

Gerechter Zufall per Gesetz?

Prof. Dr. Bernhard Bergmans, LL.M.

In der ZEIT (Nr. 49 v. 2.12.2021, S. 15: „Nur der Zufall ist gerecht“) hat Prof. T. Walter dafür plädiert, dass im Pandemie-Kontext die Triage-Entscheidungen auf den Intensivstationen nicht mehr der alleinigen Verantwortung der dort tätigen Ärzte überlassen, sondern gesetzlich geregelt werden sollten.

Seines Erachtens bedarf es eines solchen Gesetzes zum einen, um für Ärzte und Patienten Rechtssicherheit zu schaffen. Zum anderen erfordere das Grundgesetz ein solches Parlamentsgesetz, wenn es um die Verteilung knapper intensivmedizinischer Ressourcen gehe (genau wie für Spenderorgane bei Transplantationen).

Diese Sichtweise vertritt grundsätzlich auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung 1 BvR 1541/20 vom 16.12.2021¹. Ihm zufolge muss der Gesetzgeber im Rahmen seiner Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG „*dafür Sorge tragen, dass jede Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Verteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen hinreichend wirksam verhindert wird. Der Gesetzgeber ist gehalten, seiner Handlungspflicht unverzüglich durch geeignete Vorkehrungen nachzukommen.*“ (Rn. 130) Obschon es hier nur um eine mögliche Benachteiligung Behinderter geht wird der Gesetzgeber dem zwecks Vermeidung einer positiven Diskriminierung nur nachkommen können, indem er allgemeingültige Triageregeln aufstellt.

Allerdings lässt das BVerfG dem Gesetzgeber weitestgehend freie Hand, welche Triagekriterien und/oder -modalitäten er vorgibt (s. die Rn. 126-128 der Entscheidung im Anhang zu diesem Post). Im Gegensatz zu Walters Einschätzung sieht das BVerfG dabei die klinische Erfolgsaussicht im Sinne des Überlebens der aktuellen Erkrankung als verfassungsmäßig unbedenklich an, nicht hingegen die Maximierung der Gesamtlebenszeit der Patienten (Rn. 116-117).

Die aus Walters Sicht einzige Lösung des Dilemmas, dass der Staat zum einen verpflichtet ist, regulierend einzugreifen, aber andererseits nicht diskriminieren darf, sei der Zufall, da nur dieser letztlich Gerechtigkeit herstellen könne. Der Gesetzgeber müsse demnach eine Triage nach Zufall vorschreiben, wie z. B. einen Losentscheid, oder besser noch eine Priorisierung nach fortlaufender Nummerierung bei Einlieferung Dieses *first come*,

¹ https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/12/rs20211216_1bvr154120.html.

first served-Prinzip wäre sowohl zufallsgleich, weil es von Zufällen abhängt, wer eher erkrankt und eher eingeliefert wird, als auch leichter zu handhaben.

Diese Forderung ist aber aus rechtlichen, ethischen und praktischen Gründen nicht überzeugend:

1. Rechtlich

Zunächst einmal ist Rechtssicherheit ein nachvollziehbares Anliegen der handelnden Ärzte, vor allem wenn (zumindest theoretisch, in der Praxis scheint dies noch nie vorgekommen zu sein) strafrechtliche Sanktionen drohen. Ob Patienten letztlich davon profitieren, ist jedoch weniger selbstverständlich, da durch Rechtssicherheit nicht mehr Behandlungsplätze oder eine bessere Therapie zur Verfügung gestellt werden.

Klar ist jedoch, dass die Existenz einer gesetzlichen Zufallsregelung keineswegs per se Rechtssicherheit schafft. Das hängt entscheidend von der Qualität der Regelung ab, durch eine Normierung eine klare (eindeutige und transparente) Entscheidungsbasis zu schaffen. Selbst wenn der Gesetzgeber nicht den stark auslegungsbedürftigen allgemeinen Begriff des „Zufalls“ verwendet, bleibt auch eine präzisere Formulierung (wie z. B. eine fortlaufende Nummerierung) problematisch, weil es aus praktischen Gründen (s. Punkt 3) fraglich ist, ob hier wirklich der gesetzgeberische Wille umgesetzt werden kann, ein vom Zufall geleitetes System zu installieren.

