

Regina E. Aebi-Müller

## **Behandlungspflichten und Behandlungsentscheide bei Ressourcenknappheit**

---

Wer erhält den letzten Behandlungsplatz auf der Intensivstation, wenn die Betten zu knapp werden? Haftet die Ärztin, wenn sie einen Triageentscheid trifft und ein von ihr betreuter Patient deshalb verstirbt? Ist der Arzt strafbar, der einem Patient mit schlechten Überlebenschancen das Beatmungsgerät zu Gunsten einer Patientin mit besserer Prognose entzieht? Fragen, die noch vor einem knappen Jahr als typische Schulbuchbeispiele abgetan worden wären, haben im Kontext der Covid-19-Pandemie erschreckende Brisanz erhalten. Der Beitrag versucht, sich der Triage-Problematik aus juristischer Sicht anzunähern.

---

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Patientenrechte, Persönlichkeitsrechte; Gesundheitssystem, Gesundheitspolitik; Arzthaftung, Haftung für medizinische Handlungen

Zitiervorschlag: Regina E. Aebi-Müller, Behandlungspflichten und Behandlungsentscheide bei Ressourcenknappheit, in: Jusletter 1. Februar 2021

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung und Problemstellung
2. Abgrenzungsfragen
  - 2.1. Fehlende Einwilligung des Patienten
  - 2.2. Fehlende Indikation der gewünschten Behandlung
3. Behandlungspflicht des Arztes
  - 3.1. Berufsrechtliche Beistandspflicht in Notlagen
  - 3.2. Strafbares Unterlassen der Behandlung?
4. Allokationsbedingtes Absenken des Leistungsniveaus
  - 4.1. Im Allgemeinen
  - 4.2. Insbesondere zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen
  - 4.3. Zwischenergebnis
5. Unzulässige Kriterien: Diskriminierung und Zufall
  - 5.1. Diskriminierungsverbot und Gebot der sachgerechten Differenzierung
  - 5.2. Unzulässigkeit eines Zufallsentscheids
6. Rechtlich anerkannte Kriterien zur Abwägung mehrerer gefährdeten Menschenleben
  - 6.1. KVG-rechtliche Überlegungen zum Triage-Entscheid
  - 6.2. Transplantationsrecht: Zuteilung von Organen
  - 6.3. Influenza-Pandemieplan: Rettung möglichst vieler Menschenleben
  - 6.4. Weitere Quellen
7. Zusammenfassung und Schlussbemerkungen

### 1. Einleitung und Problemstellung

[1] Das vergangene Jahr hat vermeintliche Gewissheiten ins Wanken gebracht. Noch Anfangs 2020 schien es in der Schweiz undenkbar, dass medizinisch indizierte intensivmedizinische Behandlungen aus Gründen der Ressourcenknappheit rationiert und nur einem Teil der darauf angewiesenen Patienten zur Verfügung gestellt werden könnten. Sicher gab es immer wieder, etwa bei schweren Verkehrsunfällen, eine temporäre Überlastung einzelner Gesundheitseinrichtungen. Dass aber kantonsweit oder für die ganze Schweiz ein Versorgungsengpass drohen könnte und was aus rechtswissenschaftlicher Sicht die Folgen wären, war ein Thema, das in Lehrbüchern und Aufsätzen selten auf mehr als ganz wenigen Zeilen abgehandelt wurde – wenn überhaupt! Und nun also: Covid-19. Die erste Welle konnte in der Schweiz im Frühjahr 2020 gerade noch bewältigt werden. In der zweiten Welle erreichen seit Ende November 2020 nicht nur die Infektionszahlen beängstigende Höhen, vielmehr arbeiten seit Wochen etliche Intensivstationen buchstäblich am Limit. Zum Zeitpunkt der Einreichung des vorliegenden Beitrages konnte das Abweisen von dringend intensivpflichtigen Patienten immerhin (meist) noch durch Verlegung von Patienten in andere Kantone abgedeckt werden. Eine nachhaltige Entspannung der Situation ist indessen vorerst nicht in Sicht.

[2] In den nachfolgend mit dem Begriff «Triage» angesprochenen Sachlagen verhält es sich so, dass eine intensivmedizinische Behandlung bei einem bestimmten Patienten gewisse kurz- oder mittelfristige Erfolgsaussichten hätte. Der Entscheid zur Nichtaufnahme oder Beendigung der Behandlung ist dem Umstand geschuldet, dass die Ressourcen (Geräte und/oder Personal) nicht für alle auf diese Behandlung angewiesenen Patienten ausreichen. Der Entscheid, die Behandlung anzubieten oder nicht, erfolgt daher nicht mehr mit Blick auf den einzelnen Patienten, sondern unter *Rücksichtnahme auf ein Patientenkollektiv*. Eine Triage-Situation im Sinne der folgenden Überlegungen liegt indessen nur vor, wenn auch die Möglichkeiten einer überregionalen Dispo-

sition ausgeschöpft sind. Sofern eine *Verlegung* eines Patienten in eine andere Klinik mit noch ausreichenden Ressourcen aufgrund der konkreten Umstände möglich ist, geht diese Option vor. [3] Die nachfolgenden Erwägungen betreffen vor diesem Hintergrund die *Frage, welche Kriterien aus rechtlicher Sicht für einen Triage-Entscheid relevant sein dürfen*. Nach hier vertretener Auffassung zieht ein Triage-Entscheid, der gestützt auf die «richtigen» Kriterien getroffen wird, für die involvierten Akteure keine rechtlichen Konsequenzen (Haftung oder Strafverfahren) nach sich. Das Vorenthalten der Behandlung ist dann rechtmässig, selbst wenn einzelne Patienten wegen des getroffenen Entscheides versterben oder einer Rettungschance beraubt werden. Indessen fehlen *verbindliche, durch den demokratischen Gesetzgeber vorgegebene Kriterien*. Bis zur allfälligen Verabschiedung eines Gesetzes ist es Aufgabe der Rechtswissenschaft und von anerkannten medizinischen Gremien – in der Schweiz ist dies insbesondere der SAMW<sup>1</sup> –, möglichst konkrete Leitlinien zur Triage zu erlassen. Nach der eiligen Verabschiedung der *Triage-Richtlinie*<sup>2</sup> im Frühjahr 2020 wurde allerdings in den Medien und vereinzelt in juristischen Blogs und Zeitschriften die Zulässigkeit der darin genannten Kriterien in Frage gestellt.<sup>3</sup> Nach der Richtlinie ist bei Überlastung der Intensivkapazitäten «die kurzfristige Prognose entscheidend».<sup>4</sup> Ausdrücklich abgelehnt werden diskriminierende Kriterien als solche (insbes. das Alter, das allerdings indirekt, bei der Prognose, eine Rolle spielen kann), der «hohe gesellschaftliche Wert» bestimmter Personen sowie eine Zuteilung nach Losverfahren oder «first come, first served».

[4] Nachfolgend ist vor diesem Hintergrund nach der Klärung von Abgrenzungsfragen (2.) der Grundsatz – Zulässigkeit eines durch beschränkte Ressourcen bedingtes Absenken des Leistungsniveaus – zu umreissen, wobei auch die Frage angesprochen wird, inwiefern zwischen Tun und Unterlassen ein rechtlich relevanter Unterschied besteht (3. und 4.). Anschliessend ist kurz auf unzulässige, weil diskriminierende Kriterien hinzuweisen (5.). Es folgt eine Übersicht über die in der übrigen Rechtsordnung verwendeten Entscheidungskriterien, die Einsicht in das Wertgefüge des Gesetzgebers versprechen (6.). Abschliessend werden die Ergebnisse dargestellt (7.).

[5] Ausgeklammert bleibt im vorliegenden Beitrag die Situation, dass zwischen der intensivmedizinischen Behandlung eines unmittelbar gefährdeten (Covid-19-)Patienten einerseits und dem Heileingriff bei einem lebensbedrohlich Erkrankten abgewogen werden muss. Es ist nicht nur theoretisch denkbar, sondern gegenwärtige Realität in etlichen Schweizer Spitälern, dass die knappen personellen und sonstigen Ressourcen derart zu Gunsten der Behandlung von

---

<sup>1</sup> Zur Bedeutung und zum Tätigkeitsbereich der Schweizerischen Akademie für Medizinische Wissenschaften (SAMW) siehe u.a. NATASSIA GILI, Staatlich gesteuerte Selbstregulierung am Beispiel der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 60 ff.

<sup>2</sup> Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW)/Schweizerische Gesellschaft für Intensivmedizin, Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit (24. März 2020); [https://www.samw.ch/dam/jcr:4c30e233-6357-4b1a-98fa-27323db77ccc/richtlinien\\_v2\\_samw\\_triaje\\_intensivmedizinische\\_massnahmen\\_ressourcenknappheit\\_20200324.pdf](https://www.samw.ch/dam/jcr:4c30e233-6357-4b1a-98fa-27323db77ccc/richtlinien_v2_samw_triaje_intensivmedizinische_massnahmen_ressourcenknappheit_20200324.pdf). Am 4. November 2020 und nochmals am 17. Dezember 2020 hat die SAMW aktualisierte Versionen der Richtlinien publiziert, die in den Grundzügen identisch sind, allerdings etwas achtsamer formuliert, insbesondere bei der Umschreibung der massgeblichen Kriterien. Die jeweils aktuelle Version der Richtlinie ist abrufbar unter: <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Intensivmedizin.html>.

