

# Die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen

## Rechtliche und medizinethische Grundsätze über COVID-19 hinaus

Fragen rund um die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen haben aufgrund der COVID-19-Pandemie an Brisanz gewonnen. Die komplexen Herausforderungen, welche sich bei der Zuteilung knapper medizinischer Güter und Dienstleistungen stellen, sind im medizinischen Alltag jedoch von grundsätzlicher Bedeutung. Der vorliegende Beitrag zeigt fünf Grundsätze auf, die bei der Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen zu berücksichtigen sind. Es handelt sich dabei um die Grundsätze der Nutzenmaximierung, der Relativität, der Legitimität, der Nicht-Diskriminierung sowie der Kontrolle und des Ausgleichs. Die Berücksichtigung dieser fünf Grundsätze ermöglicht es, zielgerichtete, zulässige, gerechte und überprüfbare Zuteilungsentscheide zu fällen.

<b>I. Einleitung</b>	298
<b>II. Allgemeine Grundsätze zur Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen</b>	298
1. Nutzenmaximierung	299
a) Allgemeines zum Nutzenbegriff	299
b) Ansätze zur Beurteilung der Nutzenmaximierung	300
c) Klare Zielsetzung	302
2. Relativität	302
3. Legitimität	302
a) Rechtliche Perspektive	303
b) Wissenschaftliche Perspektive	304
c) Gesellschaftliche Perspektive	304
4. Nicht-Diskriminierung	304
5. Ausgleich und Kontrolle	305
<b>III. Schlussfolgerungen</b>	306

### Zitiervorschlag:

DARIO PICECCHI, Die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen, *sui generis* 2020, S. 297

Dario Picocchi, MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. iur. Bernhard Rütsche an der Universität Luzern (dario.picocchi@gmail.com). Der Autor dankt Fabienne Graf sowie Dario Henri Haux für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

URL: [sui-generis.ch/138](https://sui-generis.ch/138)

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.138>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

## I. Einleitung

- 1 Während der Corona-Pandemie war die Anzahl an zu behandelnden Patientinnen und Patienten in gewissen medizinischen Einrichtungen so gross, dass die vorhandenen Ressourcen dafür nicht ausreichten. Insbesondere Beatmungsgeräte für Patientinnen und Patienten mit einem schweren Krankheitsverlauf waren ein knappes Gut.<sup>1</sup> An vielen Orten musste daher darüber entschieden werden, wer lebensrettende Güter und Dienstleistungen erhält – und wer nicht.<sup>2</sup>
- 2 Aufgrund dieser Vorkommnisse haben verschiedene Institutionen Richtlinien erlassen, die dem Medizinalpersonal dabei helfen sollen, knappe medizinische Ressourcen während der Corona-Pandemie möglichst ziel führend und fair zuzuteilen.<sup>3</sup> In der Medizin ist der richtige Umgang mit knappen Ressourcen jedoch nichts Neues, da es beispielsweise regelmässig zu Versorgungsengpässen bei lebenswichtigen Arzneimitteln kommt.<sup>4</sup> Zudem stellt sich oft die Frage, wie mit begrenzten finanziellen Mitteln und kostspieligen Behandlungen umgegangen werden soll.
- 3 Über die spezifischen Zuteilungsvorgaben während der COVID-19-Pandemie hinaus zeigt der vorliegende Beitrag rechtliche und medizinethische Prinzipien auf, die bei der Zuteilung knapper medizinischer Güter und Dienstleistungen immer zu befolgen sind. Hierzu werden fünf Grundsätze erläutert (II). Gestützt auf diese Ausführungen werden Schlussfolgerungen mit weiterführenden Implikationen für die Umsetzung in der medizinischen Praxis gezogen (III.). Nicht Gegenstand dieses Beitrages sind konkrete Fragestellungen zur Rationierung medizinischer Leistungen, also einem aufgrund von Budgetüberlegungen fehlenden oder nicht finanzierten Angebot medizinisch notwendiger Leistungen.<sup>5</sup>

1 RITA FLUBACHER, Globaler Run auf Schweizer Beatmungsgeräte, tagesanzeiger.ch vom 31. März 2020.

2 ALICE PARK / JEFFREY KLUGER, The Coronavirus Pandemic Is Forcing U.S. Doctors to Ration Care for All Patients, time.com vom 22. April 2020; MARC ZOLLINGER, Wer darf weiteratmen? In Italien müssen Ärzte über Leben und Tod entscheiden, nzzas.ch vom 14. März 2020.

3 Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, 2. aktualisierte Version, Bern 2020; Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI), Clinical Ethics Recommendations for the Allocation of Intensive Care Treatments, in Exceptional, Resource-limited Circumstances, Version n. 1, Rom 2020.

4 Vgl. Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung, Meldestelle für lebenswichtige Humanarzneimittel, Bern 2019.

5 Bei Rationierungen wird zur Einhaltung eines Gesamtbudgets die Entscheidung getroffen, gewisse medizinisch notwendige Ressourcen nicht zu vergüten bzw. anzubieten. Im Gegensatz hierzu handelt es sich bei der hier behandelten Zuteilung knapper Ressourcen um keinen bewusst getroffenen Entscheid zur Verknappung von

## II. Allgemeine Grundsätze zur Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen

Unbesehen der nachfolgend erläuterten Zuteilungsgrundsätze sind die allgemeinen Regeln für ärztliches Handeln – etwa die allgemeinen medizinethischen<sup>6</sup> oder rechtlichen Prinzipien<sup>7</sup> – weiterhin zu beachten. An dieser Stelle ist aber darauf hinzuweisen, dass insbesondere der individuelle Patientenwille (vor allem ein *Behandlungswille*) in Situationen mit knappen Ressourcen nicht immer respektiert werden kann. Es ist gerade das Dilemma der Zuteilung knapper medizinischer Güter und Dienstleistungen, dass nicht alle Patientinnen und Patienten, die behandelt werden möchten, behandelt werden können. Diese Problematik lässt sich zumindest insofern entschärfen, als Patientinnen und Patienten aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts auch bewusst auf Behandlungen verzichten können, womit Ressourcen für andere Personen frei werden. Wichtig ist jedoch, dass Behandlungsverzicht immer freiwillig sowie ausreichend informiert getroffen werden und dem Medizinalpersonal auch bekannt sind.<sup>8</sup> Keinesfalls darf der Anschein entstehen, dass Individuen allein wegen bestimmter Eigenschaften (beispielsweise des Alters) auf eine Behandlung verzichten sollten.<sup>9</sup> Einzelne Bevölkerungs-

Gütern oder Dienstleistungen; vielmehr übersteigt die Nachfrage nach medizinischen Ressourcen das vorhandene Angebot. Zum Thema der Rationierung, siehe BERNHARD RÜTSCHKE, Rechtsstaatliche Grenzen von Rationierungen im Gesundheitswesen, in: Kieser/Leu (Hrsg.), 5. St. Galler Gesundheits- und Pflegerechtstagung, Zürich/St. Gallen 2018, S. 109 ff.

6 Die vier medizinethischen Grundprinzipien nach Beauchamp und Childress umfassen die Prinzipien der Autonomie (Respect for Autonomy), der Nichtschädigung (Nonmaleficence), der Fürsorge (Beneficence) sowie der Gerechtigkeit (Justice). Zum Ganzen TOM L. BEAUCHAMP / JAMES F. CHILDRESS, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl., Oxford/New York 2013, S. 101 ff.

7 Von grundlegender Bedeutung ist das Selbstbestimmungsrecht der Patientinnen und Patienten (Art. 28 ZGB sowie Art. 10 Abs. 2 BV). Es liegt in der Autonomie jeder Patientin, in eine medizinische Behandlung einzuwilligen oder diese abzulehnen. Zum Ganzen REGINA E. AEBI-MÜLLER / WALTER FELLMANN / THOMAS GÄCHTER / BERNHARD RÜTSCHKE / BRIGITTE TAG, Arztrecht, Bern 2016, Rz. 1 zu § 4; DARIO PICCICCHI, Medizinische Behandlung eines Zeugen Jehovas, AJP 2018, S. 756; THOMAS GÄCHTER / BERNHARD RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 4. Aufl., Basel 2018, Rz. 330.

