

Symposium

#iuscoronae

RECHTSWISSENSCHAFT IN DER CORONA-KRISE

Tagungsband mit Referaten zu Forschungsarbeiten an der
Juristischen Fakultät der Universität Basel

KURT PÄRLI
TABEA R. WEBER-FRITSCH

Herausgeber

Helbing Lichtenhahn

KURT PÄRLI/TABEA R. WEBER-FRITSCH (Hrsg.)

Symposium **#iuscoronae**

Symposium
#iuscoronae

RECHTSWISSENSCHAFT IN DER CORONA-KRISE

Tagungsband mit Referaten zu Forschungsarbeiten an der
Juristischen Fakultät der Universität Basel

KURT PÄRLI
TABEA R. WEBER-FRITSCH

Herausgeber

Helbing Lichtenhahn

DOI: https://doi.org/10.46455/Helbing_Lichtenhahn/978-3-7190-4534-0



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung -
Nicht kommerziell - Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

ISBN 978-3-7190-4534-0 (gedruckte Ausgabe)

2021 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

www.helbing.ch

Vorwort

Nach einer ersten Verschiebung fand am 3. Mai 2021 das Symposium #iuscoronae als Online-Veranstaltung statt. Das Symposium gewährte Einblicke in die Einschätzungen und Forschungsarbeiten von Basler Rechtswissenschaftler*innen zur Rechtmässigkeit und zu den praktischen Auswirkungen der Massnahmen gegen die Covid-Pandemie.

Die Beiträge zu diesem Tagungsband, für die wir uns bei allen Autor*innen bedanken, zeigen in einer Momentaufnahme die Bandbreite der rechtswissenschaftlichen Forschung, wie sie an der Juristischen Fakultät der Universität Basel entlang der krisenbedingt neuen Rechtslage geleistet wurde. Aufgrund der Dynamik, der die aufgeworfenen Rechtsfragen unterworfen waren, und um Doppelspurigkeiten zu vermeiden, verzichteten einige Referent*innen auf die Publikation ihres Referats im vorliegenden Tagungsband. Unser Dank gilt dabei selbstverständlich auch ihnen:

Dr. Caroline Hess-Klein zeigte in ihrem Referat zur Behindertengleichstellung eindrücklich auf, mit welchen Herausforderungen gerade auch junge Menschen mit besonderen Bedürfnissen in einer Krise konfrontiert sein können. *Prof. Daniel Staehelin* beleuchtete aus Sicht des Rechtspraktikers die Insolvenz und Rechtsdurchsetzung im Stillstand. *Prof. Christa Tobler* erläuterte die Entwicklungen der Ausfuhrrestriktionen im Güterverkehr zwischen der EU und der Schweiz.

Wir bedanken uns auch beim Moderationsteam, das mit Tiefe und Kurzweil durchs Symposium geführt hat: *Prof. Nadja Braun Binder*, *Dr. Patrick Fassbind*, *Prof. Peter Jung*, *Prof. Markus Schefer* und *Prof. Peter Uebersax*. Ein grosses Dankschön gilt schliesslich auch der Unterstützung im Hintergrund: *Daniel Mahrer*, *Aleksandra Milosevic*, *Armand Kurath* und *Antje Stadelmann*.

Dass wir beim Symposium #iuscoronae auf die Mitarbeit aus allen Fachbereichen und Gruppierungen der Fakultät zählen durften, ist keine Selbstverständlichkeit. Umso mehr freuen wir uns auch über den aussergewöhnlichen Austausch, den wir mit dem Symposium anregen und nach aussen tragen konnten. Der vorliegende Tagungsband wurde von der Ehemaligenvereinigung Pro Iure initiiert und zusammen mit dem Publikationsfonds der Universität Basel als erste Gold Open Access Publikation eines Sammelbandes der Fakultät ermöglicht. Dafür möchten wir uns ebenfalls herzlich bedanken.

Basel, im November 2021 – Kurt Pärli, Tabea R. Weber-Fritsch

Triagerichtlinien: Übersetzungsprobleme zwischen Medizin, Ethik, Ökonomie und Recht

Bijan Fateh-Moghadam

Inhaltsverzeichnis	Rz.
I. Virologische Kommunikation: Zu wenig und zu viel Resonanz auf die Risiken der Corona-Pandemie	1
II. «Triage» als negativer Fluchtpunkt der Corona-Pandemie	5
III. Fakten und Normen: Epistemische Grundlagen der Triage-Debatte	7
A. Medizinisches Wissen	8
B. Gesundheitsökonomisches Wissen	15
C. Ethische Normen	17
D. Rechtsnormen	19
IV. Thesen	27

I. Virologische Kommunikation: Zu wenig und zu viel Resonanz auf die Risiken der Corona-Pandemie

Wie schwierig es für moderne Gesellschaften ist, sich auf die globale Verbreitung einer Infektionskrankheit einzustellen, lässt sich in der Corona-Pandemie wie unter einem Brennglas beobachten. Die Naturwissenschaften, vor allem in Gestalt der Virologie, der Epidemiologie und der Intensivmedizin, weisen seit Beginn der Pandemie immer wieder auf die Notwendigkeit hin, die weitere Ausbreitung des Coronavirus durch harte Kontaktbeschränkungen («Lockdown») einzudämmen. Vor allem in wirtschaftlichen Kreisen (Detailhandel, Tourismus) stossen derartige Massnahmen wegen befürchteter kurzfristiger Umsatz- und Gewinneinbussen auf Widerstand. Die Politik reagiert zögerlich, uneinheitlich und nicht immer konsequent. Juristinnen und Gerichte weisen auf fehlende Rechtsgrundlagen für epidemiologische Massnahmen und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit hin. Hieran bestätigt sich der Kern dessen, was NIKLAS LUHMANN in seiner klassischen soziologischen Studie «Ökologische Kommunikation»¹ aus dem Jahr 1986 gezeigt hat: Unsere Gesellschaft kann nur mit «Bordmitteln», also mit den ihr zur Verfügung stehenden Informationsverarbeitungskapazitäten auf Umweltprobleme wie etwa den Klimawandel oder eben eine Pandemie reagieren.² Resonanzfähig sind moderne Gesellschaften daher nur nach Massgabe der Strukturen ihrer jeweiligen Funktionssysteme, etwa der Wissenschaft, der Wirtschaft, der Politik und des Rechts, während es an einem koordinierenden Zentrum fehlt, welches die vielfältigen Perspektiven bündeln

1 LUHMANN, Ökologische Kommunikation, *passim*.

2 LUHMANN, Ökologische Kommunikation, S. 221.

und in eine konzertierte Reaktion umsetzen könnte. Der beschriebene Befund sehr unterschiedlicher Perspektiven auf die Corona-Pandemie passt insoweit in das Bild einer funktional differenzierten Gesellschaft: *Epidemiologisch* (wissenschaftlich) zwingend gebotene Kontaktbeschränkungen sind eben nicht notwendig *wirtschaftlich* und unter bestimmten Voraussetzungen *rechtlich* unverhältnismässig. Was umgekehrt aus Sicht der Wirtschaft existentiell erscheinen mag (Öffnen um jeden Preis!), kann medizinisch unvernünftig, ethisch unvertretbar und rechtswidrig sein. Die Politik wiederum wägt beim Corona-Management bei jeder präventivmedizinischen Massnahme ab, wie sich diese auf die Chancen des eigenen Machterhalts auswirkt. Jedes Funktionssystem sieht also etwas anderes, wenn es die Corona-Pandemie als Teil seiner Umwelt beobachtet. Daher unterscheiden sich nicht nur die Lösungsvorschläge, sondern bereits die Problemstellungen, je nachdem, ob man als Epidemiologin, Ökonomin, Politikerin oder Juristin mit dem Coronavirus konfrontiert wird. So wird die Pandemie im Rechtssystem überhaupt nur dann sichtbar, wenn sie sich rechtsförmig, etwa als vor den Gerichten ausgetragener Streit über die Rechtmässigkeit von Kontaktbeschränkungen, darstellen lässt. Die verbreitete Vorstellung, in einer interdisziplinären Corona Task Force arbeite man aus verschiedenen Perspektiven an der Lösung für ein gemeinsames Problem, ist daher zu einfach.

- 2 Anders als es die soziologische Diagnose einer «Epistemisierung des Politischen» behauptet,³ geht der Corona-Diskurs also keineswegs in von naturwissenschaftlichen Expertinnen dominierten Wissenskonflikten auf. Dass die Politik und das Recht von Epidemiologinnen und anderen Wissenschaftsexpertinnen gewissermassen ferngesteuert und wir uns zu einer «Epistemokratie» entwickeln würden,⁴ ist selbst Teil der Verschwörungstheorien, die gegenwärtig aus der Mitte der sogenannten «Querdenker»-Bewegung verbreitet werden. Diese Theorien sind auch keine fehlgeleiteten, aber – wenn man der Diagnose ALEXANDER BOGNER folgen würde – im Kern berechtigten «Revoluten gegen die Macht des Wissens»⁵. Vielmehr handelt es sich um antidemokratische, überwiegend rechtspopulistische und zum Teil antisemitische Kräfte, welche antiintellektuelle Reflexe in Teilen der Bevölkerung für einen Angriff auf die liberale Demokratie zu instrumentalisieren versuchen.⁶
- 3 Es sind die strukturellen Bedingungen funktionaler Differenzierung und nicht die mangelnde Lernfähigkeit von individuellen Akteurinnen, die zu dem soziologischen Befund führen, dass moderne Gesellschaften im Zweifel zu *wenig Resonanz* auf ökologi-

3 BOGNER, *passim*.

4 BOGNER, S. 17, 110 ff. Epistemokratie bezeichnet nach BOGNER die Herrschaft der Wissensförmigkeit (S. 119), die er von der Herrschaft der Expertinnen unterscheiden möchte; beides liegt aber doch nahe beieinander, da Diskurse, die wissenschaftlich geführt werden, i.d.R. von Expertinnen dominiert werden.

