

Informationen & Recherchen

Brauchen wir ein Triage-Gesetz?

Zur Verteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen

Teil 1

Dr. Katja Gelinsky



Inhaltsverzeichnis

Einleitung	3
Die aktuelle Rechtslage: keine spezifische gesetzliche Regelung	3
Vorgaben des Grundgesetzes	4
Straf- und Deliktsrecht	4
Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung	4
Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie	5
Unsicherheiten bei der verfassungsrechtlichen Bewertung	5
Fragwürdige Grundorientierung	5
Ergebnis: Verantwortung des Gesetzgebers debattieren	6
Danksagung	7
Impressum	7
<hr/>	
Die Autorin	7

Einleitung

In der Corona-Krise haben existentielle Entscheidungsfragen bedrückende Aktualität bekommen. Wenn Krankenhäuser nicht mehr über ausreichende Kapazitäten verfügen, um alle Notfallpatienten zu versorgen, muss entschieden werden, wem in welcher Reihenfolge geholfen wird – und wer möglicherweise stirbt, weil die Ressourcen nicht reichen (sogenannte Triage-Problematik).

Alarmiert durch Nachrichten überlasteter Krankenhäuser in anderen europäischen Ländern haben am 25. März 2020 sieben medizinische Fachgesellschaften Empfehlungen zu „Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie“ veröffentlicht. Zwei Tage nach den Fachgesellschaften meldete sich der Ethikrat mit einer Ad-hoc-Empfehlung „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ zu Wort, in der sich unter anderem eine Passage zur Triage findet. Auf beide Papiere wird später ausführlich einzugehen sein. Hier sei lediglich angemerkt, dass die Empfehlungen keine rechtliche Bindungswirkung haben. Wie Gerichte sie möglicherweise einordnen, bleibt abzuwarten.

Müsste oder sollte also der Gesetzgeber Vorgaben zum Umgang mit der Triage-Problematik machen? Und wenn ja, was genau sollte die Politik regeln? Welche Maßstäbe und Kriterien wären für die Verteilung von Überlebenschancen und Sterberisiken anzulegen? Zusammenfassend gefragt: Welche Verantwortung trifft den Gesetzgeber für die rechtliche Bewältigung einer Notsituation, in der das Gesundheitssystem überfordert ist? Für die Suche nach Antworten möchte dieser Beitrag Denkanstöße geben.

In einem ersten Teil soll erörtert werden, ob und gegebenenfalls warum es einer gesetzlichen Regelung für die Zuteilung medizinischer Ressourcen bedarf, wenn diese aufgrund einer Epidemie oder einer anderen Katastrophe nicht für alle Notfallpatienten reichen. Anders gefragt: Sind die bisherigen Vorgaben ausreichend oder ist der aktuelle Rechtszustand möglicherweise verfassungsrechtlich defizitär?

In einem zweiten Teil sollen die Optionen des Gesetzgebers zur rechtlichen Regelung der Triage-Problematik beleuchtet werden. Der Schwerpunkt wird auf den Vorgaben des Grundgesetzes liegen, die die Politik zu beachten hat. Auszuloten ist unter anderem, inwieweit der Gesetzgeber an ethische Leitlinien anknüpfen könnte und in welchen Konstellationen aufgrund verfassungsrechtlicher Maßgaben rechtliche und ethische Wertungen auseinanderfallen könnten.

Vorweggeschickt sei, dass es unter Juristen, ähnlich wie in anderen Disziplinen, ein breites Meinungsspektrum mit zahlreichen Schattierungen zum Thema Triage gibt. Einigkeit besteht vielleicht am ehesten darüber, dass das Recht an seine Grenzen stößt, wenn Überlebenschancen und Sterblichkeitsrisiken mangels ausreichender medizinischer Kapazitäten zugeteilt werden müssen. Was immer der Gesetzgeber mit Blick auf die ärztlichen Auswahlentscheidungen auch festlegen mag, das Grundproblem – der Mangel an lebensrettenden Behandlungsmöglichkeiten – kann dadurch nicht behoben werden. Kein noch so sorgsam und klug erdachtes Auswahlkonzept kann darüber hinweghelfen, dass nicht alle Patienten gerettet werden können. Wäre die Politik also klug beraten, eine Debatte über das heikle Thema von vornherein meiden? Wie noch darzulegen sein wird, wäre das der existentiellen Tragweite des Problems nicht angemessen.