<sup>3</sup> Die meisten Beiträge fokussieren dabei auf die Frage, ob das Alter der Betroffenen ein Kriterium für einen Triage-Entscheid darstellen darf. Siehe dazu u.a. MARK-ANTHONY SCHWESTERMANN/CHRISTA TOBLER, Altersdiskriminierung bei medizinischer Ressourcenknappheit? Rechtliche Überlegungen zur Rolle des Alters in den Triagerichtlinien für die COVID-19-Pandemie, in: Jusletter 14. April 2020; vgl. ferner CHRISTIAN PETER, Wie begrenzte Ressourcen zugeteilt werden sollen, Die Covid-19-Triage-Richtlinie der SAMW zur Verteilung von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, in: Jusletter 14. April 2020.

<sup>4</sup> SAMW (Fn. 2), S. 4 (Hervorhebung im Original).

Covid-19-Patienten verschoben werden, dass Krebs- oder Herzoperationen herausgezögert werden müssen. Die Triage-Regeln, die im Zusammenhang mit der Pandemie diskutiert werden, beziehen diese Sachlagen nicht ein. Sie sind aus rechtlicher und ethischer Sicht weitaus schwieriger zu beurteilen. Exemplarisch: Wenn die Behandlung eines betagten Covid-19-Patienten, der eine Überlebenschance von 20% hat, dazu führt, dass ein 40-jähriger Krebspatient erst einige Wochen später operiert wird, sodass wegen des Krankheitsfortschritts seine Heilungschance von 90% auf 40% sinkt, dann ist das eine Form der Triage, über die vertieft nachgedacht werden müsste.

## 2. Abgrenzungsfragen

[6] Von einer Triage im rechtlich relevanten Sinne kann nur die Rede sein, wenn der Patient die fragliche Behandlung einerseits wünscht und wenn andererseits eine medizinische Indikation vorliegt. Dies ist nachfolgend in aller Kürze zu skizzieren.

### 2.1. Fehlende Einwilligung des Patienten

[7] Bekanntlich hat das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in den vergangenen Jahrzehnten an Bedeutung gewonnen. Bei näherem Hinsehen zeigt sich allerdings, dass dieses nicht einem eigentlichen «right to choose» gleichgesetzt werden darf. Vielmehr handelt es sich in erster Linie um ein *Abwehrrecht*, das dem Patienten erlaubt, auch die vorgeschlagene und objektiv angemessene Behandlung abzulehnen.<sup>5</sup> Der Gesetzgeber geht m.a.W. von der Vorstellung aus, dass eine medizinische Behandlung nur mit *Zustimmung des Patienten* oder (bei Urteilsunfähigkeit<sup>6</sup>) von dessen Vertreter zulässig ist.

[8] Keine Behandlungspflicht besteht dann, wenn der aufgeklärte, urteilsfähige Patient (oder der Vertreter des urteilsunfähigen Patienten) entscheidet, eine ihm konkret angebotene Behandlung nicht in Anspruch zu nehmen, oder wenn er grundsätzlich gar keine Behandlung seines Leidens will.<sup>7</sup> Närerer Betrachtung bedürfte in diesem Kontext die reale Möglichkeit, dass Gesundheitsfachpersonen, beispielsweise im Kontext oder zwecks Vermeidung einer Triage-Situation, Patienten mit geringen Überlebenschancen (bzw. deren Vertreter) unter Hinweis auf die Ressourcenknappheit und andere behandlungsbedürftige Patienten dazu «ermutigen», die möglicherweise lebensrettende Behandlung abzulehnen. Einmal abgesehen davon, dass ein *unter Druck erfolgter Entscheid* des Patienten bzw. des Vertreters über den Behandlungsabbruch bzw. die Behandlungsablehnung rechtlich unwirksam ist, bringt dies die betroffenen Patienten und deren Angehörige bzw. Vertreter in eine emotional schwierige Situation, die unbedingt vermieden werden sollte.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> REGINA E. AEBI-MÜLLER/WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHE/BRIGITTE TAG, Arztrecht, Bern 2016, § 2, Rz. 2 ff.; zustimmend Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 2018, 6B\_730/2017, E. 2.3.

<sup>6</sup> Anstatt vieler: REGINA E. AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, in: Jusletter 22. September 2014, Rz. 16.

<sup>7</sup> Anstatt vieler: AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn. 5), § 2, Rz. 94, m.w.H.

<sup>8</sup> Zum Problem u.a. DARIO PICECCHI, Die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen, Rechtliche und medizinethische Grundsätze über COVID-19 hinaus, sui generis 2020, S. 297.

## 2.2. Fehlende Indikation der gewünschten Behandlung

[9] Keine Triage-Situation liegt sodann vor, wenn die vom Patienten bzw. dessen Vertreter gewünschte Behandlung nicht indiziert ist, müssen doch solche Behandlungen auch bei ausreichend vorhandenen Ressourcen nicht angeboten werden.<sup>9</sup> Zuweilen wird die Behandlung dann als indiziert bezeichnet, wenn sie «zur Heilung oder Linderung einer Krankheit oder zur Gesundheitserhaltung des Patienten notwendig ist.»<sup>10</sup> Diese Definition greift insofern zu kurz, als eine Indikation sich letztlich auf ein *bestimmtes Behandlungsziel* beziehen muss – nur mit Bezug auf dieses angestrebte Ergebnis lässt sich beurteilen, ob eine bestimmte Massnahme zielführend ist oder nicht.<sup>11</sup> Die Indikationsstellung beinhaltet stets eine Wertung, die den konkreten Patienten in seiner Befindlichkeit und Lebenswelt mitberücksichtigt. Es geht somit um mehr als eine naturwissenschaftliche Konklusion.<sup>12</sup>

[10] Wenn das *Behandlungsziel* der entscheidende Bezugspunkt für die Indikation einer bestimmten medizinischen Massnahme darstellt, dann fragt sich, wer befugt ist, über dieses Behandlungsziel zu entscheiden. Ist das blosse, allenfalls auch nur kurzfristige Überleben im Sinne des Herauszögern des Todeseintritts bereits hinreichendes Behandlungsziel, so ist die Indikation einer intensivmedizinischen Massnahme unter Umständen auch bei unrettbar Erkrankten gegeben. Ist das Behandlungsziel hingegen die Rückkehr in ein Leben außerhalb der Intensivpflegestation, allenfalls sogar mit vorhandenem Bewusstsein oder einer minimalen Selbstständigkeit, so wird die intensivmedizinische Behandlung deutlich weniger oft indiziert sein. Der Begriff der medizinischen Indikation sollte aus diesem Grund auch *nicht* vorschnell als *Gegenbegriff zur Aussichtslosigkeit*<sup>13</sup> bzw. «Futility» verstanden werden. Dieser letztere Begriff wird insbesondere im intensivmedizinischen Bereich zur Klärung der Frage verwendet, wann eine Behandlung aussichtslos bzw. «futile» ist und daher nicht angeboten werden sollte.<sup>14</sup> Beispielhaft wird angeführt, dass eine Intensivtherapie nicht angebracht sei, «wenn der Sterbeprozess unaufhaltsam begonnen hat, die Therapie als medizinisch aussichtslos eingeschätzt wird, weil keine Besserung oder Stabilisierung erwartet wird oder ein Überleben an den dauerhaften Aufenthalt auf der Intensivstation gebunden wäre.»<sup>15</sup> Damit wird jedoch gleichzeitig – wenngleich nicht explizit – das Behandlungsziel des blossen Überlebens oder des (kurzfristigen) Hinauszögern des Todeseintritts abgelehnt. Dies bedeutet offenkundig eine Wertung, die rechtfertigungsbedürftig ist.<sup>16</sup> Sie lässt sich – einmal ab-

---

<sup>9</sup> Exemplarisch AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn. 5), § 2, Rz 3; ANDREA BÜCHLER/MARGOT MICHEL, in: Bächler/Häfeli/Leuba/Stettler (Hrsg.), FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013, Art. 372 Rz. 6.

<sup>10</sup> CLAUDIA FINK, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker), Bern 2008, S. 37; vgl. für das deutsche Recht: REINHARD DAMM/TOBIAS SCHULTE IN DEN BÄUMEN, Indikation und informed consent – Indikatoren eines Gestaltwandels von Medizin und Medizinrecht, KritV 88/2 S. 101 ff., S. 104 f., m.w.H.

<sup>11</sup> VOLKER LIPP, Die medizinische Indikation – ein «Kernstück ärztlicher Legitimation?», MedR 2015, S. 762 ff., S. 763.

<sup>12</sup> Vgl. DAMM/SCHULTE IN DEN BÄUMEN (Fn. 10), S. 105, m.w.H.

<sup>13</sup> Vgl. zum Begriff der Aussichtslosigkeit u.a. Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Intensivmedizinische Massnahmen, 3. Aufl. 2018, S. 15: «Als aussichtslos wird eine Therapie dann bezeichnet, wenn entweder von vornherein oder aber im Verlauf der Behandlung festgestellt werden muss, dass der Patient nicht mehr in ein angemessenes Lebenumfeld zurückkehren kann.»

