



© WILKE, Wien

Mag. Georg Streit

ist Partner bei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Er ist Vortragender an der Universität Wien sowie Vorstandsmitglied der österreichischen Liga für Kinder- und Jugendgesundheit.

## *Gesundheitsversorgung in der Pandemie: Triage – oder kommen alle dran?*

In Zeiten knapper Ressourcen tritt stets die Frage nach deren Verteilung auf. Anders als bei manchen Konsumgütern lässt sich diese bei lebenswichtigen Produkten oder Dienstleistungen nicht so einfach durch Marktmechanismen wie das freie Spiel der Kräfte (Angebot und Nachfrage) lösen. Neben moralischen und ethischen Fragestellungen, die stets Begleiterscheinungen der Verteilung knapper Ressourcen sind, werden in solchen Fällen auch oft Rufe nach einer gesetzlichen oder behördlichen Zuteilungsregelung laut. Diese ist umso heikler, je (lebens)notwendiger die nicht ausreichend zur Verfügung stehende Ressource ist, etwa wenn sie der Gesundheitsversorgung oder im Extremfall der Aufrechterhaltung menschlichen Lebens dient. In Zeiten einer grassierenden Pandemie werden solche Fälle, die zumeist nur in der Theorie stattfinden, zur Realität.

Aus verständlichen Gründen scheut der Gesetzgeber eine verbindliche Regelung zu erlassen, wer bei zu wenig zur Verfügung stehenden Präparaten für alle, die daran Bedarf haben, versorgt wird (und vor allem, wer nicht) oder die Festlegung, in welcher Reihenfolge oder nach welchen Kriterien Patienten in Notsituationen behandelt (z.B. in Intensivstationen aufgenommen) werden. In Zeiten des Überflusses und scheinbar unbeschränkt zur Verfügung stehender Ressourcen, deren Planungen sich an Statistiken und Rechenmodellen aus über Jahren gesammelten Daten orientieren, fällt das Fehlen einer solchen Regelung nicht (allen) auf. Darüber hinaus verursacht die Bereithaltung von Ressourcen für den Notfall und über die statistische Wahrscheinlichkeit des Bedarfs hinaus auch Kosten.

Wie ist mit solchen Situationen im Gesundheitsbereich umzugehen? Für Intensivmediziner ist dieses Szenario mitunter gar nicht fremd, dazu bedarf es keiner Pandemie. Eine Pandemie schafft hier aber wohl für große Teile der Bevölkerung eine neue Wirklichkeit. Der Sachverhalt lässt sich auch noch erweitern auf jene Fälle, die indirekt von Ressourcenknappheit

betroffen sind. Denn wenn man etwa Intensivstationen für Pandemiepatienten freihalten muss, dann können Personen, die aus anderen Gründen eine dringend notwendige medizinische Behandlung benötigen, nicht versorgt werden. Und natürlich ist so ein Szenario auch außerhalb von Intensivstationen denkbar (Operationen werden verschoben, Behandlungen vertagt, Therapien eingestellt ...).

Das negative Dilemma ist aller Voraussicht nach unvermeidbar. Offen bleibt in Situationen wie der gegenwärtigen vor allem, wer davon betroffen ist oder sein kann, da das Risiko einer ernsthaften Erkrankung oder gar des Todes aufgrund einer Pandemiebedingten Infektion bei Menschen unterschiedlichen Alters oder Gesundheitszustandes ungleich hoch ist. Dies veranlasste nun in Deutschland Personen, die unter Behinderungen und/oder Vorerkrankungen leiden, beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) eine verbindliche Regelung der Triage während der COVID-19-Pandemie zu erlassen. Sie beschwerten sich gegen die Untätigkeit des Gesetzgebers, eine verbindliche Anordnung zu treffen, um aufgrund ihres Gesundheitszustandes nicht von einer (lebenserhaltenden) medizinischen Behandlung ausgeschlossen zu werden, weil ihre Heilungs- oder Rettungschancen statistisch gesehen schlechter sind als bei anderen Personen. Gestützt war die Verfassungsbeschwerde auf die Schutzpflicht des Gesetzgebers für Gesundheit und Leben der Staatsbürger (explizit wurden als Rechtsgrundlagen Art 3 Abs 3 Satz 2 des deutschen Grundgesetzes (GG) und Art 25 der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) genannt). Die Beschwerdeführer brachten auch vor, dass das Fehlen einer derartigen Regelung ihre Menschenwürde und ihre Rechte auf Leben und Gesundheit verletzen würde.