8 Insbesondere für den Fall einer Urteilsunfähigkeit sind Vorkehrungen zu treffen, damit das Medizinalpersonal weiterhin Massnahmen im Sinne des Patienten durchführen kann. Entweder ist die zur Vertretung berechtigte Person (Art. 378 Abs. 1 ZGB) über einen gewünschten Behandlungsverzicht zu informieren oder ein solcher Verzicht wird in einer – den Angehörigen oder dem Medizinalpersonal zugänglichen – Patientenverfügung (Art. 370 Abs. 1 ZGB) festgehalten. Ausführlich hierzu REGINA E. AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegung, Jusletter vom 22. September 2014, Rz. 109 ff.

9 Im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie wurde befürchtet, dass Berichte über Patientenverfügungen auf ältere Personen Druck ausüben könnten. Siehe LINUS SCHÖPFER, Die Notfallanordnung ist dem Menschen zumutbar, tagesanzeiger.ch vom 17. April 2020.

gruppen unter Druck zu setzen, ist nicht das Ziel informierter Behandlungsverzicht; es geht gerade darum, den Patientenwillen – unabhängig davon, ob eine Behandlung angestrebt wird oder nicht – zu respektieren.

- 5 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass sich die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen am Ziel der Nutzenmaximierung orientiert (1.) und dabei eine relative Betrachtungsweise eingenommen werden muss (2.). Des Weiteren müssen Zuteilungsentscheide legitim sein (3.) und diskriminierungsfrei getroffen werden (4.). Schliesslich ist darauf zu achten, dass bei den Entscheiden eine Ausgleichs- und eine Kontrollfunktion gewährleistet wird (5.).

## 1. Nutzenmaximierung

- 6 Im medizinischen Alltag werden üblicherweise diejenigen medizinischen Massnahmen durchgeführt, die indiziert, also medizinisch notwendig, sind.<sup>10</sup> Die vorhandenen Mittel werden insbesondere so eingesetzt, dass alle Personen in einem lebensbedrohlichen Zustand am Leben gehalten werden.<sup>11</sup> In bestimmten Situationen reichen die vorhandenen Ressourcen jedoch nicht mehr aus, um alle Patientinnen und Patienten behandeln zu können. In diesen Situationen wird versucht, mit den knappen Ressourcen den grösstmöglichen Nutzen zu erzielen.<sup>12</sup> Doch worum handelt es sich bei diesem «grösstmöglichen Nutzen»? Diese Frage lässt sich je nach Aspekten, die man berücksichtigt, unterschiedlich beantworten.<sup>13</sup>
- 7 Um sich der Antwort auf diese Frage anzunähern, ist vorab auf den Begriff des Nutzens einzugehen (a). Danach werden die gängigsten Ansätze möglicher Nutzenziele vorgestellt (b). Am Ende wird sodann verdeutlicht, dass die Zielsetzungen der Zuteilungsentscheide im Voraus festzuhalten sind (c).

10 GERALD NEITZKE, Indikation, fachliche und ethische Basis ärztlichen Handelns, Medizinische Klinik - Intensivmedizin und Notfallmedizin 2014/109, S. 9.

11 In dringlichen Fällen besteht grundsätzlich gar ein Anspruch darauf, medizinisch behandelt zu werden (siehe Rz. 26). Zudem kann auch eine moralische Verpflichtung, Leben zu retten, nicht von der Hand gewiesen werden. Vgl. JOHN HARRIS, Must doctors save their patients?, Journal of Medical Ethics 1983/9, S. 213f.

12 Vgl. BEAUCHAMP/CHILDRESS (Fn. 6), S. 292; NORMAN DANIELS, Justice, Resource Allocation, and Emergency Preparedness: Issues Regarding Stockpiling, in: Jennings/Arras/Barrett/Ellis (Hrsg.), Emergency Ethics: Public Health Preparedness and Response, Oxford 2016, S. 7; EMANUEL J. EZEKIEL et al., Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19, The New England Journal of Medicine 2020/382, S. 3f.; MARKUS SCHOTT, Patientenauswahl und Organallokation, Diss. Basel 2001, S. 167f.

13 Die Grundidee hinter einer Nutzenmaximierung geht auf den Utilitarismus zurück. Ziel des Utilitarismus ist es, der Allgemeinheit das grösstmögliche Glück zu bringen («greatest happiness of the greatest number»). Siehe JEREMY BENTHAM, A Fragment on Government, Edited with an Introduction by F.C. Montague, New Jersey 2001, S. 93.

### a) Allgemeines zum Nutzenbegriff

Der Nutzen einer Massnahme, verstanden als die Vorteile bzw. positiven Auswirkungen der Massnahme, ist durch verschiedene Aspekte geprägt. Von besonderer Bedeutung sind die vom Nutzen betroffenen Personen (Nutzentragende) sowie der Lebensbereich, in dem sich der Nutzen niederschlägt (Nutzensphäre). Des Weiteren können auch der Zeitpunkt, zu dem der Nutzen eintritt (Nutzenhorizont), sowie die Bewertung des Nutzens (Nutzenbeurteilung) von Relevanz sein.

Der Kreis der Nutzentragenden ist grundsätzlich dreigeteilt: Es gibt einen Individualnutzen, d.h. Vorteile für die von der Massnahme direkt betroffene Person, einen Drittnutzen, d.h. Vorteile für Drittpersonen und einen Gesellschaftsnutzen, d.h. Vorteile für die Gesellschaft als solche. Eine medizinische Intervention kann beispielsweise den Gesundheitszustand des Patienten verbessern (Individualnutzen); dieser kann sich dadurch weiterhin um seine Kinder kümmern (Drittnutzen) und gleichzeitig wieder seinem Job nachgehen, wodurch er nicht mehr auf staatliche Hilfeleistungen angewiesen ist und zur Wirtschaftsleistung beiträgt (Gesellschaftsnutzen). Eine Massnahme kann also Auswirkungen auf mehrere Nutzentragende haben.

Des Weiteren kann man zwischen verschiedenen Nutzensphären als Lebensbereiche, in denen Vorteile erzielt werden, unterscheiden. Hierfür kann der Nutzen in grobe Sphären eingeteilt (beispielsweise ökonomischer, sozialer, medizinischer, ökologischer Nutzen) oder auch sehr fein differenziert werden (medizinischer Nutzen aufgliedert in präventiven, diagnostischen und therapeutischen Nutzen). Im vorliegenden Kontext ist insbesondere zwischen dem medizinischen, dem sozialen und dem ökonomischen Nutzen zu unterscheiden: Der medizinische Nutzen hat Einfluss auf die physische oder psychische Gesundheit, wohingegen der soziale Nutzen Aspekte betrifft, die Auswirkungen auf unsere sozialen Beziehungen (Familie, Freunde usw.) haben. Schliesslich betrifft der ökonomische Nutzen Faktoren, die sich auf die Wirtschaft oder Finanzen auswirken wie eine gesteigerte Kaufkraft oder eine niedrigere Abhängigkeit von staatlichen Hilfeleistungen. Um das Beispiel aus Rz. 9 erneut aufzugreifen: Die dort beschriebene medizinische Intervention führt zu einem medizinischen (besserer Gesundheitszustand), einem sozialen (bessere Eltern-Kind-Beziehung) und einem ökonomischen Nutzen (höhere Wirtschaftsleistung und Entlastung der Sozialwerke).

Nutzen kann ausserdem nach dem zeitlichen Horizont, in dem die Vorteile eintreten, differenziert werden. Es bietet sich eine Unterteilung in lang- bzw. kurzfristigen Nutzen an, der sich mittels einer genauen Zeitspanne

konkretisieren lässt. Zuletzt ist auch die Beurteilung des Nutzens wichtig, um Nutzenziele festlegen zu können. So ist es möglich, Vorteile einer Massnahme etwa aus relativer oder absoluter<sup>14</sup> sowie aus objektiver oder subjektiver Perspektive<sup>15</sup> zu bewerten. Ebenfalls sind standardisierte Bewertungsraster oder unstrukturierte Beurteilungen möglich.<sup>16</sup>

#### b) Ansätze zur Beurteilung der Nutzenmaximierung

12 Bei der Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen sollte der individuelle medizinische Nutzen massgebend sein. Die Zuteilung sollte nicht davon abhängen, welcher ökonomische oder soziale Nutzen für den Patienten oder die Gesellschaft an sich entsteht.<sup>17</sup> Andernfalls würde dies dazu führen, dass der soziale oder gesellschaftliche Status darüber entscheiden kann, ob jemand – ggf. lebensnotwendige – Ressourcen erhält oder nicht.<sup>18</sup> An dieser Stelle werden daher die bedeutendsten Ansätze zur Beurteilung des grösstmöglichen individuellen medizinischen Nutzens, also Ansätze zur Beurteilung der medizinischen Nutzenmaximierung, vorgestellt:

– *Möglichst viele Leben*: Bei diesem Ansatz geht es darum, so viele Leben wie möglich zu retten.<sup>19</sup> Zur Beurteilung dieses Ziels ist die Überlebenschance der einzelnen Patienten massgebend.<sup>20</sup> Der bedeutendste Vorteil dieses Ansatzes ist die Gleichbehandlung jedes Individuums. Jedes menschliche Leben ist demnach gleichermassen rettenswert. Der Nachteil liegt darin, dass knappe Ressourcen ggf. für den Erhalt

einer nur sehr kurzen zukünftigen Lebensspanne aufgebraucht werden könnten.

