



Bochumer Zentrum für Disability Studies
Evangelische Fachhochschule Rheinland-Westfalen-Lippe
Immanuel-Kant-Straße 18-20, 44803 Bochum
Kontakt: Prof. Dr. Theresia Degener, degener@evh-bochum.de

Bochum, den 11.12.2020 (lektorierte Fassung vom 15.12.2020)

Stellungnahme gem. § 27 a BVerfGG zur Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1541/20

Stellungnahme gem. § 27 a BVerfGG zur Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1541/20 gegen die staatlichen Maßnahmen zur Bewältigung der durch das COVID-19 ausgelösten Pandemie und die Untätigkeit der Bundesregierung, Vorkehrungen zu treffen, die Beschwerdeführenden vor Benachteiligungen wegen ihrer Behinderung und im Zusammenhang mit ihrem Alter im Rahmen der gesundheitlichen Vorsorge zu schützen (**VB – Triage**). Von den neun Fragen, die das Bundesverfassungsgericht an die Sachverständigen stellte, liegen BODYS zu vier Fragen Informationen vor. Unsere Stellungnahme beschränkt sich daher auf die Fragen 6–9.

Inhalt

1.	Vorbemerkung	2
2.	Zu den Einzelfragen	5
a.	Frage Sechs des BVerfG: Welche gesetzlichen Vorgaben (z.B. aus dem Berufsrecht, Verwaltungsrecht oder Strafrecht) binden die Praxis bislang bei solchen Entscheidungen? .	5
i.	Einfachgesetzliches Recht	6
ii.	Grund- und Menschenrechte	8
b.	Frage Sieben des BVerfG: Welchen Stellenwert hat die klinische Erfolgsaussicht der Behandlung bei der Triage? Welche Rolle spielen Behinderungen und chronische Vorerkrankungen bei dieser Entscheidung? Wäre es denkbar, das Kriterium der Erfolgsaussicht durch ein anderes Kriterium zu ersetzen oder genauer zu fassen, das den Bedürfnissen aller Behandlungsbedürftigen gerecht wird?	12
c.	Frage Acht des BVerfG: Welche Regelungen gibt es in anderen Ländern, die im Gesundheitswesen im Fall einer Triage Anwendung finden?	16
d.	Frage Neun des BVerfG: Sollte die Triage in Deutschland gesetzlich geregelt werden? Welche Vor- bzw. Nachteile wären damit verbunden?	18
3.	Fazit	23



1. Vorbemerkung

Das Bochumer Zentrum für Disability Studies (BODYS) wurde im Juni 2015 gegründet und ist eine Forschungseinrichtung der Evangelischen Hochschule Rheinland-Westfalen-Lippe. BODYS ist ein Institut, das Disability Studies als inter-, multi- und transdisziplinäre theoretische Grundlage für die UN Behindertenrechtskonvention (UN BRK) versteht. Ihre Implikationen für Theorie und Praxis, für die Behindertenhilfe und für die Gesellschaft insgesamt sind zentraler Forschungsgegenstand. BODYS bietet den Rahmen für menschenrechtsorientierte, partizipative und internationale Forschung und Lehre. Die Leiterin, Prof. Dr. Theresia Degener, war an der Entstehung der UN BRK als Beraterin der Bundesregierung beteiligt und gehörte von 2011 bis 2018 dem Ausschuss der Vereinten Nationen für die Rechte von behinderten Menschen (UN BRK-Fachausschuss) zuletzt als Vorsitzende an. Der Beirat von BODYS setzt sich aus Professor*innen und Mitgliedern der Hochschule sowie Vertreter*innen der Politik und Praxis zusammen.

BODYS hat im April 2020 die Stellungnahme „Inklusion in Zeiten der Katastrophen-Medizin“ als Beitrag zur Triage-Debatte veröffentlicht.¹ Die hier vorgelegte Stellungnahme baut darauf auf, aus Zeitgründen konnte eine detaillierte Abstimmung mit allen Beiratsmitgliedern jedoch nicht realisiert werden. In der Stellungnahme von April 2020 haben wir die Triage-Richtlinien der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI-Richtlinien)² als Diskriminierung gegen alte und behinderte Personen, die intensivmedizinischer Behandlung bedürfen, eingestuft. Außerdem hat sich BODYS für eine gesetzliche Grundlage für mögliche zukünftige Priorisierungsentscheidungen in der intensivmedizinischen Versorgung ausgesprochen.

