Verteilung knapper medizinischer Güter, auch für den Fall einer Pandemie, eine stärker prägende Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst notwendig<sup>33</sup>. Gegen Gesichtspunkte der Flexibilität und Normierungsfähigkeit<sup>34</sup> sind dagegen eher von untergeordneter Bedeutung. Auch kann nicht argumentiert werden, dass ein Pandemiefall eine außergewöhnliche Situation darstelle, für die keine Vorsorge getroffen werden könne. Denn *dass* es Pandemiesituationen geben würde, stand schon lange fest – speziell eine Pandemie wie die jetzt eingetretene wurde im Rahmen einer Bundesländer-Risikoanalyse 2013 bereits sehr drastisch beschrieben<sup>35</sup>. In der Analyse heißt es zudem ausdrücklich: „Bisher gibt es keine Richtlinien, wie mit einem Massenanstieg von Infizierten bei einer Pandemie umgegangen werden kann. Diese Problematik erfordert komplexe medizinische, aber auch ethische Überlegungen und sollte möglichst nicht erst in einer besonderen Krisensituation betrachtet werden.“<sup>36</sup> Diesen Rat hat der Gesetzgeber allerdings bis heute nicht beherzigt.

### E. Unzulässigkeit einer gesetzlichen Regelung?

Der Deutsche Ethikrat hat am 27.3.2020 eine Ad-hoc-Stellungnahme veröffentlicht mit dem Titel: „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“. Darin führt der Rat aus<sup>37</sup>:

„Der Staat darf menschliches Leben nicht bewerten, und deshalb auch nicht vorschreiben, welches Leben in einer Konfliktsituation vorrangig zu retten ist. Selbst in Ausnahmezeiten eines flächendeckenden und katastrophalen Notstands hat er nicht nur die Pflicht, möglichst viele Menschenleben zu retten, sondern auch und vor allem die Grundlagen der Rechtsordnung zu garantieren.“

Die Möglichkeiten des Staates, abstrakt bindende Vorgaben für die Allokation knapper Ressourcen zu machen, sind somit begrenzt. Die grundrechtlichen Direktiven beschreiben im Wesentlichen negativ den Bereich des nicht mehr Zulässigen. Positive Orientierung für die konkrete Auswahlentscheidung in der Klinik bieten sie dagegen kaum. Das bedeutet nicht, dass keine handlungsleitenden Vorgaben konzipierbar wären. Aus dem Verbot einer eigenen staatlichen Bewertung folgt nicht, dass entsprechende Entscheidungen nicht akzeptiert werden können. Es ist

daher sinnvoll, unterschiedliche Ebenen normativer Konkretisierung zu verbinden. Das verweist auf die Funktion zum Beispiel der Fachgesellschaften, die im Rahmen der vorgenannten Grundvorgaben wichtige Orientierungshilfen geben können und sollten, welche inhaltlich über das hinausgehen, was staatlicherseits zulässig wäre.

Die damit hervorgehobene Primärverantwortung der Medizin für einzelne Entscheidungen und deren Umsetzung folgt aus den erwähnten Grenzen des staatlich Normierbaren, die dem Verfassungsrecht geschuldet sind. Doch sollte diese Verantwortung keinesfalls nur „am Krankenbett“, also im Rahmen der individuellen Arzt-Patienten-Beziehung, wahrgenommen werden. Schon aus Gründen der Gleichbehandlung, aber auch um der allgemeinen Akzeptanz willen bedarf es vielmehr weithin einheitlicher Handlungsmaximen für den klinischen Ernstfall. In der Reaktion auf die aktuelle Krise sind ... erste Empfehlungen medizinischer Fachgesellschaften erschienen.“

Diese Ausführungen zu den nur begrenzten Regelungsbefugnissen des Staates sind möglicherweise geprägt durch die Entscheidung des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz<sup>38</sup>. In jener Entscheidung ging es jedoch um den staatlich angeordneten Abschluss eines von Terroristen entführten und als Waffe missbrauchten Flugzeugs, also um eine eigene Maßnahme des Staates, durch die das Leben der Besatzung und der Passagiere gezielt und aktiv beendet werden würde, um andere Menschenleben zu retten. In dieser Situation macht sich der Staat selbst zum „Täter“, behandelt er die unschuldigen Opfer „als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer. ... Sie werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht“<sup>39</sup>. Bei einer für den Pandemiefall getroffenen Regelung werden dagegen Kriterien vorgegeben,

- 27) Taupitz, in: *Dietrich/Imhoff/Kliemt* (Hrsg.), *Standardisierung in der Medizin*, 2004, S. 263, 281; *Gutmann*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, *Transplantationsgesetz*, 2005, §12, Rdnr. 21.
- 28) *Ach/Wiesing*, in: *Brudermüller/Seelmann* (Hrsg.), *Organtransplantation*, 2000, S. 139ff., S. 145; *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 101; *Bausch/Kohlmann*, *NJW* 2008, 1562, 1564; *Lachmann/Meuter*, *Medizinische Gerechtigkeit*, 1997, S. 166; *Taupitz*, in: *Nagel/Fuchs* (Hrsg.), *Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen*, 1998, S. 86, 102.
- 29) *Neft*, *NZS* 2010, 16, 17; *Neumann*, *NZS* 2005, 617, 621.
- 30) S. dazu hier nur den Überblick bei *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 123ff.
- 31) BVerfG, *NJW* 2018, 361, 364, Rdnr. 116 m. w. N.
- 32) *Höfling*, in: *Feuerstein/Kuhlmann*, *Rationierung im Gesundheitswesen*, 1998, S. 143, 151; *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 311; *Herb*, *Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin*, 2002, S. 178. Allgemein zu den für die Wesentlichkeitslehre maßgebenden Kriterien *Taupitz*, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, 1991, S. 804ff.
- 33) *Kloepfer/Deye*, *DVBl.* 2009, 1208, 1219; *Trute*, *KritV* 2005, 342, 361; *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 312f.; *Witte*, *Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall*, 2013, S. 146ff.; *Taupitz*, in: *Kern/Lilie*, *FS f. G. Fischer*, 2010, 526; *Walter*, *Zeit online* 2.4.2020, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/corona-krise-aerzte-krankenhaeuser-ethik-behandlungen-medizinische-versorgung>, Zugriff am 8.4.2020; *Zimmermann*, *Legal Tribune Online* 23.3.2020, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/>, Zugriff am 8.4.2020. Zur Transplantationsmedizin im Hinblick auf die nur rudimentären Vorgaben des Transplantationsgesetzes ebenso *Gutmann/Fateh-Moghadam*, *NJW* 2002, 3365, 3365f.
- 34) Dazu *Taupitz*, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, 1991, S. 807.
- 35) BT-Dr. 17/12051 v. 3.1.2013, S. 5f. und Anhang 4, S. 55ff.
- 36) BT-Dr. 17/12051 v. 3.1.2013, S. 65, Fn. 7.
- 37) S. 4, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>, Zugriff am 8.4.2020.
- 38) BVerfG, *NJW* 2006, 751ff.
- 39) BVerfG, *NJW* 2006, 751, 758, Rdnr. 124.

nach denen in einer Mangelsituation bestimmte Menschen vorrangig vor anderen mit medizinischen Gütern versorgt werden und andere stattdessen nachrangig gerettet werden. In das Leben der nachrangig Versorgten wird dabei nicht aktiv eingegriffen; vielmehr bleiben sie ihrem Schicksal überlassen und sterben an ihrer Krankheit. Dies ist nicht anders als bei der gesetzlichen Regelung der Organtransplantation im Transplantationsgesetz<sup>40</sup>. Gemäß §12 Abs. 3 S. 1 TPG sind vermittlungspflichtige Organe von der Vermittlungsstelle (= Eurotransplant) nach „Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patienten zu vermitteln“. Der Bundesärztekammer ist die Aufgabe übertragen, diese rechtlichen Vorgaben durch die Feststellung des Standes der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien gemäß §16 Abs. 1 TPG fachlich auszufüllen und zu konkretisieren<sup>41</sup>. Warum eine vergleichbare Regelung für den Pandemiefall nicht zulässig sein sollte, ist nicht verständlich<sup>42</sup>. Das Mindeste wäre eine parlamentarische Debatte darüber, was der Gesetzgeber leisten kann, mit Blick auf die Bedrohungen für Menschenwürde, Leben und Gesundheit leisten muss bzw. wo er Zurückhaltung üben müsste<sup>43</sup>.

Davon unberührt bleibt freilich die Tatsache, dass die medizinischen Fachgesellschaften in besonderem Maße aufgerufen und aufgrund ihrer Expertise auch in der Lage sind, medizinische Fragen der Indikation, der Erfolgsaussicht und der Dringlichkeit zu beurteilen und in allgemeinen Leitlinien o.ä. niederzulegen. Dem entsprechend ist in den letzten Wochen eine ganze Reihe von Empfehlungen und Stellungnahmen erschienen, die sich vor dem Hintergrund der aktuellen Pandemie mit der Verteilung des Mangels an medizinischen Ressourcen befassen<sup>44</sup>. Angesichts der dramatischen Situation in Norditalien hat sich zunächst die italienische Gesellschaft für Anästhesie, Analgesie, Reanimations- und Intensivmedizin (SIAARTI) geäußert<sup>45</sup>, sodann die Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) gemeinsam mit der Schweizerischen Gesellschaft für Intensivmedizin<sup>46</sup> und die Österreichische Gesellschaft für Anesthesiologie, Reanimation und Intensivmedizin (ÖGARI)<sup>47</sup>. Auch in Deutschland haben verschiedene Fachgesellschaften Stellungnahmen zur Versorgung von Patienten mit COVID-19 publiziert<sup>48</sup>. Offen bleibt allerdings die Frage, wieso die Fachgesellschaften nach Auffassung des Ethikrates besonders legitimiert sind, „Handlungsmaximen“ für den klinischen Ernstfall zu formulieren<sup>49</sup>. Wäre er nicht selbst viel eher in der Pflicht gewesen, oder hätte er nicht zumindest sagen müssen, welche der ja nicht einheitlichen Stellungnahmen er für ethisch vertretbar hält? Und welchen Spielraum haben die Fachgesellschaften über staatliches Handeln hinaus, wenn sie sich selbst nur im „Rahmen der vorgenannten Grundvorgaben“<sup>50</sup> der Verfassung bewegen dürfen? Oder geht es darum, dass *rechtswidriges* Handeln (zur Auffassung des Ethikrates unten F. VI. 1.b)) – wenn schon – möglichst gleichmäßig stattfinden soll?