– *Möglichst viel Lebenszeit*: Statt möglichst viele einzelne Leben zu retten, verfolgt dieser Ansatz das Ziel, möglichst viel zukünftige Lebenszeit zu erhalten.<sup>21</sup> Zur Beurteilung des grösstmöglichen medizinischen Nutzens wird also die zukünftige Lebenserwartung der jeweiligen Patientinnen herangezogen. Nachteil dieses Ansatzes ist, dass nicht jedes Leben als gleich rettenswert gilt; ausschlaggebend ist vielmehr eine (noch) möglichst hohe Lebenserwartung. Dieses Ziel kann zu einer Diskriminierung älterer Menschen oder Personen mit Vorerkrankungen führen.<sup>22</sup> Als positiv zu bewerten ist, dass mit diesem Ansatz knappe Ressourcen nicht für eine nur sehr kurze Verlängerung der Lebenszeit aufgebraucht werden. Zudem kann man die Strenge des Beurteilungsgrads anpassen, indem man den Zeithorizont der angestrebten Lebenserwartung reduziert (Variation zwischen kurz- und langfristiger Lebenserwartung).

– *Möglichst viel Lebensqualität*: Nach diesem Ansatz sollten die medizinischen Ressourcen ein möglichst hohes Mass an Lebensqualität generieren. Es sind die Patientinnen zu behandeln, die nach der Behandlung eine möglichst hohe Lebensqualität aufweisen.<sup>23</sup> Um die zukünftige Lebensqualität beurteilen zu können, ist der zu erwartende Gesundheitszustand zu bewerten. Die geläufigste Einheit zur Beurteilung der Lebensqualität sind sog. qualitätskorrigierte Lebensjahre (Quality-Adjusted Life Year[s]; QALY).<sup>24</sup> Denkbar ist aber auch eine weniger analytische und standardisierte Vorgehensweise. Die Hauptkritik an diesem Ansatz ist die damit verbundene Wertung menschlichen Lebens;<sup>25</sup> je nach prognostiziertem Gesundheitszustand sind nicht alle Leben gleich lebens- bzw. rettenswert.

14 Vgl. Rz. 19.

15 Es stellt sich zudem die Frage, wer den Nutzen bewerten soll. Dies können etwa Patientinnen und Patienten, Expertinnen und Experten oder die allgemeine Bevölkerung sein. Vgl. auch ALASTAIR M. GRAY / PHILIP M. CLARKE / JANE L. WOLSTENHOLME / SARAH WORDSWORTH, *Applied Methods of Cost-effectiveness Analysis in Health Care*, Oxford/New York 2010, S. 97.

16 Siehe hierzu Fn. 24.

17 Würde z.B. der soziale Nutzen eine Rolle spielen, so würde etwa die Behandlung von alleinstehenden Patientinnen und Patienten – im Vergleich zur Behandlung von Patientinnen und Patienten mit einer Familie – zu einem kleineren sozialen Nutzen und keinem Drittnutzen führen.

18 Dies würde zu unerwünschten Diskriminierungen führen. Siehe hierzu ausführlich Rz. 37.

19 Bundesamt für Gesundheit (BAG), *Influenza-Pandemieplan Schweiz*, Bern 2018, S. 97; DANIELS (Fn. 12), S. 8; JONATHAN HERRING, *Medical Law and Ethics*, 7. Aufl., Oxford 2018, S. 88; siehe auch die prioritäre Zielsetzung bei der Organzuteilung, z.B. gemäss Art. 14 Abs. 1 Organzuteilungsverordnung.

20 Teilweise wird zwischen der kurz- und langfristigen Überlebenschance unterschieden. Siehe etwa New York State Task Force on Life and the Law, *Ventilator Allocation Guidelines*, New York 2015, S. 34. Geht es aber darum, so viele Leben wie möglich zu retten, ist allein die kurzfristige Überlebenschance massgebend. Würde es stattdessen um die langfristige Überlebenschance gehen, d.h., ob die Patientin aufgrund des aktuellen Krankheitszustandes auch noch Jahre später lebt, steht nicht mehr das Retten möglichst vieler Leben, sondern das Retten von möglichst viel Lebenszeit, im Fokus. Bei der Beurteilung der langfristigen Überlebenschance geht es folglich um die Beurteilung der Lebenserwartung.

21 DANIELS (Fn. 12), S. 7 f.; JENNIFER PRAH RUGER, *Health and Social Justice*, Oxford 2010, S. 200; DAVID L. B. SCHWAPPACH, *Resource allocation, social values and the QALY: a review of the debate and empirical evidence*, *Health Expectations* 2002/5, S. 219.

22 Vgl. DANIELS (Fn. 12), S. 7; Rz. 34.

23 GRAEME T. LAURIE / SHAWN H. E. HARMON / EDWARD S. DOVE, *Mason & McCall Smith's Law & Medical Ethics*, 11. Aufl., Oxford 2019, Rz. 12.52; SCHWAPPACH (Fn. 21), S. 211 ff.

24 Der Wert von 1 QALY entspricht einem Lebensjahr bei voller Gesundheit. Je nach Lebensqualität verringert sich der Wert bis auf 0, wobei dieser Wert dem Tod entspricht. Es gibt auch Minuswerte, die Zustände beschreiben, die grosses Leid mit sich bringen (sog. «states worse than death»). Um den QALY-Wert zu bestimmen, können verschiedene Instrumente herangezogen werden. Häufig werden Raster verwendet (z.B. ein EQ-5D Lebensqualitätsfragebogen), bei denen Patientinnen und Patienten gewisse Gesundheitszustände bewerten müssen. Vgl. GRAY/CLARKE/WOLSTENHOLME/WORDSWORTH (Fn. 15), S. 88 f.; KEITH SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Health Care, A Contextual and Comparative Perspective*, Cambridge 2007, S. 88 f.

25 Vgl. GOVIND PERSAD, *The Pathways Approach to Priority Setting: Considering Quality of Life While Being Fair to Individuals with Disabilities*, in: Cohen/Shachar/Silvers/Stein (Hrsg.), *Disability, Health, Law, and Bioethics*, Cambridge/New York 2020, S. 255; SCHWAPPACH (Fn. 21), S. 218.

Solche Wertungen können Patientinnen, die älter sind oder eine Vorerkrankung haben, massiv diskriminieren.<sup>26</sup>

13 In der Literatur finden sich weitere Ansätze zur Nutzenmaximierung; etwa eine Verteilung knapper Güter und Dienstleistungen nach Dringlichkeit.<sup>27</sup> Das Kriterium der Dringlichkeit allein sagt jedoch nichts über den angestrebten medizinischen Nutzen aus. So stellt sich bei einer Zuteilung nach Dringlichkeit immer die Frage, welche Zustände dringlich sind, also prioritär versorgt werden müssen. Es muss daher vorab klar sein, welche Faktoren zu einer Priorisierung führen. Denkbar ist die Annahme der Dringlichkeit bei der Rettung von Leben (Überlebenschance)<sup>28</sup> oder bereits bei jeglichen Zuständen, die ohne Behandlung medizinische Nachteile mit sich bringen (Lebenszeit oder Lebensqualität). Ein Dringlichkeitsansatz setzt somit ein zugrundeliegendes Nutzenziel voraus.

