

Infektionsschutzrechtliche „Triage“ – Wer darf überleben? – Zur Verteilung knapper medizinischer Güter aus juristischer Sicht – *

Jochen Taupitz

A. Problemaufriss

Es ist Grippe-Zeit, doch ausreichender Impfstoff fehlt. Wer darf die vorhandenen Medikamente erhalten und wer nicht? Wer darf vorsorglich geschützt werden und welcher Erkrankte wird behandelt? Oder auch ganz konkret: Wer darf überleben? Fragen, die sich aus rein medizinisch-naturwissenschaftlichen Erwägungen nicht beantworten lassen. Es geht – auch – um Gerechtigkeit und somit um ethische und juristische Aspekte.¹

In Zeiten zunehmender Mobilität breiten sich neuartige Viren und Erreger immer schneller auf dem gesamten Erdball aus – und so wächst die Gefahr einer Pandemie. Eine Pandemie² als zeitlich begrenzte, aber weltweit grassierende Infektionskrankheit zeichnet sich dadurch aus, dass sie mit einer hohen Morbidität und Mortalität einhergeht, in ihrer Folge unter anderem auch die lebensnotwendige Versorgung der Bevölkerung gefährden sowie die zuständigen staatlichen Stellen und sonstigen Mitwirkenden bei ihrer Bekämpfung überfordern kann.³ Die sogee-

* Meiner wiss. Mitarbeiterin *Anamaria Baltes* danke ich herzlich für die Mitwirkung bei der Vorbereitung dieses Beitrags.

1 *Brech*, Triage und Recht, 2008, S. 151; *Ach/Wiesing*, Ethische Aspekte des Organmangels und der Organverteilung in: Brudermüller/Seelmann (Hrsg.), Organtransplantation, 2000, S. 139 (145 ff.).

2 Das deutsche Recht kennt den Begriff „Pandemie“ nicht. Das Grundgesetz enthält aber in Art. 11 Abs. 2 Var. 3, 13 Abs. 7 Hs. 2 GG den Begriff der Seuchengefahr. Im schweizerischen Recht wird „Pandemie“ in Art. 2 b. Verordnung über Maßnahmen zur Bekämpfung einer Influenza-Pandemie (Influenza-Pandemieverordnung, IPV) vom 27.4.2005 (Stand: 1.7.2007) als „zeitlich begrenzte, weltweite und massive Häufung von Erkrankungen beim Menschen, die durch ein neuartiges Influenzavirus verursacht werden, das sich rasch ausbreitet, hoch ansteckend ist und gegen das ein großer Teil der Weltbevölkerung keine Immunität besitzt“ definiert.

3 So auch *Kloepfer/Deye*, Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, DVBl. 2009, 1208 (1209); entsprechend dem Pandemie-Begriff der WHO und deren Einteilung der Influenzapandemie in Phasen: WHO, Pandemic Influenza – Preparedness and Response, 2009, S. 13, 30 ff., verfügbar unter http://www.who.int/csr/disease/influenza/PIP_Guidance09.pdf. Zur Phaseneinteilung der WHO siehe auch Bundesministerium für Gesundheit, Nationaler Pandemieplan, Teil III, 2. aktualisierte Fassung, Stand: Mai 2007, S. 32 ff.; verfügbar unter http://www.bmg.bund.de/cln_160/SharedDocs/Downloads/DE/

nannte „spanische Grippe“ forderte zu Anfang des 20. Jahrhunderts mindestens 20 Millionen Menschenleben weltweit. Und erst jüngst wurde die Menschheit von einer neuen Influenza bedroht: Die sogenannte „Schweinegrippe“ führte im letzten Jahr vor Augen, wie lange es dauert, bis ein geeigneter Impfstoff entwickelt und ausreichend getestet ist. Die flächendeckene Versorgung mit diesem Impfstoff war auf die Schnelle nicht möglich. Und so stellte sich auch hier die Frage: Wer darf geimpft werden: Frauen und Kinder zuerst? Oder ältere Menschen? Oder oder oder.

B. Triage

Der Begriff Triage wird vom französischen Wort „trier“⁴ = „aussortieren“, „aussondern“, „sichten“ hergeleitet. Dementsprechend ist die „Triage“ die Sichtung und Auslese von Patienten im Kriegsfall oder im Rahmen einer möglichst wirkungsvollen Organisation von Rettungseinsätzen im Katastrophenfall und somit ein spezieller Fall der akuten Knappheit von Behandlungsressourcen.⁵

Die Sichtung der Patienten im Sinne einer Triage führt zur Einteilung der Patienten in verschiedene Gruppen.⁶ In Triagegruppe I werden diejenigen Menschen eingeordnet, die akut lebensbedrohlich erkrankt oder gefährdet sind. Schwerverletzte oder -erkrankte, bei denen eine Behandlung zwar dringend ist, aber aufgeschoben werden kann, bilden Triagegruppe II. Leicht verletzte und erkrankte Personen sind in Triagegruppe III einzustufen. Sie sind bei einer Behandlung zurückzustellen. All jene, die hoffnungslos verloren und somit ohne Überlebenschancen sind, fallen in Triagegruppe IV. Ihnen kommt ein knappes medizinisches Gut nicht zugute. Bei diesen Patienten werden lediglich Schmerzen gelindert, doch eine Rettung nicht mehr angestrebt, da sie aussichtslos ist.⁷ Die in Deutschland heute vorgenommene Gruppeneinteilung beruht auf einem Exper-

Standardartikel/S/Glossar-Schweinegrippe/pandemieplan__teil3,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/pandemieplan__teil3.pdf; *Kloepfer/Deye*, Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, DVBl. 2009, 1208 (1210).

4 Vgl. *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 9; *Nagy*, Die Triage, Zivilverteidigung 1984, S. 14 (14).

5 *Künschner* (Fn. 4), S. 9; *Lübbe*, Veralltäglicung der Triage? Überlegungen zu Ausmaß und Grenzen der Opportunitätskostenorientierung in der Katastrophenmedizin und ihrer Übertragbarkeit auf die Alltagsmedizin,, in: *Ethik in der Medizin 2001*, S. 148 (149).

6 *Schneider/Wolcke/Böhmer*, Taschenatlas Notfall- und Rettungsmedizin, 3. Auflage 2006, S. 74; *Nagy* (Fn. 4), S. 14 (14).

7 *Schneider/Wolcke/Böhmer* (Fn. 6), S. 74.

tenkonsens aus dem Jahr 2002, der sich unter anderem von österreichischen Regelungen und Erfahrungen leiten ließ.⁸

Nach welchen Kriterien die Bevölkerung allerdings im (drohenden) Pandemiefall und somit unter infektionsschutzrechtlichen Gesichtspunkten zu versorgen ist, wird im Folgenden zu klären sein.

Im Pandemieplan des Landes Hessen (Stand: Februar 2007⁹) ist vorgesehen, dass zunächst das Gesundheitspersonal geimpft werden soll, weil diese Personen einerseits besonders gefährdet sind zu erkranken und andererseits ihr Ausfall eine Einschränkung der Krankenversorgung allgemein bedeute. Im Weiteren sollen die Kräfte zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geimpft werden, da deren ausreichende Präsenz für die im Zusammenhang mit einer Pandemiewelle auftretenden Sekundärprobleme unbedingt erforderlich sei. Der übrigen Bevölkerung soll in zeitlicher Aneinanderreihung die Impfung nach Abwägung der Kriterien Mortalität, Morbidität oder Verbreitungspotential angeboten werden.

Im Entwurf eines Pandemieplans für Nordrhein-Westfalen wird folgende Reihenfolge vorgeschlagen:

1. Gesundheitspersonal, Personal von Rettungsdienst und Feuerwehr,
2. Polizei, Ordnungsbehörden, Ver- und Versorgungsunternehmen,
3. weiteres Personal des Katastrophenschutzes,
4. Personen mit dem Risiko eines schweren Krankheitsverlaufs
und
5. Allgemeinbevölkerung.¹⁰

Auch Baden-Württemberg¹¹ sieht in dem Entwurf seines Pandemieplans vor, dass Beschäftigte des Gesundheitswesens vorrangig mit knappem Impfstoff ver-

8 *Sefrin/Weidinger/Weiss*, Sichtungskategorien und deren Dokumentation, DÄBl. 2003, S. A-2057 (A-2057); zu Vorläufern siehe Brech (Fn. 1), S. 52 f.

9 Hessisches Sozialministerium, Pandemieplan des Landes Hessen, Stand: Februar 2007, S. 18; verfügbar unter http://www.hessen.de/irj/HSM_Internet?cid=b435e801d3d0a57c52ef29a4a7d8950f.