## F. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Verteilung knapper Ressourcen im Pandemiefall

Wenn somit das bisherige einfache Gesetz keine Vorgaben für die Patientenauswahl im Pandemiefall liefert, stellt sich die Frage, ob nicht das Grundgesetz Vorgaben liefert.

### I. Staatliche Schutzpflicht im seuchenbedingten Knappheitsfall

Allgemein anerkannt ist, dass sich insbesondere aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG staatliche Schutzpflichten für Leben und körperliche Unversehrtheit der Bürger ergeben<sup>51</sup>. Daneben resultiert aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. mit dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG eine Gewährleistungsverantwortung des Staates für das physische Existenzminimum der Bürger<sup>52</sup>.

Aus diesen Schutzpflichten ergibt sich das Erfordernis, für ein einigermaßen funktionierendes Gesundheitssystem zu sorgen und dabei auch in angemessenem Rahmen Arzneimittel und Medizinprodukte zu bevorraten und bereit zu stellen<sup>53</sup>. Ob das in Deutschland in ausreichendem Maß geschehen ist, darüber kann trefflich gestritten werden.

### II. Originäre Teilhaberechte

Originäre Teilhaberechte, also solche, die aus den Grundrechten im Sinne von Abwehrrechten einen direkten Anspruch gegen den Staat liefern, sind der Verfassung nach heute überwiegender Auffassung zwar durchaus insoweit zu entnehmen, als es um das Existenzminimum geht<sup>54</sup>. Hieraus und aus dem menschlichen Leben als einem „Höchstwert“<sup>55</sup> des Grundgesetzes folgt, dass die Beseitigung von Lebensgefahr Vorrang vor der Beseitigung von Gefahren für Körper und Gesundheit hat<sup>56</sup>. Als Weiteres folgt daraus, dass die „Dringlichkeit“ grundsätzlich vor der „Erfolgsaussicht“ rangieren muss<sup>57</sup>. Soweit jedoch der Schutz der „nackten Existenz“, letztlich des Lebens, verlassen wird, lassen sich kaum belastbare Konturen eines verfassungsunmittelbaren Anspruchs ausmachen<sup>58</sup>. Und aus den originären Teilhaberechten lässt sich keine Lösung für das Problem ableiten, wie in Situatio-

- 40) Transplantationsgesetz i. d. F. der Bekanntmachung v. 4. 9. 2007 (BGBl. I S. 2206), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 16. 3. 2020 (BGBl. I S. 497).
- 41) Sehr kritisch dazu BGH, NStZ 2017, 701; anders in der rechtlichen Einordnung und Bewertung *Taupitz*, NJW 2003, 1145 ff.
- 42) Zum Unterschied zwischen Transplantationsmedizin und der Situation nach dem Luftsicherheitsgesetz bereits *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444, 449 f.
- 43) *Gelinsky*, Brauchen wir ein Triage-Gesetz?, 2020, abrufbar unter <https://www.kas.de/documents/252038/7995358/Brauchen+wir+ein+Triage-Gesetz.pdf/dd0cb801-4217-7219-b531-278a774e311e?version=1.0&t=1586415062476>, Zugriff am 8. 4. 2020.
- 44) Eine fortlaufend aktualisierte Liste wird von der Akademie für Ethik in der Medizin geführt, abrufbar unter <https://www.aem-online.de/index.php?id=163>, Zugriff am 8. 4. 2020.
- 45) Clinical ethics recommendations for the allocation for intensive care treatments in exceptional, resource-limited circumstances, posted 16. 3. 2020, <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>, Zugriff am 8. 4. 2020.
- 46) Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, abrufbar unter <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Intensivmedizin.html>, Zugriff am 8. 4. 2020.
- 47) Allokation intensivmedizinischer Ressourcen aus Anlass der Covid-19-Pandemie vom 17. 3. 2020, <https://www.anaesthesie.news/aktuelles/allokation-intensivmedizinischer-ressourcen-aus-anlass-der-covid-19-pandemie/>, Zugriff am 8. 4. 2020.
- 48) DIVI et al. (Fn. 8).
- 49) Zutreffend *Walter* (Fn. 33).
- 50) Deutscher Ethikrat (Fn. 37), S. 3: „Verbindlicher Rahmen auch für die ärztliche Ethik sind fundamentale Vorgaben der Verfassung“.
- 51) Dazu statt vieler BVerfG, NJW 2006, 751, 757, Rdnr. 120 m. w. N.
- 52) BVerfGE 125, 175, 222 ff.; *Huster*, DVBl. 2010, 1069, 1070; *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 124 ff.
- 53) Näher *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 124 ff.
- 54) Ausführlich dazu: *Taupitz*, in: *Nagel/Fuchs* (Hrsg.), Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, 1998, S. 91 f.; zum Existenzminimum vgl. BVerfGE 82, 60, 85; BVerwGE 1, 159, 161 f.; BSGE 57, 59, 63.
- 55) BVerfG, NJW 2006, 751, 753, Rdnr. 85 m. w. N.
- 56) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 258 f.
- 57) Vgl. *Walter* (Fn. 33); zur Transplantationsmedizin *Neft*, NZS 2010, 16, 18; ähnlich: *Schreiber*, in: *Nagel/Fuchs* (Hrsg.), Soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, 1993, S. 302, 308.
- 58) *Taupitz*, in: *Wolter/Riedel/Taupitz*, Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, S. 113, 118 ff.

nen zu verfahren ist, in denen das Leben von mehreren Menschen bedroht ist, aber nicht alle gerettet werden können.

### III. Unzulässige Patientenauswahlkriterien

Konkreter ist das Grundgesetz in der Festlegung bestimmter Kriterien, die *nicht* zur Verteilung und Zuteilung herangezogen werden dürfen. Art. 3 Abs. 3 GG nennt das Geschlecht (so dass entgegen gängiger Auffassung zur Bewältigung von Katastrophenfällen nicht die Maxime gelten darf: „Frauen zuerst“)<sup>59</sup>, die Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, den Glauben, religiöse oder politische Anschauungen sowie die Behinderung.

### IV. Derivative Ansprüche

Im Übrigen gewährt das Grundgesetz mit dem Gleichheitsgebot einen derivativen (abgeleiteten) Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG: Wenn der Staat bestimmte Leistungen zur Verfügung stellt, so verpflichten die derivativen Teilhabe- oder Leistungsrechte des Einzelnen die staatlichen Gewalten zu einer Gleichbehandlung beim Zugang zu oder der sonstigen Gewährung von Leistungen („Wenn-Dann-Schema“)<sup>60</sup>. Daraus folgt insbesondere das Erfordernis einer gleichheitssichernden Verfahrensgestaltung<sup>61</sup>. Und es folgt daraus des Weiteren, dass zwischen COVID-19 und anderen (aufgrund anderer Krankheiten) gleichermaßen lebensbedrohlich Erkrankten nicht unterschieden werden darf<sup>62</sup>.

### V. Zulässiges Verteilungskriterium: Dringlichkeit

Die Rettung desjenigen Menschenlebens, welches die Behandlung am dringendsten benötigt, ist eine Wertentscheidung für die Linderung des größten Leids<sup>63</sup>. An dieser Handlungsmaxime orientiert sich nicht von ungefähr auch das Strafrecht: Beim rechtfertigenden Notstand gemäß § 34 StGB oder bei der rechtfertigenden Pflichtenkollision darf demjenigen Gut der Rettungsvorrang eingeräumt werden, welches der Rettung am dringendsten bedarf<sup>64</sup>. Entscheidend ist dabei auch, welchen Rang die gefährdeten Güter bei abstrakter Betrachtung einnehmen, wobei das Leben als ein Höchstwert zu beachten ist. Allerdings darf nicht der Rang der bedrohten Rechtsgüter isoliert betrachtet werden. Vielmehr ist eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung von Ausmaß und Grad der drohenden Gefahren vorzunehmen. So ist beispielsweise die drohende Gefahr schwerer Gesundheitsschäden vor einer weit entfernten Lebensgefahr abzuwenden<sup>65</sup>.

Für den Pandemiefall folgt daraus, dass besonders gefährdete Bevölkerungsgruppen vorrangig z. B. mit Impfstoffen versorgt werden dürfen, nämlich diejenigen, die ein erhöhtes Morbiditäts- oder gar Mortalitätsrisiko aufweisen<sup>66</sup>. Darunter fällt vor allem medizinisches Personal, das einer unvermeidbaren Gefahr von Ansteckung ausgesetzt ist<sup>67</sup>. Es gilt aber auch z. B. für Patienten, die aufgrund von Vorerkrankungen geschwächte Abwehrkräfte haben<sup>68</sup>.

Vor diesem Hintergrund sind im Pandemiefall wie in der Katastrophenmedizin Triagegruppen zulässig und sinnvoll, die die Reihenfolge der Verteilung knapper medizinischer Ressourcen regeln. In Triagegruppe I werden diejenigen Menschen eingeordnet, die akut lebensbedrohlich erkrankt oder gefährdet sind. Schwerverletzte oder -erkrankte, bei denen eine Behandlung zwar dringend ist, aber aufgeschoben werden kann, bilden Triagegruppe II. Leicht verletzte und erkrankte Personen sind in Triagegruppe III einzuordnen. Sie sind bei einer Behandlung zurückzustellen. All jene, die hoffnungslos verloren und somit ohne Überlebenschancen sind, fallen in Triagegruppe IV. Ihnen kommt ein knappes medizinisches Gut nicht zugute. Bei diesen Patienten werden lediglich Schmerzen gelindert, doch eine Rettung nicht mehr angestrebt, da sie aussichtslos ist. Die Triagegruppen I bis III sind verfassungskonform<sup>69</sup>.