14 Auch bei teilweise empfohlenen «first come – first serve»-Ansätzen<sup>29</sup> stellen sich verschiedene Probleme: Werden die Patienten zuerst versorgt, die sich als Erstes in einer medizinischen Einrichtung befinden, erfolgt die Zuteilung der knappen Ressourcen zufällig und inhaltsleer, d.h. das Ziel des grösstmöglichen medizinischen Nutzens wird dabei nicht verfolgt. Eine zufällige Zuteilung knapper Ressourcen mag auf den ersten Blick als fairste Lösung erscheinen, da das Medizinalpersonal so keine Wertungen und darauf basierende Zuteilungsentscheide vornehmen muss. Bei einer vertieften Betrachtung sind zufällige Ressourcenverteilungen aber nicht nur willkürlich,<sup>30</sup> sondern potenziell auch ungerecht.<sup>31</sup> Gerade

<sup>26</sup> Vgl. Rz. 35f.

<sup>27</sup> HERRING (Fn. 19), S. 83; SCHOTT (Fn. 12), S. 182.

<sup>28</sup> Eine solche Annahme der Dringlichkeit hat der Schweizer Verordnungsgeber bei der Organzuteilung vorgesehen. Vgl. bspw. Art. 14 Abs. 1 Organzuteilungsverordnung i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Organzuteilungsverordnung EDI.

<sup>29</sup> LAURIE/HARMON/DOVE (Fn. 23), Rz. 12.55; GOVIND PERSAD, Public Preferences About Fairness and the Ethics of Allocating Scarce Medical Interventions, in: Li/Tracer (Hrsg.), *Interdisciplinary Perspectives on Fairness, Equity, and Justice*, Cham 2017, S. 54.

<sup>30</sup> Da die Zuteilung knapper Ressourcen vom Zufall abhängig ist, kann der erzielte Nutzen stark variieren. Diese Herausforderung könnte man entschärfen, indem man Zufallsentscheide nur unter verschiedenen Individuen zulässt, die einen vergleichbaren Zustand und ein vergleichbares zu erwartendes Nutzenergebnis aufweisen. Bei solchen Losentscheiden müsste aber wiederum vorab entschieden werden, wie die Patientinnen in Gruppen eingeteilt werden. Es würde sich somit nicht um einen reinen Zufalls- oder «first come – first serve»-Ansatz handeln. Anders PERSAD, der eine reine Zufalls-lotterie diskutiert. Vgl. PERSAD (Fn. 29), S. 54.

<sup>31</sup> Ob das Dilemma, aufgrund knapper Ressourcen über Tod und Leben entscheiden zu müssen, überhaupt gerecht gelöst werden kann, hängt nicht zuletzt auch von der zugrunde gelegten Gerechtigkeitstheorie ab. Ein Überblick zu den verschiedenen Theorien findet sich bei BEAUCHAMP/CHILDRESS (Fn. 6), S. 250 ff.; siehe auch JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Cambridge 1999, S. 15 ff. und 160 ff.

Patientinnen mit grösseren gesundheitlichen Einschränkungen – beispielsweise einer Behinderung – oder aus wirtschaftlich schwächeren Verhältnissen könnten benachteiligt werden.<sup>32</sup>

Je nach Richtlinie oder wissenschaftlicher Abhandlung wird ein anderer der vorgestellten Ansätze verfolgt oder zumindest empfohlen.<sup>33</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen das primäre Ziel verfolgen, möglichst viele Leben zu retten. Die Frage, wer behandelt werden soll, basiert nach diesem Ansatz nicht auf einer heiklen Wertung menschlichen Lebens. Diese Zielsetzung ermöglicht es somit, die Gleichheit und den Wert jedes Individuums zu respektieren. Der Ansatz, möglichst viele Leben zu retten, reicht in einer absoluten Form jedoch nicht aus, um der Komplexität möglicher Zuteilungsentscheide gerecht zu werden. Wie soll beispielsweise vorgegangen werden, wenn zwei Patienten mit vergleichbarer Überlebenschance zur gleichen Zeit behandelt werden müssen, die Ressourcen jedoch nur für einen Patienten ausreichen? Diese Frage zeigt die Grenzen einzelner Ansätze zur Nutzenmaximierung auf. Es erscheint daher sinnvoll, den Ansatz, möglichst viele Leben zu retten, mit anderen Ansätzen zu kombinieren. Welche Ansätze für eine Kombination am erfolgversprechendsten sind, sollte nicht allein durch Expertinnen und Experten beantwortet werden. Vielmehr ist es in Anbetracht der Meinungsvielfalt hinsichtlich der verschiedenen Ansätze notwendig, eine bisher fehlende öffentliche Debatte zu führen, um das verfolgte Nutzenziel breiter abzustützen.<sup>34</sup>

Schliesslich kann die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen auch in Situationen eine Rolle spielen, in denen es nicht um Leben oder Tod geht, beispielsweise, wenn die verfügbare Menge eines Medikaments nicht für die Behandlung aller Patientinnen ausreicht. Dies muss zwar nicht lebensbedrohlich sein, kann aber dennoch gesundheitliche Langzeitfolgen nach sich ziehen. In solchen Situationen kann es notwendig sein, die Lebensqualität<sup>35</sup> zu beurteilen und gestützt darauf die knappen Ressourcen zuzuteilen. Neben der Zuteilung therapeutischer Ressourcen ist auch an die Zuteilung präventiver Ressourcen zu denken, also zum Beispiel an

<sup>32</sup> Zur Situation besonders verletzlicher Patientinnen und Patienten, vgl. Rz. 34 ff.

<sup>33</sup> BAG (Fn. 19), S. 94; New York State Task Force on Life and the Law (Fn. 20), S. 4 (befürworten, möglichst viele Leben zu retten); BEAUCHAMP/CHILDRESS (Fn. 6), S. 286 (befürworten es, Überlegungen zur Lebenserwartung miteinzubeziehen); PERSAD (Fn. 25), S. 256 ff. (spricht sich dafür aus, QALY diskriminierungsfrei einzusetzen).

<sup>34</sup> Siehe hierzu Rz. 31 f.

<sup>35</sup> Mit Lebensqualität ist der nach der Behandlung erwartete Gesundheitszustand gemeint. Es ist etwa danach zu fragen, bei welcher Patientin die knappen Ressourcen mehr Schmerzen lindern oder grössere gesundheitliche Schäden verhindern.

Impfstoffe. Bei der Maximierung des präventivmedizinischen Nutzens können auch Aspekte wie etwa der Schutz besonders gefährdeter Personengruppen oder die Eindämmung der Krankheitsverbreitung eine bedeutende Rolle spielen.<sup>36</sup> Auch in diesen Fällen ist es wichtig, dass im Voraus Überlegungen zur Nutzenmaximierung angestellt werden.

### c) Klare Zielsetzung

- 17 Um mit knappen Ressourcen tatsächlich den grösstmöglichen medizinischen Nutzen erzielen zu können, müssen die massgebenden Ziele bzw. Ansätze konkret festgehalten und kommuniziert werden; denn nur mit einer klaren Zielsetzung ist es möglich, den grösstmöglichen Nutzen in der gewünschten Form zu erreichen oder zumindest konsequent bei allen Patientinnen und Patienten anzustreben.
- 18 Der gewählte Ansatz zur Nutzenmaximierung muss daher ausdrücklich in Richtlinien, Checklisten oder Ähnlichem erwähnt werden. Sodann sollte das gesamte Medizinalpersonal für die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen sowie die damit verbundenen Fragestellungen und Entscheidungsgrundlagen sensibilisiert werden.

## 2. Relativität

- 19 Ob eine Patientin knappe medizinische Ressourcen erhält oder nicht, sollte immer im Vergleich mit den anderen aktuell auf diese Ressourcen angewiesenen Patientinnen und Patienten beurteilt werden. Es wird somit eine relative Betrachtungsweise eingenommen, anstatt einen absoluten Massstab anzusetzen.<sup>37</sup> Um das Ziel des grösstmöglichen medizinischen Nutzens zu erreichen, muss sich das Medizinalpersonal daher die Frage stellen, bei welcher Patientin – im Vergleich zu allen anderen behandlungsbedürftigen Patienten – die Ressourcen am erfolversprechendsten eingesetzt werden können.<sup>38</sup> Aufgrund dieser Ausgangssituation können absolute Kriterien nicht zu einem Behandlungsverzicht führen.
- 20 Ist bei grundsätzlich bestehender Ressourcenknappheit nur ein einzelner Patient zu behandeln, darf insbesondere nicht aufgrund eines absoluten Kriteriums vorsorg-

36 Siehe Fn. 69; vgl. BAG (Fn. 19), S. 96; DANIELS (Fn. 12), S. 12f.

37 Eine absolute Betrachtungsweise wird oft bei Zuteilungsproblemen aufgrund einer Budgetknappheit diskutiert. In diesen Diskussionen wird oft eine Kostenobergrenze als absoluter Massstab vorgeschlagen. Übersteigen die Kosten einer Behandlung die Kostenobergrenze, wird die Behandlung in diesen Fällen nicht mehr finanziert. Vgl. etwa PETER J. NEUMANN / JOSHUA T. COHEN / MILTON C. WEINSTEIN, Updating Cost-Effectiveness – The Curious Resilience of the \$50,000-per-QALY Threshold, *The New England Journal of Medicine* 2014/371. In der Schweiz gibt es keine solche absolute Kostenobergrenze. Siehe hierzu BGE 145 V 116.