10 Entwurf eines kommunalen Pandemieplans für Nordrhein-Westfalen, Stand: 2. Mai 2007, S. 33. Der Entwurf ist verfügbar unter http://www.staedtetag-nrw.de/imperia/md/content/stnrw/internet/2_fachinformationen/2007/entwurf_kommunaler_pandemieplan_f_r_nrw_-_stand_02.05.2007.pdf.

sorgt werden sollen. Als zweite Gruppe – eines wohl nicht abschließenden Planes – soll jenes Personal geimpft werden, das zur Aufrechterhaltung der Infrastruktur notwendig ist. Eine solche Prioritätenliste soll unter anderem sicherstellen, dass die Funktionsfähigkeit des Staates gerade auch in einer Ausnahmesituation, wie sie eine Pandemie darstellt, erhalten bleibt.¹²

C. Das Fehlen einer einschlägigen Gesetzesnorm in Deutschland

Auf der Suche nach einer einschlägigen Rechtsnorm, die das Verteilungsproblem knapper medizinischer Güter im Pandemiefall regelt, wird man im deutschen Recht nicht fündig. Dies erstaunt zunächst, ist der Gesetzgeber doch in verschiedener Hinsicht tätig geworden und hat er zahlreiche Regelungen für etwaige Pandemiefälle getroffen. Hierzu zählen z. B. das Zivilschutzgesetz¹³ und das Infektionsschutzgesetz¹⁴ des Bundes, die Katastrophenschutzgesetze und Rettungsdienstgesetze der Länder und die auf Basis dieser Gesetze erlassenen Rechtsverordnungen. Doch gerade die Verteilung knapper medizinischer Güter im (drohenden) Pandemiefall und damit die Priorisierung bei der Zuteilung von präventiv wirkenden Impfstoffen und therapeutisch wirkenden Arzneimitteln ist in ihnen nicht rechtssatzförmig geregelt.¹⁵

Bund und Länder haben in den vergangenen Jahren sogenannte Pandemiepläne zur Pandemievorsorge erarbeitet. Auf Bundesebene ist für die Pandemievorsorge und -bekämpfung der nationale Pandemieplan maßgeblich. Dieser hat das Ziel, Morbidität und Mortalität der Gesamtbevölkerung zu reduzieren, die Versorgung Erkrankter sicherzustellen, essentielle, öffentliche Dienstleistungen aufrecht zu erhalten und die zuverlässige und zeitnahe Information für politische Entscheidungsträger, das Fachpersonal, die Öffentlichkeit und Medien zu gewährleisten.¹⁶ Dieser nationale Pandemieplan enthält jedoch ausdrücklich lediglich Hand-

11 Entwurf eines Influenzapandemieplans für Baden-Württemberg, Stand: Mai 2008, S. 27. Der Entwurf ist verfügbar unter http://www.sm.baden-wuerttemberg.de/fm7/1442/Influenzapandemieplan_Mai08.pdf.

12 *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), DVBl. 2009, 1208 (1219).

13 Gesetz über den Zivilschutz und die Katastrophenhilfe des Bundes (Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz – ZSKG) vom 25.3.1997, BGBl. I S. 726, zuletzt geändert durch Art. 2 Nr. 1 des Gesetzes vom 29.7.2009, BGBl. I S. 2350.

14 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) vom 20.7.2000, BGBl. I S. 1045, zuletzt geändert durch Art. 2a des Gesetzes vom 17.7.2009, BGBl. I S. 2091.

15 *Brech* (Fn. 1), S. 151.

16 Bundesministerium für Gesundheit, Nationaler Pandemieplan, Teil III, 2. aktualisierte Fassung, Stand: Mai 2007, S. 9; verfügbar unter http://www.bmg.bund.de/cln_160/

lungsempfehlungen.¹⁷ Er stellt keine formelle oder materielle Gesetzesvorschrift dar. Die Ausarbeitung rechtlich verbindlicher Vorschriften war dem beschlussfassenden Gremium auch gar nicht möglich. Urheber des Pandemieplanes ist eine beim Robert Koch-Institut (RKI) angesiedelte Expertengruppe.¹⁸ Der Plan geht somit weder auf ein Organ der Legislative noch der Exekutive zurück. Schon aus formellen Gründen kann dieser nationale Pandemieplan daher mangels eines zum Erlass von Gesetzen ermächtigten Organs nicht die Qualität eines formellen oder materiellen Gesetzes für sich beanspruchen.¹⁹ Der nationale Pandemieplan ist auch keine Verwaltungsvorschrift mit bloß verwaltungsinterner Bindung.²⁰ Verwaltungsvorschriften werden von einer vorgesetzten Behörde gegenüber nachstehenden Behörden erlassen, um die einheitliche Anwendung und Auslegung von Gesetzen und Rechtsverordnungen sicherzustellen.²¹ Sie können folglich nur von der Exekutive erlassen werden.²² Die Expertengruppe beim Robert Koch-Institut gehört jedoch nicht der Exekutive an. Außerdem wendet sich der Pandemieplan ausdrücklich auch an nicht einer Behörde Angehörige,²³ er kann auch deshalb keine verwaltungsinterne Vorschrift sein.²⁴ Ferner handelt es sich beim Pandemieplan nicht um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG.²⁵ Zum einen wurden die Handlungsempfehlungen im nationalen Pandemieplan – wie dargestellt – nicht von einer Behörde erlassen; zum anderen sind sie nicht auf die Setzung von Rechtsfolgen ausgerichtet, weshalb es an der für einen Verwaltungsakt erforderlichen Regelungswirkung fehlt. Aus diesen

SharedDocs/Downloads/DE/Standardartikel/S/Glossar-Schweinegrippe/pandemieplan__teil3,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/pandemieplan__teil3.pdf.

- 17 Bundesministerium für Gesundheit, Nationaler Pandemieplan, Einleitung, Stand: Mai 2007, S. 1; verfügbar unter http://www.bmg.bund.de/cln_160/SharedDocs/Downloads/DE/Standardartikel/S/Glossar-Schweinegrippe/pandemieplan__teil1,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/pandemieplan__teil1.pdf.
- 18 *Kraft/Dohmen*, Rechtliche Aspekte einer Pandemie in Deutschland, PharmR 2008, 401 (402).
- 19 Ebenso *Walus*, Pandemie und Katastrophennotstand: Zuständigkeitsverteilung und Kompetenzmängel des Bundes, DöV 2010, 127 (132); vgl. auch *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), DVBl. 2009, 1208 (1214).
- 20 Ebenso *Walus* (Fn. 19), DöV 2010, 127 (132); vgl. auch *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), DVBl. 2009, 1208 (1214).
- 21 *Hill*, Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, NVwZ 1989, 401 (401).
- 22 *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 7. Auflage 2008, § 1 Rn. 212.
- 23 Vgl. Nationaler Influenza-Pandemieplan III (Fn. 16), S. 10: „alle Gesellschaftsmitglieder“; Appell an die Einsicht und den Willen der Bürger, den Herausforderungen einer Pandemie solidarisch und kooperativ zu begegnen.
- 24 Ebenso *Walus* (Fn. 19), DöV 2010, 127 (132); vgl. auch *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), DVBl. 2009, 1208 (1214).
- 25 Ebenso *Walus* (Fn. 19), DöV 2010, 127 (132); vgl. auch *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), DVBl. 2009, 1208 (1214).

Gründen stellt der Plan auch keine Allgemeinverfügung im Sinne von § 35 S. 2 VwVfG dar.²⁶ Insgesamt handelt es sich bei dem nationalen Pandemieplan um eine rechtlich unverbindliche Handlungsempfehlung.²⁷

Auch auf Landes- und Kommunalebene finden sich Pandemie-Rahmenpläne und Pandemiepläne.²⁸ Die Pandemie-Rahmenpläne²⁹ dienen der Konkretisierung des nationalen Pandemieplans, orientieren sich im Aufbau an dem nationalen Pandemieplan und beinhalten im Wesentlichen auch dessen Empfehlungen. Anpassungen finden sich aber im Hinblick auf den Verwaltungsaufbau und die Verwaltungszuständigkeiten innerhalb des Landes.³⁰ Sie sind – wie der nationale Pandemieplan – lediglich Ausfluss einer Planung und daher nicht verbindlich.³¹

Auch die Landespandemiepläne erschöpfen sich in der Regel explizit in Handlungsempfehlungen³² und sind daher ebenfalls nicht verbindlich. Gleiches gilt für die kommunalen Pandemiepläne.³³ Sie alle konkretisieren die im nationalen Pandemieplan vorgesehenen Maßnahmen für das konkrete Land bzw. die Kommune, liefern insbesondere Planungshilfen, Informationen, Hinweise und Empfehlungen, bieten also eine Hilfestellung (aber auch nicht mehr). Daneben werden viel-