<sup>14</sup> Exemplarisch: SAMW (Fn. 13), S. 11: «Rückkehr in ein angemessenes Lebenumfeld» als Ziel der Intensivtherapie.

<sup>15</sup> Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, 2. überarbeitete Fassung vom 17. April 2020, S. 3; ähnlich SAMW (Fn. 13), S. 16: «[D]as blosse Überleben unter anhaltender Intensivtherapie kann nicht als erstrebenswertes Ziel gelten.»

<sup>16</sup> Vgl. RAINER BECKMANN, Indikation und «Therapiezieländerung», MedR 2018, S. 556 ff., S. 557, der die Lebensqualität als subjektiv geprägtes Kriterium bezeichnet, über das der Patient – und nicht der Arzt – zu bestimmen habe.

gesehen davon, dass sich die Frage der krankenversicherungsrechtlichen Finanzierung von Leistungen stellen kann (dazu Rz. 30 ff.) – nur so erklären, dass nicht erst bei der Beurteilung der konkreten Indikation, sondern bereits bei der Festlegung des zu erreichenden Behandlungsziels ein *Ermessensspielraum der Ärzteschaft* besteht.

[11] Bezogen auf die konkrete Entscheidungssituation lässt sich *zusammenfassend* festhalten, dass die durch den Arzt aufgrund seiner Fachkompetenz, seines Erfahrungswissens und gegebenenfalls unter Rücksichtnahme auf fachspezifische Richtlinien gestellte Indikation den Rahmen absteckt, innerhalb dessen der Patient sein Selbstbestimmungsrecht – verstanden als Abwehrrecht gegen Fremdbestimmung – ausüben kann.<sup>17</sup> Dabei steht dem Arzt – der wiederum in seiner Entscheidungsfindung durch medizin-ethische Richtlinien von Fachgesellschaften unterstützt wird – auch ein Ermessen mit Bezug auf das Behandlungsziel zu, auf das sich die Indikation bezieht. Mit Bezug auf Behandlungen, die nach medizinischen Kriterien «aussichtslos» sind, hat der einzelne Arzt daher nicht nur persönlich keine Behandlungspflicht (dazu sogleich, Rz. 12 ff.), vielmehr muss er ein entsprechendes Behandlungsangebot nicht unterbreiten, auch nicht im Sinne einer Weiterverweisung an einen Kollegen oder an eine Institution, die über ein entsprechendes Angebot allenfalls doch verfügt.

### 3. Behandlungspflicht des Arztes

#### 3.1. Berufsrechtliche Beistandspflicht in Notlagen

[12] Entgegen weitverbreiteter Auffassung gibt es selbst für medizinisch indizierte Behandlungen keine allgemeine und generelle ärztliche Behandlungspflicht.<sup>18</sup> Der einzelne Arzt kann vielmehr im Regelfall die Betreuung und Behandlung eines Patienten ablehnen.<sup>19</sup> In den vorliegend interessierenden Situationen könnte indessen eine Pflicht zur Hilfe in Notsituationen bestehen.<sup>20</sup> Die gesetzlichen Grundlagen sind Art. 40 lit. g MedBG<sup>21</sup> sowie die kantonalen Gesundheitsgesetze.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> Gerade andersherum offenbar DAMM/SCHULTE IN DEN BÄUMEN (Fn. 10), S. 106, die das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Rahmen betrachten, innerhalb dessen eine indizierte Behandlung ausgeführt wird. Wie hier hingegen wohl STEPHANIE HAUSNER, Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion?, Zürich/Basel/Genf 2017, Rz. 139; ähnlich LIPP (Fn. 11), S. 763, sowie BECKMANN (Fn. 16), S. 557, der von einer «Filterfunktion» der Indikationsstellung spricht.

<sup>18</sup> AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn. 5), § 2, Rz. 3 und § 11, Rz. 66; THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHE, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 4. Aufl., Basel 2018, Rz. 316; TOMAS POLEDNA/BRIGITTE BERGER, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002, Rz. 117.

<sup>19</sup> RACHEL CHRISTINAT, L'autonomie du soignant comme limite au droit à l'autodétermination du patient, in: Dupont/Guillod (Hrsg.), Réflexions romandes en droit de la santé, Zürich/St. Gallen 2016, S. 1 ff., S. 6; WALTER FELLMANN, Berufspflichten der Medizinalpersonen nach Art. 40 MedBG, in: Schaffhauser/Kieser/Poledna (Hrsg.), Das neue Medizinalberufegesetz (MedBG), St. Gallen 2008, S. 91 ff., S. 114; POLEDNA/BERGER (Fn. 18), Rz. 112; vgl. auch ANDREA BÜCHLER/MARGOT MICHEL, Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 83. Für das deutsche Recht exemplarisch: ADOLF LAUFS/CHRISTIAN KATZENMEIER/VOLKER LIPP, Arztrecht, 7. Aufl., München 2015, S. 72 f. zum Fehlen eines berufsrechtlichen Kontrahierungzwangs.

<sup>20</sup> Dazu u.a. BORIS ETTER, in: Stämpfli Handkommentar SHK, Medizinalberufegesetz MedBG, Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe, Bern 2006, Art. 40 Rz. 41; MARIO MARTI/PHILIPP STRAUB, Arzt und Berufsrecht, in: Kuhn/Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 233 ff., 251.

<sup>21</sup> Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (MedBG; SR 811.11).

<sup>22</sup> Vgl. bspw. § 32 Abs. 1 Gesundheitsgesetz LU (SRL 800); § 17 Abs. 1 lit. a Gesundheitsgesetz ZH (ZH-Lex 810.1); Art. 69 loi de santé NE (RSN 800.1); FELLMANN (Fn. 19), S. 114.

Als Notfälle gelten Situationen, in denen eine Person dringend medizinische Hilfe benötigt.<sup>23</sup> Die durch das Medizinalberufegesetz dem einzelnen Arzt auferlegte Pflicht ist indessen nicht als fortdauernde Behandlungspflicht konzipiert, sie endet mit dem Eintreffen der zuständigen medizinischen Kräfte.<sup>24</sup> Für die stationäre Behandlung in einer Triage-Situation lassen sich daraus keine spezifischen Pflichten herleiten.

### 3.2. Strafbares Unterlassen der Behandlung?

[13] Auch dem Strafrecht lässt sich keine allgemeine Behandlungspflicht entnehmen. Denkbar ist zwar, dass sich eine Behandlungspflicht aus Art. 128 StGB<sup>25</sup>, d.h. aus dem Straftatbestand der *Unterlassung der Nothilfe*, ableiten liesse. Danach ist strafbar, wer «einem Menschen, der in unmittelbarer Lebensgefahr schwebt, nicht hilft, obwohl es ihm den Umständen nach zugemutet werden könnte». Die Norm geht allerdings weniger weit als die Beistandspflicht des Arztes nach Art. 40 lit. g MedBG.<sup>26</sup> Zudem muss, wie der Wortlaut von Art. 128 StGB schon zeigt, die Hilfeleistung «zumutbar» sein, was u.a. bei einer Pflichtenkollision (zum Begriff hinten, Rz. 16) gerade nicht zutrifft.

[14] Das Unterlassen einer gebotenen Behandlung oder das Unterschreiten des von der geschuldeten Sorgfalt geforderten Leistungsniveaus könnte sodann als *Tötung* strafbar sein, wenn der Patient verstirbt.<sup>27</sup> Dies gilt allerdings nach den allgemeinen Regeln zur Begehung durch Unterlassen nur dann, wenn der Arzt erstens i.S. einer Garantenstellung (hier: Gesetz oder Behandlungsvertrag) zum Handeln verpflichtet ist.<sup>28</sup> Zudem ist die Tatbegehung durch Unterlassen «nur dann strafbar, wenn ihm nach den Umständen der Tat derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn er die Tat durch ein aktives Tun begangen hätte».<sup>29</sup> Ein strafrechtlich relevanter Vorwurf kann dem Arzt indessen bei fehlender Indikation bzw. bei Aussichtslosigkeit und auch in der Triagesituation wegen der konkurrierenden Handlungspflichten gerade nicht gemacht werden.

[15] *Zusammenfassend* ergibt sich nach hier vertretener Auffassung, dass das Strafrecht *keine weitergehenden Behandlungspflichten* des Arztes zu begründen vermag. Erweist sich das Verhalten des Arztes aus zivil- und öffentlich-rechtlicher Sicht als rechtmässig, so muss somit auch das schärfste Instrument des Rechts, die Sanktionierung durch das Strafrecht, entfallen.<sup>30</sup>

---

<sup>23</sup> ETTER (Fn. 20), Art. 40 Rz. 44; FELLMANN (Fn. 19), S. 114; POLEDNA/BERGER (Fn. 18), Rz. 119; vgl. auch WALTER FELLMANN, in: Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont (Hrsg.), Medizinalberufegesetz (MedBG), Kommentar, Basel 2009, Art. 40 Rz. 139 f.

<sup>24</sup> ETTER (Fn. 20), Art. 40 Rz. 44; MARTI/STRAUB (Fn. 20), S. 251.