Allerdings ist die Behandlung der Patienten der Triagegruppe IV ebenso dringlich wie die der Triagegruppe I. Sie unterscheiden sich lediglich in der Erfolgsaussicht einer Behandlung. Nur sofern man die Erfolgsaussicht einer Behandlung als weiteres zulässiges Differenzierungskriterium akzeptiert (s. dazu sogleich), ist auch die Unterscheidung zwischen beiden Triagegruppen verfassungsrechtlich haltbar. Aus ethischer Sicht wird sie nicht selten mit dem Gedanken begründet, dass vor dem Eintritt einer Katastrophe, d. h. solange niemand weiß, in welcher Gruppe er landet, allen Bürgern ein Interesse an der Maximierung der Anzahl der Überlebenden unterstellt werden kann. An diesem vermuteten Konsens zur Regel würden dann auch diejenigen festgehalten, die die Katastrophe in Gruppe IV verschlägt<sup>70</sup>. Die Deutsche Bischofskonferenz argumentiert aus dem Blickwinkel gerechtigkeits-theoretischer Begründungslogik in dieselbe Richtung<sup>71</sup>.

### VI. Problematische Verteilungskriterien

#### 1. Maximierung der Überlebendenzahl

##### a) Situation 1: Rettung gleichzeitig akut Bedürftiger

In der Literatur und in der aktuellen Diskussion finden sich viele Befürworter der sogenannten Maximierungsformel. Knappe medizinische Ressourcen sollen so verteilt werden, dass aus dem Blickwinkel klinischer Erfolgsaussichten eine möglichst große Zahl betroffener Menschenleben gerettet werden kann<sup>72</sup>. Dafür sprechen sich insbesondere auch sämtliche oben genannten medizinischen Fachgesellschaften aus<sup>73</sup>. Auch der Ethikrat spricht von der staatlichen „Pflicht, möglichst viele Menschenleben zu retten“<sup>74</sup>, und selbst die Deutsche Bischofskonferenz hält eine Triage unter der Prämisse, so viele Leben wie möglich zu retten, als Ultima Ratio für „zulässig, gerechtfertigt und sogar geboten“<sup>75</sup>.

Die Maximierung der Überlebendenzahl als Verteilungskriterium ist jedoch aus dem Blickwinkel der Verfas-

59) Vgl. Deutscher Ethikrat (Fn. 37), S. 3; SAMW (Fn. 46), Punkt 2; Brech, Triage und Recht, 2008, S. 207.

60) Brech, Triage und Recht, 2008, S. 197; Witte, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 129 ff.

61) Zu Recht wird auch in der aktuellen Situation immer wieder auf die Notwendigkeit gleicher Zuteilungskriterien hingewiesen, s. Deutscher Ethikrat (o. Fn. 37), S. 4; Deutsche Bischofskonferenz, Triage, 8. 4. 2020, Punkt 4, abrufbar unter <https://dbk.de/nc/presse/aktuelles/meldung/triage/detail/>, Zugriff am 8. 4. 2020.

62) DIVI et al. (Fn. 8), Punkt 2.2; Schöne-Seifert (Fn. 7); Stoeker, Verteilung knapper Ressourcen in der Intensiv- und Notfallmedizin, S. 6f., abrufbar unter [https://www.aem-online.de/fileadmin/user\\_upload/Ralf-Stoeker-Ethischer-Hintergrundkommentar-zur-Stellungnahme-der-Fachverbaende-und-AEM-1.pdf](https://www.aem-online.de/fileadmin/user_upload/Ralf-Stoeker-Ethischer-Hintergrundkommentar-zur-Stellungnahme-der-Fachverbaende-und-AEM-1.pdf), Zugriff am 8. 4. 2020.

63) Lachmann/Meuter, Medizinische Gerechtigkeit, 1997, S. 186f.; Brech, Triage und Recht, 2008, S. 258.

64) Kautzky/Illhardt/Künschner, in: Eser/v. Lutterotti/Sporcken (Hrsg.), Lexikon Medizin, Ethik, Recht, 1989, S. 1042; Uhlenbruck, MedR 1995, 427, 434.

65) Künschner, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 325; Brech, Triage und Recht, 2008, S. 259; Taupitz (Fn. 28), S. 99.

66) Brech, Triage und Recht, 2008, S. 259.

67) SAMW (Fn. 46), Punkt 2.

68) Brech, Triage und Recht, 2008, S. 259; Kloepfer/Deye, DVBl. 2009, 1208, 1220 f.

69) Brech, Triage und Recht, 2008, S. 260.

70) Lübke, Verfassungsblog, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/corona-triage/>, Zugriff am 8. 4. 2020.

71) Deutsche Bischofskonferenz (Fn. 61), Punkt 6.

72) Brech, Triage und Recht, 2008, S. 208; Lübke, Ethik in der Medizin 2001, S. 148, 149; Nagy, Zivilverteidigung 1984, 14, 15; Schöne-Seifert (Fn. 7); Körtner, science@ORF.at 29. 3. 2020, abrufbar unter <https://science.orf.at/stories/3200432>, Zugriff am 8. 4. 2020.

73) DIVI et al. (Fn. 8); SAMW (Fn. 46); ÖGARI (Fn. 47); SIAARTI (Fn. 45).

74) Oben bei Fn. 37; ebenso (österr.) Bioethikkommission (Fn. 8), S. 11.

75) Deutsche Bischofskonferenz (Fn. 61), Punkt 5, 9.

sung nicht unproblematisch. Denn das menschliche Leben wird vielfach als absoluter Höchstwert beschrieben<sup>76</sup>. Ein Menschenleben sei nicht abwägbar, der solidarischen Aufopferung für andere grundsätzlich entzogen und könne als Eingriffsgut von keinem anderen Interesse überwogen werden<sup>77</sup>. Daraus wird ein Quantifizierungsverbot abgeleitet, das die Aufrechnung von Menschenleben im Sinne einer Gewinn- und Verlustsaldierung verbiete<sup>78</sup>. Die singuläre Stellung des menschlichen Lebens erlaube es nicht, Menschenleben wie materielle Güter zu verrechnen<sup>79</sup>.

Verwiesen wird – insbesondere vor dem Hintergrund der historischen Vergangenheit Deutschlands – zudem auf die Gefahr, dass das Sterbenlassen eines Menschen zum Einfallstor für andere Fälle werde<sup>80</sup>. Ein Mensch dürfe nicht zum Mittel herabgewürdigt werden, das einem übergeordneten Ziel diene. Habe ein „Aussortierter“ nur noch Zählwert, so werde das menschliche Leben seines subjektiven, einzigartigen Charakters beraubt. Einziger Aussonderungsgrund könne sein, dass die Behandlung aussichtslos ist<sup>81</sup>. Die Maximierungsformel führe de facto dazu, dass Menschenleben gegeneinander aufgerechnet werden. Deshalb könne aus Maximierungsgesichtspunkten nicht die Behandlung einiger zum Wohl mehrerer anderer zurückgestellt werden<sup>82</sup>. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben stünden „einem rein utilitaristischen Modus des Abwägens im Sinne einer bloßen Maximierung von Menschenleben oder Lebensjahren“ entgegen<sup>83</sup>.

Dem wird jedoch zu Recht entgegengehalten, dass das Quantifizierungsverbot – jedenfalls außerhalb der Alltagsmedizin – nicht absolut gelten kann. Auch wenn das BVerfG das menschliche Leben als „einen“, richtigerweise aber nicht als „den“ Höchstwert klassifiziert<sup>84</sup>, so ist es doch kein unendlicher, sondern ein begrenzter Wert. In bestimmten Konstellationen muss auch eine Abwägung zu Lasten des Lebensschutzes möglich sein, nämlich dann, wenn das Leben gegen ebenso hohe verfassungsrechtliche Güter abgewogen wird<sup>85</sup>. Dies gilt etwa für das Interesse der Allgemeinheit an der Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege<sup>86</sup>, aber beispielsweise auch dann, wenn es um „Leben gegen Leben“ geht<sup>87</sup>. Immerhin unterliegt das Rechtsgut Leben gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1, 3 GG einem einfachen Gesetzesvorbehalt, kann also nach Maßgabe des Gesetzes beschränkt werden. Und gerade wenn man davon ausgeht, dass jedes Leben eines Menschen für sich genommen gleich wertvoll ist, folgt daraus, dass zwei Leben wertvoller sind als eines („Der Wert steigt mit der Zahl“)<sup>88</sup>. Von daher ist nicht von einem Quantifizierungsverbot, sondern sogar von einem Quantifizierungsgebot auszugehen<sup>89</sup>. Aus einem strengen Gebot der Gleichbehandlung aller Patienten könnte sonst folgen, dass *niemand* das knappe Gut erhält<sup>90</sup>.

Im Übrigen ist es ein Ziel der Rechtsordnung, ein Optimum an Rechtsgüterschutz zu erreichen<sup>91</sup>. Kollidieren Grundrechte verschiedener Bürger, so ist im Wege praktischer Konkordanz<sup>92</sup> jedem Grundrecht zu möglichst weitreichender Geltung zu verhelfen. Wenn in einer Situation nicht alle Interessen geschützt werden können, wie es bei knappen medizinischen Gütern im Pandemiefall der Fall sein kann, dann ist dieses Optimum, dieser maximale Rechtsgüterschutz, nur zu erreichen, wenn knappe medizinische Güter so eingesetzt werden, dass so viele Leben wie möglich gerettet werden können<sup>93</sup>. Dies trägt der Gleichwertigkeit menschlichen Lebens sogar in besonderem Maße Rechnung. Denn jeder andere Verteilungsmodus würde in letzter Konsequenz darauf hinauslaufen, dass auf die mögliche Rettung von Menschenleben verzichtet wird und damit der Lebenswert der „ohne Not“ im Stich gelassenen Menschen negiert würde<sup>94</sup>.