- 26 Auch abstrakt-generelle Regelungen in Form einer Allgemeinverfügung können nur von Behörden erlassen werden, siehe *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 22), § 35 Rn. 51 i.V.m. § 35 Rn. 269.
- 27 *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), DVBl. 2009, 1208 (1215); *Walus* (Fn. 19), DöV 2010, 127 (132).
- 28 Eine Übersicht zu den zurzeit geltenden Pandemie-Rahmenplänen und Pandemiepläne der Bundesländer sind im Internet unter http://www.rki.de/clin_178/nn_1731376/DE/Content/InfAZ/1/Influenza/Pandemieplaene__Bundeslaender.html verfügbar. Der nationale Pandemieplan spricht bereits von Pandemieplänen der Länder und Ausführungsplänen der Kommunen und fasst die Landespandemiepläne ausdrücklich als „Informationen, Hinweise und Empfehlungen“ auf, siehe Nationaler Influenza-Pandemieplan (Fn. 17), Einleitung S. 1 f.
- 29 Vgl. die Pandemie-Rahmenpläne in Bayern, Berlin, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein, Nwe. Fn. 28.
- 30 *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), DVBl. 2009, 1208 (1216).
- 31 *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), DVBl. 2009, 1208 (1216).
- 32 Vgl. Entwurf eines Influenzapandemieplans für Baden-Württemberg (Fn. 11), S. 6 f.; Influenzapandemieplan des Landes Bremen, S. 3 f.; Influenza-Pandemieplan Mecklenburg-Vorpommern, S. 4; Niedersächsischer Influenza-Pandemieplan, S. 3; Empfehlungen zur Umsetzung des Nationalen Influenzapandemieplanes in Rheinland-Pfalz, S. 3; Influenzapandemieplan des Saarlandes, S. 5; Influenza-Pandemieplanung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales, Vorwort, S. 1; Thüringer Influenza-Pandemieplan, S. 5 f. Eine Ausnahme bildet der Pandemieplan des Landes Hessen (s. Fn. 9), welcher keine Aussage zu seiner Rechtsnatur trifft. Die Landespandemiepläne sind unter http://www.rki.de/clin_178/nn_1731376/DE/Content/InfAZ/1/Influenza/Pandemieplaene__Bundeslaender.html verfügbar.
- 33 Vgl. Entwurf eines kommunalen Pandemieplans für Nordrhein-Westfalen (s. Fn. 10), S. 9 f.; Kommunaler Influenzapandemieplan für Frankfurt am Main, S. 10 ff.

fach auch die Verantwortlichen für die zu ergreifenden Maßnahmen und deren Zuständigkeiten benannt.

Somit bleibt festzuhalten, dass die vom Bund und von den Ländern erarbeiteten Pandemiepläne keine rechtssatzförmigen Regelungen enthalten.

D. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung?

Die bloße Nichtexistenz einer rechtssatzförmigen Entscheidung begründet nicht zugleich deren Notwendigkeit. Zu klären ist folglich die Frage, ob eine gesetzliche Regelung der Allokation knapper Arzneimittel im Pandemiefall überhaupt erforderlich ist.

Kritiker einer möglichen gesetzlichen Regelung führen an, dass sich bereits aus der traditionellen ärztlichen Standesethik ermitteln lasse, wie knappe medizinische Güter zu verteilen sind.³⁴ Die Bestimmung der Dringlichkeit und der Erfolgsaussichten der Anwendung eines Medikaments bei einem bestimmten Patienten sei der Fachkompetenz der Medizin zuzuordnen. Hinzu komme, dass sich das rechtlich Gebotene im Zweifel ohnehin am medizinischen Standard orientiere.³⁵ Es genüge also, wenn Ärzte dem medizinischen Standard gemäß handeln.³⁶

Dieser Auffassung steht allerdings entgegen, dass Allokationskriterien darüber entscheiden sollen, welcher Patient *anstelle anderer Patienten* das benötigte Medikament erhält, wer also „bevorzugt“ wird. Das Problem der interpersonellen Verteilung kann die Medizin in ihrer Eigenschaft als Naturwissenschaft jedoch nicht mit eigenen „Bordmitteln“ lösen.³⁷ Sie kann lediglich sagen, ob die Anwendung eines Arzneimittels bei *einem* Patienten „sinnvoll“ ist. Beim Vergleich von Patienten und bei der Abwägung von Zielkonflikten ist die Medizin auf *normative Vorgaben* (Ethik, Recht) angewiesen.³⁸ Zwar ist auch die Medizin-

34 *Herb*, Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin, 2002, S. 179.

35 Zum medizinischen Standard als Maßstab für das Recht siehe differenzierend *Taupitz*, Leitlinien in der Zahnmedizin: Haftungsrisiko oder Freibrief für den Zahnarzt?, in: FS Müller, 2009, S. 311 (318 f.); *ders.*, Bindungswirkung von Standards im Gesundheitswesen, in: Möllers (Hrsg.), Geltung und Faktizität von Standards, 2009, S. 63 (66 ff.).

36 *Herb* (Fn. 34), S. 179.

37 *Taupitz*, Rechtliche Aspekte der Standardisierung, in: Dietrich/Imhoff/Kliemt (Hrsg.), Standardisierung in der Medizin, 2004, S. 263 (281).

38 *Ach/Wiesing* (Fn. 1), S. 139 ff., S. 145; *Brech* (Fn. 1), S. 101; *Bausch/Kohlmann*, Die erklärte Spendenbereitschaft als verfassungsrechtlich zulässiges Kriterium der Organ-

ethik Bestandteil der medizinischen Wissenschaft.³⁹ Es existieren jedoch zahlreiche konkurrierende Richtungen der (Medizin-)Ethik (genannt seien nur der Utilitarismus, der Egalitarismus, der Individualismus, die Deontologie),⁴⁰ so dass sich die Frage stellt, welche dieser Richtungen maßgeblich sein soll. Diese Frage kann „die Ethik“ nicht aus sich heraus beantworten. Jedenfalls bezogen auf wesentliche Entscheidungen ist eine Antwort des Rechts gefordert – und nach der Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts⁴¹ sogar eine solche des parlamentarischen Gesetzgebers. Denn Allokationsentscheidungen aufgrund knapper medizinischer Ressourcen haben eine hohe Bedeutung für die Allgemeinheit bzw. das öffentliche Interesse, weisen eine hohe generelle Grundrechtsrelevanz (nämlich für Leben, körperliche Unversehrtheit und Gesundheit der Bürger) auf und führen zu einer intensiven individuellen Betroffenheit der auf das knappe Gut angewiesenen Person.⁴² Deshalb wäre im Hinblick auf die Verteilung knapper medizinischer Güter, auch für den Fall einer Pandemie, eine stärker prägende Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst notwendig.⁴³ Gegen Gesichtspunkte der Flexibilität und Normierungsfähigkeit⁴⁴ sind dagegen eher von untergeordneter Bedeutung. Auch kann nicht argumentiert werden, dass ein Pandemiefall eine außergewöhnliche Situation darstelle, für die keine Vorsorge getroffen werden könne. Denn *dass* es in Zukunft Pandemiesituationen geben wird, dürfte feststehen. Lediglich der Zeitpunkt und das Ausmaß sind unsicher.

allokation, NJW 2008, 1562 (1564); *Lachmann/Meuter*, Medizinische Gerechtigkeit, 1997, S. 166; *Taupitz*, Gesundheitsversorgung bei Ressourcenknappheit, in: Nagel/Fuchs (Hrsg.), Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, 1998, S. 86 (102).

- 39 *Neft*, Novellierung des Transplantationsgesetzes, NZS 2010, 16 (17); *Neumann*, Prioritätensetzung und Rationalisierung in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2005, 617 (621).
- 40 Siehe dazu hier nur den Überblick bei *Brech* (Fn. 1), S. 123 ff.
- 41 BVerfGE 47, 46 (55); 49, 89 (127).
- 42 *Höfling*, Rationierung von Gesundheitsleistungen im grundrechtsgeprägten Sozialstaat, in: Feuerstein/Kuhlmann (Hrsg.), Rationierung im Gesundheitswesen, 1998, S. 143 (151); *Brech* (Fn. 1), S. 311; *Herb* (Fn. 34), S. 178. Allgemein zu den für die Wesentlichkeitslehre maßgebenden Kriterien *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 804 ff.
- 43 *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), DVBl. 2009, 1208 (1219); *Trute*, Katastrophenschutz – Besichtigung eines verdrängten Rechtsgebiets, KritV 2005, 342 (361); *Brech* (Fn. 1), S. 312 f.; zur Transplantationsmedizin im Hinblick auf die nur rudimentären Vorgaben des Transplantationsgesetzes auch *Gutmann/Fateh-Moghadam*, Rechtsfragen der Organverteilung, NJW 2002, 3365 (3365 f.).
- 44 Dazu *Taupitz*, Standesordnungen (Fn. 42), S. 807.