38 Massgebend ist das im Voraus definierte Nutzenziel. Vgl. Rz. 6ff.

lich auf eine Behandlung verzichtet werden, um die vorhandenen Ressourcen zu schonen. Andernfalls könnte eine Behandlung immer aufgeschoben werden, weil die knappen Ressourcen später einen grösseren Nutzen generieren könnten. Solange es möglich ist, müssen das Leben und der Wille aller Patientinnen und Patienten respektiert werden.

Die relative Sichtweise bei der Zuteilung knapper Ressourcen wird insofern von einem absoluten Kriterium beeinflusst, als dass klar aussichtslose Therapien nicht durchgeführt werden sollten. Der Einsatz knapper Güter und Dienstleistungen für eine im Vorhinein nicht erfolversprechende Behandlung wäre Verschwendung. Der richtige Umgang mit aussichtslosen Therapien ist aber ohnehin für jegliches ärztliche Handeln von Bedeutung.<sup>39</sup>

Neben der Relativität in sachlicher Hinsicht ist die Zuteilung knapper medizinischer Güter und Dienstleistungen auch in zeitlicher Hinsicht relativ. Ob eine medizinische Massnahme für den einzelnen Patienten im Vergleich zu anderen Patientinnen den bestmöglichen Therapieerfolg darstellt, ist je nach Zeitpunkt unterschiedlich zu beurteilen, da sich der Zustand eines Patienten innert kürzester Zeit verschlechtern kann. Ebenso können plötzlich andere Patientinnen behandlungsbedürftig werden, bei denen die medizinischen Ressourcen erfolversprechender eingesetzt werden können. Es ist daher nicht nur zum Zeitpunkt der Behandlungsaufnahme danach zu fragen, ob die knappen Ressourcen optimal eingesetzt werden, sondern es muss stattdessen regelmässig überprüft werden, ob die Zuteilung der Güter und Dienstleistungen im weiteren Behandlungsverlauf zielführend ist.<sup>40</sup>

## 3. Legitimität

Grundsätzlich besteht zwischen Medizinalpersonal und Patienten ein durch den Patientenwillen geprägtes, gleichrangiges Verhältnis.<sup>41</sup> Dennoch gibt es Situationen – wie die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen – in denen der Patientenwillen nicht immer res-

39 CHERYL J. MISAK / DOUGLAS B. WHITE / ROBERT D. TRUOG, Medically Inappropriate or Futile Treatment: Deliberation and Justification, *Journal of Medicine and Philosophy* 2016/41, S. 108ff.; KEITH M. SWETZ / CHRISTOPHER M. BURKLE / KEITH H. BERGE / WILLIAM L. LANIER, Ten Common Questions (and Their Answers) on Medical Futility, *Mayo Clinic Proceedings* 2014/89(7), S. 949ff.

40 Ergibt die laufende Überprüfung, dass die knappen Ressourcen einer anderen Patientin zugeteilt werden sollten, muss eine Behandlung ggf. abgebrochen werden. Dies kann für das behandelnde Medizinalpersonal eine enorme Belastung darstellen. Vgl. hierzu ROBERT D. TRUOG / CHRISTINE MITCHELL / GEORGE Q. DALEY, The Toughest Triage – Allocating Ventilators in a Pandemic, *The New England Journal of Medicine* 2020/382; Rz. 41.

41 Vgl. GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 7), Rz. 321, 346; ARTHUR ISAK APPLBAUM, The Idea of Legitimate Authority in the Practice of Medicine, *AMA Journal of Ethics* 2017/2(19), S. 208f.

pektiert werden kann.<sup>42</sup> In diesen Situationen erfordern fremdbestimmte medizinische Massnahmen Legitimität, um gerechtfertigt werden zu können.

24 Der Begriff der Legitimität ist dabei umfassend zu verstehen. Die Zuteilung knapper medizinischer Güter und Dienstleistungen muss deshalb aus rechtlicher (a), wissenschaftlicher (b) sowie gesellschaftlicher Perspektive (c) legitim sein.

a) *Rechtliche Perspektive*

25 Zuteilungsentscheide, die den Behandlungswillen der Patientin nicht respektieren können, lassen sich durch keine Einwilligung und keine konkrete gesetzliche Ausnahme rechtfertigen. Solche Entscheide können aber dennoch rechtlich legitim sein.

26 Um diese rechtliche Legitimität zu gewährleisten, ist der Anspruch auf eine medizinische Behandlung in Notfällen<sup>43</sup> zu beachten:<sup>44</sup> Ärztinnen und Ärzte haben in Notsituationen medizinischen Beistand zu leisten (vgl. Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 40 lit. g MedBG sowie in kantonalen Gesetzen, etwa § 32 Abs. 1 GesG-LU)<sup>45</sup>. Gemäss Art. 41a KVG besteht zudem eine Aufnahmepflicht der Listenspitäler für innerkantonale Patientinnen (Abs. 1) sowie für ausserkantonale Patienten in Notfällen oder wenn der Leistungsauftrag dies vorsieht (Abs. 2). Doch der Anspruch auf medizinische Behandlung in Notfällen gilt nicht uneingeschränkt: Beim Anspruch gegenüber Ärztinnen und Ärzten erwähnen die einschlägigen Normen nur einen ärztlichen «Beistand», der jedoch nicht weiter definiert wird. Der Gesetzgeber spricht diesbezüglich von einer «Hilfestellung in Notsituationen».<sup>46</sup> Mit den gewählten Begriffen des Beistands bzw. der Hilfestellung wird zum Ausdruck gebracht, dass die Behandlungsmöglichkeiten – etwa wegen widriger Umstände oder fehlender Ressourcen – beschränkt sein können. Gewisse Einschränkungen gelten auch für die Aufnahmepflicht der Listenspitäler, die nämlich nur im Rahmen der Leistungsaufträge und der vorhandenen Kapazitäten gilt (Art. 41a Abs. 1 KVG). Auch wenn mögliche Einschränkungen durch Leistungsaufträge in Notfällen keine An-

wendung finden (vgl. Art. 41a Abs. 2 KVG), können mangelnde Kapazitäten die Aufnahmepflicht einschränken.<sup>47</sup> Damit sind dem Anspruch auf medizinische Behandlung auch in Notfällen gewisse Grenzen gesetzt.

Des Weiteren gelten auch für Notfallbehandlungen die ärztliche Sorgfaltspflicht sowie die Regeln der ärztlichen Kunst<sup>48</sup> (Art. 40 lit. a MedBG; Art. 394 Abs. 1 OR). Die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht sind jedoch nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen – namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Beurteilungs- und Bewertungsspielraum, der dem Arzt zusteht, sowie den Mitteln und der Dringlichkeit der medizinischen Massnahme».<sup>49</sup> Die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt kann somit insofern beschränkt sein, als je nach Situation eventuell nicht die nötigen medizinischen Mittel zur Verfügung stehen.<sup>50</sup>

Muss das Medizinalpersonal knappe medizinische Güter und Dienstleistungen Patienten zuteilen, ist dies somit in Anbetracht der vorhandenen Ressourcen und Kapazitäten sowie unter Einhaltung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt vorzunehmen. Bei der Zuteilung sind die einschlägigen Rechtsansprüche, die anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst, die Standesregeln<sup>51</sup> sowie allfällige Vorgaben der medizinischen Institution, in der die Behandlung stattfindet, zu beachten. Patientinnen und Patienten, die benötigte medizinische Ressourcen nicht erhalten, ist zumindest medizinischer Beistand zu leisten. Ein solcher Beistand umfasst unter anderem palliative Massnahmen. Beachtet das Medizinalpersonal diese Vorgaben, ist die fremdbestimmte Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen aus rechtlicher Sicht zulässig und legitim.