5 BOGNER, S. 11.

6 Für eine erhellende empirische Untersuchung der Corona-Protestbewegung vgl. NACHTWEY/SCHÄFER/FREI, *passim*.

sche wie virologische Bedrohungen erzeugen,⁷ was sich gegenwärtig durch immer neue «Corona-Wellen» bestätigt. Auch das gleichzeitige Auftreten von neuen sozialen Protestbewegungen, die im Falle der Corona-Pandemie zu Maximalforderungen in entgegengesetzte Richtungen tendieren (No Lockdown!/Zero Covid!), hatte LUHMANN bereits in der ökologischen Kommunikation in seine Überlegungen miteinbezogen.⁸ Aus seiner – insoweit nicht unproblematischen – Sicht ist dies ein Beispiel für *zu viel*, aber letztlich folgenlose Resonanz auf moderne Grossgefahren, da der Protest die Bedingungen funktionaler Differenzierung, an denen er letztlich scheitern werde, nicht in Rechnung stelle.⁹

Ungeachtet durchaus bestehender offener Fragen und Kritikpunkte an der hier knapp skizzierten systemtheoretischen Analyse lässt sich daraus zumindest lernen, dass wir die gegenwärtige Krise nur dann verstehen, wenn wir sie multiperspektivisch denken. So kommt es auch mit Blick auf die Kontroverse über die Triage-Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), um die es jetzt gehen soll, vornehmlich darauf an, die beteiligten gesellschaftlichen und disziplinären Perspektiven auseinanderzuhalten. 4

II. «Triage» als negativer Fluchtpunkt der Corona-Pandemie

Spätestens mit dem – medial nahezu in Echtzeit verfolgbar – Zusammenbruch der intensivmedizinischen Versorgung in der Lombardei im Frühjahr 2020 dominiert in wissenschaftlich informierten Kreisen die Einsicht, dass die Corona-Pandemie nicht therapeutisch, sondern nur präventivmedizinisch bewältigt werden kann.¹⁰ Die Vereinigungen der Intensivmedizinerinnen und der Epidemiologinnen vermitteln diese Erkenntnis dankenswerter Weise immer wieder der Öffentlichkeit.¹¹ Ziel der Kontaktbeschränkungen, Testungen und Impfungen ist es, zu verhindern, dass behandlungsbedürftige und behandelbare Patientinnen sterben müssen, weil es nicht mehr genug Intensivkapazitäten gibt. Die Bilder eines überlasteten Gesundheitssystems aus Bergamo sowie die nachfolgenden gesellschaftlichen und juristischen Auseinandersetzungen darüber, ob hier Menschenleben vorwerfbar nicht gerettet wurden,¹² haben deutlich gemacht, dass nicht nur die beteiligten Medizinerinnen und Pflegerinnen moralisch überfordert sind, wenn sie entscheiden sollen, wer in einer Pandemie eine Chance zu überleben erhält und wer sterben muss.¹³ Aus guten *normativen* Gründen hat sich daher in der Gesundheitspolitik der moralische Imperativ weitgehend durchgesetzt: Tue alles, um die Notwendigkeit der 5

7 LUHMANN, Ökologische Kommunikation, S. 218 ff.

8 LUHMANN, Ökologische Kommunikation, S. 227 ff.

9 LUHMANN, Ökologische Kommunikation, S. 225 (in Bezug auf die Aufnahme der Forderungen von Protestbewegungen durch die Politik).

10 NACOTI et al., *passim*.

11 Vgl. hierzu das historische «The John Snow Memorandum» (ALWAN et al., *passim*); ferner SARACCI, *passim* («Prevention Is a Strategic Principle, Not an Option»).

12 The Guardian vom 8.7.2021.

13 Vgl. hierzu auch HUSTER, S. 97.

Triage zu vermeiden! Gleichwohl haben medizinische Fachgesellschaften in Europa für den Fall einer Ressourcenknappheit in der Intensivmedizin Richtlinien, Leitlinien und Empfehlungen für die Patientenauswahl entwickelt.¹⁴ Für die Schweiz hat die SAMW im März letzten Jahres Richtlinien für die Triage in der Intensivmedizin publiziert und unter dem Druck öffentlicher Kritik inzwischen dreimal erheblich überarbeitet.¹⁵ Sie zielen im Kern darauf ab, die Anzahl der geretteten Patientinnen im Falle der pandemiebedingten Ressourcenknappheit dadurch zu maximieren, dass Patientinnen mit relativ schlechteren – aber gleichwohl realistischen – Erfolgsaussichten vom Zugang zur Intensivmedizin ausgeschlossen werden.¹⁶ Die Erfolgsaussicht wird dabei massgeblich durch eine Kombination von Alter und Gebrechlichkeit gemäss der Clinical Frailty Scale ermittelt.¹⁷ Je älter eine Patientin ist und umso mehr sie auf fremde Hilfe im Alltag angewiesen ist, desto geringer sind ihre Chancen, im Falle einer tatsächlichen oder auch nur bevorstehenden¹⁸ Ressourcenknappheit intensivmedizinisch behandelt zu werden. Selbst Patientinnen, die bereits mit Aussicht auf Erfolg intensivmedizinisch behandelt werden, müssen in der Schweiz damit rechnen, dass ihnen das Beatmungsgerät zugunsten einer jüngeren Patientin mit relativ besserer kurzfristiger Prognose wieder weggenommen wird.¹⁹ Juristisch bedeutet dies eine sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierung von mit Erfolgsaussicht behandelbaren Patientinnen, die alt, krank oder behindert sind.²⁰

6 Über die ethische Angemessenheit und die Rechtmässigkeit der von der SAMW empfohlenen Triage-Kriterien wird nicht nur in der Zivilgesellschaft, sondern auch innerhalb der Universitäten eine kontroverse interdisziplinäre Diskussion geführt.²¹ Im vorliegenden Beitrag soll es indes nicht um die inhaltliche juristische Kritik an den Triage-Richtlinien gehen, die ich an anderer Stelle ausführlich begründet habe;²² vielmehr interessiere ich mich für die erkenntnistheoretischen bzw. epistemischen Prob-

14 DIVI et al., Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen in der Covid-19-Pandemie, 2. überarbeitete Fassung vom 17.4.2020.

15 SAMW, Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, aktualisierte Version 3.1 vom 17. Dezember 2020; zur Chronologie der vier Versionen vgl. <<https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Intensivmedizin/Chronologie-Richtlinien-Triageentscheidungen.html>>; zur Kritik vgl. das Kurzgutachten von Inclusion Handicap, <https://www.inclusion-handicap.ch/admin/data/files/asset/file_de/627/covid_triage_kurzgutachten_def.pdf?lm=1604994608>.

16 SAMW (Fn. 15), S. 4.

17 SAMW (Fn. 15), S. 4 f.

18 Gemäss «Stufe A» der SAMW-Richtlinien, vgl. SAMW (Fn. 15), S. 6.

19 Sog. nachträgliche Triage durch Abbruch der laufenden intensivmedizinischen Behandlung, vgl. SAMW (Fn. 15), S. 7 f.

20 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 308 ff.; SCHWESTERMANN/TOBLER, Rz. 28 ff. (zu einer früheren Fassung der Richtlinien).

21 Vgl. etwa die Repliken von medizinischer und wirtschaftswissenschaftlicher Seite (<<https://www.unibas.ch/de/Aktuell/News/Uni-Research/Corona-und-Triage--Wer-soll-behandelt-werden--wer-nicht--Zwei-Repliken..html>>) auf ein Interview des Verfassers (<<https://www.unibas.ch/de/Aktuell/News/Uni-Research/Covid-19-und-Intensivmedizin-Wir-brauchen-eine-oeffentliche-Diskussion-ueber-die-gerechte-Verteilung-von-lebensrettenden-Ressourcen.html>>).

22 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, *passim*; DIES., Verfblog, *passim*.

leme, die sich aus der Interdisziplinarität der akademischen Diskussion ergeben. In diesem «Streit der Fakultäten» treffen ethische, rechtswissenschaftliche, ökonomische und medizinische Ansichten ungesteuert aufeinander. Angesichts einer drohenden Konfusion der Perspektiven im interdisziplinären Stimmengewirr ist zu betonen, dass es hier nicht darum gehen kann, «wer Recht hat», sondern darum, wer für welche Art von Aussagen qualifiziert und zuständig ist. Diese Frage nach dem Status von wissenschaftlichen Aussagen im Kontext von Verteilungsentscheidungen in der Intensivmedizin²³ wird nachfolgend unter dem Gesichtspunkt der epistemischen Grundlagen der Triage-Debatte in den Blick genommen.

III. Fakten und Normen: Epistemische Grundlagen der Triage-Debatte

Im Hinblick auf die akademische Triage-Debatte kommt es darauf an, den Status der Aussagen zu sortieren, die aus fachdisziplinärer Sicht jeweils vernünftigerweise getroffen werden können. Damit verbunden ist die Frage nach der Kompetenzverteilung zwischen Medizin, Ökonomie, Ethik und Recht in Bezug auf (bestimmte) *deskriptive* und *analytische* Aussagen einerseits und *präskriptive* bzw. *normative* Aussagen über Verteilungsfragen andererseits. Dieser Abschnitt ist also primär wissenschaftstheoretisch und nicht normativ motiviert. Dabei geht es nicht um Sprechverbote, sondern darum, daran zu erinnern, dass es zum Proprium der Wissenschaft gehört, die Grenzen der eigenen Disziplin zu reflektieren:²⁴ Was kann man als Medizinerin, Ökonomin, Philosophin, Rechtswissenschaftlerin mit *akademischer* Autorität zum Problem der Triage sagen – und was ist lediglich eine mehr oder weniger gut informierte Privatmeinung wie jede andere?

A. Medizinisches Wissen

Es liegt auf der Hand, dass medizinischem Wissen für die Frage der Priorisierung von Patientinnen in der Intensivmedizin unter Bedingungen knapper Ressourcen massgebliche Bedeutung zukommt. Die Medizin als «Wissenschaft vom gesunden und kranken Menschen sowie von den Ursachen, Wirkungen, der Vorbeugung und Heilung von Krankheiten»²⁵ erlaubt deskriptive und analytische Urteile (Hypothesen) über den Gesundheitszustand von Covid-19-Patientinnen und über ihren weiteren Krankheitsverlauf mit und ohne (intensiv-)medizinische Behandlung. Sie kann im Kontext der Triage zunächst angeben, ob eine intensivmedizinische Behandlung *individuell* medizinisch indiziert oder aussichtslos (*futile*) ist. Die medizinische Indikation ist dabei nicht relativ zu anderen Patientinnen zu bestimmen, sondern, wie stets, ausschliesslich anhand der Frage zu beantworten, ob eine intensivmedizinische Therapie für diese individuelle Patientin mehr gesundheitliche Chancen als Risiken und Nachteile verspricht. Es handelt

23 Grundlegend GUTMANN/LAND, Verteilungsentscheidungen, S. 355 ff.; DIES., Organverteilung, S. 87 ff.; GUTMANN/FATEH-MOGHADAM, Rechtsfragen, S. 41 ff.

