

TAGUNGSBERICHT

„Medizinrecht aktuell: Triage – Recht zwischen Leben und Tod“

von Erik Scheiter und
Tom Hendrik Becker*

Die Veranstaltungsreihe „Medizinrecht aktuell“ des Göttinger Zentrums für Medizinrecht, die sich bereits am 21.12.2021 mit einem hochaktuellen Thema im Kontext der Corona-Pandemie – der allgemeinen Impfpflicht – befasst hat¹, fand am 10.2.2022 ihre Fortsetzung. Dieses Mal ging es unter der Überschrift „Triage – Recht zwischen Leben und Tod“ um die Folgen einer möglicherweise weiter eskalierenden Pandemie und insbesondere der befürchteten Überlastung von Intensivstationen in deutschen Krankenhäusern. Das Göttinger Zentrum für Medizinrecht ist ein inter fakultativer Zusammenschluss an der Georg-August-Universität Göttingen, in dessen Rahmen derartige fachübergreifende Fragestellungen im Bereich des Medizinrechts, aber auch im Bereich der Medizinethik behandelt werden. Die Diskussionsrunde wurde dabei in Kooperation mit der studentischen Vereinigung ELSA – European Law Students Association – durchgeführt und konnte einige hochkarätige Referenten aus einschlägigen Fachkreisen gewinnen.

Obleich die aktuelle pandemische Entwicklung hinter den ursprünglich befürchteten Auswirkungen der Omikron-Virusvariante zurückzubleiben scheint, ist die Thematik hochaktuell. Mit Beschluss vom 16.12.2021 (*BVerfG*, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20, in: *KriPoZ* 1/2022, S. 48) hat namentlich der *Erste Senat* des *BVerfG* entschieden, dass der Gesetzgeber Vorkehrungen zum Schutz von Menschen mit Behinderung für den Fall einer Triage schaffen müsse. Darunter versteht man Verfahren zur Priorisierung medizinischer (Intensiv-)Behandlung bei objektiv unzureichenden Behandlungskapazitäten. Bislang sind Entscheidungsträger dabei auf die rechtlich unverbindlichen Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften – allen voran der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) – angewiesen. Nach Ansicht des Gerichts sehe die jetzige Rechtslage jedoch keine ausreichenden Vorkehrungen gegen evtl. Benachteiligung behinderter Personen

vor und verletze damit die aus dem Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG resultierende Schutzpflicht. Nach Ansicht der DIVI stelle dies die Eignung ihrer bisherigen Empfehlungen als taugliche Grundlage für eine gesetzliche Regelung jedoch grundsätzlich nicht in Frage.²

Über diesen komplexen Themenkreis diskutierten auf Einladung des Göttinger Zentrums für Medizinrecht *Prof. Dr. Karsten Gaede*, Direktor des Instituts für Medizinrecht (IMR) an der Bucerius Law School in Hamburg und Inhaber des Lehrstuhls für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, sowie *Prof. Dr. med. Axel Heller*, Direktor der Klinik für Anästhesiologie und Operative Intensivmedizin am Universitätsklinikum Augsburg und seit Oktober 2019 Prodekan der dortigen Medizinischen Fakultät. Außerdem konnten *Prof. Dr. med. Georg Marckmann, MPH*, Leiter des Instituts für Ethik, Geschichte und Theorie der Medizin an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Präsident der Akademie für Ethik in der Medizin (AEM), sowie RA *Prof. Dr. Oliver Tolmein*, Sprecher der Sektion Rechtsberufe der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin (DGP), Honorarprofessor an der Georg-August-Universität und Prozessvertreter im angesprochenen Triage-Fall vor dem *BVerfG*, für die Veranstaltung gewonnen werden. Moderiert wurde der Abend von *Prof. Dr. Gunnar Duttge*, Vorstandsmitglied des Zentrums für Medizinrecht und Leiter der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht der Georg-August-Universität Göttingen.

In seinem einleitenden Beitrag illustrierte *Prof. Dr. med. Heller*, dass der beschränkende Faktor bei den Intensivkapazitäten der Personalmangel sein werde. Eine Triage konnte in Augsburg jedoch durch die umfangreiche und

* Die Verfasser sind Mitarbeiter des Zentrums für Medizinrecht der Georg-August-Universität Göttingen. Für die Anregungen und konstruktive Kritik gilt unser Dank *Prof. Dr. Gunnar Duttge* (Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität).