Vor allem aber ist Folgendes zu berücksichtigen: Es geht in den hier zu erörternden Fällen nicht um eine aktive Verkürzung des Lebens eines Betroffenen um der Rettung eines anderen willen. Vielmehr bleiben diejenigen, die nicht gerettet werden können, ihrem *von ihrer Krankheit und der Mangelsituation* bestimmten Schicksal überlassen<sup>95</sup>. Die Lage ist hier ähn-

lich wie bei Verneinung des Vorliegens einer medizinischen Indikation; sie beinhaltet keine unzulässige Bewertung des Lebens, sondern eine zulässige Bewertung der in Frage stehenden medizinischen Maßnahme<sup>96</sup>, hier aufgrund der Verpflichtung, mit den (begrenzten) Ressourcen möglichst vielen Patienten eine nutzbringende Teilhabe an der medizinischen Versorgung unter Krisenbedingungen zu ermöglichen<sup>97</sup>. Genau aus diesem Grund verlangt das Transplantationsgesetz die Verteilung vermittlungspflichtiger Organe u. a. nach dem Kriterium der Erfolgsaussicht, um das Ziel einer Maximierung des aggregierten Transplantationserfolgs im Patientenkollektiv zu erreichen<sup>98</sup>. Insgesamt ist es daher ein zulässiges Ziel der Verteilung und damit Zuteilung medizinischer Maßnahmen, möglichst viele Menschenleben zu retten<sup>99</sup>. Immerhin dient der Arzt gemäß § 1 der Bundesärzteordnung (BÄO) „der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes“.

Im Pandemiefall und bezogen auf die Notwendigkeit einer intensivmedizinischen Behandlung sollte deshalb zunächst die kurzfristige Erfolgsaussicht im Vordergrund stehen, d. h. die Wahrscheinlichkeit, dass der Patient nach Abschluss der Intensivtherapie das Krankenhaus verlassen kann<sup>100</sup>. Folglich ist am ehesten bei denjenigen Patienten auf eine Intensivtherapie zu verzichten, die mit hoher Wahrscheinlichkeit auch

- 
- 76) *Laber*, Der Schutz des Lebens im Strafrecht, 1997, S. 152; *Peters*, JR 1949, 496, 496; *Spindel*, in: *Bockelmann*, FS f. *Engisch*, 1969, S. 509, 516.
- 77) *Erb*, in: *Joecks/Miebach*, MüKo/StGB, Band 1, 3. Aufl. 2017, § 34, Rdnr. 116 m. w. N.
- 78) *Küper*, JuS 1981, 785, 791; *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 209.
- 79) *Laber* (Fn. 76), S. 153.
- 80) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 214, 241.
- 81) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 262f.; *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 91; *Opderbecke*, MedR 1985, 23, 25.
- 82) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 214; *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 155.
- 83) Deutscher Ethikrat (Fn. 37), S. 3; vgl. ferner *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbem. zu §§ 32ff., Rdnr. 74 m. w. N.
- 84) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 258f.
- 85) BVerfGE 88, 203, 253f.
- 86) BVerfGE 46, 214, 222; 51, 324, 343.
- 87) *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 89. EL Okt. 2019, Art. 2 Abs. 2 S. 1, Rdnr. 40; *Schoor*, Lebensschutz an der Schwelle des Todes, 2002, S. 117.
- 88) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 246f.; *Scheid*, Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt, 2000, S. 58; *Harris*, Der Wert des Lebens, 1995, S. 52.
- 89) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 217; *Taupitz*, in: *Kern/Lilie*, FS f. G. *Fischer*, 2010, S. 529; *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444, 447ff. m. w. N.
- 90) *Stoeker* (Fn. 62), S. 5.
- 91) *Scheid*, Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt, 2000, S. 27; *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 229.
- 92) Dazu *Hoffmann-Riem*, AöR 144 (2019), 467ff.
- 93) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 238.
- 94) *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444, 449.
- 95) *Taupitz*, in: *Kern/Lilie*, FS f. G. *Fischer*, 2010, S. 530; s. auch *Merkel*, faz.net 4.4.2020, S. 11, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/beatmung-in-der-medizin-eine-frage-von-recht-und-ethik-16710882.html>, Zugriff am 8.4.2020.
- 96) *Taupitz*, Gutachten A zum 63. DJT, 2000, S. A 24.
- 97) DIVI et al. (Fn. 8), Punkt 2.2.
- 98) *Gutmann*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz, 2005, Rdnr. 12. Entgegen verschiedentlich vertretener Auffassung hat der BGH in seiner Entscheidung vom 28.6.2017 (NSStZ 2017, 701) auch keineswegs das Kriterium der Erfolgsaussicht generell für verfassungswidrig erklärt, sondern lediglich die in den damaligen Richtlinien der Bundesärztekammer genannte feste „Karenzklausel“ von 6 Monaten.
- 99) So schon *Taupitz*, in: *Kern/Lilie*, FS f. G. *Fischer*, 2010, S. 528ff.
- 100) SAMW (Fn. 46), WHO (Fn. 101), S. 21; Punkt 3 und 4 (österreich.) Bioethikkommission (Fn. 8), S. 11f.

mit intensivmedizinischer Behandlung versterben werden. Bei sich verschärfender Ressourcenknappheit sollte zunehmend die mittelfristige Erfolgsaussicht berücksichtigt werden. In jedem Fall ist eine ausreichende palliativmedizinische Versorgung sicherzustellen<sup>101</sup>.

b) Situation 2: Rettung später hinzukommender Bedürftiger fraglich ist allerdings, ob es auch zulässig ist, die lebenserhaltende Behandlung eines Patienten zu beenden, um mit den dadurch frei werdenden Ressourcen das Leben eines anderen zu retten. Explizit fordern z. B. die Richtlinien der SAMW<sup>102</sup>, dass mindestens alle 48 Stunden anhand einer detaillierten klinischen Kriterienliste zu überprüfen ist, bei welchen Patienten ein Erfolg ihrer Beatmung inzwischen unwahrscheinlich erscheint. In solchen Fällen sei die Intensivtherapie abzubrechen, um den Platz für einen anderen Schwerstkranken mit besseren Aussichten frei zu machen. Gefordert wird also eine konsequente Verlaufs-Triage. Eine Beendigung der Intensivtherapie eines COVID-19-Patienten mit dem Risiko des krankheitsbedingten Versterbens sehen auch die Empfehlungen der ÖGARI ausdrücklich vor, sofern ein anderer Patient, „– gemessen an den zu plausibilisierenden Kriterien für den Beginn einer Intensivtherapie – ein besseres Outcome zu erwarten hätte, aber aus Ressourcenmangel (z. B. kein Intensivbett frei) eine Intensivtherapie nicht rechtzeitig zur Abwendung der akuten Lebensgefahr erhalten könnte“<sup>103</sup>. In dieselbe Richtung äußern sich auch die Empfehlungen von DIVI et al.<sup>104</sup> und diejenigen der italienischen SIAARTI<sup>105</sup>. Alle Stellungnahmen gehen somit für den Triagefall von dem sonst in der Medizin geltenden, allen Patienten gleiche Behandlungschancen gewährenden Grundsatz ab, wonach der nächste Patient der wichtigste ist<sup>106</sup>, anders formuliert: „wer zuerst kommt, mahlt zuerst“<sup>107</sup>. Offenkundig beruht die abweichende Herangehensweise im Katastrophenfall auf der Überlegung, dass auch z. B. danach differenziert werden sollte, ob ein Patient nur eine Überbrückung einer Krise von einigen wenigen Tagen benötigt, um dann aller Voraussicht nach wieder zu genesen, während ein anderer Patient selbst nach langer Beatmungszeit nur wenig Aussicht auf Heilung hat<sup>108</sup>. Wenn der aussichtsreichere Patient die Behandlung voraussichtlich kürzer beanspruchen wird, könnten die Ressourcen bald zur Rettung anderer, insgesamt also einer größeren Zahl von Menschenleben eingesetzt werden.