42 Siehe hierzu Rz. 4.

43 Als Notfall gilt jeder Krankheitszustand, der dringlich behandelt werden muss, um eine Gefahr für die Gesundheit der Patientin abzuwenden. Die Schwere der Gefahr ist dabei nicht massgebend. Es muss namentlich keine akute Lebensgefahr für die Patientin bestehen. Die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsbeeinträchtigung reicht aus. Vgl. PICECCHI (Fn. 7), S. 758.

44 Zum Ganzen PICECCHI (Fn. 7), S. 757.

45 Nach der hier vertretenen Auffassung lassen sich Ansprüche auf eine medizinische Behandlung auch aus Art. 12 BV und bedeutende Implikationen für das medizinische Angebot aus Art. 117a BV ableiten.

46 Botschaft vom 3. Dezember 2004 zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG) (BBl2005173), S. 229.

47 Vgl. MANUELA GEBERT, Kommentar zu Art. 41a KVG, in: Blechta/Colatrella/Rüedi/Staffelbach (Hrsg.), Basler Kommentar zum KVG und KVAG, Basel 2020, Art. 41a KVG .2; PICECCHI (Fn. 7), S. 759f.

48 Um den Anforderungen der ärztlichen Kunst, der *lex artis*, zu genügen, muss eine ärztliche Behandlung nach dem «anerkannten und gesicherten Stand der medizinischen Wissenschaften» vertretbar und sachgemäss sein. Siehe Urteil des Bundesgerichts 6B\_1031/2016 vom 23. März 2017 E. 6.5.2.

49 BGE134 IV 175 E. 3.2 S. 177; vgl. auch BGE130 IV 7 E. 3.3 S. 11; BGE116 II 519 E. 3a S. 521; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHHE/TAG (Fn. 7), Rz. 28 f. zu § 7.

50 Es ist bspw. an eine Ärztin zu denken, die an einer Unfallstelle mit mehreren Verletzten vorbeikommt und versucht, mit den zur Verfügung stehenden Mitteln bestmögliche medizinische Hilfe zu leisten. Aus strafrechtlicher Sicht würde eine sog. rechtfertigende Pflichtenkollision greifen, da die Ärztin nicht allen Hilfeleistungspflichten nachkommen kann. Siehe AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHHE/TAG (Fn. 7), Rz. 166 ff. zu § 8.

51 Die Standesregeln sind deshalb von Bedeutung, weil sie die berufrechtlichen Pflichten der Ärztinnen und Ärzte – auch die allgemeine Sorgfaltspflicht – konkretisieren können. Besondere Beachtung verdienen auch die Richtlinien der SAMW, auf die Art. 18 FMH-Standesordnung explizit verweist. Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_782/2017 vom 27. März 2018 E. 2.3.

## b) Wissenschaftliche Perspektive

29 Um Zuteilungsentscheide zu legitimieren, sind nicht allein rechtliche Normen einzuhalten. Zusätzlich müssen auch wissenschaftliche Standards und Erkenntnisse beachtet werden. Die Legitimität in wissenschaftlicher Hinsicht ist dann zu bejahen, wenn sich Zuteilungsentscheide und die dazu nötigen Entscheidungsgrundlagen auf aktuelle wissenschaftliche Erkenntnisse stützen. Neben wissenschaftlichen Publikationen können Richtlinien oder Standards von privaten Verbänden oder Institutionen, die den aktuellen wissenschaftlichen Stand zur Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen zusammenfassen, von grosser Bedeutung sein.<sup>52</sup> Ebenso können wissenschaftliche Modelle oder Checklisten das Medizinalpersonal dabei unterstützen, wissenschaftlich legitime Zuteilungsentscheide zu treffen.<sup>53</sup>

30 Die Entscheidungsgrundlagen für die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen müssen laufend an neue wissenschaftliche Erkenntnisse angepasst werden. Wichtig ist es dabei, nicht nur Erkenntnisse einer einzelnen Disziplin zu berücksichtigen, sondern eine möglichst interdisziplinäre Perspektive einzunehmen.

## c) Gesellschaftliche Perspektive

31 Der dritte Faktor, der zur Legitimität von Zuteilungen knapper Ressourcen beitragen kann, ist ein öffentlicher Diskurs. Wenn die Grundlagen für Zuteilungsentscheide (in Form von Richtlinien, Zuteilungskriterien, Checklisten etc.) breit thematisiert werden, kann dies die Akzeptanz von Zuteilungsentscheiden steigern.

32 Darüber hinaus gibt es Ansätze, die es der Gesellschaft ermöglichen, an der Ausarbeitung der Entscheidungsgrundlagen zu partizipieren.<sup>54</sup> Der Einbezug der Öffentlichkeit kann so nicht nur die Akzeptanz steigern, sondern auch das öffentliche Vertrauen stärken und gesellschaftliche Werte in den Entscheidungsgrundlagen bes-

ser widerspiegeln.<sup>55</sup> Es bietet sich vor allem an, Vertreter direkt bzw. stark betroffener Bevölkerungsgruppen, beispielsweise von besonders verletzlichen Patientengruppen, in den Entstehungsprozess der Entscheidungsgrundlagen einzubeziehen. Dieser Einbezug führt zu einer höheren Sensibilität gegenüber konkreten Problemstellungen wie etwa potenziellen Diskriminierungen.<sup>56</sup> Durch einen öffentlichen Diskurs und einen partizipativen Entstehungsprozess der Entscheidungsgrundlagen gewinnen Zuteilungsentscheide letztlich an Legitimität.

## 4. Nicht-Diskriminierung

33 Ärztinnen und Ärzte dürfen Patienten nicht diskriminieren. Für Spitalbehandlungen im Rahmen eines Leistungsauftrages ist das Medizinalpersonal direkt an das grundrechtlich verankerte Diskriminierungsverbot gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 8 Abs. 2 BV; Art. 14 EMRK). Für privatrechtliche Behandlungsverhältnisse kann das Diskriminierungsverbot zum einen aufgrund einer grundrechtskonformen Rechtsauslegung gelten (indirekte Drittwirkung der Grundrechte nach Art. 35 Abs. 3 BV).<sup>57</sup> Zum anderen hält das ärztliche Standesrecht fest, dass Patientinnen und Patienten aufgrund persönlicher Merkmale nicht diskriminiert werden dürfen (Art. 4 Abs. 3 FMH-Standesordnung). Nach Art. 43 Abs. 1 FMH-Standesordnung ist das standesrechtlich verankerte Diskriminierungsverbot auf Mitglieder der FMH direkt anwendbar. Für alle anderen Ärztinnen und Ärzte dient das Standesrecht zumindest zur Präzisierung der ärztlichen Sorgfaltspflicht.<sup>58</sup>

34 Eine besondere Herausforderung kann die Nicht-Diskriminierung besonders verletzlicher Patientengruppen oder sog. «Risikogruppen»<sup>59</sup> sein. Dies lässt sich am aktuellen Beispiel der Coronavirus-Pandemie aufzeigen: Aufgrund dieser Pandemie sind besonders verletzliche Patientengruppen plötzlich zweifach belastet. Zum einen tragen sie ein hohes Risiko dafür, dass eine

52 In Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie ist an die Triage-Richtlinie der SAMW zu denken. Siehe SAMW (Fn. 3). Ähnliche Richtlinien gibt es auch im Ausland, siehe New York State Task Force on Life and the Law (Fn. 20); SIAARTI (Fn. 3); Washington State Department of Health, *Scarce Resource Management & Crisis Standards of Care*, Tukwila 2019.

53 In den USA ist bspw. der sog. «Sequential Organ Failure Assessment Score» (SOFA Score) bei der Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen ein häufig zur Unterstützung beigezogenes medizinisches Modell. Der SOFA Score dient dazu, die Organschädigung eines Patienten auf der Intensivstation zu beurteilen und basierend darauf zu entscheiden, welche Patientinnen und Patienten knappe medizinische Ressourcen erhalten. Vgl. Washington State Department of Health (Fn. 52), S. 4 f.

