

Luzern, 5. November 2020

Dies Academicus der Universität Luzern vom 5. November 2020

Festansprache

«Triage – Gedanken einer Rechtswissenschaftlerin»

Prof. Dr. Regina Aebi-Müller, Professorin für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung, Prorektorin Personal und Professuren

Sehr geehrte Damen und Herren

Sehr geehrte Gäste des heutigen Dies Academicus

Liebe Kolleginnen und Kollegen

Worüber darf man in diesen Tagen nicht sprechen? Sicher nicht über die US-Präsidentenwahl. Und sicher auch nicht über die Covid-19-Pandemie.

Keine Sorge, über die Wahlen in den USA werde ich nicht referieren, ich masse mir nicht an, dazu etwas Sinnvolles beitragen zu können. Es bleibt also das andere Reizthema, die Corona-Krise. Vielleicht verstehe ich davon nicht viel mehr, und eben, eigentlich dürfte man darüber gar nicht sprechen an einem Tag wie heute, der doch eigentlich ein akademischer Feiertag ist. Trotzdem habe ich mich für dieses Thema entschieden, denn tatsächlich beschäftigt es mich als Wissenschaftlerin seit einigen Monaten.

Etwas genauer: Ich werde über das Thema «Triage» auf Intensivstationen sprechen. Wer hat Priorität, wenn die Intensivpflegeplätze zu knapp sind, wenn nicht mehr alle Patientinnen und Patienten behandelt werden können? Wer erhält keine Behandlung, obschon unter normalen Bedingungen doch immerhin noch ein Rettungsversuch unternommen worden wäre? Triage im hier verwendeten Kontext bedeutet also letztlich eine Entscheidung darüber, wem eine intensivmedizinische Behandlung noch offeriert wird und wem sie nicht offeriert oder gar entzogen wird.

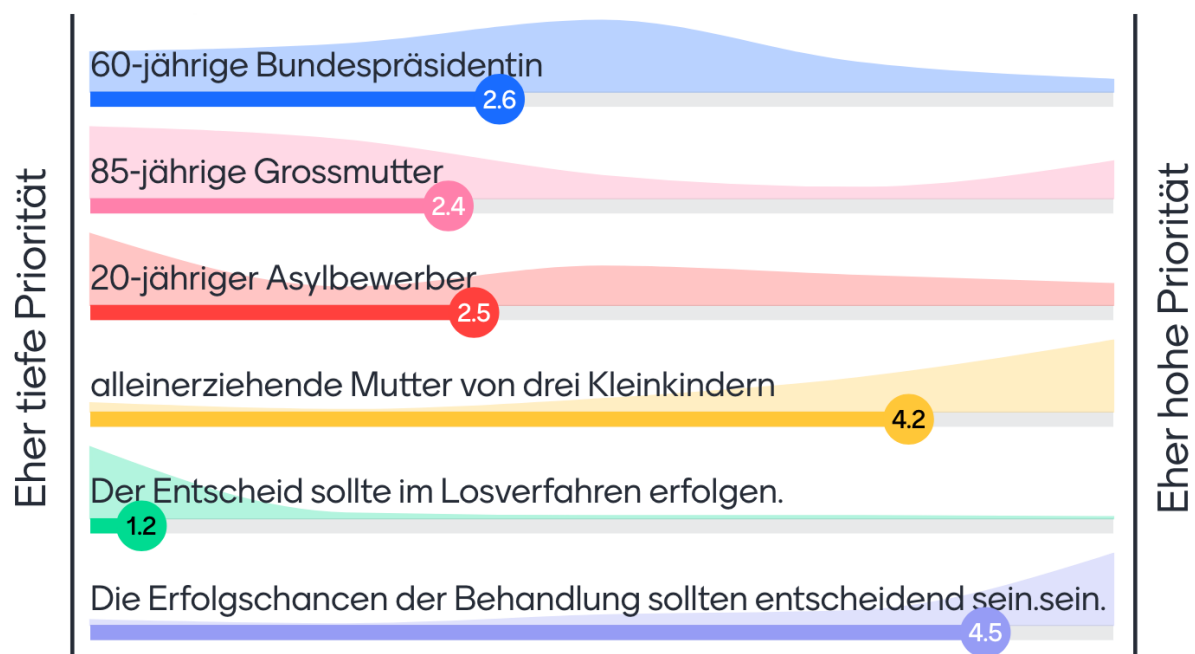
Ich habe dazu am vergangenen Montag eine kleine Umfrage bei meinen Studierenden gemacht. Ich habe den Studierenden folgende Frage unterbreitet:

«Wem würden Sie in einer Triage-Situation Priorität einräumen, wenn alle Patienten gleichermassen auf einen Intensivpflegeplatz angewiesen sind?»