24 GROEBNER, S. 37 f.

25 Pschyrembel Online, Medizin, <<https://www.pschyrembel.de/Medizin/K0DUW>>.

sich mithin um eine Frage, die unabhängig von Ressourcenüberlegungen zu beantworten ist.²⁶ In die Überlegungen zur Verteilung knapper lebensrettender Ressourcen wird eine Patientin nur dann einbezogen, wenn die intensivmedizinische Behandlung für sie indiziert ist. Die individuelle medizinische Indikation bildet gewissermassen den Eingangstrichter, um in den Pool derjenigen Patientinnen zu gelangen, die bei der Verteilung zwingend zu berücksichtigen sind. Bei der Triage geht es also ausschliesslich um Patientinnen, bei denen eine intensivmedizinische Behandlung nicht aussichtslos ist. Anders als Vertreterinnen der SAMW in öffentlichen Stellungnahmen in den Medien immer wieder behaupten, gibt es mithin niemanden, der Ärztinnen dazu zwingen möchte, aussichtslose Behandlungen durchzuführen.²⁷ Die SAMW-Richtlinien erkennen dies in erfreulicher Deutlichkeit an, indem sie verlangen, abgewiesenen Patientinnen den wahren Grund der Nichtbehandlung transparent zu kommunizieren: «Wird die Intensivbehandlung aufgrund einer Triage-Situation nicht angeboten oder nicht mehr fortgeführt, so muss dies transparent kommuniziert werden. Es ist unzulässig, gegenüber dem Patienten den Behandlungsentscheid mit fehlender Indikation zu begründen, wenn bei genügenden Ressourcen anders entschieden worden wäre.»²⁸

9 Ist die Triage-Situation mithin gerade dadurch gekennzeichnet, dass eine potenziell lebensrettende Behandlung trotz bestehender medizinischer Indikation nicht aufgenommen oder abgebrochen wird, steht zugleich fest, dass es hierfür keine *medizinischen* Gründe geben kann. «Medizinische Gründe, eine Heilung oder eine Verlängerung des Lebens, die möglich ist, nicht vorzunehmen, gibt es nicht.»²⁹ Die Medizin kann keine Antwort auf die Frage geben, wer leben und wer sterben soll, wenn es um die Verteilung knapper, nicht teilbarer lebensrettender Ressourcen geht, weil es sich hierbei um eine genuin normative Frage handelt, die sich (allein) mit medizinischem Wissen nicht beantworten lässt.

10 Gleichwohl kann medizinisches Wissen auch für die eigentliche Verteilungsfrage relevant sein, indem es möglicherweise verteilungsrelevante Daten als faktische Grundlage der normativen Zuteilungsentscheidung bereitstellt. So kann die Medizin angeben, wie *dringlich* eine Beatmungstherapie für eine Patientin im Sinne einer naturwissenschaftlich begründeten Prognose der Wahrscheinlichkeit, ohne Intensivtherapie bzw. Beatmung kurzfristig zu versterben, ist. Hierfür stehen zunehmend auch Anwendungen künstlicher Intelligenz zur Verfügung, die auf der Basis von elektronischen Patientenakten Prognosen über die Wahrscheinlichkeit eines kritischen Verlaufs einer Covid-19-Erkrankung ermöglichen.³⁰ Diese Daten können für die Priorisierung von Patientin-

26 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 301 f.

27 So aber der ehemalige Präsident der SAMW und Mitverfasser der Triage-Richtlinien Prof. Dr. Daniel Scheidegger im SRF-Interview, <<https://www.srf.ch/audio/kultur-kompakt/sind-die-triage-kriterien-unfair-eine-replik?id=11775946>>.

28 SAMW-Richtlinien (Fn. 15), S. 9.

29 LUHMANN, Medizin, S. 170.

30 YAN et al., *passim* sowie RINDERKNECHT/KLOPFENSTEIN, *passim*.

nen relevant sein und werden zu diesen Zwecken erhoben.³¹ Was indes aus einer mehr oder weniger zuverlässig festgestellten Dringlichkeit der Behandlung normativ folgt, ist offen und kann mit medizinischem Wissen nicht festgestellt werden. Namentlich stellt sich die Frage, wie sich das Kriterium der Dringlichkeit zu dem konkurrierenden Kriterium der (kurzfristigen) Erfolgsaussicht verhält, welches die SAMW ihren Richtlinien zugrunde legt. Die Medizin kann ein empirisch fundiertes Urteil darüber abgeben, wie hoch die kurzfristige Erfolgsaussicht einer Intensivtherapie im Sinne einer naturwissenschaftlich begründeten Prognose der Wahrscheinlichkeit des Überlebens der Patientin ist. Eine solche Prognose lässt sich dann ohne Weiteres in Relation zu den Überlebenseaussichten anderer Patientinnen setzen. Dies ermöglicht deskriptive Aussagen in folgender Form: «Patientin Müller hat eine gegenüber Patientin Maier um 20% höhere Chance, die Covid-19-Erkrankung mit Beatmungstherapie zu überleben». Dabei ist zu beachten, dass diese Aussage auf statistischen Korrelationen von Patientinneneigenschaften und Todesfällen basiert und nicht ausschliesst, dass im konkreten Fall tatsächlich Frau Müller trotz Beatmungstherapie verstirbt und Frau Maier tatsächlich hätte gerettet werden können. Ob und inwiefern ein solcher Unterschied der kurzfristigen Überlebensprognosen verschiedener Patientinnen auch normativ einen Unterschied machen sollte, ist eine Frage, die die Medizin weder als Wissenschaft noch im Sinne «praktischer ärztlicher Urteilskraft»³² am Krankenbett beantworten kann.

Noch deutlicher wird der Unterschied zwischen medizinischen Fakten und Normen 11 bezüglich eines weiteren medizinethisch diskutierten Verteilungskriteriums, nämlich des Alters als solchem oder der prognostischen Lebenserwartung einer Patientin unabhängig von der Covid-19-Erkrankung. Die Medizin kann, wiederum basierend auf statistischen Korrelationen von Alter und anderen Parametern mit dem Erreichen eines gewissen Lebensalters, angeben, wie lange eine bestimmte Patientin prognostisch noch leben wird.³³ So sahen die SAMW-Richtlinien in früheren Versionen eine Lebenserwartung von zunächst weniger als 24³⁴ Monaten, sodann von weniger als 12³⁵ Monaten als absolutes Nichtaufnahmekriterium vor, verzichteten dagegen in der aktuellen Version ganz auf das Kriterium der Lebenserwartung. Schon diese willkürlichen Verschiebungen bei einem über Leben und Tod von Patientinnen entscheidenden Kriterium legen es nahe, dass sich die Frage, ob die Lebenserwartung einer Patientin bei der Verteilung knapper

31 Ebd.

32 HUSTER, S. 101; hierzu sogleich.

33 Auch insoweit existieren bereits auf Machine Learning basierende Anwendungen künstlicher Intelligenz zur Prognose der Restüberlebenszeit eines Menschen (vgl. etwa AVATI et al., *passim*; CAUGHILL, The FDA Approved an Algorithm That Predicts Death, <<https://futurism.com/neoscope/fda-approved-algorithm-predicts-death>>).

34 SAMW, Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, Version 1 vom 20. März 2020, S. 5; SAMW, Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, Version 2 vom 24. März 2020, S. 5.

35 SAMW, Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, Version 3 vom 4. November 2020, S. 7.

lebensrettender Ressourcen zu berücksichtigen ist, was notwendig auf eine Diskriminierung älterer gegenüber jüngerer Patientinnen hinausläuft, nicht medizinisch beantwortet lässt. Es handelt sich um eine philosophisch und rechtlich umstrittene normative Fragestellung, die den Kompetenzbereich der Medizin überschreitet.³⁶ Im Kern geht es darum, ob für jüngere Menschen mit höherer Restlebenserwartung mehr «auf dem Spiel» steht als für ältere Menschen, die bereits einen Grossteil ihres Lebens gelebt und nur noch wenige Jahre zu verlieren haben,³⁷ oder ob sich eine Quantifizierung des Wertes der prognostisch verbleibenden Lebenszeit verbietet, weil es letztlich für beide Menschen um *alles*, nämlich ihr Leben, geht.³⁸

12 In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird der Hinweis auf den nicht-medizinischen Charakter von Verteilungsentscheidungen dadurch relativiert, dass es sich bei der Triage im Kern dennoch um «ärztliche Entscheidungen» handle, zu denen das Medizinpersonal aufgrund seiner Fachkompetenz und Erfahrung besonders qualifiziert sei.³⁹ Aus dem Umstand, dass Ärztinnen und medizinische Fachgesellschaften es als ihre Aufgabe betrachten, Entscheidungen über den Zugang zu einer potenziell lebensrettenden Behandlung zu treffen, die zwar nicht streng medizinisch-wissenschaftlichen – sondern normativen – Charakter haben,⁴⁰ folgt indes rechtlich überhaupt nichts. Andernfalls könnte man das gesamte Medizinrecht für überflüssig erklären und der Selbstregulierung der Medizin überlassen. Medizinerinnen betrachten auch die Verteilung von Organen zu Transplantationszwecken, die Entscheidungen über Behandlungsabbrüche am Lebensende oder über den Umgang mit menschlichen Embryonen *in vitro* usw. als ihre Aufgabe. Dessen ungeachtet überlässt die Rechtsordnung die rechtlichen Grenzen des Handlungsspielraums von Ärztinnen in diesen Kontexten nicht ihrer «praktischen Urteilskraft». Die Geschichte der Medizin, der Medizinethik und des Medizinrechts beschreibt einen Prozess der Ethisierung und Verrechtlichung der Medizin, welcher ärztliches Handeln aus guten Gründen in einem Rechtsrahmen situiert, der ärztlichem Deziisionismus dort Grenzen setzt, wo es um Eingriffe in Grundrechte von Patientinnen geht.⁴¹ So liegt es auch und gerade im Kontext von Verteilungsentscheidungen über knappe lebensrettende medizinische Ressourcen.