<sup>25</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0).

<sup>26</sup> ETTER (Fn. 20), Art. 40 Rz. 41; MARTI/STRAUB (Fn. 20), S. 251.

<sup>27</sup> Vgl. etwa BRIGITTE TAG, Strafrecht im Arztalltag, in: Kuhn/Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 669 ff., S. 723.

<sup>28</sup> Eine solche Garantenstellung wird in der Regel durch den Abschluss eines Behandlungsvertrages begründet: Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 2018, 6B\_730/2017, E. 2.3.

<sup>29</sup> Art. 11 StGB, sog. «Gleichwertigkeitsklausel» oder «Vorwurfsidentität»; dazu u.a. URSULA CASSANI, in: Roth/Moreillon (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal, Band I, Basel 2009, Art. 11 Rz. 13; ALEXANDER MARCEL/Louis FRÉDÉRIC MUSKENS, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, Band I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 11 Rz. 6.

<sup>30</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 2018, 6B\_730/2017, E. 2.3, wo auf die ärztliche Therapiefreiheit als Grenze der Selbstbestimmung des Patienten hingewiesen wird. Der Fall betraf die Ablehnung einer von einem Zeugen Jehovas eingeforderten Behandlung.

## 4. Allokationsbedingtes Absenken des Leistungsniveaus

### 4.1. Im Allgemeinen

[16] Auch bei normalen Verhältnissen, d.h. ausserhalb einer Ressourcenknappheit, schuldet der Arzt keinen «Erfolg» (die Wiederherstellung der Gesundheit), sondern nur (aber immerhin) eine Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst, d.h. unter *Einhaltung der allgemein anerkannten Grundsätze der medizinischen Wissenschaft*.<sup>31</sup> Es ist anerkannt, dass das nach diesen Grundsätzen geschuldete Leistungsniveau bei beschränkten Ressourcen gesenkt werden kann, ohne dass deswegen eine straf- oder haftungsrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes begründet würde.<sup>32</sup> Im vorliegenden Kontext bedeutet dies, dass selbst Leistungen, die aufgrund der konkreten gesundheitlichen Verfassung des Patienten angeboten werden sollten, bei zu knappen Ressourcen nicht geschuldet sind. Anders formuliert: Der Arzt, der das «Unmögliche» wegen fehlender Ressourcen nicht tut, begeht *keine Vertrags- bzw. Sorgfaltspflichtverletzung*, selbst wenn er eine bestimmte Leistung für einen bestimmten Patienten bei ausreichenden Ressourcen anbieten müsste. Die ärztliche Sorgfalt wird nämlich auch durch die konkreten Umstände mitbestimmt. Fehlt es aber an einer Sorgfaltspflichtverletzung, so müssen weder der Arzt noch das Spital oder der kausalhaftpflichtige Kanton<sup>33</sup> für den entstandenen Schaden oder die immaterielle Unbill einstehen. Analoges wie mit Bezug auf eine mögliche Haftung des Arztes oder des Spitals gilt im Strafrecht, wo nach wohl überwiegender Auffassung von einer *rechtfertigenden Pflichtenkollosion* auszugehen ist, wenn ein Arzt wegen fehlender Ressourcen nur eine von konkurrierenden Handlungspflichten erfüllt.<sup>34</sup>

[17] Allerdings muss, wie in der Literatur mit Recht betont wird, «das Minus an Leistung durch ein Plus an Information» ausgeglichen werden<sup>35</sup> – es ist daher über den Grund für die Reduktion oder das Vorenthalten der Behandlung *transparent zu kommunizieren*. Der Arzt darf einen Behandlungsvorschlag (z.B. das Angebot einer palliativ-, anstatt einer intensivmedizinischen Behandlung) insbesondere nicht mit der Aussichtslosigkeit begründen, wenn tatsächlich Kosten- bzw. Ressourcenüberlegungen im Vordergrund stehen.<sup>36</sup>

[18] Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in einer Triage-Situation patientenseitig nicht dieselben Leistungen eingefordert werden können wie im Normalfall. Das fehlende Angebot und der dadurch allenfalls verursachte Tod oder vorzeitige Tod implizieren daher nicht zwingend straf- oder haftungsrechtliche Folgen.

---

<sup>31</sup> M.w.H.: AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn. 5), § 2, Rz. 71 f.

<sup>32</sup> AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn. 5), § 8, Rz. 164, m.w.H; TAG (Fn. 27), S. 723.

<sup>33</sup> Die hier interessierenden Triage-Fälle ereignen sich typischerweise nicht im Kontext einer ärztlichen Privatpraxis, sondern im Spitälkontext. Der angestellte Arzt ist hier als Hilfsperson des Spitals zu betrachten, der Geschädigte wird daher entweder das Privatspital oder aber (gemäß kantonalem Verantwortlichkeitsrecht) den Kanton ins Recht fassen. Vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 2018, 6B\_730/2017, E. 1.5; zur Abgrenzung sodann eingehend AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn. 5), § 2, Rz. 13 ff.

<sup>34</sup> TAG (Fn. 27), S. 724, m.w.H.; STEFAN MAEDER, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, Band I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 128 Rz. 69.

<sup>35</sup> AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn. 5), § 8, Rz. 164; TAG (Fn. 27), S. 723.

<sup>36</sup> Siehe zum Problem etwa HELENA PETERKOVÁ, Sterbehilfe und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, Bern 2013, S. 134 f.

#### 4.2. Insbesondere zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen

[19] Im Zusammenhang mit Triage-Entscheidungen kann sich die Frage stellen, ob aus rechtlicher Sicht ein Unterschied besteht zwischen dem Entzug einer bereits begonnenen intensivmedizinischen Massnahme oder dem (blossen) Unterlassen einer solchen Massnahme, d.h. der Nichtaufnahme in die Intensivpflege. Die Frage – die insbesondere in der Strafrechtswissenschaft intensiv diskutiert wird<sup>37</sup> – ist nach hier vertretener Ansicht zu verneinen.

[20] Trifft den Arzt eine Behandlungspflicht gegenüber einem bestimmten Patienten, so hat er gegenüber diesem Patienten eine Garantenstellung, die sowohl haftungs- wie auch strafrechtlich relevant ist (vorne, Rz. 14). Unterlässt der Arzt ein an sich gebotenes, lebensrettendes medizinisches Verhalten, so fällt diese Unterlassung grundsätzlich unter *dieselben Haftungs- und Strafbestimmungen* wie wenn er den Tod des Patienten durch «aktives Tun» herbeiführen würde.<sup>38</sup> In der Triagesituation besteht nun insofern eine Vorwurfsidentität,<sup>39</sup> als es vom Zufall abhängt, ob zwei Patienten gleichzeitig auf Hilfe (z.B. auf Intensivpflege) angewiesen sind oder kurz nacheinander (insbesondere nachdem ein früherer Patient mit dem letzten verfügbaren Gerät intubiert wurde). Die Hilfeleistungspflicht trifft den Arzt gleichermaßen mit Bezug auf beide Patienten, sodass die Unterscheidung zwischen einem «Tun» (Verzicht auf Weiterbehandlung) und einem «Unterlassen» (Verzicht auf Behandlungsbeginn) *wertungsmässig nicht trennscharf* gezogen werden kann, sondern vielmehr künstlich erscheint. Dies gilt umso mehr, als die Lebensrettung auf einer Intensivpflegestation sich nicht in einer einmaligen Intubation erschöpft, sondern vielmehr – wie der Begriff der Intensivpflegestation schon impliziert – eine intensive und andauernde Pflege erfordert, einschliesslich das fortwährende Justieren der verwendeten medizinischen Apparaturen, im Kontext von Covid-19-Patienten ferner regelmässige Lagerungswechsel. Der blosse Behandlungsbeginn genügt daher für die Lebensrettung keinesfalls, es ist eine anhaltende und überaus komplexe Behandlung erforderlich, wenn die Überlebenschancen eines Patienten nachhaltig gewahrt werden sollen. Verglichen mit dieser Intensivpflege rückt wertungsmässig eine einzelne Handlung, z.B. die Intubation, in den Hintergrund. Entscheidend für die Frage der Rechtmässigkeit des Verhaltens ist daher nach Auffassung der Autorin nicht die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungspflichten oder die Frage nach einer Ex-post-Konkurrenz, sondern vielmehr einzig die für die Präferierung eines Patienten entscheidenden *Motive des Arztes*, womit wiederum die Triage-Kriterien in den Fokus gelangen.

[21] Diese Betrachtungsweise rechtfertigt sich auch aus praktischen Gründen: Würde sich ein Arzt (straf- oder haftungsrechtlich) verantwortlich machen, wenn er einem Patienten mit geringen Überlebenschancen die Beatmung zugunsten eines anderen Patienten mit weitaus besseren Chancen entzieht, so bestünde ein (*Fehl*)Anreiz dahingehend, auf *Reserve* noch einige Behandlungsplätze freizuhalten und Patienten mit geringen Chancen gar nicht erst aufzunehmen. Damit könnte das Spital das Risiko einer nachträglichen Triage minimieren – freilich unter Inkaufnahme des ebenso schwerwiegenden Risikos, dass sich rückwirkend herausstellt, dass die verfügbaren Plätze doch (gerade noch) für alle Patienten gereicht hätten. Den vorgängig abgewiesenen Patienten wäre dann zu Unrecht die (wenngleich geringe) Rettungschance vorenthalten worden.