¹ Vgl. den entsprechenden Tagungsbericht, *Scheiter/Becker*, *KriPoZ* 2022, 67.

² Stellungnahme der DIVI zum Beschluss des *ersten Senats* des *BVerfG* zu Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage v. 28.12.2021, online abrufbar unter: <https://www.divi.de/presse/presse-meldungen/stellungnahme-zum-beschluss-des-ersten-senats-des-bundesverfassungsgerichts-zu-benachteiligungsrisiken-von-menschen-mit-behinderung-in-der-triage> (zuletzt abgerufen am 14.3.2022).

teils deutschlandweite Verlegung von Patienten³ abgewendet werden. In einem Triage-Gesetz sollten nicht nur die Kriterien der Triage an sich geregelt, sondern auch Mechanismen etabliert werden, um eine solche zu verhindern. So sei es sinnvoll, möglichst frühzeitig einen Voralarm auszulösen, um gegebenenfalls kurzfristig personelle oder sachliche Ressourcen zu beschaffen, damit man nicht „kalt“ mit der Triage beginne. Bei einem von *Heller* durchgeführten Vergleich verschiedener Triage-Politiken wiesen score-basierte – also an den Erfolgsaussichten der Behandlung orientierte – Systeme per saldo die geringste Sterblichkeit bei den Patienten auf. Insgesamt sei es dringend nötig, dass der Gesetzgeber Rahmenbedingungen schaffe, die eine straffreie Triage möglich machen.

Prof. Dr. med. Marckmann erklärte die Legitimität der DIVI-Leitlinien mit ihrer Vorgeschichte nach Ausbruch der Corona-Pandemie im Frühjahr 2020: Man habe sehr schnell feststellen müssen, dass es in Deutschland keine belastbaren Rechtsgrundlagen gegeben habe, die den Krankenhäusern bei einer möglichen Überlastung die notwendigen Entscheidungen erleichtert hätten. Daher wollte man als „kleineres Übel“ in die Bresche springen, um dezentrale und ungleiche ad-hoc-Regelungen zu verhindern. Eigentlich sei aber der Gesetzgeber in der Pflicht, diese Regelungslücke zu schließen und Rechtssicherheit zu schaffen.

Marckmann führte des Weiteren aus, dass man das Kriterium der klinischen Erfolgsaussichten einer Behandlung zugrunde gelegt habe. Dafür spreche zum einen, dass dadurch eine Minimierung der Todesfälle infolge medizinischer Ressourcenknappheit zu erreichen sei. Zum anderen sei das Kriterium – beispielsweise bei der Vergabe von Organen (Transplantationsgesetz) – gesellschaftlich bereits anerkannt. Das *BVerfG* habe dieses Modell in seiner Entscheidung – wenn auch nur in Nebensätzen – als unbedenklich eingestuft. Die Simulationen von *Heller* würden die Annahme der Fachgesellschaften stützen, dass ein „First-Come-First-Serve“ oder ein Losverfahren zu höheren Sterblichkeitsraten führe. Das *BVerfG* habe das Kriterium der Erfolgswahrscheinlichkeit nicht per se als Problem gesehen, sondern vielmehr pauschale und stereotype Urteile bei der Anwendung als problematisch eingestuft. Hier sei der Gesetzgeber in der Pflicht, eine diskriminierungsfreie Anwendung zu garantieren.