E. Zuständigkeiten

Zu klären bleibt, wie die Zuständigkeiten zur (vorbeugenden) Bekämpfung einer Pandemie innerhalb des föderalen Systems der Bundesrepublik Deutschland verteilt sind.

I. Gesetzgebungszuständigkeit im Bereich des Infektionsschutzes

Das Grundgesetz weist dem Bund in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG unter anderem die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für „Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren“ zu. Von seiner Gesetzgebungsbefugnis hat der Bund mit Erlass des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) Gebrauch gemacht, so dass dieses Gesetz Sperrwirkung für den Erlass von Landesgesetzen auf dem Gebiet des Infektionsschutzes entfaltet.⁴⁵

II. Gesetzgebungszuständigkeit im Bereich des Katastrophenschutzes

Gemäß Art. 30, 70 GG liegt die Residualkompetenz auf dem Gebiet des Katastrophenschutzes bei den Ländern, die deshalb eigene Katastrophenschutzgesetze erlassen haben.⁴⁶ Damit entsteht das Problem der Abgrenzung von Infektionsschutzrecht und Katastrophenschutzrecht.⁴⁷ Denn eine Pandemie stellt eine länder- und kontinentübergreifende Ausbreitung einer Infektionskrankheit dar⁴⁸ und fällt somit unter die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, kann sich jedoch auch zu einer Katastrophe

45 Vgl. *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 11. Auflage 2008, Art. 72 Rn. 14 ff.; *Haratsch*, in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, 2009, Art. 72 Rn. 6 ff.

46 Ein Überblick die Rechtsvorschriften zum Katastrophenschutz ist unter http://www.bkk.bund.de/nm_402294/DE/06_Fachinformationsstelle/02_Rechtsgrundlagen/04_Bundeslaender/KatSGBundeslaender_node.html_nnn=true verfügbar.

47 Der Katastrophenschutz darf nicht verwechselt werden mit dem Zivilschutz im Sinne des Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG. Danach kommt dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit für den Zivilschutz zu. Während der Katastrophenschutz die Gefahrenabwehr bei Katastrophen in Friedenszeiten umfasst, handelt es sich beim Zivilschutz um den Schutz der Bevölkerung bei kriegsbedingten Gefahrenlagen, siehe *Walus* (Fn. 19), DöV 2010, 127 (131).

48 *Braun/Reiter/Bartels*, Influenzapandemie – Begriff, Grundlagen, Entstehung, Bevölkerungsschutz 3/2007, 6 (6); zu den Merkmalen und Abläufen von Pandemien siehe auch *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), DVBl. 2009, 1208 (1209).

entwickeln,⁴⁹ was dazu führt, dass die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder eröffnet sein kann.

Eine Pandemie muss allerdings nicht notwendigerweise eine Katastrophe darstellen.⁵⁰ Nach den Legaldefinitionen der Katastrophenschutzgesetze der Länder ist eine Katastrophe ein Geschehen, welches das Leben, die Gesundheit, die Versorgung zahlreicher Menschen mit lebensnotwendigen Gütern und Leistungen, die Umwelt oder erhebliche Sachwerte in so außergewöhnlichem Maße gefährdet oder schädigt, dass Hilfe und Schutz wirksam nur gewährt werden können, wenn die zuständigen Behörden und Dienststellen, Organisationen und eingesetzten Kräfte unter einer einheitlichen Leitung einer Katastrophenschutzbehörde zusammenwirken.⁵¹ Eine Pandemie nimmt damit erst dann das Ausmaß einer Katastrophe an, wenn sie zu einer gegenwärtigen Gefahr für das Leben oder die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen führt und nicht von den für die Gefahrenabwehr zuständigen Behörden mit eigenen Mitteln angemessen bewältigt werden kann.⁵² Nur in diesem Fall stellt eine Pandemie eine Katastrophe dar mit der Folge, dass die Länder gesetzgebungsbefugt sein können.⁵³

Nach zutreffender Auffassung stellt eine Pandemie (wenn sie die Voraussetzungen einer Katastrophe erfüllt) eine besondere Katastrophenart dar.⁵⁴ Deshalb greifen im Pandemiefall die Spezialregelungen des sogenannten Besonderen Katastrophenschutzrechts, zu denen das Infektionsschutzgesetz gehört.⁵⁵ Der Bund kann also aufgrund des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG den Spezialfall der infektionsschutzrechtlichen Katastrophe regeln. Damit haben die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG die Befugnis zur Gesetzgebung, (solange und) soweit der Bund von

49 *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), DVBl. 2009, 1208 (1216 ff.); *Walus* (Fn. 19), DöV 2010, 127 (130).

50 So ausdrücklich beispielsweise Bayerischer Influenzapandemie-Rahmenplan, S. 34 ff.

51 Vgl. die Legaldefinitionen der Katastrophenschutzgesetze der Länder: § 1 Abs. 2 LKatSG Baden-Württemberg, Art. 1 Abs. 2 BayKSG, § 2 Abs. 1 KatSG Berlin, § 1 Abs. 2 Nr. 2 BbgBKG, § 37 Abs. 2 BremHilfeG, § 1 Abs. 1 HmbKatSG, § 24 HBKG, § 1 Abs. 2 LKatSG M-V, § 1 Abs. 2 NKatSG, § 16 Abs. 2 SBKG, § 2 Abs. 3 S. 2 SächsBRKG, § 1 Abs. 2 KatSG-LSA, § 1 Abs. 1 LKatSG Schleswig-Holstein, § 25 ThürBKG.

52 *Walus* (Fn. 19), DöV 2010, 127 (130); so ähnlich auch Bayerischer Influenzapandemie-Rahmenplan, S. 35.

53 Deshalb gehen einige Pandemie-Rahmenpläne und Landespandemiepläne zu Recht davon aus, dass im Pandemiefall auch das Katastrophenschutzgesetz des Landes Anwendung finden kann, sofern die Auswirkungen der Pandemie die Katastrophenschwelle überschreitet; vgl. beispielhaft Rahmenplan Influenzapandemie für Berlin, S. 6, sowie Entwurf eines Influenzapandemieplans für Baden-Württemberg, S. 11 ff.

54 *Kloepfer*, Katastrophenschutzrecht – Strukturen und Grundfragen –, VerwArch 2007, 163 (170).

55 *Kloepfer* (Fn. 54), VerwArch 2007, 163 (170).

seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Das Infektionsschutzgesetz trifft in den §§ 16 ff. IfSG Maßnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten und damit Maßnahmen der Pandemievermeidung. Zudem regelt es in den §§ 24 ff. IfSG die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten und schafft somit Maßnahmen der Pandemiebekämpfung. Die in den §§ 6 ff. IfSG aufgeführten Pflichten zur Meldung bestimmter Krankheiten bzw. des Nachweises bestimmter Krankheitserreger dienen sowohl der Vermeidung einer Pandemie (Entdeckung einzelner Erkrankungen und Verhinderung ihrer Entstehung) als auch der Bekämpfung einer Pandemie (Lokalisierung von Infektionskrankheiten). Es bleibt festzuhalten, dass das Infektionsschutzgesetz in sachlicher Hinsicht Vorschriften zur Pandemievermeidung und -bekämpfung enthält. Es finden sich jedoch weder Vorschriften zur Vorsorge noch zur Nachsorge im Falle einer Pandemie. Demzufolge entfaltet das Infektionsschutzgesetz im Hinblick auf solche Maßnahmen keine Sperrwirkung gegenüber etwaigen Landeskatastrophenschutzgesetzen. Dies betrifft insbesondere Vorsorgemaßnahmen, wie sie schon in den Pandemieplänen der Länder zu finden sind. Dazu zählen Maßnahmen zur Überwachung (Surveillance)⁵⁶ und Diagnostik.