Luzern, 5. November 2020

Bevor ich Ihnen das Ergebnis meiner kleinen Umfrage zeige, möchte ich mich bei meinen empirisch tätigen Kolleginnen und Kollegen ausdrücklich entschuldigen: Selbstverständlich sind Setting und Fragestellung methodisch unseriös, um nicht zu sagen: völlig unwissenschaftlich. Allerdings war es auch gar nicht mein Ziel, eine aussagekräftige Befragung durchzuführen. Vielmehr hat mich interessiert, ob meine Studierenden ganz spontan und ohne eine Einführung in das Thema bereit sind, aufgrund von vorgegebenen Kriterien zu entscheiden, wer eher einen Rettungsversuch verdient hat und wer nicht. Und diese Bereitschaft war tatsächlich da, wie Sie sehen:

Hier sind die Ergebnisse meiner Umfrage:



Aber: Darf man das überhaupt tun? Dürfen wir darüber entscheiden, wer lebt und wer stirbt oder jedenfalls keine Chance auf ein Überleben erhält? Ist das nicht anmassend und überdies unethisch? Nun, ich stehe hier als Juristin vor Ihnen, nicht als Ethikerin. Ich möchte Sie im Folgenden mitnehmen auf eine kleine Reise – in einer Zeit, in der wir ja alle nicht mehr wirklich reisen dürfen – also auf eine bloss gedankliche Reise: Wie gehe ich als Rechtswissenschaftlerin mit der Triage-Problematik um?

An dieser Stelle fragen Sie sich vielleicht, warum das Thema mich überhaupt interessiert und beschäftigt. Es ist nicht ein versteckter Hang zum Morbiden, der mich bewegt. Ich bin neben meiner Tätigkeit als Professorin

Luzern, 5. November 2020

in Luzern auch Mitglied der Zentralen Ethikkommission (ZEK) der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW). Im Frühjahr dieses Jahres hat das Bundesamt für Gesundheit die SAMW damit beauftragt, eine Richtlinie zum Thema Triage auf Intensivstationen zu verfassen. Das wurde dann auch – unter hohem Zeitdruck – gemacht. Die Richtlinie wurde allerdings sogleich in den Medien und einzelnen wissenschaftlichen Beiträgen kritisiert – ich komme auf diese Kritik noch zurück. Glücklicherweise konnte im Frühjahr das Schlimmste noch abgewendet werden, die Richtlinie kam meines Wissens nie, oder jedenfalls nie explizit zur Anwendung. In den folgenden Monaten hat die SAMW mehrere Arbeitsgruppen eingesetzt, um die Grundlagen für die Ressourcenzuteilung in der Intensivmedizin gründlich aufzuarbeiten. In diesem Rahmen habe auch ich mir vertiefte Überlegungen dazu angestellt.

Welchen Beitrag kann ich also als Rechtswissenschaftlerin zum Thema Triage leisten? Nun, für eine Juristin drängt sich offenkundig zuerst einmal ein Blick ins Gesetz auf. Doch halt, hier beginnt das Problem bereits: Welches Gesetz nehme ich denn nun zur Hand? Das hängt davon ab, welche Frage ich zu klären versuche:

- Interessiert mich die Perspektive des einzelnen Arztes oder Spitals? Frage ich also danach, ob eine Ärztin gegenüber einer bestimmten Patientin eine Behandlungspflicht hat – und ob diese Behandlungspflicht gleichermassen gegenüber allen Patienten gilt?
- Oder fokussiere ich auf die Strafbarkeit des Arztes? Interessiert mich mit anderen Worten, ob eine Ärztin, die den einen Patienten behandelt und den anderen nicht, wegen unterlassener Nothilfe oder wegen Tötung durch Unterlassen strafbar ist?
- Oder stelle ich die Frage nach der Verantwortlichkeit des Staates, insbesondere des für die Gesundheitsversorgung zuständigen Kantons. Frage ich also nicht nach individueller Schuld, sondern danach, ob der Staat, der nicht rechtzeitig und vorausschauend für Versorgungsengpässe bei einer Pandemie geplant hat, in der Pflicht steht?