13 Schliesslich lässt sich gegen die fehlende Kompetenz und Zuständigkeit für Verteilungsentscheidungen, die wesentliche Grundrechtspositionen von Patientinnen betreffen, nicht einwenden, dass es eine «medizinische Ethik» gibt und Medizinerinnen sich auch über die normative Dimension ihrer Tätigkeit Gedanken machen. Die Rede von «medizinischer Ethik» ist sinnlos, da sich ethische Fragen als normative Fragen, wie

36 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, *passim*; HOVEN, *passim*.

37 MANNINO, S. 59 ff.

38 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 303 ff.; Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, Ad-Hoc-Empfehlung vom 27. März 2020, S. 3 f.

39 HUSTER, S. 100 f.

40 Darauf verweist HUSTER, S. 101.

41 ROTHMAN, *passim*.

festgestellt, nicht mit medizinischem Wissen beantworten lassen. Ethik kann nicht im Sinne eines beschreibenden Adjektivs medizinisch sein, da die Medizin keine normative, sondern eine im Kern deskriptiv und analytisch arbeitende Naturwissenschaft ist.⁴² Die irreführende Rede von «medizinischer Ethik» verweist in der Regel auf praktische Kontexte wie Ethikkonsile in Krankenhäusern, in denen Medizinerinnen (mit oder ohne philosophische Zusatzqualifikation) über ethische Fragen ihrer praktischen Tätigkeit reflektieren. Indem sie dies tun, wechseln sie indes das Fach und bewegen sich im Feld der (unten ausführlich behandelten) Medizinethik, welche ein Teilgebiet der angewandten praktischen Philosophie ist. Eine besondere Kompetenz und Legitimation zur (verbindlichen) Beantwortung medizinethischer Fragen besitzen Medizinerinnen dabei nicht.

Als Zwischenergebnis der bisherigen Überlegungen lässt sich festhalten, dass die Medizin nicht angeben kann, ob es für die Zuteilung knapper intensivmedizinischer Ressourcen primär auf die Dringlichkeit, die (kurzfristige) Erfolgsaussicht, die verbleibende Lebenszeit oder auf ganz andere Kriterien wie das Alter, die Wartezeit oder den Zufall ankommen soll. Eine Erkenntnis, die sich im Kontext der gesetzlichen Regelung der Organverteilung zu Transplantationszwecken in der Schweiz bereits vor 20 Jahren allgemein durchgesetzt hat: «Die These, die Verteilung erfolge nach medizinischen Kriterien, ist (...) falsch: Die Zuteilung geschieht nach ethischen Prinzipien. (...) Der Modus der Verteilung selbst basiert auf (...) Wertentscheidungen.»⁴³ Die medizinische Wissenschaft und ihre Fachakademien sind daher weder qualifiziert noch legitimiert, normative Verteilungskriterien für die Triage festzulegen. 14

B. Gesundheitsökonomisches Wissen

Neben der Medizin kann auch die Gesundheitsökonomie relevantes Faktenwissen für normative Verteilungsentscheidungen unter Ressourcenknappheit bereitstellen. Die Ökonomie ist eine Wissenschaft, deren Expertise im Rahmen der Corona-Pandemie ebenfalls bedeutsam ist. Für den Kontext der Triage kann die Gesundheitsökonomie etwa untersuchen, wie sich unterschiedliche Triagekriterien auf einen zu definierenden Gesamtnutzen auswirken. Der Gesamtnutzen könnte unter anderem in geretteten Leben, geretteten Lebensjahren, geretteten qualitätskorrigierten Lebensjahren usw. berechnet werden. Das zu erreichende gesellschaftliche Nutzenziel muss der ökonomischen Berechnung dabei indes vorgegeben werden, es lässt sich nicht selbst ökonomisch bestimmen. Die Ökonomie kann weiter feststellen, dass egalitäre Verteilungsmodelle, die vergleichbar dringlich zu behandelnde Patientinnen beim Zugang zur Intensivmedizin durch Losverfahren oder das Abstellen auf die Wartezeit gleichbehandeln, im Hinblick auf den jeweiligen Gesamtnutzen ineffektiv sind. Die Gesundheitsökonomie könnte ins- 15

42 Vgl. bereits GUTMANN/FATEH-MOGHADAM, Rechtsfragen, S. 41.

43 Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl 2002 29 ff., S. 111.

besondere zu dem Ergebnis gelangen, dass durch eine erfolgsorientierte Verteilungspraxis, wie sie die Richtlinien der SAMW anstreben, in der Pandemie tatsächlich insgesamt mehr Leben gerettet werden könnten.⁴⁴ Dies sind wichtige rechtstatsächliche Daten für die Rechts- und Gesundheitspolitik, die sich über die tatsächlichen Folgen rechtlicher Regulierung im Klaren sein sollte.

- 16 Gesundheitsökonominnen können indes *nicht* mit der akademischen Autorität ihres Faches angeben, ob es bei der Triage in der Intensivmedizin primär auf eine utilitaristische Maximierung eines Gesamtnutzens oder auf eine auch individuell gerechte und nichtdiskriminierende Verteilung ankommen *soll*. Nicht angeben kann die Gesundheitsökonomie zudem, ob es für die Bestimmung des Gesamtnutzens, soll dieser entscheidend sein, auf die Maximierung von geretteten Leben oder (qualitätskorrigierten) Lebensjahren oder etwas ganz anderes, etwa die Minimierung der Behandlungskosten, ankommen soll. Dies verkennen gesundheitsökonomische Stimmen, die glauben, egalitäre Verteilungsmodelle allein durch den Hinweis auf deren mangelnde Effizienz im Hinblick auf einen bestimmten Gesamtnutzen des Ressourceneinsatzes widerlegen zu können.⁴⁵ Dies ist umso erstaunlicher, als die Effizienzüberlegungen der Gesundheitsökonomie von Vertreterinnen egalitärer Verteilungsmodelle gar nicht in Frage gestellt, sondern explizit vorausgesetzt werden.⁴⁶ Es ist gerade die Pointe von an individuellen Rechten orientierten Ansätzen der Ethik und des Rechts, dass sie den Respekt vor den individuellen Ansprüchen aller bedürftiger Patientinnen auf chancengleiche Teilhabe an lebensrettenden Gesundheitsressourcen unabhängig von irgendwelchen Konsequenzen für einen gesellschaftlichen Gesamtnutzen einfordern. Diese deontologische, nicht-konsequentialistische Logik des Rechts wird nicht zuletzt in der verfassungsrechtlichen Auslegung der Menschenwürde sichtbar, die sich einer Abwägung und quantifizierenden Verrechnung von Leben gegen Leben verschliesst.⁴⁷ Ob überhaupt, inwiefern und in welchen Kontexten ökonomische Effizienz ein Rechtsprinzip ist oder nicht, entscheidet das Rechtssystem nach seinen systemeigenen Massstäben und Methoden.⁴⁸ Wer als Ökonom glaubt, die Rechtswissenschaft über die *rechtliche* Bedeutung ökonomischer Effizienz belehren zu können, verfehlt seinen Gegenstand und leistet keinen anschlussfähigen Beitrag für die interdisziplinäre Forschung.

44 Vgl. hierzu die Replik von Prof. Dr. Stefan Felder (<<https://www.unibas.ch/de/Aktuell/News/Uni-Research/Corona-und-Triage--Wer-soll-behandelt-werden--wer-nicht--Zwei-Repliken..html>>) auf ein Interview des Verfassers (<<https://www.unibas.ch/de/Aktuell/News/Uni-Research/Covid-19-und-Intensivmedizin-Wir-brauchen-eine-oeffentliche-Diskussion-ueber-die-gerechte-Verteilung-von-lebensrettenden-Ressourcen.html>>).

45 Ebd.

46 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 314 f. sowie bereits das Interview des Verfassers mit Uni News, <<https://www.unibas.ch/de/Aktuell/News/Uni-Research/Covid-19-und-Intensivmedizin-Wir-brauchen-eine-oeffentliche-Diskussion-ueber-die-gerechte-Verteilung-von-lebensrettenden-Ressourcen.html>>.

47 BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz.

48 Dazu grundlegend EIDENMÜLLER, *passim*.

C. Ethische Normen

Die bisherigen Überlegungen haben ergeben, dass die Medizin und Ökonomie Faktenwissen in Form von deskriptiven Aussagen und analytischen Urteilen generieren, welches für die Frage der Verteilung knapper medizinischer Ressourcen in einer Triage-Situation relevant ist oder zumindest sein könnte. Von diesen deskriptiven Aussagen über empirische Zusammenhänge zwischen Patienteneigenschaften und der Dringlichkeit oder Erfolgsaussicht einer intensivmedizinischen Behandlung führt indes kein direkter Weg zu einem bestimmten normativen Verteilungsmodell. Insbesondere folgt aus dem tatsächlichen Umstand, dass durch eine erfolgsorientierte Verteilung voraussichtlich insgesamt mehr Leben gerettet werden können, nicht unmittelbar, dass eine erfolgsorientierte Verteilung normativ zwingend geboten wäre. Da die Festlegung von Verteilungskriterien auf Wertentscheidungen beruht, bedarf es normativer, ethischer Argumente, die mit Gründen darlegen, warum sich die Medizin in einer Triage-Situation nicht länger an der individuellen Bedürftigkeit von Patientinnen, sondern am Ziel der Maximierung des gesellschaftlichen Gesamtnutzens im Wege eines effizienten Ressourceneinsatzes orientieren sollte. 17

