

Einleitung

I. Die Diskussion um Triage

Die schnelle Ausbreitung der COVID-19-Pandemie im Jahr 2020 hat in manchen Ländern dazu geführt, dass zeitweise nicht alle Schwererkrankten künstliche Beatmung und andere Formen der intensivmedizinischen Behandlung erhalten konnten. Auch in der Zukunft muss mit globalen Pandemien gerechnet werden, die zu einer Überforderung der medizinischen Akutversorgung führen können. Sobald Abhilfe durch organisatorische Maßnahmen wie eine Verlegung von Patienten nicht (mehr) möglich ist, sind Auswahlverfahren erforderlich, um zu entscheiden, wer bei unzureichenden Ressourcen intensivmedizinische Behandlung erhält – und wer nicht. Der ursprünglich aus der Militär- und Katastrophenmedizin stammende Begriff der Triage¹ wird auch für solche Verfahren im Kontext einer Pandemie verwendet.

Triage ist in hohem Maß rechtfertigungsbedürftig. Die Organisation intensivmedizinischer Versorgung ist in modernen Staaten eine zentral wichtige Staatsaufgabe. Die nicht hinreichend gerechtfertigte Weigerung, eine lebensgefährlich erkrankte Person zu behandeln, gilt als Missachtung eines aus psychologischer, ethischer und rechtlicher Sicht fundamental wichtigen Teilhabean-

¹ S. für geschichtliche Überblicke *Eckart* und *Witte/Bruns*, Zeitschrift für med. Ethik 66 (2020), 431 ff., 457.

spruchs. Unstreitig ist, dass Auswahlentscheidungen dieser Tragweite nicht der Ad-hoc-Entscheidung und dem persönlichen Ermessen der individuellen Behandelnden überlassen werden können. Allgemeine Regeln mit Vorgaben zu Kriterien und Verfahren sind aus verschiedenen Gründen erforderlich. In Situationen, die Triage erfordern, müssen komplexe ethische Wertungen angestellt werden. Auch über kollektive Interessen an einer effizienten und gerechten Verteilung begrenzter Ressourcen ist jedenfalls nachzudenken. Den Behandelnden ist es weder möglich noch zumutbar, derartige komplizierte und umstrittene Abwägungen in ihre patientenzentrierte Arbeitsweise einzubeziehen. Selbst wenn über die Kriterien grundsätzlich Einigkeit bestünde, ist zur psychischen und praktischen Entlastung der unter großem Zeitdruck Stehenden eine normative Vorstrukturierung und praxistaugliche Hilfestellung etwa in Form von Checklisten sinnvoll. Der Aspekt der Rechtssicherheit für die Entscheidenden, die straf- oder haftungsrechtliche Konsequenzen treffen könnten, spricht ebenfalls für allgemeine Regeln. Schließlich steht das Vertrauen der Allgemeinheit in das Gesundheitswesen auf dem Spiel, das besonders gefährdet würde, wenn Entscheidungen als höchstpersönliche oder gar willkürliche Entscheidungen über Leben und Tod wahrgenommen würden. Nach chaotischen Zuständen in Norditalien und Beschwerden von Angehörigen und Behandlungspersonal wurde die dortige Situation als Gefährdung des sozialen Konsensus eingestuft.²

² S. zum Vergleich der Reaktionen in Frankreich einerseits, Italien andererseits *Orfali*, *Bioethical Inquiry* 17 (2020), 675, 676.

Während man schwerlich ernsthaft in Frage stellen kann, *dass* es Regeln für Triage geben sollte, wird alles Weitere kontrovers diskutiert. Umstritten ist bereits, wem die Aufgabe der Regelsetzung obliegt. Eine Option ist, dies medizinischen Fachgesellschaften zu überlassen. Fachgesellschaften haben schnell auf die COVID-19-Pandemie reagiert und Leitlinien formuliert.³ In manchen Ländern werden solche professionsinternen Vorgaben als ausreichend angesehen, während in anderen die Festsetzung von Auswahlkriterien für Triage als öffentliche Angelegenheit, als politisches Thema und als Aufgabe für das Recht gilt. In Frankreich wurde öffentlich wenig über Praktiken und Regeln für Triage in der COVID-19-Pandemie debattiert.⁴ In Deutschland gab es bislang (Dezember 2020) keine Berichte über nicht mehr funktionierende Intensivmedizin oder gar praktizierte Triage. Nichtsdestotrotz (oder vielleicht, weil keine Rücksicht auf Behandelnde in konkret fassbarer Not zu nehmen war), fand das Thema öffentliche Aufmerksamkeit. Triage war schon im März Gegenstand einer Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrats.⁵ In der deutschen Rechtswissenschaft entwickelte sich schnell eine Debatte, die nicht durchgängig von der Bereitschaft geprägt ist, Medizinerinnen und medizinischen Fachgesellschaften die

³ S. die klinisch-ethischen Empfehlungen verschiedener deutscher Fachgesellschaften (<https://www.divi.de/register/aktuelle-informationen>) sowie rechtsvergleichend Jöbges u. a., *bioethics* 2020, <https://doi.org/10.1111/bioe.12805> und Ehni/Wiesing/Ranisch, *Zeitschrift für med. Ethik* 66 (2020), 475 ff.; jeweils zuletzt abgerufen am 20.12.2020.

⁴ Orfali (Fn. 2), 675.

⁵ Deutscher Ethikrat, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-hoc-Empfehlung* v. 27.3.2020.

