

# GESETZLICHE REGELUNG DER PANDEMIEBEDINGTEN TRIAGE

## Überblick

- Bisher gibt es trotz der Verpflichtung des Gesetzgebers aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 und 3 GG in Deutschland keine gesetzliche Grundlage für Triage-Entscheidungen in der Pandemie.
- Der Gesetzgeber muss die „klinische Erfolgsaussicht“ im Sinne des „kurzfristigen Überlebens der aktuellen Erkrankung“ als alleiniges positives Auswahlkriterium vorgeben und über negative Auswahlkriterien verbotene Diskriminierungen ausschließen.
- Für den Fall, dass danach eine Auswahl nicht eindeutig vorgenommen werden kann, muss ein Losentscheid vorgesehen werden.
- Die Auswahlkriterien sind organisatorisch und prozedural zu flankieren.

## Was ist Triage?

Der Begriff „Triage“ (frz. *trier* = aussortieren) beschreibt den Fall, dass nicht ausreichend lebensnotwendige, medizinische Ressourcen für alle aktuell behandlungsbedürftigen Patienten zur Verfügung stehen, weshalb durch ein Auswahlverfahren entschieden werden muss, welcher der Patienten behandelt wird.

Die Triage im Pandemiekontext ist demnach die „Entscheidung über die Verteilung von pandemiebedingt knappen intensivmedizinischen Behandlungsressourcen“ (BVerfG).

Dabei unterscheidet man zwischen den Formen der *Ex-ante-Triage* und der *Ex-post-Triage*. Die *Ex-ante-Triage* beschreibt den Fall, dass auf ein freies intensivmedizinisches Beatmungsgerät zwei oder mehr Patienten treffen, welche die Apparatur unmittelbar und unbedingt benötigen. Die *Ex-post-Triage* erfasst hingegen den Fall, dass alle Beatmungsgeräte bereits vergeben sind und ein oder mehrere weitere Patienten nachträglich hinzukommen, die ebenfalls auf ein solches unabweisbar und sofort angewiesen sind.

## Warum ist das wichtig?

Weltweit und auch in der Bundesrepublik wird im Kontext der Covid-19-Pandemie immer wieder berichtet, die intensivmedizinische Versorgungslage spitze sich in den Kliniken dergestalt zu, dass alsbald mit Triage zu rechnen sei.

Diejenigen Patienten, welchen im Kontext z.B. der Covid-19-Pandemie infolge einer Triage die intensivmedizinische Behandlung z.B. mittels

Beatmungsgeräts verweigert wird, versterben in der Regel. Die Triage im Pandemiefall ist damit eine Entscheidung über Leben und Tod.



© DLR Projektträger / BMBF

Dennoch gibt es derzeit keine gesetzliche Regelung der Triage.

Die bisherigen strafrechtlichen und medizinethischen Ansätze regeln das Problem aus verfassungsrechtlicher Sicht nur ganz unzureichend. Sie bilden weder eine rechtsverbindliche und rechtssichere Entscheidungsgrundlage für die Ärzte, noch schützen sie die betroffenen, um die knappe intensivmedizinische Ressource konkurrierenden Patienten vor einer unzulässigen Ungleichbehandlung.

Eine gesetzliche, umfassende Regelung der Triage im Pandemiekontext ist daher nicht nur sinnvoll, sondern aus verfassungsrechtlicher Sicht auch geboten.

## Wie ist der verfassungsrechtliche Rahmen?

Der Gesetzgeber ist aufgrund der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit dem Schutzauftrag aus Art. 3 Abs. 1 und 3 GG

dazu verpflichtet, die betroffenen Patienten im Triage-Fall vor grundrechtlich nicht hinnehmbaren Eingriffen in ihr individuelles Leben zu bewahren und hierzu die notwendigen, das ärztliche Handeln rechtsklar und rechtsverbindlich steuernde Maßnahmen bereits im Vorfeld zu treffen.

Dabei muss der Gesetzgeber auf eine gemäß Art. 3 Abs. 1 GG gleichheitsgerechte Auswahl zwischen den um ihr Leben ringenden, miteinander um die rettende intensivmedizinische Ressource konkurrierenden Patienten hinwirken und die Auswahl anhand der nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotenen, mit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) in direkter Beziehung stehenden Differenzierungskriterien ausschließen.