Prof. Dr. Gaede erläuterte in seinem Kurzvortrag einleitend, dass durch das *BVerfG* jedenfalls die These einer schlechthinnigen Nichtregelbarkeit der Triage verworfen worden sei. Vielmehr habe das Gericht ein normatives Entgegenstreben der Politik eingefordert, um Menschen mit einer Behinderung besser zu schützen. Das Gericht habe die Quality Adjusted Life Years Maßstäbe (QALYs – eine Kennzahl für die Bewertung eines Lebensjahres in Rela-

tion zur Gesundheit⁴) zwar als Kriterium abgelehnt, jedoch die Möglichkeit der Beurteilung nach Maßgabe der unmittelbaren klinischen Erfolgsaussichten grundsätzlich eröffnet. Wichtig sei zudem, dass daraus kein Gebot für ein Losverfahren entstanden sei. Nach Ansicht von *Gaede* sei die Berücksichtigung der klinischen Erfolgsaussicht zu begrüßen, solange keine pauschalen Kategorisierungsformen entscheidungserheblich würden und damit nicht die Gefahr einer mittelbaren Diskriminierung relevant werde. Bzgl. der strafrechtlichen Betrachtung müsse zwischen der ex-ante- (vor Behandlungsbeginn) und der ex-post- (bei bereits gewährter Behandlung) Triage unterschieden werden. Bei der ex-ante-Triage sei, sofern nur überhaupt ein Menschenleben gerettet werde, eine Strafbarkeit nach den Grundsätzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision ausgeschlossen. Diese werfe jedoch Bedenken auf, wenn ein Intensivmediziner nach dem QALYs-Maßstab oder gar aus rassistischen Motiven eine Entscheidung fälle. Eine Strafbarkeit sei dann grundsätzlich möglich. In Bezug auf die ex-post-Triage hat sich das *BVerfG* nicht unmittelbar geäußert. Jedoch nehme die h.M. insoweit wohl eine Strafbarkeit an. Der Moderator merkte an, dass diese Rechtsunsicherheit bei der ex-post-Triage ein genuin juristisches Problem sei, so dass eine gesetzliche Regelung ein wesentlicher Schritt hin zur Rechtssicherheit wäre.

In seinem anschließenden Statement erklärte RA *Prof. Dr. Tolmein*, dass der Grund für die Verfassungsbeschwerde zumindest auch in der bislang wenig inklusiven klinischen Praxis in der Bundesrepublik liege. Einzüräumen sei aber zugleich, dass Gerichtsentscheidungen nicht dazu bestimmt sind, Politik zu ersetzen. *Tolmein* kritisierte die Fehlerkultur der Politik, die im unmittelbaren Nachgang zum Beschluss keine Anstalten gemacht habe, eigene Versäumnisse aufzuarbeiten.

Nachteilig sei, dass in der Vergangenheit bei Weitem nicht alle medizinischen Fachgesellschaften an den Leitlinien der DIVI beteiligt worden seien. Dass die Partizipation von Menschen mit Behinderungen an Vorberatungen im Bundesgesundheitsministerium über soziale Medien erkämpft werden musste, sei zumindest irritierend. Die DIVI-Leitlinien genossen zu Unrecht den Status eines etablierten fachlichen „Standards“. Die dabei in Anspruch genommene Clinical Frailty Scale (Gebrechlichkeitskala) lege sowohl in ihrem Wortlaut als auch in ihrer grafischen Darstellung nahe, dass Menschen mit Behinderung bei einer medizinischen Behandlung generell schlechtere Erfolgsaussichten aufwiesen. Selbst wenn im Endeffekt die Letalität einer zufallsorientierten Triage höher sei, stelle dies im Vergleich zu einer diskriminierenden Triage das gesellschaftlich tragfähigere Ergebnis dar.

Die anschließende Diskussionsrunde eröffnete der Moderator mit der Frage an *Heller* und *Marckmann*, ob in der

³ Als Rahmen für die bundesweite Verlegung von intensivpflichtigen COVID-19-Patienten dient das Kleeblattkonzept, vgl. dazu: Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe, Was ist das Kleeblattkonzept?, online abrufbar unter: https://www.bbk.bund.de/DE/Infothek/Fokusthemen/Corona-Pandemie/Kleeblattkonzept/Was-ist-Kleeblattkonzept/was-ist-kleeblattkonzept_node.html (zuletzt abgerufen am 14.3.2022).

⁴ *Meißner*, Was ist ein Qaly?, Deutsches Ärzteblatt 2010, 107 (12), online abrufbar unter: <https://www.aerzteblatt.de/archiv/70329/Was-ist-ein-Qaly> (zuletzt abgerufen am 14.3.2022).