III. Verwaltungszuständigkeit

Die Ausführung von Bundesgesetzen kann entweder durch den Bund oder die Länder erfolgen. Gemäß Art. 83 GG führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten aus, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt. Es gilt also der Grundsatz der Regelzuständigkeit der Länder. Da das Grundgesetz für den Infektionsschutz keinen der Länderexekutive entgegenstehenden verfassungsrechtlichen Titel enthält, liegt die Verwaltungskompetenz primär bei den Ländern.⁵⁷ Regelmäßig werden als untere Gesundheitsbehörden die Kreise und kreisfreien Städte als Ordnungsbehörden tätig. Daneben hat auch der Bund von seiner Verwaltungskompetenz aus Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG Gebrauch gemacht, indem er das Robert Koch-Institut (RKI) als eine selbständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit errichtet hat.⁵⁸ Das Tätigkeitsfeld des Robert Koch-Instituts wird im BGA-

56 Zu denken ist insbesondere an erweiterte Meldepflichten, denn es bestehen bereits Meldepflichten nach §§ 6 ff. IfSG.

57 *Walus* (Fn. 19), DöV 2010, 127 (131); vgl. auch *Bales/Baumann/Schnitzler*, Infektionsschutzgesetz – Kommentar und Vorschriftensammlung, 2. Auflage 2003, § 4 Rn. 3, 7 f. und § 5 Rn. 2.

58 Daneben sind das Paul-Ehrlich-Institut (PEI) als Bundesinstitut für Impfstoffe und biomedizinische Arzneimittel und die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) an der Pandemiebekämpfung beteiligt.

Nachfolgegesetz bestimmt.⁵⁹ Danach wird das Robert Koch-Institut unter anderem auf den Gebieten der Erkennung, Verhütung und Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten tätig.⁶⁰ Aufgaben- und Befugnisumfang werden hingegen im Infektionsschutzgesetz bestimmt.⁶¹ Über das Verhältnis zwischen der Bundesoberbehörde Robert Koch-Institut und den Landesgesundheitsbehörden gibt § 4 Abs. 1 S. 4 IfSG näher Aufschluss. Demnach wird das Robert Koch-Institut nur beratend und lediglich auf Ersuchen einer obersten Landesgesundheitsbehörde tätig. Folglich fällt die Kompetenzverteilung auch insoweit zugunsten der Landesgesundheitsbehörden aus.⁶²

Die Ausführung der auf Landesebene bestehenden Katastrophenschutzgesetze fällt naturgemäß in die alleinige Kompetenz der Länder.⁶³ Für Maßnahmen der Katastrophenvorsorge und -bekämpfung sind in der Regel die Kreise und kreisfreien Städte als untere Katastrophenschutzbehörden zuständig.

F. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Verteilung knapper Ressourcen im Pandemiefall

I. Struktur

Wenn somit das bisherige einfache Gesetz keine Vorgaben für die Patientenauswahl im Pandemiefall liefert und auch ein pauschaler Verweis auf „die“ Erkenntnisse „der“ medizinischen Wissenschaft nicht ausreicht,⁶⁴ stellt sich die Frage, ob nicht das Grundgesetz, also die Verfassung, Vorgaben liefert.

Dabei kommen vier Ansatzpunkte in Betracht: Zum einen ist zu prüfen, inwieweit es originäre Ansprüche der Bürger auf bestimmte medizinische Leistungen gibt. Zum zweiten benennt insbesondere Art. 3 Abs. 3 GG konkrete Kriterien, die als Verteilungskriterien *ausscheiden*. Drittens sind derivative Ansprüche aus dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) zu erörtern. Und

59 Gesetz über Nachfolgeeinrichtungen des Bundesgesundheitsamtes (BGA-Nachfolgegesetz – BGA-NachfG) vom 24.6.1994, BGBl. I S. 1416, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 22.3.2004, BGBl. I S. 454.

60 Vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 BGA-NachfG.

61 Vgl. § 4 Abs. 1 S. 4 IfSG.

62 Vgl. *Bales/Baumann/Schnitzler* (Fn. 57), § 4 Rn. 8.

63 *Haratsch*, in: Sodan (Fn. 45), Art. 83 Rn. 3.

64 Dies betrifft etwa § 12 Abs. 3 S. 1 Transplantationsgesetz, wonach vermittlungspflichtige Organe von der Vermittlungsstelle (= Eurotransplant) nach „Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patienten zu vermitteln“ sind.

schließlich ist aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Aspekten heraus zu untersuchen, welche Verteilungskriterien unproblematisch oder aber problematisch sind.

II. Originäre Teilhaberechte

Originäre Teilhaberechte, also solche, die aus den Grundrechten im Sinne von Abwehrrechten einen direkten Anspruch gegen den Staat liefern,⁶⁵ sind der Verfassung nach heute überwiegender Auffassung zwar durchaus insoweit zu entnehmen, als es um das Existenzminimum geht.⁶⁶ Hieraus und aus dem menschlichen Leben als einem „Höchstwert“⁶⁷ des Grundgesetzes folgt, dass die Beseitigung von Lebensgefahr Vorrang vor der Beseitigung von Gefahren für Körper und Gesundheit hat.⁶⁸ Als Weiteres folgt daraus, dass die „Dringlichkeit“ vor der „Erfolgsaussicht“ rangieren muss.⁶⁹ Soweit jedoch der Schutz der „nackten Existenz“, letztlich des Lebens, verlassen wird, lassen sich kaum belastbare Konturen eines verfassungsunmittelbaren Anspruchs ausmachen.⁷⁰

III. Unzulässige Patientenauswahlkriterien

Konkreter ist das Grundgesetz in der Festlegung bestimmter Kriterien, die *nicht* zur Verteilung und Zuteilung herangezogen werden dürfen. Art. 3 Abs. 3 GG nennt das Geschlecht (so dass entgegen gängiger Auffassung zur Bewältigung von Katastrophenfällen nicht die Maxime gelten darf: „Frauen zuerst“),⁷¹ die Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, den Glauben, religiöse oder politische Anschauungen sowie die Behinderung.

65 *Epping*, Grundrechte, 4. Auflage 2010, Kapitel 3 Rn. 16.

66 Ausführlich dazu: *Taupitz* (Fn. 38), S. 86 (91 f.); Zum Existenzminimum vgl. BVerfGE 82, 60 (85); BVerwGE 1, 159 (161 f.); BSGE 57, 59 (63).

67 Dazu unten bei Fn. 81.

68 *Brech* (Fn. 1), S. 258 f.

69 Vgl. zur Transplantationsmedizin *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Hrsg.), Transplantationsgesetz, 2005, § 12 Rn. 45; *Neft* (Fn. 39), NZS 2010, 16 (18); ähnlich: *Schreiber*, Rechtliche Kriterien der Verteilungsgerechtigkeit, in: Nagel/Fuchs (Hrsg.), Soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, 1993, S. 302 (308).

70 *Taupitz*, Ressourcenknappheit in der Medizin: Hilfestellung durch das Grundgesetz?, in: Wolter/Riedel/Taupitz (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, S. 113 (118 ff.).

71 *Brech* (Fn. 1), S. 207.

IV. Derivative Ansprüche

Im Übrigen gewährt das Grundgesetz mit dem Gleichheitsgebot einen derivativen (abgeleiteten) Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG: Wenn der Staat bestimmte Leistungen zur Verfügung stellt, so verpflichten die derivativen Teilhabe- oder Leistungsrechte des Einzelnen die staatlichen Gewalten zu einer Gleichbehandlung beim Zugang zu oder der sonstigen Gewährung von Leistungen („Wenn-Dann-Schema“).⁷² Daraus folgt insbesondere das Erfordernis einer gleichheitssichernden Verfahrensgestaltung.

V. Problematische Verteilungskriterien

1. Maximierung der Überlebendenzahl

In der katastrophenmedizinischen Literatur finden sich viele Befürworter der sogenannten Maximierungsformel. Knappe medizinische Ressourcen sollen so verteilt werden, dass eine möglichst große Zahl betroffener Menschenleben gerettet werden kann.⁷³

Die Maximierung der Überlebendenzahl als Verteilungskriterium ist jedoch aus dem Blickwinkel der Verfassung nicht unproblematisch. Denn das menschliche Leben wird vielfach als absoluter Höchstwert beschrieben.⁷⁴ Ein Menschenleben sei nicht „abwägbar, der solidarischen Aufopferung für andere grundsätzlich entzogen und könne als Eingriffsgut von keinem anderen Interesse überwogen werden.“⁷⁵ Daraus wird ein Quantifizierungsverbot abgeleitet, das die Aufrechnung von Menschenleben im Sinne einer Gewinn- und Verlustsaldierung verbietet.⁷⁶ Die singuläre Stellung des menschlichen Lebens erlaube es nicht, Menschenleben wie materielle Güter zu verrechnen.⁷⁷

Verwiesen wird – insbesondere vor dem Hintergrund der historischen Vergangenheit Deutschlands – zudem auf die Gefahr, dass das Sterbenlassen eines

72 *Brech* (Fn. 1), S. 197.

73 *Brech* (Fn. 1), S. 208; *Lübbe* (Fn. 5), S. 148 (149); *Nagy* (Fn. 4), S. 14 (14).