Der Deutsche Ethikrat vertritt dagegen eine andere Auffassung. Nach seiner Ad-hoc-Stellungnahme<sup>109</sup> kann derjenige, „der in einer solchen Lage<sup>[110]</sup> eine Gewissensentscheidung trifft, die ethisch begründbar ist und transparenten – etwa von medizinischen Fachgesellschaften aufgestellten – Kriterien folgt, ... im Fall einer möglichen (straf-)rechtlichen Aufarbeitung des Geschehens mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen. Objektiv rechtens ist das aktive Beenden einer laufenden, weiterhin indizierten Behandlung zum Zweck der Rettung eines Dritten jedoch nicht. ... Auch in Katastrophenzeiten hat der Staat die Fundamente der Rechtsordnung zu sichern.“

Zwar ist es in der Tat nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsordnung menschliches Handeln anderes bewertet als dies aus ethischer Sicht möglich ist. Gleichwohl ist es überraschend, mit welcher Rigidität der Ethikrat eine „ethisch begründbare“ Entscheidung für objektiv rechtswidrig erklärt und sie sogar als gegen die Fundamente der Rechtsordnung gerichtet ansieht. Das Verdikt der Rechtswidrigkeit entsprechenden Handelns ist dabei keineswegs selbstverständlich. Denn auch in der hier zu beurteilenden Situation gilt, dass derjenige, dem die erforderlichen medizinischen Ressourcen nicht weiter zur Verfügung gestellt werden, an seiner Krankheit stirbt, nicht dagegen durch einen von außen kommenden Eingriff in sein Leben. Wenn man dagegen argumentiert, dass er – unter Inkaufnahme der Nicht-Rettung eines anderen – gerettet werden könnte, müsste dasselbe auch für

die Situation gleichzeitig Bedürftiger (vorstehend a)) gelten. Denn auch dort ist nicht eine Rettung an sich unmöglich, sondern nur die Rettung aller gleichzeitig Bedürftigen, so dass der konkret nicht gerettete dies als Eingriff in seine Rechte empfinden muss. In beiden Situationen geht es um eine Auswahlentscheidung, so dass sich die Frage stellt, warum die Gleichzeitigkeit der Entscheidungsnotwendigkeit eine Auswahl nach bestimmten Kriterien (auch rechtlich) legitimiert, die zeitlich versetzte Entscheidungsnotwendigkeit dagegen per se nicht. Gleichwohl gilt nach Auffassung des Ethikrates nur für die Situation der gleichzeitig akut Bedürftigen<sup>111</sup>: „Patienten, denen die Behandlung vorenthalten wird, werden von den medizinischen Entscheidern nicht etwa durch Unterlassen ‚getötet‘, sondern aus Gründen einer tragischen Unmöglichkeit vor dem krankheitsbedingten Sterben nicht gerettet. Hier gilt der Grundsatz, dass niemand zu Unmöglichem verpflichtet sein kann.“

Zuzugeben ist dem Ethikrat, dass ein Behandlungsabbruch, der mit einem aktiven Tun (etwa der Verlegung von der Intensivstation) einhergeht, nach verbreiteter Auffassung nicht als Unterlassen, sondern als (strafbares) Handeln anzusehen ist<sup>112</sup>. Jedoch hat der BGH entschieden, „dass die Kriterien für die Abgrenzung zwischen erlaubtem und verbotenen Verhalten nicht allein in der äußerlichen Handlungsqualität gefunden werden können. Zwar unterscheidet das Gesetz zwischen dem pflichtwidrigen Unterlassen einer erfolgsabwendenden Handlung und dem aktiv erfolgsverursachenden Tun grundsätzlich wertungsmäßig, da es in § 13 Abs. 2 StGB für den Fall der Erfolgsverursachung durch Unterlassen eine fakultative Strafmilderung bereit hält .... Diese generelle Differenzierung lässt jedoch gleichzeitig die Möglichkeit offen, Tun und Unterlassen wertungsmäßig gleich zu gewichten und damit auch gleich zu behandeln, wenn der zu Grunde liegende Lebenssachverhalt dies erfordert“<sup>113</sup>.

101) SAMW (Fn. 46), Punkt 3; WHO, Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Disease Outbreaks, 2016, S. 22, abrufbar unter <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/250580/9789241549837-eng.pdf;jsessionid=2FB63D1A7179EB93BFC087FEEB7EE2F?sequence=1>, Zugriff am 8. 4. 2020.

102) SAMW (Fn. 46), WHO (Fn. 101), S. 21; Punkt 4.4

103) ÖGARI (Fn. 47), Punkt 6.

104) DIVI et al. (Fn. 8), Punkt 3.2.2.

105) SIAARTI (Fn. 45), S. 3.

106) Dazu *Blaul/Biesing*, RPG 1996, 23, 26: „Im Konfliktfall steht ... an erster Stelle das Wohl des gerade behandelten kranken Einzelnen“.

107) Auch für den Pandemiefall ein solches Vorgehen befürwortend *Walter* (Fn. 33); *Zimmermann* (Fn. 33); a. A. *Dufner*, Zeit online 4. 4. 2020, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-04/behandlung-coronavirus-patienten-krankenhaeuser-triage-notfallmedizin-aerzte-annette-dufner/komplettansicht?print>, Zugriff am 8. 4. 2020: „Dann kommt zuerst dran, wer näher am Krankenhaus wohnt oder sich ein Auto leisten kann. Oder der Lebensstil ist ausschlaggebend: Wer sich früher angesteckt hat, wird dann eher behandelt. Gerech ist auch das nicht unbedingt“. Wenn *Merkel* (Fn. 95) Betroffene, die sich schon auf dem Weg zur Klinik befinden und dem Team bereits angekündigt wurden, wie bereits eingetroffene Patienten behandeln will, verstößt er gegen die von ihm selbst postulierte Prämisse, dass nur die Unmöglichkeit der Rettung zur Rechtfertigung führt.

108) *Stoecker* (Fn. 62), S. 5.

109) Deutscher Ethikrat (Fn. 37), S. 4; ähnlich (österreich.) Bioethikkommission (Fn. 8), S. 13; Deutsche Bischofskonferenz (Fn. 61), Punkt 7.

110) Der Ethikrat spricht insoweit von einer „Triage bei Ex-post-Konkurrenz“.

111) Deutscher Ethikrat (Fn. 37), S. 4. Der Ethikrat spricht insoweit von „Ex-ante-Konkurrenz“.

112) Zum Streitstand s. *Schneider*, in: *Joecks/Miebach*, MüKo/StGB, 3. Aufl. 2017, Vorbem. zu § 211, Rdnr. 118; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbem. zu §§ 32 ff., Rdnr. 74; *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 216 StGB, Rdnrn. 6 ff.

113) BGH, NJW 2010, 2963, 2966.

Der BGH hat dann speziell zum Behandlungsabbruch weiter ausgeführt: „Ein ‚Behandlungsabbruch‘ erschöpft sich ... nach seinem natürlichen und sozialen Sinngehalt nicht in bloßer Untätigkeit; er kann und wird vielmehr fast regelmäßig eine Vielzahl von aktiven und passiven Handlungen umfassen, deren Einordnung nach Maßgabe der in der Dogmatik und von der Rechtsprechung zu den Unterlassungstaten des § 13 StGB entwickelten Kriterien problematisch ist und teilweise von bloßen Zufällen abhängen kann. Es ist deshalb sinnvoll und erforderlich, alle Handlungen, die mit einer solchen Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, in einem normativ-wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammenzufassen, der neben objektiven Handlungselementen auch die subjektive Zielsetzung des Handelnden umfasst, eine bereits begonnene medizinische Behandlungsmaßnahme gemäß dem Willen des Patienten insgesamt zu beenden oder ihren Umfang entsprechend dem Willen des Betroffenen oder seines Betreuers nach Maßgabe jeweils indizierter Pflege- und Versorgungserfordernisse zu reduzieren ... Denn wenn ein Patient das Unterlassen einer Behandlung verlangen kann, muss dies gleichermaßen auch für die Beendigung einer nicht (mehr) gewollten Behandlung gelten, gleich, ob dies durch Unterlassen weiterer Behandlungsmaßnahmen oder durch aktives Tun umzusetzen ist, wie es etwa das Abschalten eines Respirators oder die Entfernung einer Ernährungssonde darstellen.“

Wenn man diese Ausführungen verallgemeinert, dann ist es durchaus möglich, in einer Triage-Situation um der Rettung möglichst vieler willen „alle Handlungen, die mit einer ... Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, in einem normativ-wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammenzufassen“ und dem von Rechts wegen erlaubten Unterlassen einer (medizinisch an sich indizierten) Behandlung (s. oben a)) gleichzustellen<sup>114</sup>. Denn auch bei dem (in einer Triage-Situation) von Rechts wegen erlaubten Unterlassen einer Behandlung kommt es auf den Willen des Betroffenen nicht an. Vor allem geht es dabei um Handlungen, die sich darauf beschränken, einen Zustand (wieder-)herzustellen, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt, nicht dagegen um einen gezielten Eingriff, der die Beendigung des Lebens vom Krankheitsprozess abkoppelt und deshalb sicher unzulässig ist<sup>115</sup>.

Wenn somit der Behandlungsabbruch im Fall einer Triage als Unterlassen und nicht als Tun gewertet wird, wie es ohnehin verbreiteten ethischen<sup>116</sup> und rechtlichen<sup>117</sup> Vorstellungen entspricht, wird die Möglichkeit eröffnet, die verschiedenen Rettungspflichten gegeneinander abzuwägen. Dabei sind allerdings besonders gute medizinische Gründe dafür notwendig, dass bei einem Patienten die Beatmung zugunsten eines anderen beendet wird<sup>118</sup>; denn immerhin hatte jener Patient bereits eine Rettungschance, so dass es einer Begründung bedarf, warum ihm die weitere Teilhabe an der medizinischen Versorgung genommen wird. Diese liegt auch hier in den Erfolgsaussichten der medizinischen Maßnahmen begründet, wie sie verbreitet beim Vergleich „Sterben verlängern oder Leben retten“ für zulässig gehalten wird<sup>119</sup>, nicht aber etwa in der Bewertung der betroffenen Rechtsgüter „Leben“. Auch prozedurale Absicherungen wie ein Mehr-Augen-Prinzip sind sicher sinnvoll<sup>120</sup>. Gewährt man dem Arzt, der „eine Gewissensentscheidung trifft, die ethisch begründbar ist und transparenten – etwa von medizinischen Fachgesellschaften aufgestellten – Kriterien folgt“, wie der Ethikrat dagegen nur einen Entschuldigungsgrund<sup>121</sup>, lässt die Rechtsordnung das medizinische Personal im Pandemiefall tagtäglich sehenden Auges rechtswidrig handeln und setzt sie es zusätzlich zur ohnehin offenkundigen emotionalen Belastung nicht nur einem erheblichen Strafbarkeitsrisiko, sondern auch dem möglichen Drama von zulässigen Notwehr- und Nothilfehandlungen aus – und das alles, obwohl sich das Personal vollkommen innerhalb der Grenzen der Verfassung verhält. Bei Aufrechterhalten des Rechtswidrigkeitsvorwurfs liegt es seitens des medizinischen