Regelung von Triage zu überlassen. Unklar ist in diesem Zusammenhang auch, ob und inwieweit sich die Triage mit anderen Knappheitsentscheidungen inner- und außerhalb des Gesundheitswesens parallelisieren lässt. Es spricht viel dafür, dass sie – selbst im Vergleich zu Entscheidungen über die Verteilung von Transplantationsorganen, deren Knappheit ebenfalls weder zu leugnen noch durch zusätzliche finanzielle Ressourcen zu beheben ist – einen Sonderfall darstellt, der sich nur sehr begrenzt in die allgemeine Diskussion über Priorisierung einordnen lässt.⁶

Anliegen dieses Bandes ist es, die zentralen Aspekte und Fragen dieser rechtswissenschaftlichen Diskussion, einschließlich einiger vorgelagerter Prämissen, zu strukturieren und Argumente für unterschiedliche Positionen zu sammeln. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist eine wesentliche Frage, ob der Gesetzgeber berechtigt oder sogar verpflichtet ist, die Auswahlkriterien für Triage festzusetzen, oder ob die Verfassung eine unübersteigbare Hürde für derartige Festlegungen bedeutet. Drei Beiträge in unserem Band (Steffen Augsberg, Ralf Poscher, Stefan Huster) befassen sich mit diesem Komplex. In der Strafrechtswissenschaft wird darüber debattiert, welche zwingenden rechtlichen Verhaltensnormen dem Strafgesetzbuch zu entnehmen sind, wobei auf Rechtfertigungsgründe des Allgemeinen Teils zurückgegriffen werden muss (dies erörtern Armin Engländer und Tatjana Hörnle). Die meisten Autoren und Autorinnen, die sich mit Triage beschäftigen, gehen der Frage nach, welche Auswahlkriterien die besten Gründe für sich haben, so auch in unserem Band. An dieser Stelle, wenn es um Rechts-

⁶ Vgl. *Lübbe*, *EthikMed* 13 (2001), 148 ff.

gestaltung (etwa für ein zukünftiges Triage-Gesetz) geht, ist auch auf metaethische Überlegungen zur Begründung von Normen (Till Zimmermann) und ethische Überlegungen (Dieter Birnbacher, Weyma Lübke) einzugehen. Parameter für ein mögliches Triage-Gesetz ergeben sich aus rechtlichen Vorgaben, vor allem dem Verfassungsrecht; hier ist insbesondere die Frage umstritten, ob die Erfolgsaussicht der medizinischen Behandlung ein verfassungsrechtlich erlaubtes Auswahlkriterium darstellt (dazu Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann). Die Beschwerdeführer einer Verfassungsbeschwerde und Behindertenverbände argumentieren, dass ein Abstellen auf Überlebenswahrscheinlichkeit unter Einbeziehung des allgemeinen Gesundheitszustands zur faktischen Benachteiligung von Behinderten und Vorerkrankten führen könne.⁷ Noch kontroverser ist, ob bei ähnlicher Dringlichkeit der Behandlung und ähnlichen Erfolgsaussichten das Lebensalter und die Lebenserwartung der Patienten das maßgebliche Auswahlkriterium sein dürfen (dafür spricht sich Elisa Hoven aus).

II. Zusammenfassung des Inhalts der einzelnen Beiträge

Steffen Augsberg untersucht, wie das Verfassungsrecht existentielle, also unmittelbar lebensrelevante Allokationsentscheidungen vorstrukturiert. Dem Grundgesetz sei ein basaler Gleichbehandlungsgrundsatz zu entnehmen, der mit Blick auf menschliches Leben quantitative

⁷ Bislang (Dezember 2020) wurde nur ein entsprechender Eilantrag abgelehnt (Beschluss vom 16. Juli 2020, 1 BvR 1541/20), in der Hauptsache ist noch nicht entschieden.

wie qualitative Bewertungen untersage. Hieraus folge in „normalen“ Triagekonstellationen die Verpflichtung, knappe Ressourcen prioritär dort einzusetzen, wo sie zur Lebensrettung dringend benötigt werden. In extremen Situationen, wie der bei COVID-19-Behandlungen befürchteten Konkurrenz (ex ante und ex post) um Beatmungsplätze, führe indes eine Differenzierung anhand der Dringlichkeit nicht weiter. Hier folge aus der verfassungsrechtlichen Vorgabe der Lebenswertindifferenz eine Grenze auch für den parlamentarischen Gesetzgeber. Weil sie notwendig eine Be- und Abwertung menschlichen Lebens beinhalteten, dürften positive Auswahlkriterien nicht rechtsverbindlich vorgeschrieben werden. Das schließe es aber nicht aus, negative Kriterien (Diskriminierungsverbote) zu normieren. Zudem bedeute die innerrechtliche Gestaltungsgrenze nicht notwendig ein pauschales Regelungsverbot auch für nichtstaatliche Akteure. Hier wirft der Beitrag Fragen nach dem Verhältnis von rechtlichen und nichtrechtlichen Vorschriften auf und erläutert, wie diese beantwortet werden können. In einem nächsten Untersuchungsschritt werden die Ergebnisse mit Einwänden konfrontiert. Hier wird argumentiert, dass weder ein rechtsfreier Raum vorliege noch aus Schutzpflicht-, Rechtssicherheits- oder Parlamentsvorbehaltsgründen die gesetzliche Normierung positiver Auswahlkriterien zwingend erforderlich sei.