---

<sup>37</sup> Zusammenfassend und gleichzeitig kritisch zur strafrechtlichen Unterscheidung von Handlungs- und Unterlassungspflicht ELISA HOVEN, Die «Triage»-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, JZ 2020, S. 449 ff., S. 452 ff.

<sup>38</sup> Ausführlich zum Ganzen: AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn. 5), § 8, Rz. 153 ff., m.w.H.

<sup>39</sup> Vgl. vorne, Fn 29; ferner HOVEN (Fn 37), S. 453 f.

Thematisiert wird in diesem Kontext zunehmend die Gefahr einer «stillen Triage»<sup>40</sup> oder «Selbst-Triage»<sup>41</sup> insbesondere mit Bezug auf betagte Patienten.

[22] Im Übrigen ist der teilweise stark strafrechtlich dominierten Lehre zur *Unterscheidung von vorgängiger und nachträglicher Triage*<sup>42</sup> Folgendes entgegenzuhalten: Aus den Grundlagen des Arzt-Patienten-Verhältnisses und aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten ergibt sich, dass die Durchführung und Aufrechterhaltung einer Behandlung der Legitimation bedarf, und nicht die Beendigung.<sup>43</sup> Aus zivil-, öffentlich- und an sich auch strafrechtlicher Sicht ist der medizinische Eingriff eine Verletzung der körperlichen Integrität, die der Rechtfertigung (durch aufgeklärte Einwilligung des urteilsfähigen Patienten oder des Vertreters des urteilsunfähigen Patienten) bedarf.<sup>44</sup> Dies gilt auch für die Fortführung eines «Dauereingriffs» wie etwa einer künstlichen Beatmung. Daher bedarf der Behandlungsabbruch in der Schweiz folgerichtig auch keiner Genehmigung durch eine Behörde, einen Beistand oder ein Gericht. Die Beendigung einer zwar lebensverlängernden, aber nicht (mehr) indizierten oder nicht (mehr) vom aktuellen bzw. mutmasslichen Willen des Betroffenen getragenen Behandlung stellt daher keinen Straftatbestand dar, vielmehr müsste unter diesen Umständen gegenteils gerade das Weiterführen der Behandlung als straf- und haftungsrechtlich unzulässig erachtet werden.<sup>45</sup>

### 4.3. Zwischenergebnis

[23] Zentral für die Beantwortung der Frage, ob sich der Arzt rechtmässig oder rechtswidrig verhält, ist somit, ob er in der konkreten Situation eine gesetzliche oder vertragliche Pflicht zur Aufnahme oder Aufrechterhaltung einer ganz bestimmten (intensivmedizinischen) Behandlung hat oder nicht. Fehlt es im Einzelfall an einer solchen Behandlungspflicht, weil der Arzt aufgrund einer Ressourcenknappheit nicht alle Patienten behandeln kann und aufgrund objektiver und rechtlich zulässiger Kriterien den einen Patienten dem anderen vorzieht, so handelt der Arzt rechtmässig.<sup>46</sup> Trifft der Arzt hingegen den *Allokationsentscheid* aufgrund unsachlicher Kri-

<sup>40</sup> Darunter wird die Sachlage verstanden, dass Menschen mit geringeren Überlebenschancen, meist Bewohner von Alters- und Pflegeheimen, ohne konkrete Anwendung der eigentlichen Triage-Kriterien schon gar nicht erst in ein Spital verbracht werden.

<sup>41</sup> Dabei handelt es sich um einen – mehr oder weniger freiwilligen bzw. durch Gesundheitsfachpersonen «angeregten» Entscheid des Patienten oder von dessen Angehörigen, die an sich angebotene Behandlung im Spital oder auf der Intensivpflegestation abzulehnen; vgl. vorne, Rz. 8.

<sup>42</sup> Siehe exemplarisch zum deutschen Recht die Hinweise bei ELISA HOVEN/JOHANNA HAHN, Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie, JA 2020, S. 481 ff., S. 482 f.

<sup>43</sup> Exemplarisch und m.w.H.: Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 2018, 6B\_730/2017 E. 2.3. Aus der deutschen Literatur: LIPP (Fn. 11), S. 764.

<sup>44</sup> Der bekanntlich weit gefasste Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB erleichtert diese Bewertung, werden doch nicht nur invasive Eingriffe in die körperliche Integrität geschützt, sondern lassen sich auch pflegerische Massnahmen und Beeinträchtigungen der psychischen Integrität zwanglos darunter subsumieren. Siehe zum Ganzen exemplarisch HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020, § 12.

<sup>45</sup> Wie dies konsequenterweise der deutsche BGH in seinem Urteil vom 2. April 2019, VI ZR 13/18 (Lebensverlängerung durch Belassen einer PEG-Magensonde) festgestellt hat; für die Schweiz ist ein ähnlich gelagerter Entscheid nicht bekannt.

<sup>46</sup> Aus strafrechtlicher Sicht handelt es sich, wie erwähnt (Rz. 16) um eine rechtfertigende Pflichtenkollision; vgl. dazu u.a. TAG (Fn. 27), S. 723 f.; vgl. BGE 130 IV 7 E. 7 m.w.H.; zur strafrechtsdogmatischen Einordnung der Triage in Deutschland siehe HOVEN/HAHN (Fn. 42), S. 481. Im Bereich des Haftungsrechts entfällt bei dieser Sachlage die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit bzw. die Vertragswidrigkeit des Verhaltens, womit auch die Haftung (Schadenersatz/Genugtuung) entfällt. Vorbehalten bleibt dann noch eine Haftung des Spitals oder des Spital-

terien, in willkürlicher oder diskriminierender Weise, so fällt es aus strafrechtlicher Perspektive schwerer, die Widerrechtlichkeit mit Hinweis auf eine rechtfertigende Pflichtenkollision zu verneinen.<sup>47</sup> Gleichermassen wird man in solchen Sachlagen eine Schadenersatzpflicht eher bejahen. [24] Es ist daher dringend geboten, dass dem Arzt *konkrete Handlungsempfehlungen* zur Verfügung gestellt werden. Idealerweise wird der Allokationsentscheid sodann im Team getroffen.<sup>48</sup> Es ist daher richtig, dass medizinische Fachgesellschaften wie die SAMW mit entsprechenden Richtlinien objektive Grundlagen für den Triageentscheid zur Verfügung stellen, auf die sich das Behandlungsteam stützen kann. Dass Handlungsanweisungen des Gesetzgebers bzw. Empfehlungen von Fachgesellschaften, Standesorganisationen und Ethikkommissionen ihrerseits auf sachlichen Überlegungen gründen müssen, liegt auf der Hand, ist aber letztlich nicht in der Verantwortung des Arztes, der sich grundsätzlich auf derartige professionelle Einschätzungen verlassen darf.

## 5. Unzulässige Kriterien: Diskriminierung und Zufall

### 5.1. Diskriminierungsverbot und Gebot der sachgerechten Differenzierung

[25] In Art. 8 Abs. 1 BV ist das *allgemeine Gleichbehandlungsgebot* statuiert. Art. 8 Abs. 2 BV enthält sodann *spezifische Diskriminierungsverbote*.<sup>49</sup> Daraus ergibt sich einerseits ein Anspruch aller Menschen auf prinzipiell gleiche Teilhabe an der Gesundheitsversorgung.<sup>50</sup> Andererseits dürfen bei einer allokativen bedingten Absenkung des Leistungsniveaus die spezifischen Diskriminierungsmerkmale nach Art. 8 Abs. 2 BV als solche grundsätzlich keine Rolle spielen. Eine Anknüpfung an ein solches Merkmal (z.B. Alter, Behinderung) ist indessen nicht unbedingt verboten, allerdings bedarf sie trifiger Gründe.<sup>51</sup> Führt ein in Art. 8 Abs. 2 BV genanntes Merkmal beispielsweise dazu, dass eine bestimmte Behandlung bei der betroffenen Personengruppe zum vornherein nicht indiziert ist, ist es zulässig, diese Behandlung den Betroffenen nicht zu offerieren.

[26] Umgekehrt betrachtet, ergibt sich aus dem Rechtsgleichheitsgebot ein «Anspruch auf sachgerechte Differenzierung».<sup>52</sup> Die Ungleichbehandlung mehrerer auf Intensivpflege angewiesener Patienten in einer Triage-Situation muss sich daher an den «Gerechtigkeitsauffassungen und Wer-

---

trägers aus Organisationsmangel, wenn z.B. nicht rechtzeitig auf eine absehbare Ressourcenknappheit reagiert und entsprechende Ressourcen beschafft wurden.

<sup>47</sup> Im Kontext der Haftung wird sich der Arzt auch bei dieser Sachlage oftmals darauf verlassen können, dass die Kausalität zwischen unterlassener Behandlung bzw. Behandlungsabbruch und dem eingetretenen Tod nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachweisen lässt.

<sup>48</sup> Vgl. SAMW (Fn. 2), S. 9.