Gesundheitsversorgung insbesondere Menschen mit Behinderung das Nachsehen haben. *Heller* konnte eine grundsätzliche Benachteiligung, gerade mit Blick auf die Intensivstationen, nicht erkennen. Im Übrigen tue man alles, um eine Triage-Situation zu vermeiden. *Marckmann* betonte, dass sich die DIVI-Leitlinie auf die Überlebenswahrscheinlichkeit des aktuellen Krankheitsverlaufs beziehe und hier kein Unterschied gemacht werde, welche Faktoren diese individuelle Erfolgsprognose beeinflussen. Überdies habe man bereits im Vorfeld der Abfassung in diversen Diskussionsrunden (mit zahlreichen externen Experten) versucht, eine möglichst präzise und sachgerechte Empfehlung zu erstellen. International kenne er kein Land, welches dem Los- oder „First-Come-First-Serve“-System den Vorzug gewährt hätte.

Tolmein forderte eine gesetzliche Regelung, die nicht auf der individuellen Erfolgswahrscheinlichkeit beruht, da hier Komorbiditäten oder der allgemeine Gesundheitszustand zu einer falschen Sichtweise des ärztlichen Personals führen könnten. Es müsse eine prozedurale Regelung geschaffen werden, um die Anwendung von potenziell diskriminierenden Kriterien zu verhindern. Außerdem müsse man über die verpflichtende Einbindung eines Ethikkomitees nachdenken, da bei zwei ähnlich geprägten Menschen auch das Vier-Augen-Prinzip eine diskriminierungsfreie Entscheidung nicht verlässlich sicherstellen könne. Des Weiteren müsse man die Kommunikation im Gesundheitswesen stark verbessern. Erfahrungsgemäß hätten Menschen mit einer Behinderung hier immense Nachteile.

Auf die Frage des Moderators, wie man bei Zugrundelegung der klinischen Erfolgsaussicht eine Diskriminierung unterbinden könnte, betonte *Heller* erneut die „Unbestechlichkeit“ von aktuellen physiologischen Scores, da Behinderungen dort unerheblich seien. *Marckmann* merkte noch an, dass es sich bei dem empfohlenen Verfahren nicht um ein Vier-Augen-, sondern um ein Mehr-Augenprinzip handele. Man habe im Blick, dass ähnlich geprägte Menschen mit hoher Wahrscheinlichkeit auch eine ähnliche Entscheidung treffen würden. Um dies zu verhindern, könnte man zum Beispiel Pflegekräfte oder einen Vertreter der Ethik miteinbeziehen.

Gaede führte aus, dass das Gericht einen Rahmen akzeptiert habe, innerhalb dessen die unmittelbare Überlebenswahrscheinlichkeit einen Platz gefunden habe und eine Entscheidung auf dieser Grundlage durchaus möglich und verfassungskonform sei. Damit habe das *BVerfG* die Grundposition der deutschen Intensivmedizin, wie sie sich in der Leitlinie manifestiert, bestätigt. Auf die Frage des Moderators, ob eine ex-post Triage nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße, da das schicksalhafte „Glück“ einer früheren Behandlung kein Sachkriterium sei, antwortete *Gaede*, dass aus seiner Sicht eine zwingende Teilhabegerechtigkeit nur erreicht werden könne, wenn die Triage eher als fortlaufender Prozess gesehen werde und man nicht allein „an der Tür“ entscheide, was dem naturalistischen Zufall erst Raum geben würde. Darauf aufbauend merkte *Gaede* noch an, dass die ex-post Triage momentan nicht rechtssicher durchgeführt werden

könne. Rechtssicherheit sei nur durch eine künftige höchstrichterliche Entscheidung oder – noch besser – durch eine gesetzliche Regelung erreichbar.