Personals nahe, dass man die benachteiligten Patienten samt ihren Angehörigen hinsichtlich der real bestehenden Behandlungschancen täuscht – was aber „weder mit den Grundideen von Demokratie, Transparenz und Fairness noch mit einem längerfristigen Vertrauen in das Medizinsystem vereinbar [ist]“<sup>122</sup>. Nach Auffassung mancher ist es sogar „heuchlerisch, Ärzten zu suggerieren, die Justiz werde für ihr Dilemma im Nachhinein sicher Verständnis aufbringen“ und sie wegen der Zubilligung eines Entschuldigungsgrundes schon nicht verfolgen. Die Hoffnung sei verständlich, sie werde aber mit großer Wahrscheinlichkeit vergebens sein<sup>123</sup>. Dass insoweit gesetzgeberisches Handeln notwendig ist, liegt auf der Hand. Denn sonst schiebt die Rechtsordnung die Verantwortung den Gerichten zu, „die nicht dazu berufen sind, elementare Regeln aufzustellen, sondern dazu, sie anzuwenden“<sup>124</sup>.

c) Problem: Dringlichkeit vs. Erfolgsaussicht  
Patienten, die besonders dringlich behandelt werden müssen, sind in der Regel am schwersten verletzt oder gefährdet – sonst wäre ihre Behandlung nicht besonders dringlich. Das wiederum heißt auch, dass bei ihnen die Erfolgsaussicht der Behandlung vergleichsweise gering ist<sup>125</sup>. Zwischen Dringlichkeit und Erfolgsaussicht besteht damit ein latentes Spannungsverhältnis. Während dabei in einer Situation ausreichender Ressourcen der Blick besonders auf den Aspekt der Bedürftigkeit fällt, verlagert sich bei der Triage der Fokus stärker in Richtung Prognose<sup>126</sup>.

114) So auch *Hoven* (auch mit Blick auf Zufälligkeiten in der Behandlungsaufnahme/im Behandlungsverlauf), faz.net 31.3.2020, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/triage-entscheidungen-auch-auf-das-alter-kommt-es-an-16705931.html>, Zugriff am 8. 4. 2020.

115) S. dazu BGH, NJW 2010, 2963, 2967; *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, § 216 StGB, Rdnr. 11; zuvor schon *Höfling*, JuS 2000, 111, 113; *Verrel*, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 64.

116) *Stoeker* (Fn. 62), S. 10; *Schöne-Seifert* (Fn. 7); *Birnbacher*, Tun und Unterlassen, 1995, S. 339; *Emmanuel et al.*, NEJM 23.3.2020, S. 4 f., abrufbar unter [https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMs2005114?query=featured\\_coronavirus](https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMs2005114?query=featured_coronavirus), Zugriff am 8. 4. 2020.

117) *Tag*, in: *Kick/Taupitz* (Hrsg.), *Handeln und Unterlassen*, 2003, S. 37, 47 f.

118) *Stoeker* (Fn. 62), S. 10.

119) S. (wenn auch mit anderer Begründung) *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 5. Aufl. 2017, § 34, Rdnr. 130 m. w. N.

120) Dafür SAMW (Fn. 46), Punkt 5; DIVI et al. (Fn. 8), Punkt 3.1.; ÖGARI (Fn. 47), Punkt 9.e).

121) Die Diktion des Ethikrates von der „entschuldigenden Nachsicht“ ähnelt der Formulierung von *Schröder* zu den Entschuldigungsgründen: „Nachsicht der Rechtsordnung“; s. dazu *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbem. zu §§ 32 ff., Rdnr. 108. – Für den Rückgriff auf die Rechtsfigur des entschuldigenden Notstands auch die (österreich.) Bioethikkommission (Fn. 8), S. 13.

122) *Schöne-Seifert* (Fn. 7).

123) *von der Meden/Schneider*, faz.net 30.3.2020, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/exklusiv/toeten-um-leben-zu-retten-16703383.html>, Zugriff am 8. 4. 2020; unsicher auch *Hoven* (Fn. 113). Anders aber *Zimmermann* (Fn. 33): die Ärzte hätten strafrechtlich nichts zu befürchten.

124) *Walter* (Fn. 33).

125) *Feuerstein*, Das Transplantationssystem, 1995, S. 245; *Lachmann/Meuter*, Medizinische Gerechtigkeit, 1997, S. 188 f.; *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, 2001, S. 93.

126) Deutsche Bischofskonferenz (Fn. 61), Punkt 6; ähnlich *Wiesemann*, Süddeutsche Zeitung 2. 4. 2020, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/coronavirus-medizin-triage-1.4864794>, Zugriff am 8. 4. 2020. Siehe auch das „Statement on COVID-19: Ethical considerations from a global perspective“ des UNESCO IBC und der UNESCO COMEST, 6. 4. 2020, Punkt 3, abrufbar unter <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373115>, Zugriff am 8. 4. 2020.



## 2. Überlebensdauer/Lebensqualität

Problematischer als die kurz- und mittelfristige Erfolgsaussicht der jeweiligen Behandlung sind die Kriterien der langfristigen Überlebensdauer<sup>127</sup> und der zu erwartenden Lebensqualität mittels sogenannter „qualitätsbereinigter Lebensjahre“ („Qualys“<sup>128</sup>). Die Rettung nur derjenigen, die eine höhere Überlebensdauer oder Lebensqualität erwarten können, kann dahin gedeutet werden, dass das Leben der übrig Gebliebenen unzulässigerweise als Leben mit geringerem Erhaltungswert eingestuft würde<sup>129</sup>. Zudem kann die langfristige Überlebensdauer kaum prognostiziert werden und würde sie leicht mit dem unzulässigen Kriterium des Alters und der möglicherweise geretteten Lebensjahre (dazu sogleich unter 3.) korreliert. Bezogen auf die Lebensqualität stellt sich über die kaum mögliche Prognostizierbarkeit hinaus die Frage, wie sie gemessen werden soll<sup>130</sup>. Als stark von subjektivem Empfinden abhängige Kategorie sperrt sich die Lebensqualität einer objektivierenden Betrachtungsweise. Hinzu kommt, dass gerade diejenigen, denen es latent besonders schlecht geht und deren Lebensqualität nur geringfügig verbessert werden kann, faktisch doppelt verurteilt würden<sup>131</sup>. Diejenigen, die von einer Krankheit oder Behinderung am stärksten betroffen sind und durch eine medizinische Maßnahme nur einen geringen Zuwachs an Lebensqualität erlangen können, blieben drastisch formuliert „auf der Strecke“<sup>132</sup>.

## 3. Alter

Weiter stellt sich die Frage, ob das Lebensalter eines Patienten als Auswahlkriterium zulässig ist<sup>133</sup>. Immerhin ist das Alter im Katalog des Art. 3 Abs. 3 GG nicht als unzulässiges Kriterium aufgeführt. Zudem wird das Alter in verschiedenen rechtlichen Bereichen als Differenzierungsmerkmal verwendet, etwa im Rahmen der Geschäftsfähigkeit oder beim Wahlrecht oder als Berufszulassungs- oder -ausübungsgrenze. Folglich ist die Berücksichtigung des Alters nicht per se verfassungswidrig<sup>134</sup>.

Für eine Altersrationierung im Sinne der Vorenthaltung von Gesundheitsgütern allein aufgrund des Alters spricht, dass das Restlebensalter eines älteren Menschen im Zweifel geringer ist als das eines jüngeren, so dass auch der „Nutzen“ der Behandlung im interpersonellen Vergleich im Zweifel weniger hoch ist. Außerdem sind die Behandlungskosten für ältere Menschen oft besonders hoch<sup>135</sup>. Hinzu kommt, dass die Berücksichtigung des Lebensalters alle Menschen trifft. Jeder wird beim Durchleben des entsprechenden Lebensabschnitts gleich behandelt. Daher wird argumentiert, eine Diskriminierung sei eher fernliegend, liege vielmehr gerade umgekehrt eine Gleichbehandlung vor<sup>136</sup>. Außerdem wird von Befürwortern dieses Auswahlkriteriums angeführt, dass ältere Menschen bereits viele Gelegenheiten hatten, ihre Lebenspläne zu verwirklichen, was für eine vorrangige Behandlung derjenigen – jüngeren – Patienten spricht, die das aufgrund ihres geringen Lebensalters noch nicht tun konnten<sup>137</sup>. Des Weiteren habe jeder nur Anspruch auf einen „fairen Anteil an der Gesundheitsversorgung“, um eine normale Lebenserwartung zu erreichen. Lege man daher einen „vernünftigen“ Menschen zugrunde, wolle dieser um der normalen Lebenserwartung willen eine knappe Ressource lieber in jungen Jahren erhalten<sup>138</sup>.

Gegen diese Erwägungen spricht aber, dass die unterschiedliche medizinische Bedürftigkeit der Betroffenen, insbesondere auch die Dringlichkeit, dabei aus dem Blick gerät. Zudem kann kaum definiert werden, was eine „normale“ Lebenserwartung ist. Des Weiteren hat jeder Mensch aus verschiedenen Gründen (z.B. genetisch bedingt, aufgrund seiner Umwelt oder des mehr oder weniger gesundheitsbewussten Verhaltens) eine unterschiedliche Lebensdauer. Die Verteilung nur anhand des kalendarischen Alters wäre daher gleichheitswidrig<sup>139</sup>. Da ein z.B. 50-Jähriger ebenso vital sein kann wie ein 25-Jähriger, wäre es nötig, das biologische Alter zugrunde zu

legen<sup>140</sup>. Das wiederum lässt sich jedoch kaum bestimmen. Zudem müsste die biographisch schlechte „Qualität“ eines Menschenlebens konsequenterweise auch bei jüngeren Menschen ausschlaggebend sein, die z.B. untherapierbar krank sind<sup>141</sup>. Vor allem aber würde letztlich dem älteren Menschenleben eine geringere Wertigkeit zugeschrieben. Eine derartige Abwertung des älteren Lebens verstieße jedoch gegen die Menschenwürde gemäß Art. 1 GG, die jedem Menschen unteilbar in allen Phasen seines Lebens zukommt. Das BVerfG hat in der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz erneut betont, dass das menschliche Leben und die Würde des Menschen unabhängig von der voraussichtlichen Dauer seines Lebens den gleichen verfassungsrechtlichen Schutz genießen<sup>142</sup>.