Der Beitrag von *Ralf Poscher* konzentriert sich auf die Bedeutung der Menschenwürdegarantie für Triage. Diese Diskussion sei auch wichtig, weil sie zu einem besseren Verständnis der Menschenwürdegarantie und ihrem Verhältnis zum Grundrecht auf Leben beitragen könne. Zunächst verweist *Poscher* auf die Wurzeln des vorgeblichen Verbots einer Abwägung von Leben gegen Leben, um

dann aufzuzeigen, wie bislang in der Diskussion um die Triage versucht werde, das Verbot zu umschiffen. Die Versuche überzeugten nicht und gäben Anlass, das angenommene verfassungsrechtliche Abwägungsverbot zu hinterfragen. Dabei stehe zunächst nicht die Menschenwürde im Vordergrund, sondern ein Blick auf das Grundrecht auf Leben. Zur Menschenwürdegarantie wird rekapituliert, wie diese anhand eines Verständnisses dogmatisch rekonstruiert werden könne, das den Kern der Konzeption der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufgreife. Auf dieser Grundlage zeige sich, dass längst nicht alle Abwägungen von Leben gegen Leben, die den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf das Grundrecht auf Leben genügen, mit einer Menschenwürdeverletzung verbunden sind. Dies gelte auch für die Triage. Triagekriterien, die auf der Abwertung des Würdestatus einzelner Betroffener beruhen, verstießen gegen die Menschenwürdegarantie, aber nicht alle der diskutierten Priorisierungen beruhten auf einer solchen Abwertung. Anders als dies etwa der Deutsche Ethikrat annimmt, geht *Poscher* davon aus, dass die Menschenwürdegarantie einer staatlichen Regelung der Triage nicht entgegenstehe.

Stefan Huster befasst sich mit der Frage, inwieweit Triage Ähnlichkeiten und Unterschiede zu anderen Priorisierungsentscheidungen aufweist und welche normative Bedeutung dies hat. Er analysiert die rechtswissenschaftliche Diskussion vor dem Hintergrund der Fragestellung, ob und inwieweit sich die Triage mit anderen Knappheitssituationen parallelisieren lässt. Zahlreiche juristische Stellungnahmen scheinen das zu unterstellen, wenn sie sich gegen ausdrückliche Triageregeln aussprechen, weil sie befürchten, dass damit ein problematischer

Konsequentialismus Eingang in die Rechtsordnung finde. *Huster* weist dagegen darauf hin, dass die Triage eine tragische Dilemmasituation darstellt, deren Kriterien schon deshalb nicht verallgemeinert werden können. Er hält daher eine gesetzliche Regelung der Triage ohne normative Kollateralschäden für möglich. Solange die Ärzte nicht in ein unzumutbares Strafbarkeitsrisiko geraten, sieht er den Gesetzgeber aber auch deshalb nicht unbedingt in der Pflicht, weil der Staat über die Ressourcen der Intensivversorgung gar nicht selbst verfüge. Vielmehr sei es auch möglich, die Triageentscheidungen innerhalb eines weiten rechtlichen Rahmens den Ärzten und ihren Fachgesellschaften zu überlassen. Soweit es dadurch zu unterschiedlichen Entscheidungen komme, bilde das legitimerweise den Pluralismus der moralischen Überzeugungen in unserem Gemeinwesen ab.

Im Beitrag von *Armin Engländer* geht es um die strafrechtliche Beurteilung einer Kollision von ärztlichen Behandlungspflichten bei der Ex-ante-Triage. Nach den Grundsätzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision handelt rechtmäßig, wer bei verschiedenrangigen Pflichten die höherrangige Pflicht und bei gleichrangigen Pflichten zumindest eine der Pflichten erfüllt. Im letzteren Fall darf und muss die verpflichtete Person selbst entscheiden, welcher Pflicht sie nachkommen möchte. *Engländer* untersucht drei Problemkreise: wann kollidierende Behandlungspflichten gleichrangig sind; ob es Negativkriterien gibt, also Faktoren, auf die die Entscheidung nicht gestützt werden darf; und ob mit einer Gesetzesänderung ein Verfahren vorgegeben werden soll, das bei Gleichrangigkeit die zu befolgende Pflicht konkretisiert. Gleichrangigkeit kollidierender Behandlungspflichten liege bei Ex-ante-Triage vor, wenn eine intensiv-

medizinische Behandlung bei beiden Patienten indiziert und gleichermaßen medizinisch dringlich sei. Ansichten, die nach geltendem Recht weitere Faktoren berücksichtigen wollen, weist er zurück. Selbst wenn ein Arzt aus diskriminierenden oder sonst rechtlich unzulässigen Motiven handle, sei für die strafrechtliche Beurteilung eine Rechtfertigung anzunehmen, weil lediglich ein Motivunwert, aber kein Handlungs- und Erfolgsunwert vorliege. Abschließend plädiert *Engländer* dafür, dass der Gesetzgeber den Zufallsentscheid als Ausprägung reiner Verfahrensgerechtigkeit einführen solle. Soweit Ärzte Amtsträger sind, ergebe sich aus Art. 3 GG und dem Wesentlichkeitsgrundsatz eine entsprechende Pflicht.