Zudem stellt sich die Frage, wie die dergestalt verpflichteten Krankenhäuser und Ärzte in der Umsetzung Sicherheit schaffen können, da ja nicht nur das Selektionskriterium relevant ist, sondern auch das Verfahren, das solche Entscheidungen rechtssicher ermöglichen soll. Soll es hier ein vom Ministerium vorgegebenes Prozedere geben, soll eine Zertifizierung durch neutrale Stellen erfolgen, oder reicht es schon, sich Mühe gegeben zu haben?

Walters Ansatz hierzu ist offenbar ein zusätzlicher Richtervorbehalt (analog dem Fixieren bei Alten und Dementen). Wie aber soll man sich das im Einzelfall unter Zeitdruck vorstellen? Was genau soll beim Richter beantragt werden? Soll letztlich ein Richter die Entscheidung übernehmen und auf diese Weise Rechtssicherheit schaffen? Auf welcher Basis soll der Richter dann entscheiden, wird er nicht ohnehin das ärztliche Votum abnicken? Das Verfahren erscheint auch praktisch kaum umsetzbar, vor allem, wenn die Gesamtlage kritisch wird.

Durch eine gesetzliche Regelung wird außerdem eine nachträglich gerichtliche Kontrolle (und damit Klagemöglichkeit für Betroffene und Angehörige) ermöglicht. Das kann zwar im Interesse einzelner Patienten (oder ihrer Hinterbliebenen) sein, aber hierdurch verschärft sich auch das Risiko der Krankenhäuser und Ärzte, trotz größtem Bemühen für Fehlentscheidungen zu haften. Aber Ärzte sind dazu qualifiziert, Entscheidungen aufgrund medizinischer Gegebenheiten zu treffen, nicht jedoch, organisatorische Maßnahmen zu installieren und überwachen (wozu es letztlich keiner Ärzte mehr bedarf. S. auch Punkt 2).

Letztlich muss sich der Nutzen jeglicher rechtlicher Regulierung daran messen lassen, ob der Eingriff des Gesetzgebers wirklich einen Fortschritt gegenüber der unregulierten Handhabung darstellt. Das ist hier mehr als fraglich (s. Fazit).

Vor allem aber ist zu hinterfragen, ob hier wirklich die fehlende Rechtssicherheit das Problem ist und nicht eher die Gerechtigkeit, die sich im Gegensatz zu Walters Auffassung eben nicht automatisch aus der Rechtssicherheit ableitet, sondern in erster Linie an ethischen Maßstäben orientieren sollte (s. hiernach).

2. Ethisch

Eine Zufallsregelung hat den fragwürdigen „Vorteil“, dass schwierige ethische Entscheidungen erst gar nicht getroffen (und diskutiert) werden müssen, weil das Schicksal, die göttliche Vorsehung oder etwas ähnlich Geartetes uns die Verantwortung abnimmt. Es ist m. E. ethisch nicht vertretbar, sich selber durch Gesetz aus der Verantwortung zu stehlen bzw. daran zu hindern, andere ethisch vertretbarere Lösungen zu finden als die des Zufalls.

Walter geht in der Tat wie selbstverständlich davon aus, dass ein absolutes Gleichbehandlungsgebot bei der Vergabe von Intensivbehandlungsplätzen gelten soll, das keinerlei Differenzierung erlaubt. Aber aus ethischer und selbst aus rechtlicher Sicht ist nur Gleiches wirklich gleich zu behandeln, und Ungleiches ist entsprechend differenziert zu behandeln. Es ist sicher nicht einfach, sachgerechte Differenzierungen durchzuführen, aber folgende Ansätze wären zumindest diskussionswürdig und ggf. ethisch überzeugender oder sogar konsensfähig:

Wäre es nicht gerechter, diejenigen zurückzustellen, die sich nicht impfen lassen wollen, obschon sie es könnten? Wer keinen zwingenden Grund für den Verzicht auf eine Impfung hat, würde auf Basis einer Ethik der zumutbaren Eigenverantwortung zurückgestuft und nur dann auf der Intensivstation behandelt, wenn es keinen prioritären Bedarf anderer Personen gibt. Sofern diese Regel rechtzeitig bekannt ist und ausreichend Gelegenheit gegeben ist, sich impfen zu lassen, wäre dies ein vertretbarer Ansatz für eine gerechte Verteilung knapper Ressourcen.