<sup>49</sup> Art. 8 Abs. 2 BV: «Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.»

<sup>50</sup> PAUL RICHLI, Instrumente des Gesundheits- und Lebensschutzes im neuen Heilmittelgesetz vor dem Hintergrund der Grundrechte, AJP 2002, S. 340 (345).

<sup>51</sup> Exemplarisch: BERNHARD RÜTSCH, Spitalplanung und Privatspitäler, Aktuelle Rechtsfragen zur Umsetzung des KVG in Bezug auf Privatspitäler, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 12; BERNHARD WALDMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 8 Rz. 62; DANIEL WIDRIG/BRIGITTE TAG, Rechtliche Aspekte der Kosten-/Nutzenbewertung in der Medizin, hill. Zeitschrift für Recht und Gesundheit, 2012 Nr. 65, Rz. 38 f.

<sup>52</sup> WALDMANN (Fn. 51), Art. 8 Rz. 26.

tungen, wie sie in der gesamten Rechtsordnung zum Ausdruck kommen», orientieren.<sup>53</sup> Schon aus diesem Grund darf sie nicht dem blosen Zufall überlassen werden (dazu sogleich, Rz. 27 f.).

## 5.2. Unzulässigkeit eines Zufallsentscheids

[27] In der Kritik an der Richtlinie der SAMW<sup>54</sup> wurde vereinzelt vorgetragen, dass in der Triage-Situation kein Wertungsentscheid, sondern einzig ein *Zufallsentscheid* zulässig sei, in Form entweder der zeitlichen Priorität oder eines Losentscheids. Zwar ist eine solche Betrachtung auf den ersten Blick verlockend, weil sie scheinbar die Akteure aus der Verantwortung entlässt. Dem ist indessen entgegenzuhalten, dass *Zufallsentscheide* schlicht *menschenwürdig* sind. Darf es entscheidend sein, ob ein Patient mit sehr schlechten Chancen zuerst im Spital ist und eine halbe Stunde später kommt ein Patient mit sehr guten Chancen – er stirbt aber, während er darauf wartet, dass sich die Behandlung des zuerst eingetroffenen Patienten als hoffnungslos erweist? Oder ist das menschliche Leben einem Würfelspiel zugänglich? Darf man, muss man sogar Lose ziehen im Stationszimmer des Spitals? Die Autorin des vorliegenden Beitrages ist dezidiert der Auffassung: Nein, das darf man nicht. Weder in der Bundesverfassung noch sonst irgendwo in der Rechtsordnung findet sich ein gesetzgeberische Wertungsentscheid, der ein Zufalls- oder Losverfahren mit Bezug auf menschliches Leben oder Gesundheit vorsieht. Den einzelnen Patienten einem solchen Zufallsentscheid auszusetzen, würde dem Gebot der sachgerechten Differenzierung (vorne, Rz. xy) ebenso zuwiderlaufen wie dem verfassungsrechtlich geschützten Willkürverbot (Art. 9 BV), fehlt es doch für eine solche Regelung an einer sachlichen Begründung.

[28] Nicht näher eingegangen wird sodann auf die in der Literatur ebenfalls aufgeworfene Frage, ob eine Abwägung bzw. ein *Entscheid über die Ressourcenzuteilung überhaupt* zulässig sei. In der Situation der Ressourcenknappheit, bei der nicht alle Patienten die gewünschte und indizierte Behandlung erhalten können, ist diese Frage müssig: Zu klären ist lediglich, welche Kriterien zulässig sind – dass entschieden werden *muss*, steht aufgrund der konkreten Sachlage fest.<sup>55</sup> Will man sich einer Abwägung entziehen, bleibt daher einzig die Reihenfolge der Einlieferung als Kriterium, was wiederum auf ein hier ausdrücklich abgelehntes Zufallsverfahren hinausläuft. Überdies impliziert auch dieses einen Wertungsentscheid, nämlich dahingehend, dass nicht andere, sachlich begründbare Kriterien zur Anwendung gelangen.

[29] Wenn trotz Fehlens einer konkreten gesetzlichen Regel lückenfüllend zu klären ist, nach welchen Kriterien zu entscheiden ist, dann muss eine solche Lückenfüllung mit *Blick auf die gesamte Rechtsordnung und deren Wertegefüge* erfolgen. Dabei drängt sich ein Vorgehen entsprechend Art. 1 Abs. 2 ZGB (Lückenfüllung «modo legislatoris») auf, denn die verwendeten Kriterien sollten sich widerspruchsfrei in die *Grundwertungen der Rechtsordnung* einfügen. Entsprechend wird nachfolgend versucht zu ergründen, welche Anhaltspunkte für zulässige Kriterien sich in der Rechtsordnung finden lassen.

---

<sup>53</sup> WALDMANN (Fn. 51), Art. 8 Rz. 34.

<sup>54</sup> Vgl. vorne, Fn. 2.

<sup>55</sup> Ähnlich HOVEN (Fn. 37), S. 450.

## 6. Rechtlich anerkannte Kriterien zur Abwägung mehrerer gefährdeter Menschenleben

### 6.1. KVG-rechtliche Überlegungen zum Triage-Entscheid

[30] Bei Art. 32 KVG handelt es sich um eine Bestimmung, welche die Übernahme von Kosten durch die obligatorische Krankenversicherung regelt. Damit die Versicherung die Leistungen übernimmt, müssen diese *wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich* sein (Art. 32 Abs. 1 KVG). Auf den ersten Blick handelt es sich dabei lediglich um eine Frage der Kostenübernahme durch die Krankenversicherer. Aufgrund der allgemeinen Versicherungspflicht hat sich allerdings zunehmend eine Sichtweise durchgesetzt, die den Leistungen der obligatorischen Grundversicherung i.S.v. Art. 32 KVG weitergehende Bedeutung zumisst. So wird etwa von einem Teil der Lehre ein grundrechtlicher Anspruch auf Zugang zu den grundsätzlich von der obligatorischen Versicherung umfassten Leistungen postuliert.<sup>56</sup> Das KVG-Recht dient, wenn man dieser Auslegung folgt, insofern zur *Ausfüllung unbestimmter grundrechtlicher Normen*. Im Arztrecht geht die Literatur sodann davon aus, dass der Arzt – ausser auf spezifische Nachfrage hin – grundsätzlich nicht verpflichtet ist, dem Patienten auf eine Behandlungsmöglichkeit ausserhalb des Katalogs der Leistungen der obligatorischen Versicherung hinzuweisen. Folglich hat der Leistungskatalog auch *Rückwirkungen auf die Sorgfaltspflichten* des Arztes. Es lohnt sich also ein näherer Blick auf Art. 32 Abs. 1 KVG:

- *Wirksam* ist eine medizinische Behandlung, «wenn sie objektiv geeignet ist, auf den angestrebten diagnostischen, therapeutischen oder pflegerischen Nutzen hinzuwirken.»<sup>57</sup> Die Wirksamkeit muss anhand wissenschaftlicher Methoden nachgewiesen werden (Art. 32 Abs. 1 KVG zweiter Satz).
- Die *Zweckmässigkeit* einer Behandlung setzt deren Wirksamkeit voraus.<sup>58</sup> Ob eine Behandlung zweckmässig ist, «beurteilt sich nach dem diagnostischen und therapeutischen Nutzen im Einzelfall, unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken, gemessen am angestrebten Heilerfolg der möglichst vollständigen Beseitigung der körperlichen oder psychischen Beeinträchtigung.»<sup>59</sup> Das Bundesgericht verknüpft die Zweckmässigkeit der Behandlung mit dem Begriff der medizinischen Indikation: Wenn die Behandlung medizinisch indiziert ist, ist die Massnahme zweckmässig.<sup>60</sup>
- Auf das Kriterium der *Wirtschaftlichkeit* geht Art. 56 Abs. 1 KVG näher ein. Danach muss ein Leistungserbringer (z.B. Arzt) sich in seinen Leistungen so beschränken, dass diese im Interesse des Versicherten liegen und für den Behandlungszweck erforderlich sind. Dabei

---

<sup>56</sup> PASCAL COULLERY, Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte im Gesundheitswesen, AJP 2001, S. 632 (633 f.); LUCIEN MÜLLER, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, Band I, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 12 Rz. 29; zustimmend THOMAS GÄCHTER, Grenzen der Solidarität? Individuelle Ansprüche auf medizinische Leistungen gegenüber der Rechts- und Versichertengemeinschaft, in: Zäch et al. (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2006, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 473 ff., S. 483.

<sup>57</sup> BGE 133 V 115 E. 3.1.

<sup>58</sup> BGE 133 V 115 E. 2.2.

<sup>59</sup> BGE 130 V 299 E. 6.1; vgl. auch für eine Übersicht WILLY OGGIER/KERSTIN NOËLLE VOKINGER, in: Blechta/Colatrella/Ruedi/Staffelbach (Hrsg.), Basler Kommentar Krankenversicherungsgesetz, Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2020, Art. 32 Rz. 12.