Tatjana Hörnle befasst sich mit den möglichen strafrechtlichen Folgen von Ex-post-Triage (Abbruch einer Behandlung zugunsten von Patienten mit besserer Erfolgsaussicht). Zunächst geht sie der Frage nach, ob Staatsanwaltschaften und Gerichte Ex-post-Triage als rechtswidrigen Totschlag einordnen würden. Der Ausgang eines solchen Verfahrens sei schwierig zu prognostizieren. Ex-post-Triage könnte als rechtswidrig eingeordnet werden, wenn das Vorliegen eines rechtfertigenden Notstands geprüft und verneint wird, und es bestehe sogar das Risiko einer Verurteilung zu Freiheitsstrafe wegen Totschlags, wenn eine Entschuldigung verneint würde. Rechtssicherheit für die Entscheidenden in der Intensivmedizin bestehe nicht. In weiteren Teilen des Beitrags geht es nicht um die Prognose der Entscheidungen von Strafverfolgungsbehörden, sondern um die strafrechtswissenschaftliche und rechtspolitische Perspektive. *Hörnle* spricht sich dafür aus, Ex-post-Triage genauso wie Ex-ante-Triage zu behandeln und nach den Regeln der rechtfertigenden Pflichtenkollision zu prüfen (nicht

als rechtfertigenden Notstand). Dies bedeutet größere Entscheidungsfreiheit, da in einer Pflichtenkollision das Strafrecht Auswahlfreiheit lässt, wenn die Rettung von mehreren lebensgefährlich Erkrankten gleich dringlich ist. *Hörnle* plädiert dafür, rechtspolitische und strafrechtliche Diskussionen nicht zu vermengen. Selbst wenn es rechtspolitisch wünschenswert erscheinen möge, Triage enger zu regulieren als dies der Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision tut, sei der Vorwurf „Totschlag“ unangemessen.

Dieter Birnbacher untersucht Triage-Entscheidungen aus der Sicht eines Ethikers. Triage-Regelungen sind ein etablierter Teil der Katastrophenmedizin, jedoch seien diese Regeln auf Kapazitätsengpässe bei den Behandlungsmöglichkeiten für schwere Ausprägungen der COVID-19-Pandemie nur bedingt übertragbar. Das Kriterium der Dringlichkeit verliere seine Dilemma auflösende Kraft. *Birnbacher* verteidigt aus ethischer Sicht die Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften, übt allerdings auch Kritik an der Undeutlichkeit dieser Empfehlungen für den umstrittenen Fall einer Verfahrens- (oder Ex-post-)Triage. Er argumentiert, dass bereits die Metakriterien der Transparenz und der Kontextadäquatheit, zu der u. a. auch die Übereinstimmung mit den Kernnormen des ärztlichen Ethos gehöre, die Wahl der ethisch angemessenen Triage-Kriterien auf wenige Alternativen einenge. Einseitige Lösungsvorschläge, sei es auf utilitaristischer, sei es auf streng egalitaristischer Basis, seien mit diesen Metakriterien nur unvollkommen vereinbar und scheinen darüber hinaus weder praktikabel noch hinreichend akzeptiert. Allein der Weg eines Austarierens der Kriterien der klinischen Erfolgsaussicht und der Vermeidung von Diskriminierung erscheine gangbar. Dieser Weg solle

auch bei der Verfahrens-Triage nicht durch die Drohung mit strafrechtlichen Konsequenzen versperrt werden.

Till Zimmermann untersucht, welche Zuteilungskriterien auf der Basis einer kontraktualistischen Gerechtigkeitstheorie zu begründen sind. Antworten auf die Frage, wie knappe, aber überlebenswichtige Ressourcen gerecht zu verteilen sind, verweisen nicht erst seit der COVID-19-Pandemie auf vertragstheoretische Modelle der Normbegründung. Besonders häufig wird auf die Gerechtigkeitstheorie von *John Rawls* zurückgegriffen, die im Kern aus einem Gedankenexperiment besteht, bei dem es darum geht, auf welche Regeln sich rationale Personen unter fairen Verhandlungsbedingungen einigen würden. Zur Herstellung jener fairen Bedingungen müssen die Kontrahenten Regeln aushandeln, ohne zu wissen, welche Position sie später einnehmen werden („Schleier des Nichtwissens“). In Bezug auf die COVID-19-Triage haben zahlreiche Autoren entweder unter ausdrücklicher Berufung auf *Rawls* oder mit einem vergleichbaren Normbegründungsmodell Vorschläge für die Zuteilung knapper intensivmedizinischer Ressourcen unterbreitet. *Zimmermann* weist darauf hin, dass sich die Vorschläge zum Teil fundamental unterscheiden, etwa hinsichtlich der Frage, ob die Lebenserwartung eines Patienten bei der Zuteilungsentscheidung eine Rolle spielen dürfe oder gerade nicht. Als hierfür ursächlich erwiesen sich feine Unterschiede in der Versuchsanordnung des Gedankenexperiments. Einfluss auf das Ergebnis hätten vor allem zwei Punkte, nämlich wie risikobereit die Verhandlungspartner seien und wie informationsundurchlässig der Nichtwissensschleier sei. *Zimmermann* folgert, dass *Rawls* selbst knappe Beatmungsgeräte wohl nach dem Zufallsprinzip verteilt hätte.