Die Verteilung knapper unteilbarer lebensrettender Ressourcen wird in der Medizinethik nicht erst seit der Corona-Pandemie als ein klassisches moralisches Dilemma diskutiert.⁴⁹ Als ein Dilemma kann man die Notwendigkeit der Triage deshalb bezeichnen, weil, egal für welches Verteilungsmodell man sich entscheidet, am Ende Patientinnen leer ausgehen und sterben werden, die bei ausreichenden Ressourcen hätten gerettet werden können. Medizinethische Antworten auf dieses Dilemma gibt es, wie auch sonst in praktisch allen umstrittenen Fragen der Bioethik, nur im Plural.⁵⁰ Je nachdem, von welchen ethischen Prämissen man ausgeht, gelangt man zu unterschiedlichen Annahmen über die Gerechtigkeit von Verteilungsmodi unter Knappheitsbedingungen. Deontologische, an individuellen (Teilhabe-)Rechten von Patientinnen orientierte Ansätze präferieren im Zweifel egalitäre Verteilungsmodelle wie das Los oder die Wartezeit (bei vergleichbarer Dringlichkeit der Behandlung), während für die Vertreterinnen konsequentialistischer Ethikansätze die Orientierung am Ziel der Maximierung des gesellschaftlichen Gesamtnutzens und damit eine Verteilung nach der Erfolgsaussicht oder nach dem Alter naheliegt. Selbst ein scheinbar unanfechtbarer Grundsatz wie derjenige, in der Pandemie möglichst viele Menschen zu retten, wird indes brüchig, wenn man sich vor Augen führt, dass die praktische Operationalisierung dieses Prinzips in den Richtlinien der SAMW systematisch zulasten der schwächsten Patientinnengruppen, der Alten, Kranken und Behinderten, geht und damit Fragen der Diskriminierung aufwirft.⁵¹ Gleichwohl kann man philosophisch auch versuchen, im Wege einer nicht-konsequentialistischen Argumentation eine Bevorzugung von jüngeren Patientinnen mit höherer 18

49 Vgl. etwa bereits SELLMAIR/VOSSENKUHL, *passim*.

50 Guter Überblick bei SCHÖNE-SEIFERT, FAZ vom 31.3.2020.

51 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 307 ff. und SCHWESTERMANN/TOBLER, Rz. 28 ff.

Lebenserwartung zu begründen, weil für diese mehr auf dem Spiel stehe.⁵² Die Prinzipienethik⁵³ und Ansätze der Ethics of Care⁵⁴, welche das Netzwerk von Relationen zwischen Patientinnen, Ärztinnen, Pflegenden und Angehörigen betonen, bringen weitere ethisch relevante Faktoren ins Spiel. So werfen sie etwa die Frage auf, ob es den behandelnden Ärztinnen und dem Pflegepersonal ethisch zugemutet werden kann, eine Patientin, um deren Leben sie bereits seit Tagen kämpfen, im Wege «nachträglicher Triage» vom Beatmungsgerät zu nehmen, um Platz für eine andere Patientin mit statistisch besserer Erfolgsaussicht zu machen, wie dies die Triage-Richtlinien der SAMW⁵⁵ vorsehen. Vor diesem Hintergrund wundert es nicht, dass in der medizinethischen Triage-Diskussion im Kontext von Covid-19 praktisch alles vertreten wird.⁵⁶ Dieser Pluralismus ethischer Theoriebildung ist unvermeidbar und gesellschaftlich wertvoll. Er formuliert einen systematisch erarbeiteten Lösungsvorrat für das schwierige Problem der Triage und stellt ernstzunehmende ethische Argumente bereit, über deren Anschlussfähigkeit in der Politik und im Recht weiter diskutiert werden kann. Vor allem aber macht er deutlich, dass man im Hinblick auf das intrikate Problem der Triage aus jeweils vernünftigen und respektablen ethischen Gründen unterschiedlicher Meinung sein kann. Die Triage-Debatte ist ein exemplarischer Anwendungsfall für das, was JOHN RAWLS «vernünftigen Pluralismus»⁵⁷ nennt. Gegenseitige Wertschätzung und Toleranz in der gesellschaftlichen Diskussion über die Triage setzen voraus, dass man diese Möglichkeit vernünftiger Meinungsunterschiede in ethischen Fragen anerkennt. Die medizinethische Diskussion profitiert dabei, wie jede philosophische Diskussion, von dem Umstand, dass sie nicht zu einem Ende kommen und keine verbindlichen Entscheidungen treffen muss. Die Idee einer autoritativen höchstrichterlichen Entscheidung, die eine normative Frage zumindest praktisch bis auf Weiteres verbindlich entscheidet, ist der modernen Philosophie wesensfremd, sofern sie nicht zur Scholastik oder repressiven Ideologie degeneriert. Es ist nicht die Funktion der Philosophie, medizinethische Probleme verbindlich zu lösen oder zumindest eine «herrschende Meinung» zu generieren; ihr Wert besteht gerade darin, dass in ihr nichts ausser Frage steht, alles kritisierbar ist und sie nicht an verbindliche Vorgaben, etwa in Form von Gesetzen, gebunden ist. Es gibt aus guten Gründen keine Instanz, die einer ethischen Theorie den Vorzug vor einer anderen geben könnte; dies gilt auch und gerade für ethische Beratungsgremien wie die

52 MANNINO, S. 61 ff. MANNINO möchte Unterschiede in der Lebenserwartung genauso behandeln wie Unterschiede im Grad der Gefahr für ein Rechtsgut oder Rangunterschiede zwischen gefährdeten Rechtsgütern (etwa dem Verlust eines Fingers gegenüber dem Verlust beider Beine oder des Lebens). Seine These setzt aber etwas voraus, was rechtlich aufgrund des Grundsatzes der Gleichwertigkeit menschlichen Lebens kaum anschlussfähig ist, nämlich, dass es zulässig ist, den Wert eines Lebens nach seiner voraussichtlichen Dauer zu quantifizieren und gegen ein anderes Leben abzuwägen.

53 BEAUCHAMP/CHILDRESS, *passim*.

54 Vgl. etwa HELD, *passim*.

55 SAMW (Fn. 15), S. 7 f.

56 Vgl. dazu ausführlich FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 294 ff.

57 RAWLS, S. 106 ff. und 12.

Nationale Ethikkommission der Schweiz (NEK) oder den Deutschen Ethikrat. Damit sollte zugleich klar sein, dass sich das Problem der Triage praktisch nicht medizinethisch lösen lässt. Dort, wo es um existenzielle Entscheidungen geht, die Grundrechte von Patientinnen betreffen, verbietet sich insbesondere ein Multikulturalismus, bei dem jedes Krankenhaus nach seiner eigenen Façon über die Kriterien der Triage entscheiden können soll.⁵⁸ Ob eine 85-jährige Patientin überhaupt noch eine Behandlungschance erhält oder nicht, würde dann etwa von der konfessionellen, privaten oder staatlichen Trägerin einer Gesundheitseinrichtung abhängen. STEFAN HUSTER meint dagegen, Unterschiede in den Verteilungskriterien über lebensrettende Ressourcen würden den «moralischen Pluralismus» in der Gesellschaft abbilden, den zu vereinheitlichen die Verfassung jenseits eines strafrechtlich definierten Rahmens kaum fordere.⁵⁹ Dies geht indes einerseits deshalb an der Sache vorbei, weil die Richtlinien der medizinischen Fachgesellschaften in Deutschland und in der Schweiz, die HUSTER als massgebliche Regularien verteidigt, gerade darauf zielen, die Verteilungspraxis der Krankenhäuser zu vereinheitlichen, um die Beteiligten von der Verantwortung für als unzumutbar empfundene Entscheidungen zu entlasten. Indem insbesondere die Richtlinien der SAMW verbindliche Vorgaben für zulässige und unzulässige Kriterien und strikte Nicht-Aufnahmekriterien formulieren, schränken sie den von der Rechtsordnung gewährten Handlungsspielraum von Ärztinnen sogar (faktisch) ein – etwa dort, wo es um die Auswahl von Patientinnen in einer echten *ex ante*-Triage-Situation geht. Andererseits geraten die Richtlinien der Fachgesellschaften, wie unten näher ausgeführt wird, tatsächlich in erheblichem Umfang in Konflikt mit der Strafrechtsordnung. Die Verteilungspraxis unter Triagebedingungen ist wesentlich durch verfassungsrechtliche und strafrechtliche Vorgaben determiniert, die nicht zur Disposition medizinischer Fachgesellschaften stehen. Gerade weil das Problem der Triage demnach medizinethisch nicht entschieden werden kann, benötigt es das Recht, um angesichts der Flut und Ebbe moralischer Kommunikation, wie es LUHMANN ausdrückt,⁶⁰ zumindest «bis auf Weiteres» zu verbindlichen Entscheidungen zu kommen.

D. Rechtsnormen

Rechtsnormen sind notwendig, weil sich das Triage-Problem ethisch nicht entscheiden lässt, praktisch aber über konkrete Fälle, etwa die Zulässigkeit der Nicht-Aufnahme einer Patientin, oder die Verbindlichkeit von Richtlinien der medizinischen Fachgesellschaften entschieden werden muss. Funktional differenzierte moderne Gesellschaften weisen die Aufgabe, auch dort noch zu entscheiden, wo eigentlich nicht entschieden werden kann, dem Rechtssystem zu. Die Antwort der Rechtsordnung auf das Problem der Triage kann dabei keinen privilegierten Richtigkeits- oder Wahrheitsanspruch gegenüber den