Walters Zufallsregel geht zudem davon aus, dass alle durch den Zufall zu priorisierenden Fälle die gleiche Dringlichkeit, die gleiche Überlebenswahrscheinlichkeit und die gleiche Restlebensdauer haben. In Wirklichkeit ist das aber allenfalls ausnahmsweise der Fall, und diese drei Kriterien wären interessante Ansatzpunkte für eine differenzierte Betrachtung. Das BVerfG sieht die Restlebensdauer zwar nicht als rechtlich vertretbares Kriterium an, aber in erster Linie aus grundsätzlichen formellen Gründen. Das mag dann zutreffend sein, wenn es sich um das einzige Entscheidungskriterium handelt (wenn man sich *ceteris paribus* z. B. zwischen zwei Personen von 10 und 80 Jahren entscheiden muss, wäre m. E. selbst die Restlebensdauer als einzige Kriterium vertretbar). In Kombination mit anderen Kriterien ist dies aber m. E. sehr wohl ethisch vertretbar und sollte daher auch rechtlich zulässig sein.

Walters Konzept (und offenbar auch das Verständnis des BVerfG) beruht zudem auf einer (noch dazu abstrakten) Individualbetrachtung, bei der es nur darum geht, den Einzelnen nicht zu benachteiligen. Wenn man die Menschen in einer Gesellschaft aber als Kollektiv betrachtet, dann sollte die Priorität darin bestehen, für die Gesellschaft möglichst viele Menschenleben zu retten. Dabei spielen die vorgenannten Kriterien eine entscheidende Rolle. Auch die Regel „Frauen und Kinder zuerst“ in Katastrophennotfällen zeigt, dass hier nicht das Zufallsprinzip als ethisch wünschenswert betrachtet wird, sondern auf den vorstehenden Grundideen beruhende Überlegungen. Wenn hingegen unter Anwendung der Walterschen Regel dem Tode Geweihte aufgenommen werden (die dann aber doch sterben) und stattdessen nicht Aufgenommene mit einer realistischen Überlebensperspektive sterben müssen, weil sie nicht aufgenommen werden, wäre das gerecht? Wem wäre damit gedient?

Das größte ethische Problem scheint die Frage zu sein, ob man nicht auch nach der Wertigkeit der Menschen bzw. Patienten differenzieren müsste. Das ist ein schwieriges und gefährliches Thema, aber angesichts knapper Ressourcen auch außerhalb des hier angesprochenen Themenbereichs stellt sich die Frage in vielen Schattierungen. Und es ist keineswegs so, dass uns nicht bewusst wäre, dass in manchen Bereichen bereits jetzt nach „Wertigkeit“ differenziert wird. Sonst gäbe es keine Zweiklassengesellschaft

im Gesundheitswesen, kein nach (leistungsbezogener, aber auch finanzieller) Wertigkeit differenzierendes Bildungswesen, keine Hinnahme der Ausbeutung von Sozialschwachen und Ausländern im Niedriglohnsektor usw. Eine Übertragung solcher groben bzw. simplen Kollektivdifferenzierungen auf Einzelfallentscheidungen ist jedoch bislang unerwünscht bzw. angesichts der Berücksichtigung komplexer qualitativer Einzelfaktoren in der Praxis auch schwer umsetzbar. Da die Stärkeren sich in einem freien System aber gegen die Schwächeren durchsetzen, ist vielleicht dieses *survival-of the fittest*-Prinzip (auch wenn Juristen das nicht gerne hören) dasjenige, das unausgesprochen in der Gesellschaft am ehesten akzeptiert bzw. hingenommen wird, weil es die Gesellschaft bzw. das System insgesamt überlebensfähiger macht. Der Pandemiedruck und die verfügbaren Lösungsansätze sind sicher derzeit nicht so, dass die Differenzierung nach Wertigkeit „officialisiert“ würde. Aber je kritischer die Gesamtlage (auch unabhängig von der Covid-Pandemie) und je knapper die zu verteilenden Ressourcen, desto drängender wird man sich mit dieser Frage beschäftigen müssen.