BODYS hat – wie auch das Deutsche Institut für Menschenrechte³ oder der Bundesbehindertenbeauftragte⁴ – frühzeitig auf die Bedeutung der Menschenrechte und hier insbesondere auf die UN BRK hingewiesen. Menschenrechte haben besonders in Krisenzeiten ihre Gültigkeit.

Behinderte Menschen sind wie andere vulnerable Gruppen besonders hart von der COVID-19-Pandemie betroffen. Auf internationaler und europäischer Ebene wurden deshalb bereits zahlreiche Stellungnahmen und Empfehlungen abgegeben. In einem Kurzdossier der Vereinten Nationen vom Mai 2020 forderte der Generalsekretär die Staaten deshalb zu behinderungssensiblen Maßnahmen gegen COVID-19 auf.⁵ Quantitativ und qualitativ sind behinderte Menschen überproportional durch die Pandemie betroffen. Weltweit sind 46 % aller über 60-Jährigen behinderte Personen, jede fünfte Frau wird wahrscheinlich in ihrer Lebenszeit

¹ BODYS, Inklusion in Zeiten der Katastrophen-Medizin, 14.4.2020, online: <https://www.bodys-wissen.de/bodys-publikationen.html> (Aufruf: 10.12.2020).

² DIVI, Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie – Klinisch-ethische Empfehlungen, 17.4.2020, online: <https://www.awmf.org/leitlinien/detail/II/040-013.html> (Aufruf: 10.12.2020).

³ Deutsches Institut für Menschenrechte, Corona-Krise, 2. Aufl., 31.3.2020, online: <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/corona-krise-menschenrechte-muessen-das-politische-handeln-leiten> (Aufruf: 10.12.2020).

⁴ Beauftragter der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderungen, Gefahren durch mangelhafte Notfallinformationen: Mehr Barrierefreiheit notwendig, 9.3.2020, online: https://www.behindertenbeauftragter.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/PM6_Barrierefrei_f%C3%BCr_alle.html (Aufruf: 10.12.2020).

⁵ United Nations Secretary General, Policy Brief: A Disability-Inclusive Response to COVID-19, Mai 2020, online: <https://www.who.int/publications/m/item/policy-brief-of-the-un-secretary-general-a-disability-inclusive-response-to-covid-19> (Aufruf: 10.12.2020).



von Behinderung betroffen.⁶ Menschen mit Behinderungen sind aufgrund von Umweltbarrieren und Benachteiligungen bei Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus benachteiligt. Sie tragen aufgrund ihres Gesundheitszustands, aber auch aufgrund diskriminierender struktureller Bedingungen im Gesundheitswesen ein höheres Risiko, schwerer zu erkranken und an COVID-19 zu sterben. Behinderte Personen in Heimen und anderen Einrichtungen unterliegen einem größeren Infektions- und Sterberisiko. Sie sind auch durch die sozio-ökonomischen Folgen der Pandemie – Verlust von Bildungschancen, Arbeitsplätzen und Dienstleistungen der Daseinsvorsorge – besonders benachteiligt.⁷

Eine im Oktober 2020 von dem internationalen NGO-Konsortium COVID-19 Disability Rights Monitor veröffentlichte Studie über die Situation behinderter Menschen und ihrer Rechte in Zeiten der Pandemie⁸ in 134 Ländern verdeutlicht die besondere strukturelle Benachteiligung der behinderten Bevölkerungsgruppe in allen Ländern. Neben der alarmierenden Situation behinderter Personen in besonderen Wohneinrichtungen, die weltweit zu Infektions-Hotspots wurden und deren totale Isolation durch Lockdowns besonders gravierend ist, wurde auch die besondere Isolation und Benachteiligung behinderter Menschen durch das Zusammenbrechen lokaler sozialer Dienstleistungen erfasst und beschrieben. Als besondere Risikogruppen, die dabei von mehrdimensionaler Benachteiligung betroffen sind, wurden behinderte Frauen und Mädchen, wohnungslose behinderte Personen, behinderte Kinder, alte behinderte Menschen, Personen in ländlichen Regionen, Gehörlose und Personen mit Hörbeeinträchtigungen, Personen mit kognitiven Beeinträchtigungen, taubblinde Menschen und Personen mit Autismus erfasst. Als besonders besorgniserregend wurden zahlreiche Berichte über Triage-Politik in vielen Ländern genannt, die direkt oder indirekt gegen behinderte Menschen diskriminieren und ihnen den Zugang zu medizinischen Rettungsmaßnahmen verweigern.⁹ Die Studie ist für Deutschland von besonderer Bedeutung, da die meisten Daten aus Deutschland kamen.¹⁰