58 HUSTER, S. 105 ff.

59 HUSTER, S. 107.

60 LUHMANN, Recht, S. 79.

verschiedenen philosophischen Ansätzen in der Triage-Debatte beanspruchen. Insbesondere dürfen die Antworten des Rechts, etwa in Form von Gerichtsentscheiden, nicht als Urteil über die Richtigkeit oder Vorzugswürdigkeit konkurrierender ethischer Ansätze verstanden werden; dies wäre ein Kategorienfehler. Das Recht ist kein Schiedsrichter im Wettstreit ethischer Theorien der Verteilungsgerechtigkeit. Vielmehr muss der Anspruch des Rechts deutlich bescheidener formuliert werden; er zielt mit einem Begriff von THOMAS OSTERKAMP allein auf die Gewährleistung «juristischer Gerechtigkeit»⁶¹. Juristische Argumentation kann lediglich den Anspruch erheben, vor dem Hintergrund einer bestimmten Rechtsordnung richtig zu sein und darf nicht mit absolutem Geltungsanspruch auftreten.⁶² Juristische Gerechtigkeit verweist zudem darauf, dass die inhaltlichen Maßstäbe der Gerechtigkeit aus der Rechtsordnung selbst, namentlich aus der Verfassung, zu gewinnen sind – und nicht in unmittelbarem Durchgriff auf eine bestimmte moralphilosophische Lehre, eine umfassende ethische Konzeption des guten Lebens oder eine bestimmte Weltanschauung. Insofern ist juristische Gerechtigkeit religiös-weltanschaulich und ethisch neutral.⁶³ Das Rechtssystem bildet laufend – von Entscheidung zu Entscheidung – rechtssystemeigene normative Standards aus und erzeugt auf diese Weise einen spezifischen «Kontext der Gerechtigkeit»⁶⁴. Dass sich die Normativität des Rechts von moralphilosophischen Konzeptionen unterscheidet, folgt bereits aus der juristischen Methode der Rechtsfindung, die von den Gerichten verlangt, sich selbstbezüglich an den eigenen Vorentscheidungen und an den verbindlichen Vorgaben des positiven Rechts zu orientieren. So ist etwa die Existenz von Grundrechten «als bereits getroffene Problemlösung(en) und damit als verbindliche Vorgabe(n)» hinzunehmen.⁶⁵ Daraus folgt, dass ethische Argumente, die in der Triage-Diskussion gleichberechtigte Geltung beanspruchen können, im Recht unterschiedlich anschlussfähig sind. Das Recht ist gewissermaßen «semipermeabel»⁶⁶, indem es gewisse ethische Argumente in rechtliche übersetzen kann, andere aber nicht. So wäre etwa eine konsequent utilitaristische Lösung der Triage-Problematik, welche sich ausschliesslich an der Maximierung der geretteten Leben oder gar Lebensjahre orientiert, mit einer an individuellen gleichen Grund- und Teilhabrechten von Patientinnen ausgerichteten Verfassungsordnung nicht vereinbar.

- 20 Kann das Recht, wie festgestellt, keine Überlegenheit hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit seiner Lösung des Triage-Problems gegenüber philosophischen Lösungsansätzen beanspruchen, so kommt ihm doch praktisch eine Vorrangstellung insoweit zu, als das Recht – und nur das Recht – die Kompetenz besitzt, über die Fragen der Rechtmässigkeit von grundrechtsrelevanten Verteilungsordnungen und konkreten Zutei-

61 OSTERKAMP, *passim*.

62 OSTERKAMP, S. 206.

63 Eingehend FATEH-MOGHADAM, S. 71 ff.

64 Zum Begriff vgl. FORST, *passim*.

65 OSTERKAMP, S. 240.

66 OSTERKAMP, S. 200.

lungsentscheidungen *verbindlich* zu befinden. Dies lässt sich soziologisch schlicht als Differenzierungsfolge beschreiben, durch die die Kapazität zur Verarbeitung von Komplexität in modernen Gesellschaften erheblich gesteigert wird. Die Exklusivität der Zuständigkeit des Rechts für die wesentlichen Entscheidungen bei der Verwaltung eines Mangels an öffentlichen Gesundheitsressourcen lässt sich aber auch normativ rechtfertigen, da Rechtsnormen und darauf beruhende Entscheidungen in liberalen Rechtsstaaten demokratisch legitimiert sind. Auch im Kontext der Ausnahmesituation der Triage gibt es keinen rechtsfreien Raum, den medizinische Fachgesellschaften durch kurzfristig selbstgestrickte Normen des Medizinsystems ausfüllen könnten. Vielmehr geben auch hier das positive Recht und namentlich das Verfassungs- und Strafrecht einen verbindlichen Rechtsrahmen vor, in dem sich die Empfehlungen der SAMW bewegen müssen; die SAMW hat dagegen keine Rechtssetzungskompetenz.

Nun liegt es nahe, darauf hinzuweisen, dass auch die Bedeutung von Rechtsnormen innerhalb der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung häufig umstritten sind. Gerade in den schwierigen Fällen gehen die Ansichten über die Rechtslage oft erheblich auseinander, wie nicht zuletzt die kontroverse rechtswissenschaftliche Diskussion über die Triage im Kontext von Covid-19 zeigt.⁶⁷ Es gibt nicht für jeden tatsächlichen Konflikt nur eine richtige rechtliche Lösung, die mit quasi mathematischer Folgerichtigkeit aus dem positiven Recht folgt. Der Verweis auf die Notwendigkeit einer rechtlichen Lösung des Triage-Dilemmas erzeugt also ebenfalls nicht unmittelbar Eindeutigkeit. Der rechtliche Diskurs unterscheidet sich dennoch massgeblich von dem oben dargestellten Meinungspluralismus in der Medizinethik. Zum einen kennt das Recht die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und damit einen praktischen Zwang zur Entscheidung, sobald ein gesellschaftlicher Konflikt vor den Gerichten ausgetragen wird. Ein höchstrichterliches Judiz entfaltet auch dort, wo es keine strenge Präjudizienbindung wie im Case Law gibt, eine erhebliche praktische Verfestigung der getroffenen Lösung, indem sich untergerichtliche Folgeentscheidungen schon aus methodischen Gründen an ihm orientieren und abweichende Lösungen rechtfertigen müssen. Zum anderen ist die Zone der vertretbaren Lösungen aufgrund zwingender Vorgaben des positiven Rechts von vornherein begrenzter als in der Medizinethik. Juristisch ist keineswegs jede der in der Medizinethik diskutierten Lösungen der Triage-Problematik vertretbar. So lassen sich durchaus klare verfassungsrechtliche und strafrechtliche Rahmenbedingungen angeben, an denen sich medizinisches Handeln in einer Triage-Situation orientieren muss. Mit diesen Vorgaben sind die Richtlinien der SAMW in erheblichem Umfang nicht vereinbar; sie können

67 Vgl. etwa die Beiträge von AEBI-MÜLLER; BUSCH; ENGLÄNDER/ZIMMERMANN; GAEDE et al.; JÄGER/GRÜNDEL; JANSEN; LINDNER; MERKEL/AUGSBERG; PICECCHI; RÖNNAU/WEGNER; ROOS/FINGERHUTH; SCHWESTERMANN/TOBLER; SOWADA; STERNBERG-LIEBEN; STRENG-BAUNEMANN; TAUPITZ; WALTER; WASSMER sowie den Sammelband HÖRNLE/HUSTER/POSCHER (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021.

insoweit keine Geltung beanspruchen.⁶⁸ Ohne dies hier noch einmal ausführlich begründen zu können, lassen sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Triage wie folgt zusammenfassen:

- 22 Die sogenannte vorsorgliche Triage, wie sie die SAMW-Richtlinien für die von ihnen eingeführte «Stufe A» vorsehen,⁶⁹ ist unstreitig rechtswidrig⁷⁰. Eine darauf gestützte Abweisung einer Patientin, die mit Behandlung zumindest länger gelebt hätte,⁷¹ wäre als Tötung durch Unterlassen (Art. 111 i.V.m. Art. 11 StGB) strafbar. Vorsorgliche Triage bedeutet, dass die Kriterien für die Nichtaufnahme von Patientinnen bereits angewendet werden, wenn in der konkreten Entscheidungssituation über die Aufnahme einer Patientin zwar noch ausreichend Behandlungskapazitäten zur Verfügung stehen, die Kapazitäten aber begrenzt sind und die Gefahr besteht, dass während der nächsten Tage keine Intensivbetten mehr verfügbar sein werden.⁷² Aus strafrechtlicher Sicht fehlt es in einer Situation, in der zum Zeitpunkt der Aufnahmeentscheidung noch Intensivbetten verfügbar sind, bereits objektiv an einer Rechtfertigungslage. Der hier einschlägige Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision greift nur dann ein, wenn zum Zeitpunkt der Tat handlung zwei *aktuell bestehende* gleichwertige Handlungspflichten kollidieren.⁷³ Eine bloss prognostisch zu erwartende und mithin hypothetische Ausschöpfung der Ressourcen in der Zukunft konstituiert keine aktuellen Handlungspflichten gegenüber individualisierbaren Personen und muss daher unberücksichtigt bleiben.⁷⁴
- 23 Weiterhin ist es nach der bislang ganz herrschenden Meinung in der Strafrechtswissenschaft ebenfalls rechtswidrig, eine bereits laufende intensivmedizinische Behandlung einer Patientin trotz fortbestehender medizinischer Indikation allein deshalb abzubrechen, weil eine neue Patientin mit relativ besseren Erfolgsaussichten ebenfalls behandelt werden müsste.⁷⁵ Es handelt sich um das geradezu klassische Lehrbuchbeispiel für das Verbot der Abwägung von Leben gegen Leben im Rahmen der Notstandrechtfertigung.⁷⁶ Da in diesem Fall eine (potenzielle) Handlungspflicht (Aufnahme der neuen Patientin) mit einer Unterlassungspflicht (nicht in die Rechtsgüter der behandelten Patientin eingreifen) kollidiert, liegt nach herrschender Meinung auch kein Fall der rechtfertigenden Pflichtenkollision vor.⁷⁷ Der im Strafrecht anerkannte Vorrang der Unterlassungs-

68 Vgl. hierzu ausführlich FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 308 ff.

69 SAMW (Fn. 15), S. 6.

70 JANSEN, S. 156; RÖNNAU/WEGNER, S. 406 f.

71 So wurde im Kanton Wallis Ende Oktober 2020 ein 80-jähriger Patient trotz intensivmedizinischer Indikation abgewiesen, um die letzten Betten für Fälle freizuhalten, in denen mehr Hoffnung bestehe, obwohl zu diesem Zeitpunkt schweizweit noch mind. 402 (<<https://icumonitoring.ch/>>) Intensivbetten verfügbar waren (NZZaS vom 1.11.2020).

72 SAMW (Fn. 15), S. 6.

73 STERNBERG-LIEBEN, S. 630.

74 So bereits FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 328 f.

75 Eine solche nachträgliche Anwendung von Triage-Kriterien durch Abbruch laufender Intensivtherapien verlangen die Richtlinien der SAMW explizit (SAMW [Fn. 15], S. 7 f.).