<sup>60</sup> BGE 130 V 532 E. 2.2.

geht es um den Vergleich verschiedener Kosten-Nutzen-Verhältnisse:<sup>61</sup> Sind etwa mehrere Behandlungsoptionen gleichermassen zweckmässig, muss die kostengünstigste Behandlungsoption ausgewählt werden.<sup>62</sup>

[31] Dabei ist zu beachten, dass Literatur und Rechtsprechung zu Art. 32 Abs. 1 KVG in der Regel vor dem Hintergrund einer verweigerten Kostenübernahme durch einen Krankenversicherer stehen. Nicht nur eine vollständig fehlende Wirksamkeit, sondern auch eine sehr geringe Wirksamkeit bzw. sehr geringe Erfolgsaussichten einer Behandlung können dazu führen, dass eine bestimmte Behandlung nicht angeboten werden muss. *Zusammenfassend* ergibt sich aus dem Krankenversicherungsrecht, dass objektive Überlegungen zur Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit einer Behandlung eine Rolle spielen bei der Antwort auf die Frage, ob dem Patienten eine bestimmte Behandlung angeboten werden muss oder nicht. Der Katalog der Pflichtleistungen objektiviert insofern die persönlichen Behandlungspräferenzen von Arzt und Patient.

[32] Eine direkte Übertragung der Rechtsprechung zu Art. 32 Abs. 1 KVG auf Triage-Entscheidungen verbietet sich zwar, weil sich die genannte Bestimmung allgemein auf eine Kostenübernahmepflicht bezieht und nicht auf die Situation knapper Ressourcen bzw. einer Verteilproblematik. Allerdings zeigt Art. 32 Abs. 1 KVG auf, dass das *Kriterium der Wirksamkeit im Hinblick auf den angestrebten Heilerfolg aus rechtlicher Sicht zulässig* ist. Gleiches gilt für das Kosten-/Nutzen-Verhältnis – letztlich verankert Art. 32 KVG ein «Effizienzgebot».<sup>63</sup>

[33] Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist diesbezüglich auf den Myozyme-Entscheid hinzuweisen.<sup>64</sup> Obschon es auch hier um die Frage der Kostenübernahmepflicht für ein teures Medikament gegen eine tödlich verlaufende Krankheit ging, lassen sich aus den Erwägungen Wertungsüberlegungen des Gesetzgebers ableiten, die für die Triage-Situation wegleitend sein können. Das Bundesgericht führt dazu aus: «Die finanziellen Mittel, die einer Gesellschaft zur Erfüllung gesellschaftlich erwünschter Aufgaben zur Verfügung stehen, sind nicht unendlich. Die Mittel, die für eine bestimmte Aufgabe verwendet werden, stehen nicht für andere ebenfalls erwünschte Aufgaben zur Verfügung. Daher kann kein Ziel ohne Rücksicht auf den finanziellen Aufwand angestrebt werden, sondern es ist das Kosten-/Nutzen- oder das Kosten-/Wirksamkeitsverhältnis zu bemessen.»<sup>65</sup>

[34] Dürfen aber *Wirksamkeitsüberlegungen bei knappen finanziellen Ressourcen* im Gesundheitswesen eine Rolle spielen, so ist nicht einzusehen, weshalb dies im Verhältnis zwischen mehreren Patienten, die auf eine nur limitiert zur Verfügung stehende Behandlung angewiesen sind, nicht der Fall sein sollte.

---

<sup>61</sup> Aus der Rechtsprechung exemplarisch BGE 142 V 26 E. 5.2.1, m.w.H.

<sup>62</sup> BGE 136 V 395 E. 7.4; MATHIAS LANZ, Leistungen und Grundsätze im Hilfsmittelrecht der schweizerischen Sozialversicherungen, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 478.

<sup>63</sup> WIDRIG/TAG (Fn. 51), Rz. 45.

<sup>64</sup> BGE 136 V 395; vgl. dazu u.a. die kritische Besprechung durch ARLETTE MEIENBERGER/THOMAS GÄCHTER, BGE 136 V 395 (Morbus Pompe/Myozyme): Was der Entscheid bedeutet – und was nicht, HAVE 2013, S. 168, die indessen dem Bundesgericht insoweit zustimmen, als dass das «Kosten-Nutzen-Verhältnis medizinischer Massnahmen bei der Gestaltung des Leistungsumfangs» berücksichtigt werden müsse (a.a.O., S. 170).

<sup>65</sup> BGE 136 V 395 E. 7.5; siehe dort auch die zahlreichen Hinweise zur «verdeckten» oder «stillen» Rationierung der Medizin aus Kostengründen.

## 6.2. Transplantationsrecht: Zuteilung von Organen

[35] Verteilungsentscheide im Kontext von zu knappen medizinischen Ressourcen sind auch im Bereich der Organtransplantation erforderlich. Zentral ist im Transplantationsgesetz<sup>66</sup> der Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 17 TransPG). Einzelheiten zur Zuteilung der Organe werden, gestützt auf eine entsprechende Delegationsnorm (Art. 18 Abs. 3 TransPG) in den Organzuteilungsverordnungen des Bundesrates und des EDI<sup>67</sup> geregelt. Grundlegende Voraussetzung der Zuteilung eines Organs ist dabei «die Aussicht auf eine erfolgreiche Transplantation» (Art. 9 Abs. 1 Organzuteilungsverordnung des Bundesrates). Schon daraus ergibt sich, dass die Erfolgsaussichten einer Behandlung nicht nur berücksichtigt werden dürfen, sondern berücksichtigt werden müssen.<sup>68</sup> Sind die Erfolgsaussichten bei mehreren Patienten intakt, so ist nach der grössten Dringlichkeit der Transplantation zu entscheiden (Art. 11 Abs. 3 Organzuteilungsverordnung des Bundesrates). Dies offenkundig vor dem Hintergrund, dass möglichst viele Patienten von einer Organtransplantation sollen profitieren können. Denn wo eine Transplantation weniger dringlich ist, kann ein Zuwarten verantwortet werden, da der Betroffene auch bei einer späteren Zuteilung noch intakte Überlebenschancen hat. Im Kontext von Transplantationsentscheiden betreffend spezifische Organe (Herzen, Lungen, usw.) wird als weiteres Kriterium der «grösste medizinische Nutzen» angeführt. Weitere Kriterien sind u.a. Übereinstimmung von Gewebemerkmalen, was ebenfalls darauf schliessen lässt, dass bei der Verteilung der knappen Ressourcen die Erfolgsaussichten der Transplantation von grosser, allenfalls gar entscheidender Bedeutung sein können.

## 6.3. Influenza-Pandemieplan: Rettung möglichst vieler Menschenleben

[36] Aus dem bisher Gesagten erhellt, dass es in der Schweiz *keine allgemein anwendbare Verfassungs- oder Gesetzesnorm* zum Verteilen der Ressourcen in medizinischen Ausnahmesituationen gibt. Es fehlt an einer konkreten und demokratisch legitimierten Grundlage für Triage-Entscheidungen. Allerdings hat das Bundesamt für Gesundheit im Kontext einer möglichen Influenza-Pandemie entsprechende Überlegungen angestellt. Im Pandemieplan des Bundes<sup>69</sup> ist ein «utilitaristischer Gesichtspunkt» vorgesehen.<sup>70</sup> Es sollen zwar möglichst alle Personen gleich behandelt werden. Ungleiche Lösungen sind jedoch denkbar, wenn sie der Rettung von Menschenleben besser dienen als alle Alternativen: «Falls nicht alle Betroffenen gemäss ihren Bedürfnissen behandelt oder geschützt werden können», ist – neben der Eindämmung der Infektion – oberstes Ziel die «Rettung möglichst vieler lebensbedrohlich erkrankter Menschen».<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (TransPG; SR 810.21).

<sup>67</sup> Verordnung vom 16. März 2007 über die Zuteilung von Organen zur Transplantation (Organzuteilungsverordnung; SR 810.212.4) sowie Verordnung des EDI vom 2. Mai 2007 über die Zuteilung von Organen zur Transplantation (SR 810.212.41).

<sup>68</sup> Art. 31 Abs. 1 lit. a. der Organzuteilungsverordnung des Bundesrates spricht im Kontext des Zuteilungsverfahrens sogar von «vernünftigen Erfolgsaussichten», was darauf hinweist, dass eine bloss geringe Erfolgsaussicht u.U. nicht genügt, selbst wenn die Transplantation die einzige Überlebenschance für den Patienten birgt.

<sup>69</sup> Bundesamt für Gesundheit BAG, Influenza-Pandemieplan Schweiz, 5. Aufl., Bern 2018, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/publikationen/broschueren/publikationen-uebertragbare-krankheiten/pandemieplan-2018.html>.

<sup>70</sup> So ausdrücklich BAG (Fn. 69), S. 95.

<sup>71</sup> BAG (Fn. 69), S. 94 f. (Hervorhebung hinzugefügt); s. auch a.a.O., S. 92: «Möglichst wenige Menschen sollen an Grippe sterben oder schwer erkranken müssen.» Zustimmend u.a. PETER (Fn. 3), Rz. 45.