Der Generalsekretär der Vereinten Nationen verweist in seinen Empfehlungen ausdrücklich auf die Diskriminierung durch Triage-Protokolle: **“Persons with disabilities are at greater risk of discrimination in accessing healthcare and life-saving procedures during the COVID-19 outbreak.** In some countries, health care rationing decisions, including triage protocols (e.g. intensive care beds, ventilators), are not being based on an individual prognosis, but rather on discriminatory criteria, such as age or assumptions about quality or value of life based on disability.”¹¹ Deshalb wird explizit empfohlen: “All COVID-19 related action must prohibit any form of discrimination based on disability and take into consideration the intersections of gender and age, among other factors.”¹² Unmittelbar nach Erscheinen dieser Empfehlung des Generalsekretärs veröffentlichten 134 Mitgliedstaaten am 18. Mai 2020 eine gemeinsame Stellungnahme, in der diese Empfehlungen begrüßt werden und in der es heißt: “COVID-19 response and recovery should be disability-inclusive, protect the rights and needs of persons with disabilities and place them at the centre of all our efforts, as envisaged in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the 2030 Agenda for Sustainable Development.”¹³

⁶ *United Nations Secretary General*, a.a.O. Fn. 5, S. 4.

⁷ *United Nations Secretary General*, a.a.O. Fn. 5, S. 4.

⁸ *Brennan, Ciara S.*, Disability rights during the pandemic, 22.10.2020, hrsg. v. Validity Foundation et al. Dem Konsortium gehören an: Disability Rights International, International Disability Alliance, ENIL, Centre for Human Rights (University of Pretoria), Validity, Disability Rights Fund, Disability Rights Advocacy Fund, IDDC.

⁹ *Brennan*, a.a.O. Fn. 8, S. 41f.

¹⁰ Von den insgesamt 2152 Berichten kamen 225 aus Deutschland. *Brennan*, a.a.O. Fn. 8, S. 7, 20.

¹¹ *United Nations Secretary General*, a.a.O. Fn. 5, S. 5 (Hervorh. im Original).

¹² *United Nations Secretary General*, a.a.O. Fn. 5, S. 2.

¹³ “Disability-inclusive response to COVID-19 – Towards a better future for all”, 18.5.2020, online:



Deutschland ist Mitunterzeichner dieser gemeinsamen Stellungnahme.

Weitere Appelle, Richtlinien und Empfehlungen zur besonderen Situation behinderter Menschen in der COVID-19-Pandemie wurden von der WHO,¹⁴ dem UN BRK-Fachausschuss,¹⁵ und der UN Sonderberichterstatterin für die Rechte der Menschen mit Behinderungen, Catalina Devandas,¹⁶ veröffentlicht.

In allen diesen Veröffentlichungen wird auf die besondere Bedeutung der UN BRK und dem mit ihr verbundenen Paradigmenwechsel¹⁷ vom medizinischen Modell von Behinderung zum menschenrechtlichen Modell¹⁸ hingewiesen. Gerade im Hinblick auf das Menschenrecht auf Gesundheit ist dieser Paradigmenwechsel zentral. Er bedeutet, behinderte Menschen nicht als bemitleidenswerte Geschöpfe mit geringerer Lebensqualität zu sehen und sie nicht auf ihre gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu reduzieren. Das Menschenrechtsmodell von Behinderung legt den Schwerpunkt auf die Menschenwürde und zielt auf den „vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten“ (Art. 1 UN BRK) aller behinderter Personen. Der Schutz vor Diskriminierung aller behinderter Menschen ist dem Menschenrechtsmodell von Behinderung inhärent. Das hat der UN BRK-Fachausschuss zuletzt 2018 deutlich in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 6 zu Gleichheit und Nichtdiskriminierung (Art. 5 UN BRK) formuliert.¹⁹