76 ROXIN/GRECO, § 16 N 117.

77 STRATENWERTH, § 10 N 65.

der Handlungspflicht⁷⁸ beruht inhaltlich darauf, dass die nachträgliche Auswechslung von Patientinnen zwangsläufig darauf beruht, dass die Überlebensinteressen einer Patientin höher gewichtet werden als die der anderen. Letzteres verbietet sich indes erneut aufgrund des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens («Lebenswertindifferenz»)⁷⁹. Deshalb ist es unzulässig, das unverdiente, niemandem zurechenbare und insofern schicksalhafte Übel, welches der neuen Patientin aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Überlastung des Gesundheitswesens droht, aktiv auf einen Dritten zu verlagern.⁸⁰ Der Umstand, dass sich nunmehr im Kontext der Triage-Diskussion auch Stimmen in der deutschen strafrechtswissenschaftlichen Literatur finden, die eine «nachträgliche Triage» für strafrechtlich gerechtfertigt halten,⁸¹ rechtfertigt es nicht, diese Mindermeinung zur Grundlage einer generellen Handlungsempfehlung in den Richtlinien der SAMW zu machen. Die SAMW-Richtlinien empfehlen insoweit ein ärztliches Handeln, das mit der herrschenden Meinung in der Strafrechtswissenschaft unvereinbar und mit einem erheblichen Strafbarkeitsrisiko verbunden ist.

Mit den strafrechtlichen Rahmenbedingungen grundsätzlich vereinbar sind die Richtlinien nur insoweit, als sie für Situationen, in denen aktuell nur noch ein Intensivbett verfügbar ist, aber mehrere bedürftige Patientinnen auf dieses Bett warten, eine Patientinnenauswahl vorsehen (echte Aufnahmetriage). Da die Rechtsordnung von niemandem Unmögliches verlangen darf, ist die Ärztin bei einer Kollision gleichwertiger Handlungspflichten nach den Grundsätzen der Pflichtenkollision gerechtfertigt, wenn sie eine von beiden erfüllt. Steht für zwei beatmungspflichtige Patientinnen nur ein Beatmungsgerät zur Verfügung, ist es aus strafrechtlicher Sicht daher gleichgültig, für welche sich die Ärztinnen entscheiden, ob sie also zum Beispiel die jüngere oder die ältere Patientin behandeln – in beiden Fällen sind sie gerechtfertigt.⁸² Problematisch an den Richtlinien ist insoweit, dass sie abstrakt-generelle Regeln aufstellen, wonach sich die Ärztinnen für die Patientin mit den besseren Erfolgsaussichten entscheiden *müssen*. Der rechtlich garantierte Handlungsspielraum der Medizinerinnen in einer echten Triage-Situation kann indes durch Richtlinien der SAMW nicht eingeschränkt werden. Rechtlich muss sich also keine Ärztin an die Vorgaben der SAMW zur Priorisierung von Patientinnen halten, faktisch entfalten die Richtlinien aber im Zweifel eine erhebliche Steuerungswirkung.

Diese faktische Steuerungswirkung der medizinischen Praxis ist verfassungsrechtlich problematisch, da die an das Alter und die Gebrechlichkeit von Patientinnen anknüpfenden Nicht-Aufnahmekriterien der SAMW mit einer sowohl direkten als auch indirekten Diskriminierung von Patientinnen wegen ihres Alters oder wegen ihrer Behinderung

78 NIGGLI/GÖHLICH, N 27.

79 Hierzu ausführlich FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 296 ff.

80 Vgl. dazu FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 332 f.

81 GAEDE et al., S. 134 ff.; HÖRNLE, S. 166 ff.

82 ENGLÄNDER/ZIMMERMANN, S. 1402; JANSEN, S. 164.

einhergehen.⁸³ In einer Situation der Ressourcenknappheit wissen Patientinnen mit einem bestimmten Lebensalter, bestimmten Vorerkrankungen oder Behinderungen positiv, dass sie aufgrund der Richtlinien der SAMW keine Chance auf intensivmedizinische Behandlung haben. Ob dies mit dem grundsätzlich gleichen verfassungsrechtlichen Anspruch aller bedürftigen Patientinnen auf chancengleiche Teilhabe an lebensrettenden Gesundheitsressourcen vereinbar ist, ist zweifelhaft und in der Literatur umstritten. Insoweit bedarf es einer weiteren Diskussion in der Schweizer Verfassungs- und Medizinrechtswissenschaft.

- 26 Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass das positive Recht einige Rahmenbedingungen der Triage klar definiert, es aber durchaus auch Fragen gibt, die noch nicht eindeutig geklärt sind. Die Klärung dieser offenen Rechtsfragen der Triage in der Intensivmedizin ist Aufgabe der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung, nicht aber der SAMW-Richtlinien. Ungelöste Probleme, die in allen Rechtsgebieten existieren, konstituieren auch keinen rechtsfreien Raum, der von der SAMW nach Belieben gefüllt werden dürfte. Umso problematischer ist es, dass die Empfehlungen der SAMW systematisch auf eine Verhinderung rechtlicher Überprüfung zielen, indem sie den Krankenhäusern ausdrücklich empfehlen, Todesfälle infolge eines triagebedingten Abbruchs einer indizierten intensivmedizinischen Behandlung gegen den Willen der Patientin der Staatsanwaltschaft nicht als «aussergewöhnliche Todesfälle» zu melden, wie dies Art. 253 Abs. 4 StPO verlangt. In den Richtlinien der SAMW heisst es insoweit: «Aktuell empfehlen SAMW und SGI, die konkreten Umstände dieser Todesfälle zu dokumentieren, diese aber nicht als aussergewöhnliche Todesfälle einzustufen. Vorbehalten bleiben Anordnungen bzw. Entscheide zuständiger Behörden oder Gerichte, die eine Meldung als aussergewöhnlichen Todesfall verlangen.»⁸⁴ Um eine entsprechende Anordnung zu verlangen, müssten Behörden und Gerichte aber zunächst einmal Kenntnis von entsprechenden Vorgängen haben, was durch die Empfehlung der SAMW gerade verhindert werden soll. Die Empfehlungen der SAMW widersprechen dabei eindeutig der rechtlich geforderten und in den Krankenhäusern üblichen Praxis zur Meldung von aussergewöhnlichen Todesfällen. Ein natürlicher Tod wird sowohl nach Art. 253 Abs. 4 StPO⁸⁵ als auch nach den internen Vorgaben der meisten Spitäler nur dann angenommen, wenn der konkrete Todeseintritt mit hinreichender Plausibilität durch ein inneres Leiden erklärt werden kann und sich keine Hinweise auf einen Zusammenhang mit einem rechtlich relevanten Ereignis ergeben. Angesichts der oben dargestellten Rechtslage ist es ausgeschlossen, den Abbruch einer intensivmedizinischen Behandlung gegen den Willen der Patientin bei fortbestehender medizinischer Indikation nicht in diesem Sinne als «rechtlich relevantes Ereignis» zu deuten. Als rechtlich bedeutsam gilt in der Praxis nämlich «vor allem die zum

83 Dazu ausführlich SCHWESTERMANN/TOBLER, Rz. 28 ff. sowie FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 307 ff.

84 SAMW (Fn. 15), S. 8.

85 Eingehend dazu ZOLLINGER/KIPFER, N 8 ff. (insb. 18 ff.).

Tode führende pflichtwidrige Unterlassung einer indizierten medizinischen Behandlung einer Krankheit»⁸⁶. Durch die offensichtlich rechtswidrige Empfehlung der SAMW, derartige Ereignisse nicht zu melden, bürdet diese zugleich die Konsequenzen aus der unterlassenen Meldepflicht der betroffenen Ärztin auf. Sie präsentiert sich insoweit als ein rechtsgelöstes Unternehmen, das an einer rechtlichen Überprüfung ihrer Empfehlungen zur Triage nicht interessiert ist. Der Rechtsstaat kann die aktive Schaffung derartiger rechtsfreier Räume, in denen nicht mehr das Recht, sondern eine selbst erfundene fiktive Parallelrechtsordnung der SAMW gelten soll, freilich nicht dulden.

IV. Thesen

Zusammenfassend lassen sich folgende Thesen zum Verhältnis von Medizin, Ökonomie, 27 Medizinethik und Recht im Kontext der Triage aufstellen:

1. Verteilungsfragen über knappe intensivmedizinische Ressourcen sind ethischer Natur; sie setzen medizinisches und gesundheitsökonomisches Wissen voraus, lassen sich indes nicht allein mit medizinischem und ökonomischem Wissen beantworten.
2. Medizinisches und gesundheitsökonomisches Wissen wird erst dann relevant, wenn normativ entschieden ist, worauf es bei der Zuteilung knapper Ressourcen ankommen soll (z.B. auf die Dringlichkeit oder Erfolgsaussicht einer Behandlung, auf einen bestimmten Gesamtnutzen oder auf individuelle Gerechtigkeit und Prinzipien der Nicht-Diskriminierung).
3. Die Medizinethik formuliert unterschiedliche, sich teilweise widersprechende Ansätze zur Lösung des Problems der Triage, die sich jeweils mit guten Gründen vertreten lassen. Vernünftige Meinungsunterschiede in der medizinethischen Triage-Diskussion lassen sich nicht autoritativ zugunsten einer Position lösen. Ihr Mehrwert besteht gerade darin, dass sie einen Pool rationaler Argumente und damit einen Lösungsvorrat generieren, an dem sich die Politik und das Recht orientieren können.
4. «Triage» ist kein Rechtskonzept. Wer in einer Pandemie im Falle knapper Ressourcen behandelt werden muss bzw. wie ausgewählt werden darf, richtet sich nach dem geltenden Strafrecht und Verfassungsrecht.
5. Standesethische Empfehlungen zur Triage sind rechtlich nicht verbindlich, steuern aber faktisch die Praxis. Soweit die Empfehlungen der SAMW dem geltenden Strafrecht widersprechen, können sie keine Geltung beanspruchen und ärztliches Handeln nicht legitimieren. Dies gilt namentlich für die Vorgaben der SAMW zur vorsorglichen Triage und zur nachträglichen Triage, die ein strafbares Verhalten empfehlen.
6. Im Rahmen seiner Schutzpflicht für das Grundrecht auf Leben und zur Verhinderung von Diskriminierung im Gesundheitswesen ist der Staat aufgefordert, mit Blick auf rechtswidrige Empfehlungen der SAMW aktiv zu werden. Denkbar wäre in die-

86 ZOLLINGER/KIPFER, N 18.

sem Zusammenhang auch eine spezialgesetzliche Regelung der Triage in der Intensivmedizin, wie dies in vergleichbarer Weise das Transplantationsgesetz für die Verteilung von Organen zu Transplantationszwecken vorsieht.