Das deutsche BVerfG ist grundsätzlich befugt, zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl einstweilige Anordnungen zu treffen<sup>1</sup>. Dabei sind die Folgen, die

1 . § 32 Abs 1 BVerfGG.

eintreten, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Beschwerde aber später Erfolg hätte, mit den Nachteilen abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte Anordnung erlassen würde, der Beschwerde aber letztlich der Erfolg versagt bliebe. Die Judikatur des BVerfG verlangt ein deutliches Überwiegen der Nachteile, die ohne einstweilige Anordnung eintreten, gegenüber jenen, die zumindest vorläufig ein sich später als verfassungsgemäß erweisendes Gesetz verhindern. Durch eine solche Anordnung kann etwa das Inkrafttreten eines Gesetzes bis zur endgültigen Entscheidung aufgeschoben werden.<sup>2</sup>

Offen ist aber bisher, ob das deutsche Bundesverfassungsgericht auch Anordnungen im Fall der Untätigkeit des Gesetzgebers erlassen kann. Sowohl die Beantwortung dieser Frage als auch eine Entscheidung in der Sache vermied das Bundesverfassungsgericht mit dem Hinweis auf „das zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt erkennbare Infektionsgeschehen“ und die aktuellen „intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten.“ Diese lassen es, so das BVerfG in seinem Beschluss vom 16.7.2020 „nicht als wahrscheinlich erscheinen [...], dass hier die gefürchtete Situation der Triage eintritt“.<sup>3</sup> Es ist zu hoffen, dass diese Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts auch weiterhin zutrifft.

In Österreich bestünde nach derzeitigem Stand auch keine Rechtsgrundlage für den Verfassungsgerichtshof, eine entsprechende Anordnung zu treffen. Denn dieser ist grundsätzlich als Kassationsgericht konzipiert. Die Entscheidungskompetenz des österreichischen VfGH ist sowohl bei der Gesetzesprüfung<sup>4</sup> als auch bei der Verordnungskontrolle<sup>5</sup> auf die Aufhebung (Kassation) der von ihm als rechtswidrig erkannten Normen beschränkt. Generelle Normen, also Gesetze

oder Verordnungen zu erlassen, ist der VfGH nicht befugt. Der VfGH darf selbst dann nicht generelle Normen erlassen („gesetzgebend“ tätig werden), wenn die Erlassung bestimmter Regelungen von Verfassungs wegen geboten wäre.<sup>6</sup> Er ist auch nicht befugt, den Gesetzgeber (direkt) zu einem Gesetzgebungsakt zu verpflichten.<sup>7</sup> Eine Untätigkeit des Gesetzgebers kann vom VfGH (nur) dann auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft werden, wenn es sich um bloß partielles Unterlassen handelt, wenn also ein Zusammenhang zu einer bestehenden Norm gegeben ist, der es erlaubt, diese als Bezugspunkt für die Auswirkungen anzusehen, die das gesetzgeberische Unterlassen nach sich zieht.<sup>8, 9</sup>

Aber wie soll ein vor diesem Dilemma stehender Arzt verfahren, um sich rechtskonform zu verhalten? Verbindliche Regelungen des Gesetzgebers gibt es nicht. Ärzte entscheiden fachlich grundsätzlich weisungsfrei. Die von der Bioethikkommission im März 2020 veröffentlichte Stellungnahme „zum Umfang mit knappen Ressourcen in der Gesundheitsversorgung im Kontext der COVID-19-Pandemie“ beschäftigt sich ebenso wie zahlreiche medizinische Fachgesellschaften mit der Triage-Situation während der COVID-19-Pandemie. Diese enthält durchaus gewisse Leitlinien, verweist aber auf das unlösbare Dilemma, da unsere Rechtsordnung ein Abwägen von Menschenleben gegeneinander nicht zulässt. Als Ausweg wird auf den „entschuldigenden Notstand“ nach dem Strafgesetzbuch verwiesen, auch wenn dieser die Rechtswidrigkeit selbst nicht beseitigt.<sup>10</sup> Auch hier bleibt zu hoffen, dass das Infektionsgeschehen und die verfügbaren Behandlungskapazitäten eine Entscheidung einer solchen Frage, die während der aktuellen Pandemie „tausendfach“<sup>11</sup> auftreten kann, – in letzter Konsequenz durch ein Strafgericht – entbehrlich macht.<sup>12</sup>

2 Siehe dazu auch *Streit*, Masernimpfpflicht in Deutschland (zumindest vorläufig) zulässig, JMG 2020, 66.

3 BVerfG 16.7.2020, 1 BvR 1541/20, Rz 9.

4 Art 140 B-VG.

5 Art 139 B-VG.

6 Vgl zB *Rohregger in Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II/2, Art 140 B-VG Rz. 14.

7 VfGH 26.4.2010 G 28/10 (VfSlg 19.040).

8 VfGH 5.3.1996, B 2674/94 (VfSlg 14.453).

9 Der ebenfalls als Kassationsgericht konzipierte VwGH hält es nicht für ausgeschlossen, auf Grundlage des unmittelbar an-

wendbaren Unionsrechts auch einstweilige Anordnungen zu treffen (vgl zB VwGH 29.10.2014, Ro 2014/04/0069). Der VfGH ist da etwas zurückhaltender (VfGH 23.9.2011 V 101/11, VfSlg 19.495).

10 Vgl. dazu *Soyer*, „Damoklesschwert über der Ärzteschaft“, Die Presse 2020/30/01 (Rechtspanorama 20.7.2020).

11 Vgl. [Addendum.org/Coronavirus/Triage-oesterreich/](https://addendum.org/Coronavirus/Triage-oesterreich/) abgerufen am 26.8.2020, zuletzt aktualisiert am 15.4.2020.

12 Siehe dazu auch den Beitrag von *Kröll* in diesem Heft, Seite 151 und *Taupitz*, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, MedR (2020) 440.