74 *Laber*, Der Schutz des Lebens im Strafrecht, 1997, S. 152; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), StGB – Kommentar, 27. Auflage 2006, § 34 Rn. 23; *Peters*, Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, JR 1949, 496 (496); *Spendel*, Der *Conditio sine qua non*-Gedanke als Strafmilderungsgrund, in: FS Engisch, 1969, S. 509 (516).

75 *Erb*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 1. Auflage 2003, § 34 Rn. 114.

76 *Küper*, Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS 1981, 785 (791); *Brech* (Fn. 1), S. 209.

77 *Laber*, (Fn. 74), S. 153.

Menschen zum Einfallstor für andere Fälle werde.⁷⁸ Ein Mensch dürfe nicht zum Mittel herabgewürdigt werden, das einem übergeordneten Ziel diene. Habe ein „Aussortierter“ nur noch Zählwert, so werde das menschliche Leben seines subjektiven, einzigartigen Charakters beraubt. Die Maximierungsformel führe de facto dazu, dass Menschenleben gegeneinander aufgerechnet werden. Deshalb könne aus Maximierungsgesichtspunkten nicht die Behandlung einiger zum Wohl mehrerer anderer zurückgestellt werden.⁷⁹ Jedes Menschenleben sei gleich zu schützen, ganz gleich, wie seine Qualität bewertet wird.⁸⁰

Dem wird jedoch zu Recht entgegen gehalten, dass das Quantifizierungsverbot nicht absolut gelten kann. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht das menschliche Leben als „einen“, richtigerweise aber nicht als „den“ Höchstwert klassifiziert,⁸¹ so ist es doch kein unendlicher, sondern ein begrenzter Wert. In bestimmten Konstellationen muss auch eine Abwägung zu Lasten des Lebensschutzes möglich sein, nämlich dann, wenn das Leben gegen ebenso hohe verfassungsrechtliche Güter abgewogen wird.⁸² Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etwa für das Interesse der Allgemeinheit an der Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege,⁸³ aber beispielsweise auch dann, wenn es um „Leben gegen Leben“ geht.⁸⁴ Und gerade wenn man davon ausgeht, dass jedes Leben eines Menschen für sich genommen gleich wertvoll ist, folgt daraus, dass zwei Leben wertvoller sind als eines („Der Wert steigt mit der Zahl.“).⁸⁵ Von daher ist nicht von einem Quantifizierungsverbot, sondern sogar von einem Quantifizierungsgebot auszugehen.⁸⁶

Im Übrigen ist es ein Ziel der Rechtsordnung, ein Optimum an Rechtsgüterschutz zu erreichen.⁸⁷ Kollidieren Grundrechte verschiedener Bürger, so ist im

78 *Brech* (Fn. 1), S. 214, 241.

79 *Brech* (Fn. 1), S. 214.

80 *Künschner* (Fn. 3), S. 29 f.

81 BVerfGE 39, 1 (42); siehe auch BVerfGE 88, 203 (253 f.).

82 BVerfGE 88, 203 (253 f.).

83 BVerfGE 46, 214 (222); 51, 324 (343); zum Recht und zur Pflicht der staatlichen Organe, zur Erreichung eines effektiven Schutzes des Lebens auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls angemessen zu reagieren, auch BVerfGE 49, 24 (54).

84 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 56. Ergänzungslieferung 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 40; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch (Hrsg.), Strafrecht AT, 11. Auflage 2003, § 17 Rn. 136; *Schott*, Lebensschutz an der Schwelle des Todes, 2002, S. 117.

85 *Brech* (Fn. 1), S. 246; *Scheid*, Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt, 2000, S. 58; *Harris*, Der Wert des Lebens, 1995, S. 52.

86 *Brech* (Fn. 1), S. 217.

87 *Scheid* (Fn. 85), S. 27; *Brech* (Fn. 1), S. 229.

Wege praktischer Konkordanz jedem Grundrecht zu möglichst weitreichender Geltung zu verhelfen.⁸⁸ Wenn in einer Situation nicht alle Interessen geschützt werden können, wie es bei knappen medizinischen Gütern im Pandemiefall der Fall sein kann, dann ist dieses Optimum, dieser maximale Rechtsgüterschutz, nur zu erreichen, wenn knappe medizinische Güter so eingesetzt werden, dass so viele Leben wie möglich gerettet werden können.⁸⁹

Vor allem aber ist Folgendes zu berücksichtigen: Es geht in den hier zu erörternden Fällen nicht um eine aktive Verkürzung des Lebens eines Betroffenen um der Rettung eines anderen willen. Vielmehr bleiben diejenigen, die nicht gerettet werden können, ihrem *von ihrer Krankheit und der Mangelsituation* bestimmten Schicksal überlassen. Die Lage ist hier nicht anders als bei Verneinung des Vorliegens einer medizinischen Indikation; sie beinhaltet keine unzulässige Bewertung des Lebens, sondern eine zulässige Bewertung der in Frage stehenden medizinischen Maßnahme.⁹⁰ Insgesamt ist es daher ein zulässiges Ziel der Verteilung und damit Zuteilung medizinischer Maßnahmen, möglichst viele Menschenleben zu retten.

2. Erfolgsaussicht

a. Wahrscheinlichkeit des lebensrettenden Heilungserfolges

Gegen eine Patientenauswahl danach, wie wahrscheinlich ein lebensrettender Heilungserfolg ist, spricht zwar zunächst wiederum, dass jedes Leben gleichwertig ist und es daher gemäß der Wertentscheidung der Artt. 1 Abs. 1 S. 2, 2 Abs. 2 S. 1, 3 Abs. 1 GG keinen Unterschied machen kann, wie wahrscheinlich die Lebensrettung ist. Einziger Aussonderungsgrund kann bei dieser Betrachtung nur sein, dass die Behandlung aussichtslos ist.⁹¹ Jedoch gilt auch hier, dass die Beurteilung der Überlebenschancen keine Bewertung des Lebens ist, sondern eine Bewertung der in Frage stehenden medizinischen Möglichkeiten. Eine unzulässige Abwägung Leben gegen Leben liegt daher nicht vor. Auch die bereits oben angesprochenen Überlegungen zur Maximierung der Überlebendenzahl sprechen für die Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit der Lebensrettung.

88 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1999, Rn. 72.

89 Brech (Fn. 1), S. 238.

90 Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Gutachten A zum 63. DJT, 2000, S. A 24.

91 Brech (Fn. 1), S. 262 f.; Künschner (Fn. 4), S. 91; Opderbecke, Grenzen der Intensivmedizin, MedR 1985, 23 (25).

b. Ausmaß des zu erwartenden Behandlungserfolges:
Überlebensdauer/Lebensqualität

Problematischer ist dagegen das Kriterium der Überlebensdauer oder der zu erwartenden Lebensqualität. Die Rettung nur derjenigen, die eine höhere Überlebensdauer oder Lebensqualität erwarten können, kann dahin gedeutet werden, dass das Leben der übrig Gebliebenen unzulässigerweise als Leben mit geringerem Erhaltungswert eingestuft würde.⁹² Darüber hinaus stellt sich die weitergehende Frage, wie die Lebensqualität gemessen werden soll.⁹³ Als stark von subjektivem Empfinden abhängige Kategorie sperrt sich die Lebensqualität einer objektivierenden Betrachtungsweise. Hinzu kommt, dass gerade diejenigen, denen es latent besonders schlecht geht und deren Lebensqualität nur geringfügig verbessert werden kann, faktisch doppelt verurteilt würden.⁹⁴ Diejenigen, die von einer Krankheit oder Behinderung am stärksten betroffen sind und durch eine Impfung oder Therapie nur einen geringen Zuwachs an Lebensqualität erlangen können, blieben drastisch formuliert „auf der Strecke“.

Diesen Einwänden lässt sich allenfalls entgegenhalten, dass die Berücksichtigung von Überlebensdauer und Lebensqualität auf einer Wertentscheidung für die Linderung des größten Leids beruht. Und so, wie die Rechtsprechung nach § 253 Abs. 2 BGB durchaus gehalten ist, ideelle Beeinträchtigungen in Geld „umzurechnen“, nämlich eine billige Entschädigung in Geld für immaterielle Beeinträchtigungen zuzusprechen, ebenso ist es nicht unmöglich, Lebensqualität in bestimmtem Umfang doch zu verobjektivieren.

3. Alter

Weiter stellt sich die Frage, ob das Lebensalter eines Patienten als Auswahlkriterium zulässig ist. Immerhin ist das Alter im Katalog des Art. 3 Abs. 3 GG nicht als unzulässiges Kriterium aufgeführt. Zudem wird das Alter in verschiedenen rechtlichen Bereichen als Differenzierungsmerkmal verwendet, etwa im Rahmen der Geschäftsfähigkeit oder beim Wahlrecht, bei der Wehrpflicht oder als Berufszulassungs- oder -ausübungsgrenze. Folglich ist die Berücksichtigung des Alters nicht per se verfassungswidrig.⁹⁵

92 *Künschner* (Fn. 4), S. 327.