3. Praktisch

Der Vorschlag einer einfachen Priorisierung nach Einlieferungszeitpunkt auf der Intensivstation ist gar nicht oder nur mittels einer komplexen Gesamtregelung handhabbar, und zwar aus den folgenden Gründen:

(1) Zunächst wäre zu klären, welche Personen überhaupt unter die Regelung fallen. Auf den Intensivstationen liegen nicht nur Covidpatienten, sondern auch Unfallopfer, Schwerkranke usw. Soll für alle dieselbe Regel gelten bzw. sind für die Nicht-Covid-Patienten nicht andere Regeln sinnvoller? Wie soll zudem eine Reihenfolge erstellt werden, wenn Patienten sich bereits im Krankenhaus befinden (s. auch hiernach)?

(2) Soll die Regel für jedes Krankenhaus einzeln (oder ggf. jede Klinik innerhalb eines Großklinikums) oder für mehrere Krankenhäuser innerhalb eines selben Einzugsgebiets gelten? Falls Ersteres, wäre es vertretbar, in erreichbarer Nähe freie Betten zu haben, die aber nicht genutzt werden können? Falls man Patienten dann in andere Häuser verlegt, gilt dann die Erstaufnahme im ersten angefahrenen Krankenhaus? Falls Letzteres, wie soll eine Gleichverteilung erfolgen?

(3) Auf welcher Grundlage wird in einem solchen System entschieden, dass jemand auf eine Intensivstation verlegt werden „muss“ und eine intensivere Behandlung auf einer „Normalstation“ nicht reicht, bzw. im hier behandelten Kontext ob und ab wann jemand ein Beatmungsgerät benötigt (wobei auch noch zu klären wäre, ob nicht noch andere gesundheitlichen Merkmale auch für an Covid erkrankte Menschen eine Verlegung auf eine Intensivstation rechtfertigen würden). Welche Rolle spielen dabei zudem Steuerungsmechanismen in Form von finanziellen Anreizen zur Freihaltung von Betten für Covid-Patienten oder Personalschlüssel: Ist nicht das Betten- und Personal-Management gerade nicht zufallsabhängig und können hier nicht Ungerechtigkeiten geschaffen werden, die bei der Betrachtung des Gesamtsystems schwerer wiegen als die Triagenotwendigkeit in Einzelfällen?

(4) Welche Kriterien sollen für das Verlassen der Intensivstation gelten, wodurch dann Betten frei werden? Hier kann die einfache Reihenfolgeregel nicht greifen. Ab wann müssten Betten freigegeben werden (z. B. bei Stabilisierung oder durch Verlegung in die Palliativpflege)? Wer soll das auf welcher Basis entscheiden?

(5) Jede Regel, die einem Beteiligten oder Betroffenen nicht passt, wird gerade dann, wenn es um existenzielle Aspekte geht, von den Bürgern daraufhin getestet, wieweit sich die Regel umgehen oder manipulieren lässt. Bei der Reihenfolgeregel könnte das darin bestehen, dass ein Wettlauf in Gang gesetzt wird, um auf der zu erwartenden Warteliste möglichst weit vorne zu stehen, was sich z. B. dadurch bewerkstelligen lässt, dass man

vorsorglich seinen Zustand als schlimmer darstellt, als er ist, oder erst gar nicht versucht, eine Infektion zuhause durchzustehen, damit die eigene Tapferkeit nicht dadurch bestraft wird, dass bei späterer unumgänglicher Einlieferung die Warteliste schon übevoll ist.