Die aktuelle Rechtslage: keine spezifische gesetzliche Regelung

Was sieht das deutsche Recht für den Fall unzureichender intensivmedizinischer Behandlungsmöglichkeiten bei Epidemien oder anderen Katastrophen vor? Wie also verhält sich die Rechtsordnung, wenn Ärzte gezwungen sind, Überlebenschancen zuzuteilen? Angesichts der Schwere der Konfliktsituation und ihrer tödlichen Folgen mag erstaunen, dass es keine darauf zugeschnittene gesetzliche Normierung gibt. Lediglich für den Spezialfall der Organtransplantation hat der Bundesgesetzgeber Anordnungen getroffen, wie aufgrund der Ressourcenknappheit zu verfahren sei (Art. 12 Abs. 3 Transplantationsgesetz: Die vermittlungspflichtigen Organe sind von der Vermittlungsstelle nach Regeln, die dem Stand der Er-

kenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patienten zu vermitteln.) Auf den Pandemiefall oder andere Katastrophenfälle ist diese Spezialregelung jedoch nicht anwendbar.

Das bedeutet allerdings nicht, dass Ärzte, die darüber entscheiden müssen, welche Patienten in lebensbedrohlicher Lage anstelle anderer Patienten Beatmungsgeräte bekommen, im rechtsfreien Raum handeln.

Vorgaben des Grundgesetzes

Zu beachten sind die Vorgaben des Grundgesetzes. Für die betroffenen Patienten sind vor allem der Schutz der Menschenwürde, das Recht auf Selbstbestimmung, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, der Gleichheitsgrundsatz und damit die Diskriminierungsverbote sowie das Sozialstaatsprinzip relevant. Für das medizinische Personal sind in erster Linie die Grundrechte der Gewissensfreiheit und Berufsfreiheit zu nennen. Das Grundgesetz trifft allerdings keine Aussage dazu, wie Verteilungskonflikte generell und speziell im Fall unzureichender medizinischer Kapazitäten zu lösen sind. Im Wege einer Gesamtschau von Grundrechten und Grundprinzipien wird ein sogenannter derivativer Teilhabeanspruch angenommen. Das heißt Notfallpatienten steht eine medizinische Behandlung zu, wie sie Anderen in einer vergleichbaren Lage zuteil wird. Der Anspruch erstreckt sich, solange insgesamt eine medizinische Mindestversorgung gewährt ist, nur auf die *schon vorhandenen* medizinischen Kapazitäten.

Straf- und Deliktsrecht

Wenn Patienten sterben, weil Ärzte das lebensrettende Beatmungsgerät einem anderen Notfallpatienten zuteilen, ist das Strafrecht (sowie auch das zivilrechtliche Haftungsrecht) einschlägig, konkret sind der Straftatbestand des Totschlags und die strafrechtlichen Rechtsfertigungs- und Entschuldigungsgründe zu erwähnen. Aber auch im Strafgesetzbuch finden sich keine Normen, die speziell auf die konfliktbelastete Tragweite knappheitsbedingter Vorrangentscheidungen über Leben und

Tod zugeschnitten sind. Außerdem ist die strafrechtliche Bewertung von Rettungskonflikten umstritten. Handelt ein Arzt, dem keine andere Wahl bleibt, als den Tod eines Patienten in Kauf zu nehmen, um einen anderen Patienten zu retten, gerechtfertigt, also im Einklang mit der Rechtsordnung? Oder käme, jedenfalls in bestimmten Fallkonstellationen, allenfalls ein Entschuldigungsgrund in Betracht? Dann bliebe der Arzt zwar straffrei, sein Handeln würde aber als Verstoß gegen die Rechtsordnung gewertet. Aufgrund dieser Unsicherheiten, jedenfalls in gewissen Fallkonstellationen, sind strafrechtliche Risiken für Ärzte, die zwischen Notfallpatienten entscheiden müssen, nicht auszuschließen.

Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

Ob die bisherige Gesetzeslage ausreicht oder der Gesetzgeber nachbessern und eine Regelung für ärztliche Entscheidungen über die Zuteilung knapper Behandlungskapazitäten in Krisensituationen schaffen muss, wird unterschiedlich beurteilt. In der rechtspolitischen Debatte, wie sie während der Arbeit an diesem Beitrag geführt wurde, gab es widersprüchliche Einschätzungen. Während die einen argumentieren, der Gesetzgeber dürfe die Notfall- und Intensivmediziner nicht allein lassen, mahnten andere, man möge die Ärzte in der ohnehin äußerst schwierigen Lage nicht auch noch mit rechtlichen Problemen belasten. Die Ärztegewerkschaft Marburger Bund Bundesverband sah jedenfalls im März „keinen Anlass“, eine grundsätzliche Diskussion darüber zu eröffnen, ob ein Priorisierungsgesetz notwendig ist oder nicht.

Auffällig ist, dass die Frage, ob der Gesetzgeber aktiv werden sollte, jedenfalls in der Anfangsphase der Debatte, vor allem mit Blick auf die betroffenen Ärzte geführt wurde. Unter dem Eindruck erschütternder Berichte aus dem Ausland ist das verständlich. Zweifellos wird Ärzten Extremes zugemutet, wenn sie über die Verteilung lebensrettender Beatmungsgeräte entscheiden müssen. Aber Hauptbetroffene sind die Patienten. Für sie geht es um Leben und Tod.

Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie

Der Parlamentsgesetzgeber kann nicht nach Belieben entscheiden, ob er aktiv wird oder untätig bleibt. Als einzig unmittelbar gewähltes Staatsorgan muss das Parlament grundlegende Entscheidungen für das Gemeinwesen treffen. Abgeleitet wird der so genannte Vorbehalt des Gesetzes aus dem Demokratieprinzip und dem rechtsstaatlichen Aspekt der Rechtssicherheit. Nach der Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts ist ein Parlamentsgesetz in grundlegenden normativen Bereichen erforderlich, vor allem bei weitreichenden Auswirkungen auf die Grundrechte der Bürger.

Können im Fall einer Epidemie mangels ausreichender medizinischer Kapazitäten nicht alle Notfallpatienten versorgt werden, sind die Rechtsgüter Leben und Gesundheit, für deren Wahrung der Staat eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht hat, elementar bedroht. Deshalb liegt die Annahme nahe, die Verantwortung für die Patientenauswahl dürfe nicht komplett an die Ärzte vor Ort delegiert werden. Grundvorgaben wären demnach wegen der existentiellen Folgen der Auswahlentscheidung vom Parlamentsgesetzgeber zu treffen.

Die Wesentlichkeit der Triage-Problematik wird, so weit ersichtlich, auch nicht in Frage gestellt. Uneinigkeit und Unsicherheit besteht aber darüber, welche Schlüsse daraus zu ziehen sind. Muss der Gesetzgeber handeln, also eine Regelung für die Patientenauswahl in Krisensituationen treffen? Oder brauchen die Parlamentarier diese zweifellos schwierige Debatte nicht zu führen, da sich aus dem bestehenden Recht Grundvorgaben entnehmen lassen, die der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genügen?

Unsicherheiten bei der verfassungsrechtlichen Bewertung

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wurde schon lange vor dem Ausbruch der Corona-Epidemie kritisiert, der deutsche Gesetzgeber habe es bislang versäumt, eine Grundlage für das ärztliche Vorgehen im Fall einer Gesundheitskrise zu