Weyma Lübbe analysiert Prämissen und Fehlschlüsse, die im Zusammenhang mit dem Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht stehen. Ihr Beitrag exponiert drei Fehlschlüsse, die in der Diskussion über effizienzorientierte Verteilungskriterien bei Ressourcenknappheit verbreitet seien. Im Zusammenhang mit der aktuellen Pandemie ist das Allokationskriterium der klinischen Erfolgsaussicht vorgeschlagen worden. Begründet wurde es mit dem Zusatz, man stehe unter der Verpflichtung, möglichst viele beatmungspflichtige Patienten zu retten („Maximierungsregel“). *Lübbe* führt aus, dass die Annahme, diese Verpflichtung begründe gerade dieses Allokationskriterium, aus der Perspektive von Klinikern zwar naheliegend, aber tatsächlich fehlschlüssig sei (klinisch-ethischer Fehlschluss). Mit Blick auf die Frage, wie die Maximierungsregel allenfalls begründet werden könnte, argumentiert sie anschließend, dass der scheinbar einfache Schluss vom gleichen Wert jedes einzelnen Lebens auf die Vorzugswürdigkeit der Rettung der größten Anzahl nicht zulässig sei (Aggregationsfehlschluss). Weiter wird ausgeführt, dass und warum die Ansicht, Thesen zur Vorzugswürdigkeit von Rettungsoptionen implizierten stets Thesen zum Wert der jeweils Geretteten, irrig sei (konsequentialistischer Fehlschluss). Ein letzter Abschnitt setzt die Maximierungsregel mit der Forderung der Gleichachtung aller Betroffenen ins Verhältnis. *Lübbe* erläutert, dass und inwiefern die These, die Maximierungsregel sei im Falle der aktuellen Pandemie mit dieser Forderung vereinbar, einer wesentlich genaueren Prüfung bedürfe, als verbreitet rezipierte erste Stellungnahmen zum Triage-Problem sie für nötig erachtet haben.

Bijan Fateh-Moghadam und *Thomas Gutmann* betonen in ihrem Beitrag zu den rechtlichen Rahmenbedin-

gungen der Priorisierung in der Intensivmedizin, dass die Frage, ob, und wenn ja, nach welchen Kriterien COVID-19-Patienten hinsichtlich des Zugangs zu lebensrettenden Beatmungsplätzen bevorzugt oder benachteiligt werden dürfen, durch das Recht zu beantworten sei, und nicht durch einen außerrechtlichen ethischen Diskurs oder die Einstellungen, moralischen Intuitionen oder institutionellen Interessen der handelnden Ärztinnen und Ärzte. Die materiellen Vorgaben des Grundgesetzes seien eindeutig: Wenn jedes Leben gleich wertvoll und jedes Lebensrecht gleich stark sei und gleichen Schutzanspruch genieße, sei jede materielle Differenzierung zwischen Personen untersagt. Die anwendbaren Kriterien müssten notwendigerweise formaler Natur sein, d.h. Kriterien, die „ohne Ansehen der Person“ funktionierten. Die Autoren leiten den Grundsatz einer radikal egalitären Lebenswertindifferenz für Triage-Entscheidungen verfassungsrechtlich her, ordnen ihn rechts- und moralphilosophisch ein, gehen seiner Bedeutung für den strafrechtlichen Rahmen der Triage nach und unterziehen die in Deutschland und der Schweiz „geltenden“ medizinischen Empfehlungen und Richtlinien einer detaillierten Kritik.

Elisa Hoven befasst sich mit der Frage, ob das Lebensalter und die Lebenserwartung für die Entscheidung zwischen mehreren Patienten eine Rolle spielen darf. In der Rechtswissenschaft stößt dieses Auswahlkriterium regelmäßig auf Ablehnung. *Hoven* erörtert zunächst die Akzeptanz des Lebensalters als Auswahlkriterium in der Bevölkerung. Grundlage ist eine repräsentative Bevölkerungsumfrage, deren Ergebnis ist, dass die Mehrheit der Menschen jüngere Patienten und insbesondere Kinder vorrangig behandeln würden. In einem zweiten Schritt

setzt sich *Hoven* mit den grundlegenden Einwänden gegen das Lebensalter als Differenzierungskriterium auseinander. Sie legt dar, dass weder die Menschenwürde noch das Gebot der Gleichbehandlung einer Berücksichtigung des Lebensalters widersprechen. Kern des Beitrages bildet die Argumentation für die Einbeziehung des Lebensalters in die ärztliche Entscheidung. Diskutiert werden zwei Ansatzpunkte: die verbleibende Lebenserwartung eines Patienten auf der einen und die bereits gelebten Jahre auf der anderen Seite. *Hoven* kommt zu dem Schluss, dass die Priorisierung deutlich jüngerer Patienten konsequente Folge einer fairen Verteilung des Rechtsguts Leben sei. Da aus Gerechtigkeitserwägungen jeder Mensch die gleichen Chancen auf Lebenserfahrungen erhalten soll, sei derjenige vorrangig zu behandeln, dem das Rechtsgut Leben noch nicht in demselben Umfang zur Verfügung stand wie dem anderen. Abschließend werden Vorschläge für eine gesetzliche Ausgestaltung von Triage-Regeln skizziert, die das Lebensalter als Kriterium berücksichtigen.

Dezember 2020

Tatjana Hörnle
Stefan Huster
Ralf Poscher

Teil 1

**Darf oder muss der Gesetzgeber
Triage regeln?**

Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen

STEFFEN AUGSBERG*

I. Allokation gesundheitsrelevanter Güter als staatliche Aufgabe

Entgegen teilweise geäußerten Befürchtungen folgt aus der Corona- keine Staatskrise.¹ Auch wenn aus verfassungsnormativer Perspektive nicht zu leugnende Probleme bestehen – vieles ist in grundrechtlicher wie in bundesstaatlicher und demokratischer Hinsicht durchaus bedenklich –,²

* Prof. Dr. *Steffen Augsberg* hat als Mitglied des Deutschen Ethikrates dessen Ad-hoc-Empfehlung „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“, abrufbar unter: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (Abruf 8.12.2020) sowie das Gemeinsame Positionspapier der Ständigen Impfkommision, des Deutschen Ethikrates und der Nationalen Akademie der Wissenschaften Leopoldina „Wie soll der Zugang zu einem COVID-19-Impfstoff geregelt werden?“, abrufbar unter: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/gemeinsames-positionspapier-stiko-der-leopoldina-impfstoffpriorisierung.pdf> (Abruf 8.12.2020), mitformuliert.