Grundsätzlich ist es damit aus juristischer Sicht nicht zulässig, die Verteilung knapper medizinischer Güter von einem bestimmten Alter abhängig zu machen<sup>143</sup>. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn dem Alter aus medizinischer Sicht ein Aussagewert zukommt. So kann das Alter mittelbar für die Einschätzung der Erfolgsaussicht relevant sein; u. a. aufgrund von Begleiterkrankungen und Gebrechlichkeit kann es z. B. ein Faktor für die Prognose von COVID-19-Patienten sein<sup>144</sup>. Auch kann das Alter im Hinblick auf bestimmte Risiken relevant sein<sup>145</sup>. Eine solche Konstellation kann etwa vorliegen, wenn bei Kindern in der Wachstumsphase durch fehlende medizinische Behandlung ein gegenüber Erwachsenen zusätzlicher, irreversibler Schaden droht<sup>146</sup>.

127) Dafür *Hoven* (Fn. 113).

128) „Quality Adjusted Life Years Saved“, dazu *Bullinger*, in: *Nagel/Fuchs* (Hrsg.), *Soziale Gerechtigkeit* (Fn. 57), S. 214 ff.; v. d. *Schulenburg/Schöffski*, ebenda, S. 178 ff.; *Lauterbach*, in: *Nagel/Fuchs* (Hrsg.), *Rationalisierung* (Fn. 28), S. 58 ff.; offen dafür auch *WHO* (Fn. 101), S. 21.

129) *Künschner*, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1992, S. 327; vgl. auch *Deutscher Ethikrat* (Fn. 37), S. 3; (österr.) *Bioethikkommission* (Fn. 8), S. 6, 10.

130) *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 265.

131) *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 269.

132) *Taupitz*, *ZEFQ* 2010, 400, 403.

133) Offen dafür *SIAARTI* (Fn. 45), Empfehlung 3: „Möglicherweise ist es notwendig, eine Altersgrenze für den Eintritt in die Intensivstation festzulegen. Es geht ... um Ressourcen, die sehr knapp sein könnten, für diejenigen zu reservieren, [bei denen] ... mehr Lebensjahre gerettet werden können, mit dem Ziel der Maximierung der Vorteile für möglichst viele Menschen.“ Zu Recht ablehnend *Lübbe* (Fn. 70); *Zimmermann* (Fn. 33).

134) *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 277.

135) *Fuchs*, *MedR* 1993, 323; *Ehlers*, *MedR* 1993, 334, 335; *Uhlenbruck*, *MedR* 1995, 427, 427.

136) *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 278; *Lachmann/Meuter*, *Medizinische Gerechtigkeit*, 1997, S. 205, 210; *Breyer/Schultheiss*, in: *Gutmann/Schmidt* (Hrsg.), *Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen*, 2002, S. 121, 137; *Huster*, *MedR* 2010, 369, 372.

137) *Junghanns*, *Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin*, 2001, S. 105.

138) *Breyer/Schultheiss*, in: *Gutmann/Schmidt* (Hrsg.), *Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen*, 2002, S. 146; *Junghanns*, *Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin*, 2001, S. 104.

139) *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 281.

140) *Künschner*, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1992, S. 328; *Conrads*, *Rechtliche Grundsätze der Organallokation*, 2000, S. 33.

141) *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 281; *Leist*, in: *Gutmann/Schmidt* (Hrsg.), *Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen*, 2002, S. 155, 163.

142) BVerfG, NJW 2006, 751, 758 ff., Rdnrn. 85, 119.

143) *Deutscher Ethikrat* (Fn. 37), S. 4; (österr.) *Bioethikkommission* (Fn. 8), S. 12; *Taupitz*, in: *Kern/Lilie*, FS f. G. Fischer, 2010, S. 532; *Breyer/Schultheiss*, in: *Gutmann/Schmidt* (Hrsg.), *Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen*, 2002, S. 134; s. auch *DIVI et al.* (Fn. 8), Punkt 2.2.

144) *SAMW* (Fn. 46), Punkt 3.

145) *Taupitz* (Fn. 28), S. 101; ders. (Fn. 55), S. 129.

146) *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 283; *Lachmann/Meuter*, *Medizinische Gerechtigkeit*, 1997, S. 78, 207.

#### 4. Soziale Wertigkeit

Der soziale „Wert“ einer Person bestimmt sich nach der Nützlichkeit einer Person für die Gesellschaft<sup>147</sup>. So könnten in der Knappheitssituation zum einen diejenigen bevorzugt werden, die sich in der Vergangenheit aufgrund familiärer, gesellschaftlicher, politischer, militärischer oder ökonomischer Gründe verdient gemacht und andere zu eben diesem Verhalten angespornt haben<sup>148</sup>. Bevorzugt würde sozusagen die vorhandene „Elite“. Es könnten aber zum anderen auch all jene belohnt werden, von denen für die Zukunft ein besonderer sozialer Wert zu erwarten ist, etwa diejenigen, die im Pandemiefall Leben retten, wichtige Sozialfunktionen aufrechterhalten oder sonst für das Gemeinwesen nützlich sind.

Allerdings verbieten es die Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG und der Gleichheitssatz, bestimmte Leben auf der Basis von Leistungen und sozialem Status als „wertvoller“ als andere zu erachten<sup>149</sup>. Etwas anderes gilt nur dann, wenn durch die Rettung eines „sozial wertvollen“ Patienten unmittelbar die Überlebendenzahl maximiert wird<sup>150</sup>. Aus diesem Blickwinkel dürfen im Sinne einer Notstandsmaßnahme zunächst diejenigen Personen behandelt werden, die für die Rettung anderer unersetzbar sind („Rettung weiterer Retter“)<sup>151</sup>. Gleiches gilt für diejenigen, die unmittelbar zur Aufrechterhaltung der Infrastruktur beitragen<sup>152</sup>. Je weniger konkret sich die Rettung eines Menschen allerdings in der möglichen Rettung anderer niederschlägt, umso weniger ist seine Rettung durch das Optimierungsprinzip gerechtfertigt. Freilich sind auch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Funktionsfähigkeit des Staates durchaus Gemeinwohlbelange von hohem Rang. Aus diesem Blickwinkel lässt es sich durchaus vertreten, dass Träger unentbehrlicher Staatsfunktionen im (drohenden) Pandemiefall vorrangig versorgt werden dürfen<sup>153</sup>.

#### 5. Aufwand und Kosten der Behandlung

Fraglich ist, ob der finanzielle Aufwand in weitestem Sinne, der für eine Behandlung aufgebracht werden muss, entscheidend dafür sein kann, wer ein knappes medizinisches Gut erhält. Zwar ist menschliches Leben nicht in Geld messbar. Es darf nicht in Geld aufgewogen werden<sup>154</sup>. Dennoch gilt auch hier der in der Rechtsordnung allgemein herrschende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; in manchen Situationen kann die Bereitstellung einer ohnehin knappen Ressource unverhältnismäßig erscheinen<sup>155</sup>. Verbindet man diesen Gedanken mit dem Optimierungsprinzip, so bleibt der Schluss, dass auch aus Kosten-Nutzen-Erwägungen diejenigen Behandlungsoptionen ausgewählt werden dürfen, die zur Rettung einer maximalen Anzahl von Patienten beitragen<sup>156</sup>. Dafür spricht auch der bereits genannte § 1 BÄO, wonach der Arzt der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes dient, also nicht nur dem jeweils vor ihm befindlichen individuellen Patienten. Zudem hat das BVerfG bereits mehrfach ein funktionierendes Gesundheitswesen als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut bezeichnet<sup>157</sup>. Auch daraus folgt, dass Kostengesichtspunkte (auch) bei der Frage, welche medizinische Behandlung jedenfalls innerhalb eines solidarischen Gesundheitssystems und damit auch bei der Verteilung knapper medizinischer Ressourcen durchaus eine Rolle spielen dürfen.

#### 6. Losentscheidung

Verschiedentlich wird argumentiert, in einer Triage-situation dürfe überhaupt nicht der Wille eines Menschen entscheiden; vielmehr solle das Los verteilen und damit „die Majestät des Schicksals oder, für gläubige Menschen, der Wille Gottes“<sup>158</sup>. Doch dagegen spricht sehr klar – wie bereits angesprochen –, dass der unterschiedliche medizinische Zustand der Patienten und damit auch ihre Rettungs-

chance dann keine Rolle spielen würden. Es bliebe dabei auch unberücksichtigt, dass ein aussichtsreicherer Patient die Behandlung möglicherweise sogar noch kürzer beanspruchen würde, so dass Ressourcen zur Rettung anderer Menschen früher frei würden. Dass das alles unberücksichtigt bleiben sollte, ist nicht überzeugend<sup>159</sup>.