schaffen, in der nicht alle Patienten intensivmedizinisch behandelt werden könnten. Verfassungsrechtlich sei diese „legislative Enthaltensamkeit“ nicht hinnehmbar (stellvertretend für die kritischen Stimmen sei auf die ausführliche Argumentation von Alexander Brech, Triage und Recht, Berlin 2008, 308ff., 387f., 390f. verwiesen). Deutlich zurückhaltender äußern sich Rechtsprofessoren, die als Mitglieder des Deutschen Ethikrates die Empfehlung des Gremiums zur Triage-Problematik mitgetragen haben. „Ich bin selbst, das gestehe ich gerne, unsicher in der verfassungsrechtlichen Bewertung“, sagt der Kölner Rechtsprofessor Wolfram Höfling. Wie schwer eine Einschätzung fällt, wird auch in den Leitlinien des Ethikrates angedeutet. Für manche Konstellationen, in denen der Bedarf an lebenserhaltenden medizinischen Ressourcen nicht für alle gedeckt werden könne, gebe es „keine rechtlich und ethisch umfassend befriedigende Lösung“. Wie Höfling verweisen auch die Rechtsprofessoren Steffen Augsburg und Reinhard Merkel, die die juristischen Passagen in dem Papier des Ethikrates maßgeblich ausgearbeitet haben, auf die Normen des Strafgesetzbuchs und des Grundgesetzes. Die Garantie der Menschenwürde, das Grundrecht auf Leben und Gesundheit, die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote und das strafrechtliche Instrumentarium böten eine Grundorientierung für die rechtliche Bewertung der Triage-Problematik.

Fragwürdige Grundorientierung

Wie fragil diese Orientierungshilfe ist, zeigt sich allerdings an den kontroversen juristischen Debattebeiträgen zur Bewältigung der Dilemmata, in die Ärzte geraten, wenn die medizinischen Kapazitäten nicht ausreichen. Da weder das Grundgesetz noch das Strafrecht Vorgaben speziell für die Bewältigung der Triage-Problematik machen, bleiben erhebliche Unsicherheiten in Situationen, in denen es um Fragen des Überlebens geht. Die Unwägbarkeiten werden auch nicht durch die Gesamtschau von Grundgesetz und Strafrecht beseitigt, zumal ein zentrales strafrechtliches Element – die Pflichtenkollision – nur gewohnheitsrechtlich anerkannt, aber nicht im Strafgesetzbuch normiert ist. Kollidieren zwei gleichwertige Handlungspflichten, von denen nur eine auf Kosten der anderen erfüllt werden kann, so ist weitgehend

anerkannt, dass derjenige, der eine Handlungspflicht erfüllt, rechtmäßig handelt. Dies folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip, denn es wäre nicht rechtens, von jemandem Unmögliches zu verlangen. Der Arzt, der in eine Konfliktsituation gerät, weil mehr Patienten intensivmedizinisch versorgt werden müssen als Beatmungsgeräte vorhanden sind, kann nach der gegenwärtigen Rechtslage frei entscheiden, wen er rettet. Er muss bei seiner Auswahl auch nicht die im Grundgesetz verankerten Diskriminierungsverbote beachten. Strafrechtlich spielt es also keine Rolle, ob der Arzt zum Beispiel Männer gegenüber Frauen bevorzugt oder etwa nach der Hautfarbe, Herkunft oder Religion der Patienten entscheidet, wer von ihnen das einzige, noch verfügbare Beatmungsgerät bekommt.

Dieses Ergebnis mag befremden. Die Grundrechte sind schließlich auch Ausdruck einer objektiven Wertentscheidung. Warum also schlagen die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote nicht auf das Strafrecht durch? Grund dafür sind die besonderen Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot im Strafrecht, die wiederum im Rechtsstaatsprinzip wurzeln. Das scharfe Schwert des Strafrechts darf der Staat nur ziehen, wenn die Gründe für die Strafbarkeit vorher gesetzlich normiert worden sind. Es muss für die Bürgerinnen und Bürger also klar erkennbar sein, welches Verhalten strafrechtliche Folgen hat.

Im Strafgesetzbuch ist, wie gesagt, nicht einmal die für die Triage-Problematik zentrale Pflichtenkollision normiert. Somit gibt es auch keine Strafrechtsvorschrift zu diskriminierendem Verhalten in einer solchen Konfliktsituation. Die Diskriminierungsverbote im Grundgesetz helfen an dieser Stelle nicht weiter. Aus alledem folgt, dass die Gesamtschau von grundgesetzlichen und strafrechtlichen Vorgaben Zweifel weckt, ob diese tatsächlich eine ausreichende Grundorientierung für die rechtliche Bewertung der Triage-Problematik bieten.