Juristinnen und Juristen unter Ihnen ahnen bereits, was ich mit dieser Auslegeordnung bezwecke: Je nach Fragestellung sind andere Teilgebiete der Rechtswissenschaft angesprochen. Die wissenschaftliche Arbeit im Kontext einer Universität zeichnet sich gerade auch dadurch aus, dass eine hohe Spezialisierung erfolgt. Wer sich vertieft mit der Gesundheitsversorgung, also mit einer öffentlich-rechtlichen Perspektive befasst, ist nicht gleichermassen kompetent im Strafrecht. Für mich persönlich als Zivilrechtlerin steht die Perspektive des einzelnen Arztes, das Arzt-Patienten-Verhältnis im Vordergrund.

Und mit einem Augenzwinkern möchte ich beifügen: Sie sehen daraus meine eigene Beschränktheit: Ich bin keine empirische Sozialforscherin, ich bin keine Ethikerin – und nicht einmal im Bereich der Rechtswissenschaft kann ich umfassend Auskunft geben. Man kann das als Nachteil sehen, oder aber als Stärke: Die Spezialisierung erlaubt Konzentration und vertieftes Wissen in Einzelgebieten. Wollen wir aber als Forschende ein

Luzern, 5. November 2020

Thema in seiner ganzen Breite und Tiefe ergründen, sind wir auf Austausch zwingend angewiesen. Und ich denke, dass gerade hier eine der Stärken der Universität Luzern liegt: Als vergleichsweise kleine Universität mit kurzen Wegen bieten sich uns sehr gute Chancen der interdisziplinären Zusammenarbeit. Nun aber zurück zu meinem eigenen, bescheidenen Beitrag zur Triage-Problematik.

Mein Zugang ist also die Arzt-Patienten-Beziehung. Ich frage daher, ob der einzelne Arzt eine Behandlungspflicht gegenüber der Patientin hat, die dringend auf eine intensivmedizinische Behandlung angewiesen ist. Um dies präzise zu beantworten, müsste ich länger ausholen, als ich dies aufgrund der zeitlichen Vorgaben heute tun kann. Aber kurz gefasst lautet die Antwort: Ja, eine solche Behandlungspflicht ist zu bejahen, sobald ein Behandlungsvertrag geschlossen wurde, oder auch schon zuvor, wenn eine Pflicht zur Hilfeleistung (nach Art. 40 lit. g des Medizinalberufegesetzes) besteht. Allerdings: Offenkundig kann man vom Arzt nicht Unmögliches verlangen. Er kann also nicht dazu verpflichtet sein, mehreren Patienten gleichzeitig zu helfen, wenn alle gleichermassen auf seine Hilfe angewiesen sind, aber nur *ein* Intensivpflegeplatz zur Verfügung steht. Das sehen sogar meine Strafrechtskollegen so, die von «Pflichtenkollision» sprechen.

Wir sind nun also einen kleinen Schritt weiter: Der Arzt, der sich wegen Ressourcenknappheit in einer Pflichtenkollision befindet, muss nicht alle Patienten behandeln. Das lässt aber unsere zentrale Frage noch unbeantwortet: Darf er *willkürlich* entscheiden, wen er behandelt? Oder muss er sich bei seiner Wahl an bestimmte Regeln halten?

Ein Blick ins Gesetz hilft hier nun leider nicht mehr weiter: Gähnende Leere! Als Zivilrechtlerin habe ich für eine solche Situation allerdings methodisches Rüstzeug. Denn der Gesetzgeber selber hat schon geahnt, dass er womöglich wichtige Rechtsfragen unbeantwortet lässt, und er hat dazu (in Art. 1 Abs. 2 Zivilgesetzbuch) ein Vorgehen skizziert, das in der juristischen Methodenlehre während über 100 Jahren immer weiter und raffinierter ausgearbeitet wurde und auf das ich heute zurückgreifen kann: In einer hübschen lateinischen Wendung bezeichnet man dies als Lückenfüllung «modo legislatoris». Konkret bedeutet dies: Fehlt eine gesetzliche Regel, ist kein blosser Einzelfallentscheid zulässig. Vielmehr soll der Rechtsanwender eine generelle Regel bilden, so als wäre er ein Gesetzgeber, eben «modo legislatoris». Eine Regel sollte dies sein, die für gleichgelagerte Sachlagen angewandt werden kann und die sich als fair und gerecht erweist. Dabei ist das Gesamtgefüge der Rechtsordnung im Blick zu behalten, also alle Wertungsentscheide, die der Gesetzgeber tatsächlich getroffen hat und die – wenngleich nur analog – auch für das konkrete, vom Gesetz nicht direkt beantwortete Problem beachtlich sein könnten.