Diese grundrechtsrelevante Frage einer „Zuteilung von Lebenschancen“ (BVerfG) ist nach der Wesentlichkeitslehre dem parlamentarischen Gesetzgeber zur Entscheidung in einem formellen Gesetz zu überantworten.

Einer parlamentsgesetzlichen Regelung stehen die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und das damit einhergehende Postulat der „Lebenswertindifferenz“ nicht per se entgegen.

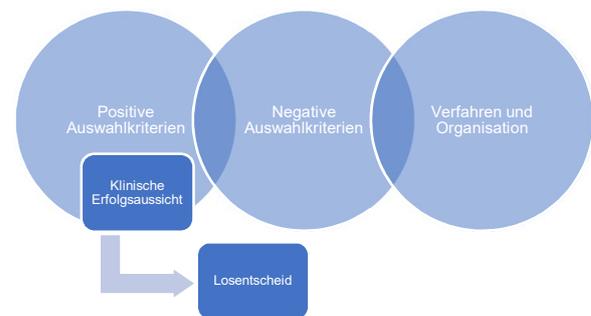
### Eckpunkte einer Triage-Regulierung

Das verfassungsrechtlich allein zulässige, aber auch zwingende positive Auswahlkriterium ist die „klinische Erfolgsaussicht“ bezogen auf „die kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit der aktuellen Erkrankung“ (vgl. BVerfG), die nicht auf pandemiebedingte Erkrankungen beschränkt werden darf. Sie stellt einen gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V. mit Art. 3 Abs. 1 und 3 GG sachgerechten, bereichsspezifischen Differenzierungsgrund in einer pandemiebedingten Triage-Situation dar. Eine mittelbar-faktische Benachteiligung aufgrund von Behinderung, Alter oder genetischer Merkmale ist bei der Bestimmung der Indikatoren für die Feststellung der klinischen Erfolgsaussicht auszuschließen. Wegen jener Indikatoren darf der Gesetzgeber auf den Stand der medizinischen Wissenschaft verweisen, der in BÄK-Richtlinien zu konkretisieren ist, welche der Genehmigung des Bundesgesundheitsministeriums bedürfen. Zu den Indikatoren können auch „Komorbidität“ oder „Gebrechlichkeit“ gehören, sofern jene nicht stereotypisierend wegen Behinderung, Alter oder genetischer Merkmale zu einer negativen Prognose führen.

Negative Auswahlkriterien bilden die nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotenen Diskriminierungsgründe, ergänzt um die z.B. in Art. 21 Abs. 1 EUGrCh und § 1 AGG normierten Merkmale.

Für den Fall, dass anhand der Auswahlkriterien eine Verteilung der intensivmedizinischen Ressource nicht möglich ist, muss ein Losentscheid vorgesehen werden.

Der Gesetzgeber muss in organisatorischer und prozeduraler Hinsicht Zusammensetzung und Arbeitsweise von dreiköpfigen, aus einer Intensivpflegekraft und zwei Ärzten bestehenden Triage-Teams regeln. Hinsichtlich der Zusammensetzung kommt es auf Fachkompetenz und Erfahrung an, hinsichtlich der Arbeitsweise auf ärztliche Letztverantwortung und Dokumentation, welche sich zwingend damit auseinandersetzen muss, welche Bedeutung Behinderung, Alter und genetische Merkmale bei der Entscheidungsfindung eingenommen haben, um stereotypisierende Benachteiligungen auszuschließen.



Der Gesetzgeber muss die *Ex-post*-Triage aus verfassungsrechtlichen Gründen verbieten. Bei der *Ex-post*-Triage befinden sich die Patienten faktisch und normativ in einer nicht vergleichbaren Lage. Auf den bereits behandelten Patienten wird durch die *Ex-post*-Triage ein unmittelbarer Zwang zur Selbstaufopferung zugunsten des neu hinzutretenden Patienten ausgeübt. Normativ liegt darin nicht nur ein Eingriff in das Lebensrecht, sondern bei fortgesetztem Behandlungswillen des Patienten auch in dessen persönliche Autonomie vor. Dieser Eingriff ließe sich nur unter Verstoß gegen das Prinzip der „Lebenswertindifferenz“ mit Rücksicht auf das Leben des hinzutretenden Patienten aufwiegen.

#### Ausführliche Darstellung:

- Dederer/Preiß, JuristenZeitung 2022, 170.
- Weitere Nachweise zum Meinungsstand ebenda.

GEFÖRDERT VOM