Marckmann ergänzte zum Problembereich der ex post-Triage, dass es jedenfalls aus ethischer Sicht irrelevant sei, ob jemand durch ein anfängliches Unterlassen der Therapie oder durch eine spätere „aktive“ Begrenzung der lebenserhaltenden Behandlung sterbe. Es spreche mithin vieles dafür, auch die bereits in Behandlung befindlichen Patienten in die Re-Evaluation mit einzubeziehen. Für *Tolmein* ist hingegen zentral, eine Behandlung nicht abubrechen, solange sie für den bereits behandelten individuellen Patienten noch medizinisch indiziert sei. Eine Triage müsse in jedem Fall als „gesellschaftliche Katastrophe“ betrachtet werden; sie dürfe nicht auch noch zu einer „humanen Katastrophe“ werden. *Tolmein* stellte weiterhin klar, dass er zugunsten der Beschwerdeführenden am ehesten einer zufallsbasierten Triage oder dem Prinzip des „First-Come-First-Serve“ zugeneigt sei. Der Zufall sei ohnehin eine Größe, die in der Zuteilung medizinischer Behandlungsressourcen nicht auszuschließen sei. *Marckmann* räumte ein, dass Zufälle auch bei einer Orientierung an der klinischen Erfolgswahrscheinlichkeit nicht auszuschließen seien. Umgekehrt stelle das Modell von „First-Come-First-Serve“ jedoch nicht sicher, dass die Auswahl tatsächlich zufällig sei. Denn es sei ohne Weiteres denkbar, dass bei Menschen mit Behinderung ein späterer Behandlungsbeginn und damit einhergehend ein ungünstiger Ausgangspunkt im Rahmen der Auswahlentscheidung gerade aufgrund ihrer Behinderung vorliege.

Zum Abschluss stellte der Moderator die Frage, was sich die Referenten am drängendsten zur Lösung des Problems wünschen würden. Für *Heller* war dies, dass klare Rahmenbedingungen durch den Gesetzgeber geschaffen werden und eine Triage für den in einer Zwangslage befindlichen Arzt straffrei möglich sein müsse. Ergänzend wünschte sich *Marckmann* eine breitere gesellschaftliche Debatte, damit die Diskussion nicht nur innerhalb des Bundesgesundheitsministeriums stattfinde. Für *Gaede* war darüber hinaus wichtig, dass die im Beschluss aufgeworfenen Diskriminierungsfragen abseits der Ausnahmesituation einer Triage auch für allgemeine Allokationsfragen im ärztlichen Alltag diskutiert werden. Neben dem in der Runde konsentierten Umstand, eine Triage schon im Voraus abzuwenden, wurde von *Tolmein* gefordert, die Partizipation von Menschen mit Behinderungen an dem Gesetzgebungsverfahren und seiner Umsetzung zu stärken.

Was ist nun in der Konsequenz dieser Überlegungen für die nähere Zukunft zu erwarten? Der Auftrag an den Gesetzgeber ist klar: Es müssen unverzüglich regulatorische Maßnahmen getroffen werden, um Menschen im Falle einer Triage wirksam vor Benachteiligungen aufgrund einer Behinderung zu schützen. Seitens der Politik kann somit nicht mehr auf die vage Hoffnung gesetzt werden, dass man auf die DIVI-Leitlinie verweisen und sich ansonsten vor einer Befassung mit dieser Thematik herumdrücken könnte. Bemerkenswert erscheint dabei das relative Desinteresse in der medialen Berichterstattung, wo es doch –

wie der Titel der Veranstaltung bereits verdeutlicht – um nicht weniger als die Entscheidung über Leben und Tod geht. Es bleibt zu hoffen, dass die aufgeworfenen Fragen auch vor dem Hintergrund anderer drängender Themen einer breiten parlamentarischen Debatte zugeführt werden.

Wichtig erscheint dabei, insbesondere auch die (strafrechtliche) Frage nach der Zulässigkeit einer ex-post-Triage rechtssicher zu beantworten. Mit einer Regelung durch den Gesetzgeber ist dabei sicherlich nicht nur den

Menschen mit Behinderungen geholfen, sondern auch dem medizinischen Fachpersonal. Illusorisch bleibt jedoch die Annahme, dass mit einer gesetzgeberischen Regelung der hohe moralische Stress der Behandelnden in der konkreten Entscheidungssituation beseitigt wäre. Eine Triage-Situation durch effektive gesamtgesellschaftliche Infektionsschutzmaßnahmen möglichst zu vermeiden, darf folglich nicht vernachlässigt werden, sondern bleibt erste und drängendste Aufgabe aller politischen, medizinischen und nicht zuletzt gesellschaftlichen Anstrengung.