Ich lasse nun also meinen Blick über die Rechtsordnung wandern und versuche zu klären, wo ich Hinweise darauf finde, wie eine Regelbildung «modo legislatoris» aussehen müsste. Meine Suche hat Folgendes ergeben:

Luzern, 5. November 2020

- In der Schweizerischen Bundesverfassung lehrt mich das Diskriminierungsverbot, dass u.a. Alter, Behinderung oder sozialer Status keine Rolle spielen dürfen. Eine direkte Anknüpfung an ein solches Merkmal erwiese sich also offenkundig als unzulässig.
- Eine Ebene unter der Verfassung finde ich im Krankenversicherungsgesetz weitere Anhaltspunkte für die Wertvorstellungen des Gesetzgebers. Die Kriterien Wirtschaftlichkeit, Wirksamkeit und Zweckmässigkeit einer Behandlung werden hier ausdrücklich gesetzlich fixiert. Das Bundesgericht leitet daraus ab, dass das Kosten-Nutzen-Verhältnis einer Behandlung eine Rolle spielen darf, ja sogar muss. Nun ist zu relativieren, dass sich die Rechtsprechung auf die Frage der Finanzierung bestimmter Behandlungen durch die Krankenversicherer bezieht und nicht auf die Ressourcenknappheit im Pandemiefall. Dennoch scheint mir, dass zwischen knappen finanziellen Ressourcen, zu denen sich das Bundesgericht explizit äussert, und knappen Intensivpflegeplätzen ein Vergleich nicht völlig unangebracht ist. Ich gelange jedenfalls bei der Lektüre des Krankenversicherungsgesetzes zum Schluss, dass Überlegungen zur Nützlichkeit und Wirksamkeit einer Behandlung wenigstens dem Grundsatz nach zulässig sein müssen.
- Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen kennen wir im Übrigen auch anderswo, nämlich im Kontext der Organtransplantation. Die Zuteilungskriterien bei Organknappheit sind allerdings nicht einmal gesetzlich geregelt, vielmehr steigen wir nun nochmals eine Normstufe tiefer, auf die Ebene einer Verordnung, genauer: der Organzuteilungs-Verordnung. Dieser Verordnung entnehme ich, dass Dringlichkeit der Transplantation und auch deren Erfolgsaussichten zentrale Kriterien sind. Letztlich lese ich daraus, dass – ähnlich wie im Krankenversicherungsrecht – die Nützlichkeit eine Rolle spielt. Wird der dringliche Fall bei vergleichbar guten Erfolgsaussichten zuerst behandelt, steigt nämlich die Wahrscheinlichkeit, dass letztlich beide Patienten noch rechtzeitig ein Organ erhalten und gerettet werden können.
- Verlässt man vollends die demokratisch legitimierten Rechtsgrundlagen, so findet man auf der Website des Bundesamtes für Gesundheit, gut versteckt unter der Rubrik «Broschüren und Poster» einen Influenza-Pandemieplan aus dem Jahr 2018. In diesem ausführlichen Dokument wird für den Fall einer Überlastung des Gesundheitssystems als Triage-Kriterium explizit vorgesehen, dass die Rettung möglichst vieler lebensbedrohlich erkrankter Menschen im Vordergrund stehen muss.
- Diese Betrachtungsweise wird schliesslich auch bestätigt durch neuere und neuste Richtlinien von medizinischen Standesorganisationen und Ethikkommissionen, unter anderem in Deutschland, Österreich und der Schweiz: Massgebliches Kriterium, auch in der eingangs erwähnten Richtlinie der SAMW, ist stets die kurzfristige Erfolgsaussicht. Wer wird, basierend auf aktuellen intensivmedizinischen Erkenntnissen, mit grösserer Wahrscheinlichkeit die Intensivpflegestation lebend verlassen können?