Die „Fitteren“ werden dann auch Krankenhaus-Shopping oder -Hopping betrieben, um möglichst die günstigste Konstellation zu nutzen. Nicht die Krankenhäuser bzw. das Gesundheitssystem würden dann die Ressourcenallokation verantworten, sondern die Kranken sich selbst möglichst optimal allokalieren.

Letztlich würde durch eine solche Regel die Lage daher nicht entschärft, sondern die Knappheit verschärft.

(6) Wer würde haften, wenn es zu Fehleinlieferungen kommt, wenn z. B. Krankenhaus A angefahren wird, wo man keinen Platz erhält, während eine Aufnahme in Krankenhaus B möglich gewesen wäre? Wer ist verantwortlich für diese Auswahl? Außerdem: Haftet der Krankentransporter, wenn wegen eines Fahrfehlers Zeit verloren geht und der Patient deshalb „zu spät“ kommt? Oder: Welche Sanktionen gibt es, wenn jemand durch Schummeln „unrechtmäßig“ aufgenommen wurde und ein anderer Patient deshalb stirbt?

Solche Überlegungen mögen auf den ersten Blick kurios entscheiden. Aber jede Gesetznorm schafft mit ihrer Regelung (und den gewünschten Effekten) gleichzeitig eine Grundlage für (ungewünschte) Rechtsstreitigkeiten, erst recht weil es hier auch um Menschenleben geht.

4. Fazit

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist nicht nur davon auszugehen, dass die vorgeschlagene Zufallsregelung die gewünschte Rechtssicherheit nicht schaffen wird, sondern dass sie sogar unerwünschte Folgen hätte.

Es ist naheliegend, dass Juristen glauben, Probleme müssten in erster Linie durch Rechtsnormen gelöst werden. In Wirklichkeit zeigt die Erfahrung aber, dass dies häufig Wunschdenken ist, das deshalb so verbreitet ist, weil es kostengünstiger erscheint als die faktische Lösung des Problems z. B. durch die Aufstockung der Anzahl Intensivbetten und/oder Atemgeräte, bessere Bezahlung (und ggf. Qualifizierung) des Personals, bessere Gesundheitsprävention (die deutlich über das Impfen hinaus gehen sollte), effizientere Zusammenarbeit zwischen Krankenhäusern usw. Alternativmaßnahmen nicht-juristischer Art sollten *de lege ferenda* immer den Vorzug erhalten. Das BVerfG scheint dies letztlich auch so zu sehen: Denn es verlangt zwar formalrechtlich ein Gesetz, lässt dem Gesetzgeber aber einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum, den dieser z. B. auch mit Präventivmaßnahmen nutzen kann.

Noch grundlegender muss man sich fragen, ob man „Zufall“ wirklich per Gesetz verordnen kann. Ist Zufall per Gesetz noch Zufall? Wie definiert man das? Ist nicht auch die Triage durch mehr oder weniger kompetente Ärzte ein Zufallsprinzip? Ist der chaotische nichtregulierte Zustand nicht Zufall genug, und letztlich sogar der gerechtere Zufall? Wo ist die Notwendigkeit und vor allem der Mehrwert der rechtlichen Vorgabe des Zufalls?

In diesem Zusammenhang ist das Urteil des BVerfG insofern ein Kuriosum, als der Gesetzgeber sich ja bewusst entschieden hatte, die Triage nicht gesetzlich zu regeln, und auch der Ethikrat hat keine gesetzliche Regelung gefordert. Nun zwingt das Gericht aber den Gesetzgeber, den Knoten durchzuschlagen, den zu entwirren er sich nicht zutraute. Es bleibt abzuwarten, ob das wirklich zu einer Besserung der Lage im Sinne einer größeren nicht nur Rechtssicherheit, sondern auch Verteilungsgerechtigkeit führt oder doch eher zu Maßnahmen, die vorbeugend Triageentscheidungen gar nicht erst entstehen zu

lassen. Triage nach gesetzlich vorgegebenem Zufall wäre jedenfalls kein geeignetes Ergebnis.