54 ELIZABETH L. DAUGHERTY BIDDISON et al., *Scarce Resource Allocation During Disasters*, CHEST 2018/153(1), S. 190 ff.

55 BEAUCHAMP/CHILDRESS (Fn. 6), S. 292; ELIZABETH L. DAUGHERTY BIDDISON et al., *The Community Speaks: Understanding Ethical Values in Allocation of Scarce Lifesaving Resources during Disasters*, *Annals of the American Thoracic Society* 2014/11(5), S. 778; vgl. PERSAD (Fn. 29), S. 61.

56 Siehe hierzu Rz. 34 f.

57 Allgemein zur indirekten Drittwirkung der Grundrechte REGINA KIENER / WALTER KÄLIN / JUDITH WYTENBACH, *Grundrechte*, 3. Aufl., Bern 2018, Rz. 81 ff. zu § 4.

58 Siehe Fn. 51. Sodann macht sich nach Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB strafbar, wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung verweigert.

59 Gemeint sind Personen, die ein hohes Risiko dafür tragen, dass eine bestimmte Krankheit schwer oder gar tödlich verläuft. Der Begriff kann jedoch suggerieren, dass von dieser «Gruppe» ein besonderes Risiko ausgeht. Es handelt sich daher um eine unglückliche Wortwahl.



COVID-19-Erkrankung wegen vorhandener Vorerkrankungen zu schweren Komplikationen oder gar zum Tod führt.<sup>60</sup> Zum anderen besteht für sie das Risiko, diskriminiert zu werden, da ihnen beispielsweise aufgrund ihres Alters eine Behandlung verwehrt wird.<sup>61</sup>

- 35 Besonders verletzbare Patientengruppen sind damit in doppelter Hinsicht zu schützen: Sie müssen erstens bestmöglich vor einer Erkrankung oder möglichen Komplikationen bewahrt werden. Zweitens ist dafür zu sorgen, dass Individuen nicht aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur Gruppe der besonders verletzlichen Patientinnen und Patienten diskriminiert werden. Gleichzeitig muss eingeräumt werden, dass Faktoren wie das Alter oder eine chronische Erkrankung einen Einfluss auf die Bewertung des medizinischen Nutzens<sup>62</sup> haben können. Daher können sich diese Merkmale zumindest indirekt auf den Zuteilungsentscheid auswirken.
- 36 Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Patienten- oder Altersgruppe kann allein jedoch kein Grund sein, jemandem knappe medizinische Güter oder Dienstleistungen vorzuenthalten. Das Medizinalpersonal muss stattdessen beurteilen, wie sich der konkrete Zustand des Patienten auf die medizinische Erfolgsprognose<sup>63</sup> auswirkt. Gestützt auf diese Prognose und im Vergleich mit den anderen Patientenprognosen kann das Medizinalpersonal die nötigen Zuteilungsentscheide treffen. Somit ist eine Gesamtbetrachtung des Zustandes der Patienten unerlässlich.<sup>64</sup> Ebenso dürfen Zuteilungs-

60 CHRISTIAN H. NICKEL / MARCO RUEGG / HANS PARGGER / ROLAND BINGISSER, Age, comorbidity, frailty status: effects on disposition and resource allocation during the COVID-19 pandemic, *Swiss Medical Weekly* 2020/150(w20269), S. 1; PARK/KLUGER (Fn. 2).

61 MATTEO CESARI / MARCO PROIETTI, COVID-19 in Italy: Ageism and Decision Making in a Pandemic, *Journal of the American Medical Directors Association* 2020/21(5), S. 576.

62 Das Alter oder Vorerkrankungen können bei jedem gewählten Ansatz zur Nutzenmaximierung Auswirkungen auf den zu erwartenden Nutzen haben. Der Einfluss fällt bei einer Berücksichtigung der Lebenszeit oder Lebensqualität beträchtlich aus. Das Alter oder Vorerkrankungen können jedoch auch die Überlebenschancen beeinflussen. Siehe hierzu Rz. 12 ff.

63 Wichtig ist, dass die Prognose auf den vordefinierten Zielsetzungen basiert. Vgl. Rz. 17 f.

64 Unglücklich gelöst ist dies etwa in den Richtlinien der SAMW zur intensivmedizinischen Triage während der COVID-19-Pandemie. Die Richtlinien sprechen zwar davon, dass «Alter per se» für die Zuteilung knapper intensivmedizinischer Ressourcen kein Kriterium sei. Gleichzeitig werden die Altersgrenzen von 85 Jahren für sich allein bzw. von 75 Jahren zusammen mit weiteren Vorerkrankungen in einer zweiten Stufe als absolute Nichtaufnahmekriterien aufgeführt (siehe SAMW [Fn. 3], S. 3, 5). Diese starren Alterslimiten sind nach der hier vertretenen Auffassung kein zulässiges Zuteilungskriterium. Ähnlich empfahl etwa in Italien eine Fachärztesgesellschaft, dass starre Altersgrenzen als Nichtaufnahmekriterium für die Intensivstation «may ultimately need to be set», was in der Realität offenbar auch so gehandhabt wurde. Siehe SIAARTI (Fn. 3), S. 5; LISA ROSENBAUM, Facing Covid-19 in Italy – Ethics, Logistics, and Therapeutics on the Epidemic's Front Line, *The New England Journal of Medicine* 2020/382, S. 2; ebenfalls kritisch hinsichtlich Altersgrenzen

scheide nie an andere verpönte Merkmale wie die Herkunft, die Rasse, die Familienverhältnisse oder das Geschlecht anknüpfen. Solche Eigenschaften haben keinen Einfluss auf den zu erwartenden medizinischen Nutzen, womit es an einem ernsthaften und sachlichen Grund für eine solche Anknüpfung fehlt. Das Medizinalpersonal muss namentlich auch für unbewusste Benachteiligungen einzelner Personengruppen sensibilisiert werden.

Im Zusammenhang mit der Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen wird dennoch oft eine Bevorzugung bestimmter Patientinnen und Patienten aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit erwähnt;<sup>65</sup> insbesondere eine prioritäre Behandlung des Medizinalpersonals wird als zulässig erachtet.<sup>66</sup> Das Argument an sich ist nachvollziehbar: Wird das Medizinalpersonal nicht prioritär mit knappen medizinischen Ressourcen versorgt, können insgesamt weniger Patienten behandelt werden, da es an einsatzbereitem Medizinalpersonal fehlt. Die essenziellen Fähigkeiten und Aufgaben des Medizinalpersonals können nicht durch andere Personen ersetzt werden.<sup>67</sup> Bei einer solchen Bevorzugung stellt sich jedoch unweigerlich die Frage, welcher Grad an gesellschaftlichem Nutzen nötig ist, um Ressourcen prioritär zuzuteilen. Andere Berufsgruppen leisten ebenfalls essenzielle Beiträge für unsere Gesellschaft und müssten daher ebenso bevorzugt behandelt werden.<sup>68</sup> Eine Bevorzugung einzelner Patientinnen und Patienten aufgrund ihres gesellschaftlichen Nutzens wäre somit nicht nur aus der Perspektive des Diskriminierungsverbots äusserst problematisch, sondern würde auch an einer gerechten Umsetzung scheitern.<sup>69</sup>

## 5. Ausgleich und Kontrolle

Bei der Zuteilung knapper medizinischer Güter wird es immer Unsicherheiten und Entscheidungsspielräume

bei der Ressourcenzuteilung MARK-ANTHONY SCHWESTERMANN / CHRISTA TOBLER, Altersdiskriminierung bei medizinischer Ressourcenknappheit?, *Jusletter* vom 14. April 2020, Rz. 31 ff.

65 BEAUCHAMP/CHILDRESS (Fn. 6), S. 291; DANIELS (Fn. 12), S. 15; PERSAD (Fn. 29), S. 54 f.

66 PERSAD (Fn. 29), S. 54.

67 Eine bevorzugte Behandlung könnte man ebenfalls aufgrund des Prinzips der Reziprozität rechtfertigen: Da sich gewisse Berufsgruppen wegen ihrer Tätigkeit einem grösseren Gesundheitsrisiko ausgesetzt haben, steht ihnen als Gegenleistung eine bevorzugte Behandlung zu. Siehe DANIELS (Fn. 12), S. 15.