93 *Brech* (Fn. 1), S. 265.

94 *Brech* (Fn. 1), S. 269.

95 *Brech* (Fn. 1), S. 277.

Für eine Altersrationierung im Sinne der Vorenthaltung von Gesundheitsgütern allein aufgrund des Alters spricht, dass das Restlebensalter eines älteren Menschen im Zweifel geringer ist als das eines jüngeren, so dass auch der „Nutzen“ der Behandlung im interpersonellen Vergleich im Zweifel weniger hoch ist. Außerdem sind die Behandlungskosten für ältere Menschen oft besonders hoch.⁹⁶ Hinzu kommt, dass die Berücksichtigung des Lebensalters alle Menschen trifft. Jeder wird beim Durchleben des entsprechenden Lebensabschnitts gleich behandelt. Daher ist eine Diskriminierung eher fernliegend, liegt offenbar vielmehr gerade eine Gleichbehandlung vor.⁹⁷ Außerdem wird von Befürwortern dieses Auswahlkriteriums angeführt, dass ältere Menschen bereits viele Gelegenheiten hatten, ihre Lebenspläne zu verwirklichen, was für eine vorrangige Behandlung derjenigen – jüngeren – Patienten spricht, die das aufgrund ihres geringen Lebensalters noch nicht tun konnten.⁹⁸ Des Weiteren habe jeder nur Anspruch auf einen „fairen Anteil an der Gesundheitsversorgung“, um eine normale Lebenserwartung zu erreichen. Lege man daher einen „vernünftigen“ Menschen zugrunde, wolle dieser um der normalen Lebenserwartung willen eine knappe Ressource lieber in jungen Jahren erhalten.⁹⁹

Gegen diese Erwägungen spricht aber, dass nicht definiert werden kann, was eine „normale“ Lebenserwartung ist. Zudem hat jeder Mensch aus verschiedenen Gründen (z. B. genetisch bedingt, aufgrund seiner Umwelt oder des mehr oder weniger gesundheitsbewussten Verhaltens) eine unterschiedliche Lebensdauer. Die Verteilung nur anhand des kalendarischen Alters wäre daher gleichheitswidrig.¹⁰⁰ Da ein z. B. 50-Jähriger ebenso vital sein kann wie ein 25-Jähriger, wäre es nötig, das biologische Alter zugrunde zu legen.¹⁰¹ Das wiederum lässt sich jedoch kaum bestimmen.¹⁰² Zudem müsste die biographisch schlechte „Qualität“ eines Menschenlebens konsequenterweise auch bei jüngeren Menschen aus-

96 *Fuchs*, Kostendämpfung und ärztlicher Standard – Verantwortlichkeit und Prinzipien der Ressourcenverteilung, MedR 1993, 323 (323); *Ehlers*, Kostendämpfung und ärztlicher Standard – Theorie und Praxis der Finanzierung der Ausgaben im Gesundheitswesen und Wirtschaftlichkeitsprüfungen, MedR 1993, 334 (335); *Uhlenbruck*, Rechtliche Grenzen einer Rationierung in der Medizin, MedR 1995, 427 (427).

97 *Brech* (Fn. 1), S. 278; *Lachmann/Meuter* (Fn. 38), S. 205, 210; *Breyer/Schultheiss*, „Alter“ als Kriterium bei der Rationierung von Gesundheitsleistungen, in: Gutmann/Schmidt (Hrsg.), Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002, S. 121 (137).

98 *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, 2001, S. 105.

99 *Breyer/Schultheiss* (Fn. 97), S. 121 (146); *Junghanns* (Fn. 98), S. 104.

100 *Brech* (Fn. 1), S. 281.

101 *Künschner* (Fn. 4), S. 328; *Conrads*, Rechtliche Grundsätze der Organallokation, 2000, S. 33.

102 Das biografische Alter ablehnend *Breyer/Schultheiss* (Fn. 97), S. 121 (134).

schlaggebend sein, die z. B. untherapierbar krank sind.¹⁰³ Vor allem aber würde letztlich dem älteren Menschenleben eine geringere Wertigkeit zugeschrieben. Eine derartige Abwertung des älteren Lebens verstieße jedoch gegen die Menschenwürde gemäß Art. 1 GG, die kein quantitativer Begriff ist, vielmehr jedem Menschen unteilbar in allen Phasen seines Lebens zukommt.

Grundsätzlich ist es damit aus juristischer Sicht nicht zulässig, die Verteilung knapper medizinischer Güter von einem bestimmten Alter abhängig zu machen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn einer Altersgrenze aus medizinischer Sicht ein Aussagewert zukommt. Das kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn das Alter im Hinblick auf bestimmte Risiken relevant ist.¹⁰⁴ Eine solche Konstellation kann etwa vorliegen, wenn bei Kindern in der Wachstumsphase durch fehlende medizinische Behandlung ein gegenüber Erwachsenen zusätzlicher, irreversibler Schaden droht; gleiches gilt ganz allgemein bezogen auf Personen mit einem besonderen Risiko, etwa für Komplikationen.¹⁰⁵

4. Soziale Wertigkeit

Der soziale „Wert“ einer Person bestimmt sich nach der Nützlichkeit einer Person für die Gesellschaft.¹⁰⁶ So könnten in der Knappheitssituation zum einen diejenigen bevorzugt werden, die sich in der Vergangenheit aufgrund familiärer, gesellschaftlicher, politischer, militärischer oder ökonomischer Gründe verdient gemacht und andere zu eben diesem Verhalten angespornt haben.¹⁰⁷ Bevorzugt würde sozusagen die vorhandene „Elite“. Es könnten aber zum anderen auch all jene belohnt werden, von denen für die Zukunft ein besonderer sozialer Wert zu erwarten ist, etwa diejenigen, die im Pandemiefall Leben retten, wichtige Sozialfunktionen aufrechterhalten oder sonst für das Gemeinwesen nützlich sind.

Allerdings verbieten es die Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG und der Gleichheitssatz, bestimmte Leben als „wertvoller“ als andere zu erachten.¹⁰⁸ Etwas anderes gilt nur dann, wenn durch die Rettung eines „sozial wertvollen“ Pa-

103 *Brech* (Fn. 1), S. 281; *Leist*, Gleichheit in Grenzen statt Altersrationierung, in: Gutmann/Schmidt (Hrsg.), Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002, S. 155 (163).

104 *Taupitz* (Fn. 38), S. 86 (101); *ders.* (Fn. 70), S. 113 (129).

105 *Brech* (Fn. 1), S. 283; *Lachmann/Meuter* (Fn. 38), S. 78, 207.

106 *Lachmann/Meuter* (Fn. 38), S. 237 f.; *Junghanns* (Fn. 98), S. 98.

107 *Brech* (Fn. 1), S. 288; *Junghanns* (Fn. 98), S. 98.

108 *Künschner* (Fn. 4), S. 330; *Taupitz* (Fn. 38), S. 86 (100 f.); *Junghanns* (Fn. 98), S. 98; *Schott*, Lebensschutz an der Schwelle des Todes, 2002, S. 112.

tienten unmittelbar die Überlebendenzahl maximiert wird.¹⁰⁹ Aus diesem Blickwinkel dürfen zunächst diejenigen Personen behandelt werden, die für die Rettung anderer unersetzbar sind („Rettung weiterer Retter“).¹¹⁰ Gleiches gilt für diejenigen, die unmittelbar zur Aufrechterhaltung der Infrastruktur beitragen.¹¹¹ Je weniger konkret sich die Rettung eines Menschen allerdings in der möglichen Rettung anderer niederschlägt, umso weniger ist seine Rettung durch das Optimierungsprinzip gerechtfertigt. Freilich sind auch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Funktionsfähigkeit des Staates durchaus Gemeinwohlbelange von hohem Rang. Aus diesem Blickwinkel lässt es sich durchaus vertreten, dass Träger unentbehrlicher Staatsfunktionen im (drohenden) Pandemiefall vorrangig versorgt werden dürfen.¹¹²

5. Aufwand und Kosten der Behandlung

Fraglich ist, ob der finanzielle Aufwand in weitesten Sinne, der für eine Behandlung aufgebracht werden muss, entscheidend dafür sein kann, wer ein knappes medizinisches Gut erhält. Zwar ist menschliches Leben nicht in Geld messbar. Es darf nicht in Geld aufgewogen werden.¹¹³ Dennoch gilt auch hier der in der Rechtsordnung allgemein herrschende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; in manchen Situationen kann die Bereitstellung einer ohnehin knappen Ressource unverhältnismäßig erscheinen.¹¹⁴ Verbindet man diesen Gedanken mit dem Optimierungsprinzip, so bleibt der Schluss, dass auch aus Kosten-Nutzen-Erwägungen diejenigen Behandlungsoptionen ausgewählt werden dürfen, die zur Rettung einer maximalen Anzahl von Patienten beitragen.¹¹⁵ Dafür spricht auch § 1 BÄO. Danach dient der Arzt der Gesundheit des einzelnen Menschen *und des gesamten Volkes*, also nicht nur dem jeweils vor ihm befindlichen individuellen Patienten. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach ein funktionierendes Gesundheitswesen als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut bezeichnet.¹¹⁶ Auch daraus folgt, dass Kostengesichtspunkte (auch) bei der Frage, welche medizinische Behandlung jedenfalls innerhalb eines solidarischen

109 *Brech* (Fn. 1), S. 291.