Anhang: Auszug aus dem Urteil des BVerfG, Rn. 126-128 (Verweise und Quellenzitate weggelassen)

126 Dem Gesetzgeber steht bei der Entscheidung, wie die konkrete Pflicht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG im Einzelnen erfüllt werden soll, Menschen vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung bei einer Entscheidung über die Zuteilung knapper intensivmedizinischer Ressourcen wirksam zu schützen, ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das Risiko behinderter Menschen, bei der Zuteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Ressourcen benachteiligt zu werden, ergibt sich nach den Feststellungen des Senats aus einer Gesamtschau verschiedener, teils ineinandergreifender Umstände. Dem Gesetzgeber stehen daher mehrere Möglichkeiten offen, diesem Risiko wirkungsvoll zu begegnen. Dass allein durch eine bestimmte Maßnahme dem Schutzgebot Genüge getan werden könnte, ist auf der Grundlage der im Verfassungsbeschwerdeverfahren gewonnenen Erkenntnisse nicht ersichtlich.

127 Geleitet und begrenzt wird der Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum durch die Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs und die zu beachtenden Grundrechte aller Betroffenen. Dabei hat der Gesetzgeber auch zu berücksichtigen, dass die für die Behandlung zur Verfügung stehenden begrenzten personellen und sachlichen Kapazitäten des Gesundheitswesens nicht zusätzlich in einer Weise belastet werden, dass das letztendlich angestrebte Ziel, Leben und Gesundheit von Patientinnen und Patienten mit Behinderungen wirkungsvoll zu schützen, in sein Gegenteil verkehrt würde. Gleiches gilt im Hinblick auf die durch den Gesetzgeber zu beachtenden Schutzpflichten für das Leben und die Gesundheit der anderen Patientinnen und Patienten. Hierbei hat der Gesetzgeber die Sachgesetzmäßigkeiten der klinischen Praxis, etwa die aus medizinischen Gründen gebotene Geschwindigkeit von Entscheidungsprozessen, ebenso zu achten wie die Letztverantwortung des ärztlichen Personals für die Beurteilung medizinischer Sachverhalte im konkreten Einzelfall, die in deren besonderer Fachkompetenz und klinischer Erfahrung begründet liegt.

128 Innerhalb dieses Rahmens hat der Gesetzgeber selbst zu entscheiden, ob er Vorgaben zu den Kriterien von Verteilungsentscheidungen macht. Dass aufgrund der Achtung vor der Unantastbarkeit der Menschenwürde Leben nicht gegen Leben abgewogen werden darf, steht einer Regelung von Kriterien, nach denen zu entscheiden ist, wie knappe Ressourcen zur Lebensrettung verteilt werden, nicht von vornherein entgegen; ein Kriterium, das den inhaltlichen Anforderungen der Verfassung genügt, kann vom Gesetzgeber vorgegeben werden. Der Gesetzgeber kann auch Vorgaben zum Verfahren machen. Sofern dies nach Einschätzung des Gesetzgebers wirksamen Grundrechtsschutz verspricht, kann er sich für ein Mehraugen-Prinzip bei Auswahlentscheidungen oder für Vorgaben zur Dokumentation entscheiden. Denkbar sind auch Regelungen zur Unterstützung vor Ort. Dazu kommt die Möglichkeit spezifischer Vorgaben für die Aus- und Weiterbildung in der Medizin und Pflege und insbesondere des intensivmedizinischen Personals, um auf die Vermeidung von Benachteiligungen wegen Behinderung in einer Triage-Situation hinzuwirken. Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, welche Maßnahmen zweckdienlich sind.

Abgeschlossen Dezember 2021

www.logos-verlag.de unter ‚Zeitschriften‘
www.w-hs.de/ReWir

Impressum: Westfälische Hochschule, Fachbereich Wirtschaftsrecht, August-Schmidt-Ring 10,
D - 45665 Recklinghausen, www.w-hs.de/wirtschaftsrecht



Dieser Text steht unter der Lizenz ‚Namensnennung- Keine kommerzielle Nutzung - Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland‘ (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>)



Vertrieb: Logos Verlag Berlin GmbH
Georg-Knorr-Str. 4, Gebäude 10
D-12681 Berlin
<http://www.logos-verlag.de>