Ergebnis: Verantwortung des Gesetzgebers debattieren

Dass die legislatorische Enthaltensamkeit, die der Gesetzgeber bislang mit Blick auf die Zuteilung von Überlebens- und Sterberisiken übt, den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts und der Wesentlichkeitstheorie genügt, erscheint fragwürdig. Gleichmaßen fragwürdig wäre aber auch verfassungsrechtlicher Dogmatismus, der ausblendet, was der Gesetzgeber in „dramatischen Handlungs- und Entscheidungssituationen“ – so die Formulierung des Ethikrates – zu leisten vermag. Nicht zufällig bezweifeln die Rechtsprofessoren des Ethikrats, die die bisherige Rechtslage für ausreichend halten, dass eine zusätzliche gesetzliche Untermauerung der ethischen Leitlinien zur Patientenauswahl in rechtlicher oder praktischer Hinsicht dienlich wäre. In einer existentiellen Ausnahmesituation, wie sie im Fall unzureichender medizinischer Ressourcen für lebensbedrohlich erkrankte Patienten bestehe, so die Argumentation, gebe es nur begrenzte Möglichkeiten, Konflikte durch rechtliche Vorgaben zu lösen.

Warnungen vor gesetzgeberischer Hybris haben sicherlich ihre Berechtigung, vor allem, wenn das Ergebnis in jedem Fall tragisch ist, da nicht alle Erkrankten gerettet werden können. Aber sprechen solche Mahnungen tatsächlich gegen eine politische Debatte über den angemessenen rechtlichen Rahmen für die Triage-Problematik? Der Regelungsfähigkeit des Gesetzgebers von vornherein zu misstrauen, wäre in der parlamentarischen Demokratie ein fragwürdiges Signal. Umgekehrt sollte man Befürchtungen staatlicher Überforderungen nicht ausblenden. Was der Gesetzgeber leisten kann und mit Blick auf die Bedrohungen für die Rechtsgüter Menschenwürde, Leben und Gesundheit leisten muss, dieser Frage sollte sich die Politik stellen. Selbstverständlich wäre auch zu diskutieren, wo der Gesetzgeber Zurückhaltung üben sollte und müsste. Anregungen für diese Debatte werden in einem zweiten Teil dieses Beitrags angeboten.

Danksagung

Mein Dank für Gedankenaustausch, Einschätzungen, Empfehlungen und sonstige Unterstützung für diesen Beitrag gilt:

Prof. Dr. Steffen Augsberg, Universität Gießen, Prof. Dr. Wolfram Höfling, Universität Köln, Prof. Dr. Matthias Hong, Hochschule für öffentliche Verwaltung Kehl, Prof. Dr. Stefan Huster, Universität Bochum, Prof. (em.) Dr. Reinhard Merkel, Universität Hamburg, Prof. Dr. Stephan Rixen, Universität Bayreuth, Prof. Dr. Jochen Taupitz, Universität Mannheim, Prof. Dr. Till Zimmermann, Universität Trier.

Impressum

Die Autorin

Katja Gelinsky ist seit 2011 Referentin für Recht und Politik der Konrad-Adenauer-Stiftung. Zuvor war sie als Journalistin mit den Schwerpunkten Staat und Recht vor allem für die „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ tätig. Für die FAZ berichtete sie zunächst als Redakteurin über das Bundesverfassungsgericht und die Europäischen Gerichtshöfe, bevor sie für neun Jahre von Washington D.C. aus über rechts- und gesellschaftspolitische Entwicklungen in den Vereinigten Staaten schrieb. Sie war außerdem Redenschreiberin im Bundespräsidialamt und im Bundesministerium der Finanzen. Katja Gelinsky ist promovierte Juristin mit Masterabschluss des Europäischen Hochschulinstituts in Florenz.

Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

Dr. Katja Gelinsky

Referentin für Recht und Politik
Hauptabteilung Analyse und Beratung
Abteilung Demokratie, Recht und Parteien
T +49 30 / 26 996-3760
Katja.Gelinsky@kas.de

Postanschrift: Konrad-Adenauer-Stiftung, 10907 Berlin

Herausgeberin: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2020, Sankt Augustin/Berlin
Gestaltung & Satz: yellow too Pasiek Horntrich GbR



Der Text dieses Werkes ist lizenziert unter den Bedingungen von „Creative Commons Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 international“, CC BY-SA 4.0 (abrufbar unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode.de>)