Literatur

- AEBI-MÜLLER, REGINA E., Behandlungspflichten und Behandlungsentscheide bei Ressourcenknappheit, Jusletter 1. Februar 2021.
- ALWAN, NISREEN A. et al., Scientific consensus on the COVID-19 pandemic: we need to act now, *The Lancet* 31. Oktober 2020, S. e71-e72.
- AVATI, ANAND et al., Improving palliative care with deep learning, *BMC Medical Informatics and Decision Making* 2018, S. 55–64.
- BEAUCHAMP, TOM L./CHILDRESS, JAMES F., *Principles of Biomedical Ethics*, 8. Aufl., Oxford 2019.
- BOGNER, ALEXANDER, *Die Epistemisierung des Politischen. Wie die Macht des Wissens die Demokratie gefährdet*, Ditzingen 2021.
- BUSCH, ANDREA ELISABETH, *Ärztliche Triage in Friedenszeiten – Eine kritische Analyse der Strafbarkeitsrisiken im Lichte der Implikationen des Grundgesetzes*, *ZStW* 2020, S. 742–779.
- EIDENMÜLLER, HORST, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen 1995.
- ENGLÄNDER, ARMIN/ZIMMERMANN, TILL, «Rettungstötungen» in der Corona-Krise?, *NJW* 2020, S. 1398–1402.
- FATEH-MOGHADAM, BIJAN, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts*, Tübingen 2019.
- FATEH-MOGHADAM, BIJAN/GUTMANN, THOMAS, Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, in: Hörnle, Tatjana/Huster, Stefan/Poscher, Ralf (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, Tübingen 2021, S. 291–334 (zit. FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit).
- FATEH-MOGHADAM, BIJAN/GUTMANN, THOMAS, Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, *VerfBlog* 30. April 2020 (zit. FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, VerfBlog).
- FATEH-MOGHADAM, BIJAN/GUTMANN, THOMAS, Rechtsfragen der Organverteilung, in: Gutmann, Thomas et al. (Hrsg.), *Grundlagen einer gerechten Organverteilung*, Berlin/Heidelberg/New York 2003, S. 37–114 (zit. FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Rechtsfragen).
- FORST, RAINER, *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt a.M. 1994.
- GAEDE, KARSTEN et al., Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, *meds- tra* 2020, S. 129–137.
- GROEBNER, VALENTIN, *Wissenschaftssprache. Eine Gebrauchsanweisung*, Konstanz 2012.
- GUTMANN, THOMAS/LAND, WALTER, Die Natur von Verteilungsentscheidungen, in: Wiesing, Urban (Hrsg.), *Ethik in der Medizin. Ein Studienbuch*, 5. Aufl., Stuttgart 2020, S. 355–357 (zit. GUTMANN/LAND, Verteilungsentscheidungen).
- GUTMANN, THOMAS/LAND, WALTER, Ethische und rechtliche Fragen der Organverteilung: Der Stand der Debatte, in: Brudermüller, Gerd/Seelmann, Kurt (Hrsg.), *Organtransplantation*, Würzburg 2000, S. 87–137 (zit. GUTMANN/LAND, Organverteilung).
- HELD, VIRGINIA, *The Ethics of Care: Personal, Political, and Global*, Oxford 2005.

- HÖRNLE, TATJANA, Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?, in: Hörnle, Tatjana/Huster, Stefan/Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 149-186.
- HOVEN, ELISA, Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung, in: Hörnle, Tatjana/Huster, Stefan/Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 335-370.
- HUSTER, STEFAN, Wer hat Angst vor der Triage? Ähnlichkeiten und Unterschiede zu anderen Priorisierungsentscheidungen und ihre normative Bedeutung, in: Hörnle, Tatjana/Huster, Stefan/Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 83-107.
- JÄGER, CHRISTIAN/GRÜNDEL, JOHANNES, Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage, ZIS 2020, S. 151-163.
- JANSEN, SCARLETT, Pflichtenkollision bei Triage-Entscheidungen, ZIS 2021, S. 155-169.
- LINDNER, JOSEF FRANZ, Die «Triage» im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, MedR 2020, S. 723-728.
- LUHMANN, NIKLAS, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995 (zit. LUHMANN, Recht).
- LUHMANN, NIKLAS, ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?, Wiesbaden 1986 (zit. LUHMANN, Ökologische Kommunikation).
- LUHMANN, NIKLAS, Medizin und Gesellschaftstheorie, MMG 1983, S. 168-175 (zit. LUHMANN, Medizin).
- MANNINO, ADRIANO, Wen rette ich – und wenn ja, wie viele? Über Triage und Verteilungsgerechtigkeit, Ditzingen 2021.
- MERKEL, REINHARD/AUGSBERG, STEFFEN, Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, JZ 2020, S. 704-714.
- NACHTWEY, OLIVER/SCHÄFER, ROBERT/FREI, NADINE, Politische Soziologie der Corona-Proteste, SocArXiv 17. Dezember 2020.
- NACOTI, MIRCO et al., At the Epicenter of the Covid-19 Pandemic and Humanitarian Crises in Italy: Changing Perspectives on Preparation and Mitigation, NEJM Catalyst 21. März 2020.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/GÖHLICH, CAROLA, BSK Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 17.
- OSTERKAMP, THOMAS, Juristische Gerechtigkeit. Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht, Tübingen 2004.
- PICCCHI, DARIO, Die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen, sui generis 2020, S. 297-307.
- RAWLS, JOHN, Politischer Liberalismus, Frankfurt a.M. 2003.
- RINDERKNECHT, MIKE D./KLOPFENSTEIN, YANNICK, Predicting critical state after COVID-19 diagnosis: Model development using a large US electronic health record dataset, npj Digital Medicine 20. Juli 2021.
- RÖNNAU, THOMAS/WEGNER, KILIAN, Grundwissen – Strafrecht: Triage, JuS 2020, S. 403-407.
- ROOS, EVELINE/FINGERHUTH, THOMAS, § 26 COVID-19: Straf- und strafprozessrechtliche Implikationen, in: COVID-19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 875-895.
- ROTHMAN, DAVID J., Strangers At The Bedside. A History Of How Law And Bioethics Transformed Medical Decision Making, New York 1991.
- ROXIN, CLAUDIUS/GRECO, LUÍS, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., München 2020.
- SARACCI, RODOLFO, Learning From COVID-19: Prevention Is a Strategic Principle, Not an Option, AJPH 2020, S. 1803-1804.
- SCHWESTERMANN, MARC-ANTHONY/TOBLER, CHRISTA, Altersdiskriminierung bei medizinischer Ressourcenknappheit? Rechtliche Überlegungen zur Rolle des Alters in den Triagerichtlinien für die COVID-19-Pandemie, Jusletter 14. April 2020.

- SELLMAIER, STEPHAN/VOSSENKUHL, WILHELM, Moralische Ansprüche von Patienten und die Allokation von Spenderorganen, in: Oduncu, Fuat S./Schroth, Ulrich/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Transplantation. Organgewinnung und -allokation, Göttingen 2003, S. 131–145.
- SOWADA, CHRISTOPH, Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise, NStZ 2020, S. 452–460.
- STERNBERG-LIEBEN, DETLEV, Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, MedR 2020, S. 627–637.
- STRATENWERTH, GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011.
- STRENG-BAUNEMANN, ANNE FRANZISKA, «Corona»-Triage – verfassungsrechtliche und strafrechtliche Perspektive, ZIS 2021, S. 170–192.
- TAUPITZ, JOCHEN, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, MedR 2020, S. 440–450.
- WALTER, TONIO, Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage-Regeln und ihren Gründen, GA 2020, S. 656–677.
- WASSMER, MARTIN, Die strafrechtlichen Implikationen der Triage, JA 2021, S. 298–303.
- YAN, LI et al., An interpretable mortality prediction model for COVID-19 patients, Nature Machine Intelligence, Mai 2020, S. 283–288.
- ZOLLINGER, ULRICH/KIPFER, GÉRALDINE, BSK StPO/JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 253.

Die Corona-Krise ist auch in rechtlicher Hinsicht aussergewöhnlich: Der Bundesrat regierte mit Notrecht, die parlamentarische Arbeit wurde ausgesetzt und Volksabstimmungen wurden verschoben. Die Bevölkerung, Organisationen und Institutionen waren und sind davon unmittelbar betroffen. In der besonderen Lage (seit Juni 2020) beeinflussen Covid-19-Massnahmen das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben. Die Rechtswissenschaft hat dabei die Aufgabe, die innert kurzer Zeitspannen in Kraft gesetzten Erlasse einzuordnen, zu analysieren und zu Anwendungs- und Auslegungsfragen Stellung zu beziehen. Der Tagungsband hält die Referate des Online-Symposiums #iuscoronae vom 3. Mai 2021 in einer Momentaufnahme fest und präsentiert die Vielfältigkeit der an der Fakultät geleisteten Forschungsarbeit. Die Beiträge beleuchten die Rechtslage in der Krise aus unterschiedlicher Perspektive: Während aus straf-, sozial- und selbstverständlich aus staatsrechtlicher Sicht zahlreiche verfassungsrechtliche Fragestellungen diskutiert werden, werden auch Grundsatzfragen des Vertragsrechts sowie zum interdisziplinären Diskurs besprochen.

Die Orientierungsplattform #iuscoronae (ius.unibas.ch/iuscoronae) bietet darüber hinaus eine breite Übersicht über die wissenschaftliche Auseinandersetzung an der Juristischen Fakultät der Universität Basel mit der ausserordentlichen Rechtslage in der Corona-Krise.



ISBN 978-3-7190-4534-0