Die Implementierung des Menschenrechtsmodells von Behinderung im Kontext medizinischer Versorgung stellt weltweit eine Herausforderung dar. Das ist nicht erst seit der COVID-19-Pandemie der Fall. WHO und Weltbank haben bereits 2011 in dem ersten Weltbericht zu Behinderung²⁰ und die UN Sonderberichterstatterin Devandas 2018 in ihrer Studie zum Recht auf Gesundheit behinderter Menschen²¹ darauf hingewiesen, dass behinderte Menschen weniger wegen ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung, sondern wegen struktureller Diskriminierung im Gesundheitswesen, wegen Gewalterfahrungen oder wegen sozio-ökonomischer Bedingungen eine allgemein niedrigere Lebenserwartung haben. Dieser Befund bedeutet im Umkehrschluss, dass Staaten eine besondere Schutzpflicht gegenüber behinderten Menschen haben, nicht aus karitativem Mitleid, sondern aus Menschenrechtsverpflichtung. COVID-19 verschärft nur die Barrieren und Benachteiligungen, mit denen behinderte Menschen bereits in „normalen“ Zeiten konfrontiert sind.

<https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/05/Joint-statement-Disability-inclusive-response-to-COVID-19.pdf> (Aufruf: 10.12.2020).

¹⁴ *World Health Organization*, Disability considerations during the Covid-19 outbreak, 26.3.2020.

¹⁵ *Basharu, Danlami, Cisternas Reyes, María Soledad*, Joint Statement: Persons with Disabilities and COVID-19, online: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25765&LangID=E> (Aufruf: 10.12.2020).

¹⁶ *Devandas Aguilar, Catalina*, Statement of Catalina Devandas Aguilar, STAT.0121.0001.0002, 10.8.2020.

¹⁷ Vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 30.1.2020 – 2 BvR 1005/18 (Blindenführhund), NJW 2020, 1282 (1283).

¹⁸ *Degener, Theresia*, A New Human Rights Model of Disability, in: *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities - A Commentary*, hrsg. v. Valentina Della Fina et al., Cham 2017, S. 41; *Degener, Theresia*, Die UN Behindertenrechtskonvention – Ansatz einer inklusiven Menschenrechtstheorie, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge*, hrsg. v. Susanne Baer et al., Tübingen 2019, S. 501.

¹⁹ *United Nations Committee on the Right of Persons with Disabilities*, General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6, 26.4.2018, online: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx> (Aufruf: 10.12.2020).

²⁰ *World Health Organization*, World report on disability, Genf 2011, S. 55 ff. – online: http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9789240685215_eng.pdf (Aufruf: 10.12.2020).

²¹ *Devandas, Catalina – Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities*, Rights of persons with disabilities, A/73/161, Genf 2018, S. 8 ff.

Auch in Deutschland deuten die wenigen Daten, die vorliegen, auf eine strukturelle Benachteiligung behinderter Menschen im Gesundheitswesen²² sowie auf eine besondere Gefährdungslage behinderter Menschen in Zeiten der COVID-19-Pandemie hin. Die UN BRK-Monitoringstelle des Deutschen Instituts für Menschenrechte hat in ihrer Stellungnahme im April 2020 erste wichtige Daten hierzu vorgelegt und einen menschenrechtbasierten Diskriminierungsschutz empfohlen.²³

2. Zu den Einzelfragen

- a. **Frage Sechs des BVerfG:** Welche gesetzlichen Vorgaben (z.B. aus dem Berufsrecht, Verwaltungsrecht oder Strafrecht) binden die Praxis bislang bei solchen Entscheidungen?

Neben den Grundrechten, der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs.1 GG; dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit Art. 2 Abs.2 GG und dem Recht auf Schutz vor Diskriminierung wg. Behinderung gem. Art. 3 Abs.3 GG sind insbesondere die strafrechtlichen Vorgaben der Tötungsverbote (§§ 13 ff, 34, 211 ff StGB), die sozialrechtlichen Vorschriften zur Krankenbehandlung (§§ 2, 39, 79 SGB V; §§ 17, 33 c SGB I, § 1 SGB IX) sowie die zivilrechtlichen Vorgaben zum Behandlungsvertrag zu nennen (§§ 630 a ff BGB, §§ 19 ff AGG).