110 *Gäfigen*, Die ethische Problematik von Allokationsentscheidungen, in: Enderle (Hrsg.), *Ethik und Wirtschaftswissenschaften*, 1985, S. 249 (265); *Bernsmann*, Entschuldigung durch Notstand, 1989, S. 346.

111 *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), DVBl. 2009, 1208 (1219).

112 Dafür: *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), DVBl. 2009, 1208 (1219); a.A.: *Brech* (Fn. 1), S. 291; *Harris*, Der Wert des Lebens, 1995, S. 160; *Lachmann/Meuter* (Fn. 38), S. 239.

113 *Brech* (Fn. 1), S. 273; *Uhlenbruck* (Fn. 96), MedR 1995, 427 (433).

114 *Taupitz* (Fn. 70), S. 113 (131).

115 *Brech* (Fn. 1), S. 274.

116 BVerfG NJW 2001, 1779 (1780); BVerfGE 57, 70, (99); NJW 1988, 2290 (2290).

Gesundheitssystem und damit auch bei der Verteilung knapper medizinischer Ressourcen durchaus eine Rolle spielen dürfen.

VI. Zulässiges Verteilungskriterium: Dringlichkeit

Die Rettung desjenigen Menschenlebens, welches die Behandlung am dringendsten benötigt, ist eine Wertentscheidung für die Linderung des größten Leids.¹¹⁷ An dieser Handlungsmaxime orientiert sich nicht von ungefähr auch das Strafrecht: Beim rechtfertigenden Notstand gemäß § 34 StGB oder bei der rechtfertigenden Pflichtenkollision darf demjenigen Gut der Rettungsvorrang eingeräumt werden, welches der Rettung am dringendsten bedarf.¹¹⁸ Entscheidend ist dabei auch, welchen Rang die gefährdeten Güter bei abstrakter Betrachtung einnehmen, wobei das Leben als ein Höchstwert zu beachten ist.

Allerdings darf nicht der Rang der bedrohten Rechtsgüter isoliert betrachtet werden. Vielmehr ist eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung von Ausmaß und Grad der drohenden Gefahren vorzunehmen. So ist beispielsweise die drohende Gefahr schwerer Gesundheitschäden vor einer weit entfernten Lebensgefahr abzuwenden.¹¹⁹

Wendet man diese Überlegungen auf einen Pandemiefall an, so folgt daraus, dass besonders gefährdete Bevölkerungsgruppen vorrangig behandelt werden dürfen, nämlich diejenigen, die ein erhöhtes Morbiditäts- oder gar Mortalitätsrisiko aufweisen.¹²⁰ Diese sind dann primär mit knappen Medikamenten zu versorgen.¹²¹ Darunter fällt vor allem medizinisches Personal, das einer unvermeidbaren Gefahr von Ansteckung ausgesetzt ist. Es gilt aber auch z. B. für Patienten, die aufgrund von Vorerkrankungen geschwächte Abwehrkräfte haben.¹²²

Demzufolge sind wie in der Katastrophenmedizin auch im Pandemiefall Triagegruppen zulässig und sinnvoll, die die Reihenfolge der Verteilung des

117 *Lachmann/Meuter* (Fn. 38), S. 186 f.; *Brech* (Fn. 1), S. 258.

118 *Kautzky/Illhardt/Künschner*, Selektion, in: Eser/v. Lutterotti/Sporken (Hrsg.), *Lexikon Medizin, Ethik, Recht*, 1989, S. 1042; *Uhlenbruck* (Fn. 96), *MedR* 1995, 427 (433).

119 *Künschner* (Fn. 4), S. 325; *Taupitz* (Fn. 38), S. 86 (99); *Brech* (Fn. 1), S. 259.

120 *Brech* (Fn. 1), S. 259.

121 *Brech* (Fn. 1), S. 259.

122 *Brech* (Fn. 1), S. 259; a.A. *Kloepfer/Deye* (Fn. 3), *DVBl.* 2009, 1208 (1219 f.), die diesen Patienten Impfstoff erst gewähren wollen, wenn medizinisches Personal und Träger von Staatsgewalt verschiedener Art geimpft wurden.

Impfstoffs oder therapeutisch wirkender Medikamente regeln. Die Triagegruppen I bis III sind verfassungskonform.¹²³

Allerdings ist die Behandlung der Patienten der Triagegruppe IV ebenso dringlich wie die der Triagegruppe I. Sie unterscheiden sich lediglich in der Erfolgsaussicht einer Behandlung. Sofern man die Erfolgsaussicht einer Behandlung als zulässiges Differenzierungskriterium akzeptiert (s. oben), ist auch die Unterscheidung zwischen beiden Triagegruppen verfassungsrechtlich haltbar.

VII. Problem: Dringlichkeit vs. Erfolgsaussicht

Patienten, die besonders dringlich behandelt werden müssen, sind in der Regel am schwersten verletzt oder gefährdet – sonst wäre ihre Behandlung nicht besonders dringlich. Das wiederum heißt auch, dass bei ihnen die Erfolgsaussicht der Behandlung vergleichsweise gering ist.¹²⁴ Zwischen Dringlichkeit und Erfolgsaussicht besteht damit ein latentes Spannungsverhältnis. Auch das spricht dafür, dass der Gesetzgeber die Verteilungsproblematik im Pandemiefall einer grundsätzlichen Lösung zuführen muss. Er und kein anderer muss die Grundentscheidung treffen, wie das Spannungsverhältnis zwischen Dringlichkeit und Erfolgsaussicht, aber auch zwischen anderen Gesichtspunkten, aufzulösen ist.¹²⁵

G. Ergebnis

Es gibt nicht „die“ gerechte Verteilung und Zuteilung von Medikamenten im (drohenden) Pandemiefall. Es gibt auch nicht „die“ von der Rechtsordnung vorgeschriebene Verteilung von präventiv wirkenden Impfstoffen oder therapeutisch wirkenden Arzneimitteln. Das Grundgesetz enthält vor allem den begrenzenden Rahmen, und es ist Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers, diesen Rahmen auszufüllen. Die arbeitsteilige Einbeziehung anderer Disziplinen mit ihrer je eigenen Fachkunde (etwa der Medizin) ist zulässig und geboten. Aber der Gesetzgeber darf sich nicht hinter anderen Disziplinen verstecken. Die grundlegenden Entscheidungen muss er vielmehr selbst treffen. Eine entsprechende gesetzliche Regelung müsste entweder inhaltlich derart bestimmt sein, dass sie in der

123 *Brech* (Fn. 1), S. 260.

124 *Feuerstein*, Das Transplantationssystem, 1995, S. 245; *Lachmann/Meuter* (Fn. 38), S. 188 f.; *Junghanns* (Fn. 98), S. 93.

125 Siehe zur gleichen Frage aus dem Blickwinkel der Organtransplantation *Neft* (Fn. 39), NZS 2010, 16 (18); *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 43), NJW 2002, 3365 (3368 f.).

Praxis hinreichend rechtssicher umgesetzt werden könnte (sachliche Legitimation). Oder aber der Gesetzgeber müsste ausreichende Vorgaben zur Zusammensetzung und zum Verfahren eines zur Regelung zuständigen Gremiums erlassen (personelle Legitimation). Je schwächer einer der beiden Legitimationsstränge ist, umso stärker muss der andere ausgestaltet sein.¹²⁶ Der bei ihm bestehenden und bezogen auf die grundlegenden Entscheidungen auch nicht abwälzbaren Regelungsverantwortung ist der parlamentarische Gesetzgeber in Deutschland bisher bezogen auf den (absehbaren) Problemfall einer Pandemie nicht hinreichend nachgekommen.

126 *Schmidt-Assmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 103 ff.; *Höfling/Augsberg*, Zeitschrift für medizinische Ethik 2009, 45 (53).