[37] Der Pandemie-Plan sieht eigentliche *Triage-Entscheidungen*, d.h. das Vorbehalten von knappen Ressourcen an einen Teil der bedürftigen Patienten, für eine «dritte Phase» der Pandemie vor. Hier gilt: «Wenn nicht mehr alle, die lebensbedrohlich krank sind, behandelt werden können, wird man diejenigen von ihnen vorrangig behandeln, die durch eine Behandlung die vermutlich grösste Überlebenschance haben. Umgekehrt wird die Behandlung in dieser Phase möglichst nur denjenigen vorenthalten, denen sie kaum noch helfen könnte. Menschen mit ungünstiger Prognose werden in dieser Phase nur palliativ behandelt (...).»<sup>72</sup>

#### 6.4. Weitere Quellen

[38] Das Kriterium der Erfolgsaussicht scheint auch die Fachgesellschaften zu überzeugen. Ähnlich wie der soeben zitierte Influenza-Pandemieplan sowie die Triage-Richtlinie der SAMW orientiert sich auch die Deutsche Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin<sup>73</sup> am *Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht*: «Dabei werden – wenn nicht anders vermeidbar – diejenigen Patienten *nicht* intensivmedizinisch behandelt, bei denen nur eine sehr geringe Aussicht besteht zu überleben. Vorrangig werden demgegenüber diejenigen Patienten intensivmedizinisch behandelt, die durch diese Maßnahmen eine höhere Überlebenswahrscheinlichkeit haben.» Diese Art der Priorisierung erfolgt «ausdrücklich nicht in der Absicht, Menschen oder Menschenleben zu bewerten, sondern mit der Zielsetzung, mit den (begrenzten) Ressourcen möglichst vielen Patienten eine Teilhabe an der medizinischen Versorgung unter Krisenbedingungen zu ermöglichen.» In Österreich hat die Gesellschaft für Anaesthesiologie, Reanimation und Intensivmedizin Empfehlungen erlassen,<sup>74</sup> in denen ebenfalls die «kurzfristige Überlebenaussicht» in den Vordergrund gerückt wird.

[39] Auch ohne Rückgriff auf gesetzliche und philosophische Begründungsmuster leuchtet die klinische Erfolgsaussicht als Kriterium intuitiv ein, wie eine deutsche Strafrechtlerin markant formuliert:<sup>75</sup> «Das begrenzt vorhandene Instrumentarium an Patienten zu vergeben, die etwa aufgrund einer schweren anderweitigen Erkrankung auch im günstigsten Fall nur eine sehr geringe Überlebenschance haben, käme – ungeachtet der basalen Gleichwertigkeit aller Menschenleben – einer irrationalen Verschwendug von Ressourcen gleich.»

### 7. Zusammenfassung und Schlussbemerkungen

[40] Es fehlt in der Schweiz an einer klaren gesetzlichen Grundlage für medizinische Triage-Entscheidungen im Fall der Überlastung des Gesundheitssystems. Die Rechtsordnung, die rechts-wissenschaftliche Literatur sowie die Gerichtspraxis geben aber durchaus Anhaltspunkte da-

---

<sup>72</sup> BAG (Fn. 69), S. 97.

<sup>73</sup> DIVI (Fn. 15), S. 4.

<sup>74</sup> Österreichische Gesellschaft für Anaesthesiologie, Reanimation und Intensivmedizin (ÖGARI), Allokation intensivmedizinischer Ressourcen aus Anlass der Covid-19-Pandemie, 17. März 2020, abrufbar unter: [https://www.oegari.at/web\\_files/cms\\_daten/covid-19\\_ressourcenallokation\\_gari-statement\\_v1.7\\_final\\_2020-03-17.pdf](https://www.oegari.at/web_files/cms_daten/covid-19_ressourcenallokation_gari-statement_v1.7_final_2020-03-17.pdf). Zustimmend dazu die Stellungnahme der Bioethikkommission, Zum Umgang mit knappen Ressourcen in der Gesundheitsversorgung im Kontext der Covid-19-Pandemie, Wien, März 2020, S. 11 ff., abrufbar unter: <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/themen/bioethikkommission/pressemitteilungen-bioethik/stellungnahme-zum-umgang-mit-knappen-ressourcen-in-der-gesundheitsversorgung-im-kontext-der-covid-19-pandemie.html>.

<sup>75</sup> HOVEN (Fn. 37), S. 452.

für, welche Kriterien bei einem solchen Entscheid relevant sein können. Dabei hat sich gezeigt, dass sowohl das Krankenversicherungsrecht («Wirksamkeit», «Wirtschaftlichkeit») wie auch das Transplantationsrecht («Erfolgsaussichten») einem Ansatz, der auf *Rettung möglichst vieler Menschenleben* abzielt, nicht verschlossen sind. Bestätigt werden diese Erkenntnisse durch den Pandemie-Plan des Bundes, dem allerdings mangels demokratischer Legitimation durch den Gesetzgeber nicht ausschlaggebende Bedeutung zukommen darf.

[41] Hingegen dürfen grundsätzlich keine Merkmale angewandt werden, die dem *Diskriminierungsverbot* unterliegen. Die Anknüpfung an ein solches Merkmal bedarf trifftiger Gründe. Nach hier vertretener Auffassung liegt ein solcher Grund vor, falls das an sich verpönte, weil diskriminierende Merkmal mit der Indikation oder mit den Erfolgsaussichten einer spezifischen Behandlung untrennbar verknüpft ist. Soweit ein an sich «diskriminierendes» Kriterium gleichzeitig erheblichen Einfluss auf die kurzfristige Prognose hat, wie dies für das Lebensalter eines Patienten oder bestimmte Vorerkrankungen zutreffen kann, darf das Kriterium somit indirekt, nämlich als Faktor für eine ungünstige Prognose, mitberücksichtigt werden. Welche Merkmale eines Patienten in welchem Ausmass als Faktor für eine ungünstige Prognose zu berücksichtigen sind, ist ein medizinischer, nicht ein rechtlicher Entscheid.

[42] Nach hier vertretener Ansicht spielt es sodann aus rechtlicher Sicht keine entscheidende Rolle, ob eine Behandlung gestützt auf die dargelegten Triage-Kriterien gar nicht erst aufgenommen oder nachträglich abgebrochen bzw. in eine palliative Behandlung überführt wird.

[43] Lehnt man konkrete Triage-Kriterien ab, müsste letztlich der Zufall entscheiden, wer einen Intensivpflegeplatz erhält und wer nicht. Ein solcher Zufallsentscheid – beispielsweise durch Los – ist mit der Menschenwürde unvereinbar und wird daher mit Recht im Bereich der Gesundheit in der Schweiz bisher nicht angewandt – auch nicht in der vergleichbaren Situation der Organzuteilung. Ein solches Vorgehen wäre offenkundig auch den beteiligten Ärztinnen und Ärzten nicht zumutbar. Fehlen klare Regeln – auch solche zur Beendigung einer bereits begonnenen Behandlung – ist vielmehr zu befürchten, dass vermehrt eine «stille Triage» stattfinden würde, indem einzelnen Patienten intensivmedizinische Leistungen mit dem Argument der fehlenden oder entfallenen Indikation nicht (mehr) angeboten werden, obschon bei ausreichenden Ressourcen in derselben Situation eine Behandlung offeriert worden wäre. Dies gilt umso mehr, als das Kriterium der Erfolgsaussicht, wie der Blick in die durch medizinische Fachgesellschaften erlassenen Richtlinien zeigt (vorne, Rz. 38), in der Medizin selber offenkundig anerkannt ist. Zudem würde beim Fehlen von Kriterien, auf die sich ein Behandlungsentscheid stützen kann, auch der Druck auf Patienten und Angehörige steigen, eine Behandlung «freiwillig» im Sinne einer «Selbst-Triage» zu Gunsten von Patienten mit besseren Erfolgschancen abzulehnen. Dies muss unbedingt vermieden werden.

[44] De lege ferenda wäre freilich wünschenswert, dass der Gesetzgeber im demokratisch legitimierten Verfahren über die Kriterien einer Triage befindet oder diese Aufgabe ausdrücklich und unter Vorgabe von Rahmenkriterien an Fachgesellschaften delegiert. Zum heutigen Zeitpunkt muss genügen, dass die Kantone im Rahmen ihrer Spitalplanung auf die Triage-Richtlinien verweisen, teilweise sogar explizit deren Anwendung verlangen.

---

REGINA E. AEBI-MÜLLER ist ordentliche Professorin für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Luzern.

Ich danke meinem wissenschaftlichen Assistenten Mario Bünter, MLaw, für seine Mitarbeit bei der Recherche und Finalisierung des vorliegenden Beitrages. Herrn Dr. Damian König, Präsident des klinischen Ethikrats am Spital Wallis, danke ich für unsere wertvollen Diskussionen und seine Hinweise zu diesem Text. Aus Gründen der Transparenz weist die Autorin darauf hin, dass sie Mitglied der Zentralen Ethikkommission (ZEK) der SAMW ist, welche die in der Schweiz verwendeten Triage-Richtlinien (siehe Fn. 2) erlassen hat. Der vorliegende Beitrag wurde im Anschluss an die Online-Tagung «Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft» vom 7. Oktober 2020 verfasst und wird in geringfügig modifizierter Form im entsprechenden Tagungsbuch abgedruckt. Die Autorin dankt den Herausgebern des Tagungsbuches, Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf und Prof. Dr. Elisa Hoven für ihr Einverständnis zum Vorabdruck im Jusletter.