#### G. Ergebnis

Es gibt nicht „die“ gerechte Verteilung und Zuteilung von Medikamenten und intensivmedizinischen Ressourcen im Pandemiefall. Es gibt auch nicht „die“ von der Rechtsordnung vorgeschriebene „richtige“ Verteilung. Das Grundgesetz verbietet allerdings bestimmte Begründungen für die Zuteilung und damit auch Vorenthaltung lebensrettender Maßnahmen<sup>160</sup> und enthält somit vor allem einen begrenzenden Rahmen. Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers ist es, diesen Rahmen auszufüllen. Die arbeitsteilige Einbeziehung anderer Disziplinen mit ihrer je eigenen Fachkunde (etwa der Medizin) ist zulässig und geboten. Aber der Gesetzgeber darf sich nicht hinter anderen Disziplinen verstecken. Die grundlegenden Entscheidungen muss er vielmehr selbst treffen. Eine entsprechende gesetzliche Regelung müsste entweder inhaltlich derart bestimmt sein, dass sie in der Praxis hinreichend rechtssicher umgesetzt werden könnte (sachliche Legitimation)<sup>161</sup>. Oder aber der Gesetzgeber müsste ausreichende Vorgaben zur Zusammensetzung und zum Verfahren eines zur Regelung zuständigen Gremiums erlassen (personelle Legitimation). Je schwächer einer der beiden Legitimationsstränge ist, umso stärker muss der andere ausgestaltet sein<sup>162</sup>. Der bei ihm

- 
- 147) *Lachmann/Meuter*, Medizinische Gerechtigkeit, 1997, S. 237 f.; *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, 2001, S. 98.
- 148) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 288; *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, 2001, S. 98.
- 149) Deutscher Ethikrat (Fn. 37), S. 4; *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 330; *Taupitz* (Fn. 28), S. 100 f.; *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, 2001, S. 98; *Schoor*, Lebensschutz an der Schwelle des Todes, 2002, S. 112; *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 165 f.; s. auch BVerfG, NJW 2006, 751, 757, Rdnr. 119.
- 150) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 291.
- 151) *Gägen*, in: *Enderle* (Hrsg.), Ethik und Wirtschaftswissenschaften, 1985, S. 249, 265; *Bernsmann*, Entschuldigung durch Notstand, 1989, S. 346; *Witte*, Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall, 2013, S. 158 ff., 171 ff.; *Stoeker* (Fn. 62), S. 8; WHO (Fn. 101), S. 21; ablehnend aber Deutsche Bischofskonferenz (Fn. 61), Punkt 6, 9.
- 152) *Kloepfer/Deye*, DVBl. 2009, 1208, 1220.
- 153) Dafür: *Kloepfer/Deye*, DVBl. 2009, 1208, 1220; WHO (Fn. 101), S. 21; a. A.: *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 291; *Harris*, Der Wert des Lebens, 1995, S. 160; *Lachmann/Meuter*, Medizinische Gerechtigkeit, 1997, S. 239.
- 154) *Uhlenbruck*, MedR 1995, 427, 433.
- 155) *Taupitz* (Fn. 55), S. 131.
- 156) *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 274. Zu Recht SAMW (Fn. 46), Punkt 3: „Besonders ressourcenintensive Interventionen sollten nur in Fällen eingesetzt werden, in denen ihr Nutzen eindeutig nachgewiesen ist.“
- 157) BVerfG, NJW 2001, 1779, 1780; BVerfGE 57, 70, 99; NJW 1988, 2290, 2290.
- 158) *Walter* (Fn. 33); s. auch *Zimmermann* (Fn. 33).
- 159) Gegen ein Losverfahren dezidiert SAMW (Fn. 46), Punkt 3; ebenso *Dufner* (Fn. 106).
- 160) Nur unter diesem Vorbehalt stimmt, dass „der Arzt ... wählen [kann], wen er will“. Zu apodiktisch *Merkel* (Fn. 95).
- 161) Dies ist nach Auffassung des BGH (NStZ 2017, 701) bezogen auf das geltende TPG und die entsprechenden Richtlinien der Bundesärztekammer nicht der Fall.
- 162) *Schmidt-Assmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 103 ff.; *Höfling/Augsberg*, Zeitschrift für medizinische Ethik 2009, 45, 53.

bestehenden und bezogen auf die grundlegenden Entscheidungen auch nicht abwälzbaren Regelungsverantwortung ist der parlamentarische Gesetzgeber in Deutschland bisher bezogen auf den (absehbaren) Fall einer Pandemie nicht hinreichend nachgekommen. Wird er nicht bald tätig,

„werden Kranke, Ärzte und Richter seine Feigheit ausbaden müssen“<sup>163</sup>.

163) *Walter* (Fn. 33).

## Die COVID-19-Pandemie: Arbeitsrecht im Krankenhaus in bewegten Zeiten

Alexander Eufinger

### I. Einführung

Nach nahezu einhelliger Meinung ist die COVID-19-Pandemie die größte Herausforderung an die Welt seit dem Zweiten Weltkrieg<sup>1</sup>. Dies gilt besonders für die Stabilität des Gesundheitssystems, aber auch für das gesellschaftliche und soziale Zusammenleben sowie die wirtschaftliche Stabilität und das Arbeitsleben. Auch in Deutschland ist jeder Arbeitgeber und Arbeitnehmer – zumindest mittelbar – von dieser Pandemie betroffen. Die täglichen Betriebsabläufe werden durch das Corona-Virus SARS-CoV-2 grundlegend verändert. Dies gilt natürlich in besonderem Maße für die Tätigkeit im Krankenhaus, kämpfen doch deren Mitarbeiter an vorderster „Front“ gegen die COVID-19-Pandemie und sehen sich einer immer noch nicht genau absehbaren Zahl infizierter Patienten gegenüber.

Erhebliche Auswirkungen des Corona-Virus SARS-CoV-2 auf die Arbeitsverhältnisse von Ärzten, Pflegekräften und sonstigen medizinischen Fachangestellten sind daher unvermeidbar. Zwar wirkt die Klärung von arbeitsrechtlichen Fragestellungen vor dem Hintergrund der historischen Ausmaße der Corona-Krise nicht prioritär. Gleichwohl ergeben sich in dieser Situation für die im Krankenhaus Verantwortlichen eine Vielzahl von individualrechtlichen, aber auch betriebsverfassungsrechtlichen Fragestellungen und Problemen. So steht der Arbeitgeber „Krankenhaus“ hierbei vor einer besonders großen Herausforderung: auf der einen Seite muss er die Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Dienstleistungen gewährleisten und die Herausforderungen der COVID-19-Pandemie meistern, auf der anderen Seite hat er Sorge dafür zu tragen, dass die Erbringung der Arbeitsleistung ohne eine Gesundheitsgefährdung der Arbeitnehmer erfolgen kann. Auch in Zeiten der COVID-19-Pandemie ist die arbeitgeberseitige Fürsorgepflicht – besonders im Gesundheitswesen – nicht dispensiert. Gelingt den Krankenhäusern dieser Spagat zwischen dem Schutz der Mitarbeiter und der ausreichenden Versorgung der Patienten nicht, droht der befürchtete Kollaps des Gesundheitswesens.

Der nachstehende Beitrag gibt einen Überblick über die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen, die ein Krankenhaus auch in diesen bewegten Zeiten beachten sollte. Im Mittelpunkt stehen hierbei die (vorübergehende) Änderung der Arbeitszeiten inklusive der Einführung von neuen Schichtmodellen und der sog. Kohortierung von Mitarbeitern sowie der Umgang mit einer zunehmenden

Zahl von Quarantänefällen und infiziertem medizinischen Personal. Zudem sollen flexible Urlaubsregelungen und arbeitsschutzrechtliche Fragestellungen thematisiert werden. Auch wenn die bestehende Gesetzeslage keinesfalls im Sinne einer Corona-Notstandslage ausgehebelt werden darf, sollen Anregungen für eine „virusfreundliche“<sup>2</sup> – und damit pragmatische – Auslegung thematisiert werden.

### II. Arbeitszeitrecht

#### 1. Neue Schichtmodelle

Aufgrund der COVID-19-Pandemie und dem damit verbundenen Anstieg der zu behandelnden Patienten arbeitet die Mehrheit des medizinischen Personals im Krankenhaus oftmals über der Belastungsgrenze. Dies gilt sowohl für die psychische bzw. physische Belastung, als auch für die nach dem Arbeitszeitgesetz (ArbZG) vorgegebene Belastungsgrenze. Traditionell ist das Schichtsystem im Krankenhaus dreiteilig in Früh-, Spät- und Nachtdienst aufgeteilt. Dies führt zu einer Arbeitszeit von jeweils 7,7 oder 8 Stunden für den jeweiligen Mitarbeiter, was den Vorgaben des §3 ArbZG entspricht, wonach die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer acht Stunden nicht überschreiten darf. Überstunden sind hierbei durchaus möglich, kann doch die werktägliche Arbeitszeit auf bis zu zehn Stunden verlängert werden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden (§3 ArbZG). Im Zuge der COVID-19-Pandemie stellen jedoch viele Krankenhäuser ihre Schichtmodelle auf 12-Stunden-Schichtsysteme um. Zudem sollen die Pflegekräfte und Ärzte hierbei in festen Teams verbleiben, d.h. jeder Mitarbeiter arbeitet jeden Tag mit denselben Kollegen zusammen. Bei Versorgung von mehreren Fällen mit COVID-19 wird somit eine organisatorische und räumliche Trennung von Patienten und dem zugewiesenen Personal in einem gesonderten Bereich erreicht (sog. Kohortierung bzw. Kohortenbildung). Ziel ist es, die Kontaktdauer zwischen den einzelnen Kollegen und zwischen Mitarbeitern und Patienten zu begrenzen und so die Kontakthäufigkeit insgesamt zu verringern. Dies entspricht den Vorgaben des *Robert Koch-Instituts*, wonach medizinisches Personal, das in die Versorgung von Patienten mit COVID-19 Diagnose eingesetzt wird, möglichst von der Versorgung anderer Patienten freizustellen ist<sup>3</sup>. Infiziert sich

Dr. iur. Alexander Eufinger,  
Leiter Geschäftsbereich Personal & Recht,  
Stiftung Hospital zum Heiligen Geist,  
Steinbacher Hohl 2–26, 60488 Frankfurt, Deutschland

1) So etwa der UN-Chef *António Guterres* und Bundeskanzlerin *Angela Merkel*.

2) Zum Begriff vgl. *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345.

3) [www.rki.de/covid-19-hygiene](http://www.rki.de/covid-19-hygiene).