Luzern, 5. November 2020

Ich fasse zusammen: Versuche ich aus rechtswissenschaftlicher Sicht, mit der Methodik, die mir zur Verfügung steht, also «modo legislatoris», die vom Gesetzgeber offengelassene Frage zu klären, wie in der Triage-Situation zu entscheiden ist, dann gelange ich zu folgendem Schluss: Die Erfolgsaussichten der Behandlung dürfen entscheidend sein, ja sie müssen sogar entscheidend sein.

Nun ist diese Erkenntnis für Sie womöglich selbstverständlich. Tatsächlich entspricht dies offenkundig auch dem, was meine Studierenden in der kleinen Befragung in den Vordergrund gerückt haben. Daher sollte ich in aller Kürze doch noch auf die in den Medien und anderswo geäußerten Gegenstimmen hinweisen: Nach der Veröffentlichung der ersten Version der Triage-Richtlinien der SAMW war unter anderem die Rede von Altersdiskriminierung und von einer Diskriminierung von Demenzkranken. Dies deshalb, weil Alter und schwere Demenz – wie übrigens auch zahlreiche andere Erkrankungen, etwa schwere Krebserkrankungen – die Überlebenschancen eines Intensivpflegepatienten nach gesicherter medizinischer Erfahrung deutlich reduzieren. In der Kritik wurde aber auch vorgetragen, dass in der Triage-Situation einzig ein Zufallsentscheid zulässig sei, in Form entweder der zeitlichen Priorität oder eines Losentscheids. Dem möchte ich entgegenhalten, dass meiner Auffassung nach Zufallsentscheide schlicht menschenwürdevidrig 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? Ich meine: Nein, das darf man nicht. Ich finde denn auch weder in der Bundesverfassung noch sonst irgendwo in der Rechtsordnung einen gesetzgeberischen Wertungsentscheid, der ein Zufalls- oder Losverfahren mit Bezug auf menschliches Leben oder Gesundheit vorsieht.

Dazu kommt ein weiterer Gesichtspunkt, weniger aus rechtlicher, sondern vielmehr aus praktischer Perspektive: Würde man die Ärztinnen und Ärzte, die sich selber in Richtlinien für das Kriterium der Erfolgsaussichten entschieden haben, zu einem Zufallsentscheid verpflichten, bestünde eine erhebliche Gefahr einer sogenannten «stillen Triage». Menschen mit schlechten Erfolgsaussichten würde gut zugeredet, sie sollten doch aus eigenem Antrieb auf die Verlegung ins Spital verzichten. Oder es wird mit Hoffnungslosigkeit, mit «Futility» der Behandlung argumentiert, obschon es eigentlich – jedenfalls in Zeiten ohne Ressourcenknappheit – eine kleine Hoffnung gäbe. Kurz: Es bestünde das Risiko von intransparenten Entscheiden und versteckten Motiven.

Ich komme zum Schluss: Es wäre zwar wünschenswert, dass der Gesetzgeber aktiv wird und für Situationen extremer Ressourcenknappheit im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren über Zuteilungskriterien entscheidet.

Luzern, 5. November 2020

So lange er dies nicht tut, kann ich als Rechtswissenschaftlerin – «modo legislatoris» – zur Lösung der Triage-Frage einen kleinen Beitrag leisten, der betroffenen Ärztinnen und Ärzten vielleicht ein kleines Stück hilft. Ich habe Sie in meinem Vortrag mitgenommen in die Gedankenwelt einer an einer Universität tätigen Juristin. Ich hoffe, dass ich Ihnen damit nicht nur das Thema Triage, sondern vor allem auch das, was wir an der Universität tun, etwas näherbringen konnte.

Wir alle wünschen uns, dass Triage in der Schweiz nie Realität werden muss, dass wir die Pandemie vorher in den Griff bekommen. Wir können alle dazu einen Beitrag leisten – die Regeln kennen wir bestens.

Ich danke Ihnen herzlich für Ihre Aufmerksamkeit. Geniessen Sie den heutigen Tag, und tragen Sie Sorge zu sich und zu Ihren Nächsten.