¹ Vgl. nur *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020, passim; siehe auch *Hase*, JZ 2020, 697; *ders.*, JZ 2020, 1107.

² Vgl. erneut nur *Kersten/Rixen* (Fn. 1), v. a. 52 ff., 106 ff., 113 ff. Im Übrigen wird bisweilen in der Sache nachvollziehbare Kritik in mas-

ist insgesamt festzuhalten, dass sich die durch das Grundgesetz etablierten Herrschafts- und Herrschaftskontrollverfahren bewährt haben. Auch in der Ausnahmesituation der Pandemie bedurfte und bedarf es keines Ausnahmezustands(denkens).³ Wohl aber zwingt das krisenhaft zuge-spitzte Geschehen dazu, erneut und vertieft über ältere Problemkonstellationen zu reflektieren, und es sind neue, jedenfalls in dieser Dramatik bislang nicht praxisrelevante Herausforderungen zu bewältigen. Dazu gehört etwa der Umgang mit Ungewissheit⁴ und dem, was man gemein-

siv zuspitzte Formulierungen gekleidet, die Assoziationen an die späte Weimarer Republik und den Nationalsozialismus hervorrufen, vgl. etwa *Heinig*, <https://verfassungsblog.de/gottesdienstverbot-auf-grundlage-des-infektionsschutzgesetzes/> (Abruf 8.12.2020): befürchtete Verwandlung „von einem demokratischen Rechtsstaat in einen faschistoiden Hygienestaat“; *Kingreen*, SZ v. 25.3.2020: „Hindenburg-Klausel“; *Lepsius*, <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/> (Abruf 8.12.2020): „Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien“; *ders.*, FAZ v. 25.4.2020: „Deutschland aus der Deutschstunde“; *Möllers*, Tagesspiegel v. 12.4.2020, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/verfassungsrechtler-christoph-moellers-zu-corona-wir-leben-in-einem-quasi-grundrechtsfreien-zustand/25734468.html> (Abruf 8.12.2020): „quasi grundrechtsfreien Zustand“; *Volkmann*, <https://verfassungsblog.de/der-ausnahmezustand/> (Abruf 8.12.2020): „Der Ausnahmezustand“. Das Multiautoren-Team der erstaunlich scharfen Replik auf *Hase*, JZ 2020, 697, (*Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkmann/Wißmann*, JZ 2020, 861) hält diese offenkundig überschießende Rhetorik auch im Abstand von einigen Monaten für weder besonders erläuterungs- noch korrekturbedürftig.

³ Vgl. zum Hintergrund etwa *Steffen Augsberg*, in: Arndt u. a. (Hrsg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 2009, 17 ff.

⁴ Vgl. im vorliegenden Kontext v. a. *Hase*, JZ 2020, 1107; *Trute*, GSZ 2020, 93, die beide u. a. übertriebene Erwartungen an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kritisieren. Positiver hierzu (zumindest in Abgrenzung zur pauschalen „Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“) *Gärditz*, MedR 2020, 741, 744. Siehe

und oftmals leichthin als „akzeptiertes Risiko“ bezeichnet.⁵ Betroffen sind zumal und in spezifischer Weise Verteilungsverfahren.⁶ Im Zusammenhang mit den besonderen Anforderungen der pandemischen Lage sind hierzu in jüngster Vergangenheit etwa Vorgaben zur Verteilung der zumindest initial vermutlich tatsächlich knappen⁷ Impfstoffe angedacht worden.⁸ Das schließt an Überlegungen an, die im Gesundheitskontext unter den Schlagworten

ferner allgemein etwa die Beiträge in: Ino Augsberg (Hrsg.), *Unge-
wissenheit als Chance. Perspektiven eines produktiven Umgangs mit
Unsicherheit im Rechtssystem*, 2009.

⁵ Vgl. dazu aus juristischer Sicht etwa *Klafki*, Risiko und Recht. Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätzen am Beispiel von Pandemien, 2017; *dies.*, Recht und Politik im Gesundheitswesen 23 (2017), 112; aus philosophischer Perspektive siehe v.a. *Gethmann*, in: Mittelstraß (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Band 7, 2018, 153 ff.; *Nida-Rümelin/Rath/Schulenburg*, Risikoethik, 2012.

⁶ Vgl. als systematisierenden Überblick *Ferdinand Wollenschläger*, Verteilungsverfahren. Die staatliche Verteilung knapper Güter: Verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung, 2010.

⁷ Zur Unterscheidung von echter Knappheit und bloßer Begrenztheit siehe *Raspe*, Pharmazeutische Zeitung v. 10.1.2012, abrufbar unter: <https://www.pharmazeutische-zeitung.de/ausgabe-022012/begrenzte-mittel-gerecht-verteilen/> (Abruf 8.12.2020).

⁸ Vgl. zuletzt das – auf Bitten des Gesundheitsministers erstellte – Positionspapier von STIKO/DER/Leopoldina, *Wie soll der Zugang zu einem COVID-19-Impfstoff geregelt werden?* Siehe zuvor schon *Klafki*, <https://verfassungsblog.de/wer-bekommt-den-knappen-covid-19-impfstoff/> (Abruf 8.12.2020); *dies.*, in: Pünder/*dies.* (Hrsg.), *Risiko und Katastrophe als Herausforderung für die Verwaltung*, 2016, 105 ff.; *Witte*, *Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall. Bevorratung, Verteilung und Kosten knapper Arzneimittel im Falle eines Seuchenausbruchs*, 2013, 113 ff.