68 Gleichzeitig stellt sich die Frage, weshalb nicht auch der soziale Nutzen berücksichtigt werden sollte.

69 Eine andere Ausgangslage besteht oftmals bei knappen Ressourcen zur Prävention: Eine Bevorzugung gewisser Personengruppen kann wegen ihres erhöhten Erkrankungsrisikos aus präventiver Sicht durchaus Sinn machen. Eine Priorisierung erfolgt hier jedoch nicht aufgrund sozialer oder gesellschaftlicher Merkmale, sondern aufgrund einer präventivmedizinischen Nutzenprognose.

geben, da Zuteilungsentscheide von einer Vielzahl von Faktoren abhängen.<sup>70</sup> Es fehlt somit zu einem gewissen Grad die Sicherheit, die in solchen Situationen wünschenswert wäre. Gleichzeitig geht es bei der Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen um schwerwiegende Entscheide, die einschneidende Konsequenzen für die Betroffenen haben. Das Medizinalpersonal, das solche Entscheide treffen muss, trägt damit eine grosse Verantwortung und weitreichende Kompetenzen.

- 39 Aufgrund der bestehenden Entscheidungsspielräume und empfindlichen Entscheidungskonsequenzen muss bei Zuteilungsentscheiden eine Ausgleich- und eine Kontrollfunktion gewährleistet werden. An dieser Stelle geht es nicht um eine haftungs- oder strafrechtliche Aufarbeitung, sondern vielmehr um einen Ausgleich der Fremdbestimmung, die Zuteilungsentscheide massgebend prägt.<sup>71</sup> Darüber hinaus steht die Kontrolle der zentralen medizinischen, ethischen und rechtlichen Grundsätze im Fokus.
- 40 Als Ausgleich zur Fremdbestimmung ist als erstes Transparenz zu schaffen. Durch Transparenz werden die Grundlagen und Gründe der Zuteilungsentscheide bzw. der fremdbestimmten Massnahmen offengelegt,<sup>72</sup> womit die Entscheide besser nachvollzogen und überprüft werden können. Transparenz sollte dabei umfassend verstanden werden: Es sollten nicht nur die abstrakten Entscheidungsgrundlagen transparent und bekannt sein, sondern auch die konkreten Zuteilungsentscheide und die dazugehörigen Überlegungen. Mit Blick auf die konkreten Zuteilungsentscheide sollten diese zumindest den betroffenen Patienten sowie den relevanten Stellen der behandelnden Institution – zum Beispiel den in diesem Bereich tätigen Ärztinnen und Ärzten, dem internen Ethik-Board etc. – zugänglich sein. Die abstrakten Entscheidungsgrundlagen für die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen sollten gar öffentlich sein.
- 41 Um die fremdbestimmten Massnahmen gegenüber den Patientinnen und Patienten weiter auszugleichen, sollten Zuteilungsentscheide in keinem Fall Einzelentscheidungen sein.<sup>73</sup> Es muss somit eine Gruppe von Personen

70 Die vorherigen Ausführungen haben gezeigt, dass insbesondere wegen der Nutzenprognose und damit verbundenen Beurteilungen eine gewisse Bandbreite an Zuteilungsentscheiden möglich ist.

71 Siehe zur Fremdbestimmung bei Zuteilungsentscheiden die Rz. 4 und 25f.

72 In allgemeiner Form verlangen dies DANIELS/SABIN für Entscheide bezüglich der Vergütung medizinischer Massnahmen. Vgl. NORMAN DANIELS / JAMES SABIN, *Limits to Health Care: Fair Procedures, Democratic Deliberation, and the Legitimacy Problem for Insurers*, *Philosophy & Public Affairs* 1997/26(4), S. 325ff.

73 Ausnahmsweise kann es nötig sein, dass eine behandelnde Person einen Zuteilungsentscheid allein fällen muss, da schlichtweg keine Zeit besteht, um den Entscheid im vorgesehenen Triage-Board zu besprechen.

über die Zuteilung der Ressourcen entscheiden; denkbar ist eine Art Triage-Board.<sup>74</sup> Diese Boards sollten aufgrund der komplexen Herausforderungen interdisziplinär zusammengesetzt sein, also aus medizinischen sowie ethischen und rechtlichen Fachpersonen bestehen. Gemeinsam getroffene Entscheide führen zu einer geteilten Verantwortung und können insbesondere das Dilemma der behandelnden Ärztinnen und Ärzte, die eine medizinische Behandlung nicht durchführen oder sogar abbrechen müssen, etwas entschärfen.<sup>75</sup> Des Weiteren sind gemeinsam getroffene Entscheide fachlich besser und breiter abgestützt und es fliessen verschiedene Perspektiven in den Entscheidungsprozess ein. Letztlich können gemeinsam gefällte Zuteilungsentscheide auch zu einer gegenseitigen Kontrolle während des Entscheidungsprozesses führen. Damit kann bereits in dieser Phase sichergestellt werden, dass die Entscheide den allgemeinen Zuteilungsgrundsätzen entsprechen.

Neben der Kontrolle während der Entscheidungsfindung sollte schliesslich gewährleistet sein, dass Zuteilungsentscheide auch im Nachhinein überprüft werden. Dadurch wird sichergestellt, dass Abweichungen von den Entscheidungsgrundlagen sowie den allgemeinen Grundsätzen nicht unentdeckt bleiben. Dies führt zu einer konsequenten Einhaltung der Zuteilungsvorgaben sowie einem grösseren Vertrauen in die Entscheide an sich. Damit diese Kontrollen der Zuteilungsentscheide tatsächlich einen Mehrwert bieten, müssen sie unabhängig ausgestaltet werden. Dabei ist vor allen Dingen eine zu nahe Anbindung an das ursprünglich entscheidende Triage-Board zu vermeiden.

### III. Schlussfolgerungen

Bei der Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen handelt es sich um schwierige Entscheidungen mit einschneidenden Konsequenzen. Oftmals beinhalten Zuteilungsentscheide Elemente der Fremdbestimmung, wodurch sie für das Medizinalpersonal noch anspruchsvoller werden. Aufgrund dieser Ausgangssituation gilt es, folgende Grundsätze zu beachten: Zuteilungsentscheide orientieren sich am Ziel der Nutzenmaximierung. Es stehen verschiedene Ansätze zur Verfügung, nach denen der grösstmögliche medizinische Nutzen beurteilt wer-

74 Triage-Boards sind spezifisch eingesetzte Gremien, die sich nur mit Zuteilungsentscheiden befassen. Vgl. TRUOG/MITCHELL/DALEY (Fn. 40), S. 2.

75 Aus diesem Grund sprechen sich TRUOG/MITCHELL/DALEY für Triage-Boards aus. Sie schlagen sogar vor, dass das behandelnde Medizinalpersonal am eigentlichen Zuteilungsentscheid nicht mitwirken sollte. Siehe TRUOG/MITCHELL/DALEY (Fn. 40), S. 2. Es erscheint m.E. jedoch sinnvoll, auch die Perspektive und das Vorwissen der behandelnden Personen in Zuteilungsentscheide einfließen zu lassen.

den kann. Die Bewertung des Nutzens ist nach der festgelegten Zielsetzung sowie in sachlicher und zeitlicher Sicht relativ vorzunehmen. Ausserdem muss die Zuteilung knapper medizinischer Güter und Dienstleistungen die rechtlichen, wissenschaftlichen sowie gesellschaftlichen Vorgaben erfüllen. Zuteilungsentscheide sind insbesondere diskriminierungsfrei zu treffen. Schliesslich werden die Entscheide von mehreren Personen getroffen und transparent dargelegt, wodurch sie auch überprüft werden können.

- 44 Die hier erarbeiteten Grundsätze können niemandem Entscheidungen über die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen abnehmen. Die Grundsätze sollen aber dazu beitragen, dass Zuteilungsentscheide zielgerichtet,

legitim, gerecht und nachvollziehbar gefällt werden. Letztlich soll das Medizinalpersonal knappe medizinische Ressourcen dadurch besser zuteilen können. Es handelt sich bei den erarbeiteten Prinzipien insofern lediglich um eine allgemeine Orientierungshilfe, als dass diese Prinzipien konkret umgesetzt werden müssen.

Für eine Erfolg versprechende Umsetzung ist es zum einen wichtig, dass die direkt involvierten Akteure wie Ärztinnen und Ärzte oder das Pflegepersonal weiter für die Problematik sensibilisiert werden. Zum anderen sollte auch die Gesellschaft an sich verstärkt einbezogen werden, um Unsicherheiten und Herausforderungen bei der Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen besser zu meistern. 45