Priorisierung/Posteriorisierung, Rationalisierung und Rationierung schon länger kontrovers behandelt⁹ und gerade für die komplexen Situationen am Lebensende diskutiert¹⁰ werden. Ungeachtet aller vorhandenen inhaltlichen Differenzen besteht insoweit Einigkeit, dass das Recht hier eine entscheidende Rolle spielt. Denn zwar werden Allokationsentscheidungen in freiheitlichen Gemeinwesen regelhaft nicht durch den Staat getroffen, sondern gesellschaftlich gefunden. Angesichts der mit Infektionserkrankungen wie Covid-19 verbundenen realen Gefahren nicht nur für einzelne betroffene Bürger, sondern auch die Gesamtgesellschaft erscheint es allerdings aus sozialstaatlichen wie aus Schutzpflichtüberlegungen heraus angemessen, Verteilungsvorgaben über Impfstoffe nicht einfach dem Markt zu überlassen. „Der Schutz der Bevölkerung vor dem Risiko der Erkrankung ist in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine Kernaufgabe des Staates.“¹¹ Damit kann dieser auch gesundheitsrelevante¹² Verteilungsvorgaben an sich ziehen, ggf. muss er dies sogar tun. Priorisierungsentscheidungen über Corona-Impfstoffe etwa haben derart erhebliche Auswirkungen auf die

⁹ Vgl. etwa Witte, MedR 2015, 491; allgemein Schmitz-Luhn, Priorisierung in der Medizin. Erfahrungen und Perspektiven, 2015; Weilert/Steffen Augsberg, in: Weilert (Hrsg.), Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat. Interdisziplinäre Zugänge, 2015, 391 ff., jeweils m. w. N. Siehe hierzu näher Huster, in diesem Band, S. 83 ff.

¹⁰ Vgl. dazu die Beiträge in: Duttge/Zimmermann-Acklin (Hrsg.), Gerecht sorgen – Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende, 2013.

¹¹ Vgl. BVerfGE 123, 186, 242. Siehe auch Witte (Fn. 8), 124 ff.; Kersten/Rixen (Fn. 1), 73.

¹² Hierzu zählt das BVerfG auch „Risikovorsorge gegen Gesundheitsgefährdungen“, so BVerfGE 121, 317, 356.

Grundrechte der begünstigten/priorisierten wie der (zunächst) zurückgestellten Personen, dass aus verfassungsrechtlichen wie aus ethischen Gründen eine parlamentsgesetzliche Festlegung geboten ist. Gerade weil dem Grundgesetz in inhaltlicher Hinsicht allenfalls knappe verteilungsrelevante Vorgaben zu entnehmen sind, ist auf eine strikte Einhaltung der formellen und institutionellen Voraussetzungen für das staatliche Handeln zu achten.¹³

II. Triage als Anwendungsfall dieser Verteilungsregelungslogik?

Muss das nicht auch für die Triage¹⁴ gelten?¹⁵ Müssen nicht ebenso bzw. erst recht die elementaren, im Wortsinne existentiellen Auswahlentscheidungen, die im Zusammenhang mit Covid-19-Behandlungen erforderlich werden können, diesen rechtsstaatlichen Verteilungsmaßgaben unterstellt werden? Was spricht umgekehrt dagegen, auch hier die allgemeinen Anforderungen in Ansatz zu bringen? Oder, um es mit dem Bundesverfassungsgericht zu formulieren: „Sollte die Triage in Deutschland gesetzlich geregelt werden? Welche Vor- und Nachteile wären damit verbunden?“¹⁶ Wenn eine gesetzliche Regelung nicht in Betracht

¹³ Das ist die juristische Kernaussage des o.g. Positionspapiers von STIKO, DER und Leopoldina. Näher etwa Witte (Fn. 8), 146 ff.

¹⁴ Zu Begriffsverständnissen siehe etwa Iverson/Moscop, *Annals of Emergency Medicine* 49/3 (2007), 275.

¹⁵ Vgl. hierzu frühzeitig Brech, Triage und Recht. Patientenauswahl beim Massenanfall Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen, 2008, v. a. 73 ff.

¹⁶ BVerfG, Az.: 1 BvR 1541/20, Schreiben an „sachkundige Dritte“ v. 28.9.2020, Frage 9.

kommt: Wer sollte dann die Regelbildung übernehmen, und wie verhält sich diese zum Recht? Diesen Fragen widmen sich die folgenden Ausführungen. Ihnen liegt die Ausgangsthese zugrunde, dass es innerrechtliche Gründe geben kann, die eine nähere rechtliche Ausgestaltung – im Sinne einer umfassenden juristischen Kolonialisierung bestimmter Lebensbereiche – verhindern. Das gilt in einem umfassenderen, rechtstheoretischen,¹⁷ aber auch in einem ganz konkreten, verfassungsnormativ begründeten Verständnis: Das Grundgesetz normiert Gestaltungsgrenzen auch für den parlamentarischen Gesetzgeber. Deshalb geht es gerade nicht darum, sich rechtlicher bzw. rechtsetzender Verantwortung zu entziehen, sondern darum, die Grenzen der zulässigen Regelungsverantwortung zu bestimmen. Dies wird verkannt, wenn ohne nähere Begründung behauptet wird: „für gewöhnlich werden politisch brisante Allokationsfragen – wie etwa die katastrophenmedizinische Triage oder auch die Vergabe knapper Organe – zu ethisch ‚tragischen‘, rechtlich unregelbaren Materien deklariert und sodann medizinischen Sachverständigen überlassen (hierfür ausdrücklich der Deutsche Ethikrat in seiner ersten ad-hoc-Empfehlung zur Corona-Krise im Hinblick auf die katastrophenmedizinische Triage).“¹⁸ Das nebulöse „für gewöhnlich“ ist hier ebenso unzutreffend wie die konkret dem Deutschen Ethikrat untergeschobene Position. Zwar finden sich in der Tat im juristischen Schrifttum Versuche, komplexe und diffizile Probleme zu

¹⁷ Vgl. dazu jetzt die Beiträge in: Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Heidbrink (Hrsg.), *Recht auf Nicht-Recht. Rechtliche Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft*, 2020.

¹⁸ *Klafki*, <https://verfassungsblog.de/wer-bekommt-den-knappen-covid-19-impfstoff/> (Abruf 8.12.2020) ; ähnlich *Gärditz*, *ZfL* 2020, 381, 386.

umgehen, indem sie als ohnehin unlösbare und deshalb zu ignorierende „Aporien“ eingestuft werden.¹⁹ Zudem ist in der Tat ein gewisser Trend erkennbar, ethische Entscheidungsmuster und Gremien in das Recht zu integrieren und Entscheidungselemente zu delegieren.²⁰ Allerdings greift es doch deutlich zu kurz, hieraus auf einen allgemeinen, umfassenden Trend zu schließen. Im Gegenteil werden selbstverständlich die allermeisten, auch tragischen, Verteilungsentscheidungen in einem rechtlich formal wie inhaltlich vorstrukturierten System getroffen. Das gilt auch und gerade für das Gesundheitswesen.²¹ Hier gibt es sogar Beispiele dafür, wie mittels gesetzlicher Regelungen Kompromisse erreicht werden, die verfassungsrechtliche Problem(lösungs)debatten unterlaufen.²² Statt erkennbar übersimplifizierender Pauschalierungen bedarf es deshalb im Einzelfall der Analyse, warum wie regulatorisch eingegriffen wurde – oder eben nicht.²³

¹⁹ Vgl. *Lindner*, ZfL 2015, 10, 14ff. Dagegen schon *Gärditz*, ZfL 2014, 42; jetzt auch *Steffen Augsberg*, medstra 2020, 323.

²⁰ Vgl. dazu allgemein etwa *Ammann*, Medizinethik und medizinethische Expertengremien im Licht des öffentlichen Rechts. Ein Beitrag zur Lösung von Unsicherheiten im gesellschaftlichen Umgang mit lebenswissenschaftlichen Fragestellungen aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, 2012, v.a. 319ff.; aktuell *Akademie für Ethik in der Medizin e. V.*, Ethik in der Medizin 32 (2020), 195; zur Bedeutung für das Konzept innerrechtlicher Verrechtlichungssperren siehe *Steffen Augsberg*, in: Ino Augsberg/ders./Heidbrink (Hrsg.), Recht auf Nicht-Recht (Fn. 17), 143, 150ff.

²¹ Vgl. statt vieler nur *Wollenschläger* (Fn. 6), 504ff.; siehe ferner etwa *Kersten/Rixen* (Fn. 1), 75ff.

²² Siehe hierzu am Beispiel des ESchG etwa *Steffen Augsberg* (Fn. 20), 146ff.

²³ Vgl. in diese Richtung gehend am Beispiel der PID *Kersten*, in: Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2013, 97ff.

Dessen eingedenk wird nachfolgend zunächst in einem eine eigene ältere Argumentation ergänzenden Abschnitt dargelegt, welche Gründe für eine Beschränkung des Handlungsrahmens sprechen und welche Folgen mit ihr verbunden sind (dazu III.). Das beschränkt sich aus Platz, v. a. aber aus Kompetenzgründen auf die verfassungsrechtliche Bewertung; für die intensive strafrechtliche Debatte kann auf die zahlreichen bereits vorhandenen²⁴ und die in diesem Band enthaltenen Beiträge von *Engländer* und *Hörnle* verwiesen werden. Einbezogen wird allerdings im nächsten Schritt die (auch strafrechtliche) Kritik an dieser Argumentation. Sie wird systematisch gegliedert und auf ihre Stichhaltigkeit hin analysiert (dazu IV.). Ein knappes Fazit beschließt den Beitrag (dazu V.).

III. Argumentative Annäherung, Abgrenzung und Auseinandersetzung

1. Ausgangspunkt: Gestaltungsgrenzen des demokratischen Gesetzgebers

Den Ausgangspunkt der nachfolgenden Überprüfung bilden Überlegungen, die ursprünglich Ende März 2020 entwickelt wurden,²⁵ in die Ad-hoc-Empfehlung des Deut-

²⁴ Siehe etwa *Ast*, ZIS 2020, 268; *Duttge*, medstra 2020, 193; *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398; *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129; *Hoven*, JZ 2020, 449; *dies./Hahn*, JA 2020, 481; *Jäger/Gründel*, ZIS 2020, 151, 155 ff.; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403; *Sowada*, NStZ 2020, 452; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627; *Walter*, GA 167 (2020), 656.

²⁵ Unmittelbar beteiligt waren zunächst aus juristischer Perspektive die Ratsmitglieder *Reinhard Merkel*, *Wolfram Höfling* und *Steffen Augsberg*.