Aus menschenrechtlicher Perspektive sind darüber hinaus die Europäische Grundrechtscharta (Art. 1 (Menschenwürde), Art. 2 Abs.1 (Recht auf Leben), Art. 21 (Nichtdiskriminierung), Art. 25 (Rechte älterer Menschen), Art. 26 (Integration von Menschen mit Behinderung) GRCh), die Europäische Menschenrechtskonvention (Art. 2 (Recht auf Leben), Art. 14 (Diskriminierungsverbot)) sowie von den UN Menschenrechtskonventionen zumindest der Internationale Sozialpakt (Art. 2 Abs. 2 (Diskriminierungsverbot), Art. 12 (Recht auf Gesundheit) ICESCR) und die UN BRK (Art. 5 (Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung), Art. 10 (Recht auf Leben), Art. 11 (Gefahrtsituationen und humanitäre Notlagen) und Art. 25 (Gesundheit) UN BRK) zu nennen. Die europäischen und die UN Menschenrechtsverträge wurden von Deutschland gem. Art. 59 Abs. 2 GG ratifiziert und erhielten damit Gesetzesrang in der deutschen Rechtsordnung.²⁴ Darin unterscheiden sie sich von den medizinischen Richtlinien der Fachgesellschaften, die keinen rechtsverbindlichen Charakter haben.²⁵ Sie sind zudem als Auslegungshilfe für Inhalt und Reichweite der Grundrechte²⁶ und des einfachen Rechts²⁷ heranzuziehen.

²² BRK Allianz e.V., Für Selbstbestimmung, gleiche Rechte, Barrierefreiheit, Inklusion!, 2013, S. 51–55.

²³ Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention, Das Recht auf gesundheitliche Versorgung von Menschen mit Behinderungen in der Corona-Pandemie, 9.4.2020, online: <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-67337-2> (Aufruf: 10.12.2020).

²⁴ BVerfG, Beschluss vom 29.1.2019 – 2 BvC 62/14 (Wahlrechtsausschluss), NJW 2019, 1201 (1206); Maunz/Dürig/Nettesheim, 91.EL 2020, GG Art. 59 Rn. 93–97.

²⁵ Engländer, Armin, Zimmermann, Till, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, S. 1398 (1401).

²⁶ BVerfGE 128, 282.

²⁷ Aichele, Valentin, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, AnwBl 2011, S. 727, online: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Weitere_Publikationen/die_un_behindertenrechtskonvention_in_der_gerichtlichen_praxis_anwaltsblatt_2011.pdf (Aufruf: 10.12.2020).



i. Einfachgesetzliches Recht

Bereits aus den o.g. Vorschriften des einfachen Rechts in den Sachgebieten des Straf-, Sozial- und Zivilrechts ergibt sich, dass die Triage-Richtlinien der DIVI gegen geltendes Recht verstoßen. Bezüglich der strafrechtlichen Bewertung ist zwischen der Ex-ante-Triage (zwei Behandlungsbedürftige rivalisieren um einen freien Platz in der Intensivmedizin) und Ex-post-Triage (einer behandelten Person wird der Platz zugunsten einer anderen Person mit günstigerer Prognose wieder weggenommen) zu unterscheiden. Bezüglich der Ex-ante-Triage in einigen Konstellationen könnten die Richtlinien der DIVI noch als unbedenklich eingestuft werden. Die Entscheidung, nur einer*inem der beiden Patient*innen den freien Intensivplatz zu geben, ist eine strafbewehrte Unterlassungshandlung. Diese könnte als gerechtfertigt angesehen werden, weil in dieser Situation (gleichrangige) Pflichten kollidieren.²⁸ Das kann jedoch im Hinblick auf den aktiven Behandlungsabbruch bei der Ex-post-Triage nicht gelten, da das Strafrecht das aktive Tun anders bewertet als Unterlassen. Die herrschende Meinung sieht hierin den Tatbestand des Totschlags (§ 212 StGB).²⁹ Ausführlich haben das z.B. Engländer/Zimmermann überprüft, deren Fazit lautet: „Die unverbindlichen fachgesellschaftlichen Empfehlungen sind unter strafrechtlichen Aspekten weitgehend misslungen. Sowohl in Bezug auf die Ex-post- als auch die Ex-ante-Triage wird den Ärzten für bestimmte Konstellationen ein Verhalten empfohlen, das als strafbares Tötungsdelikt zu werten ist.“³⁰

Auch mit den sozialrechtlichen Vorgaben sind die Triage-Richtlinien der DIVI nicht zu vereinbaren. Gemäß § 39 Abs. 1 S. 2–4 SGB V haben Versicherte Anspruch auf vollstationäre oder stationsäquivalente Behandlung durch ein zugelassenes Krankenhaus, wenn die Aufnahme oder die Behandlung im häuslichen Umfeld nach Prüfung durch das Krankenhaus erforderlich ist, weil das Behandlungsziel anders nicht erreicht werden kann. Die Krankenhausbehandlung umfasst im Rahmen des Versorgungsauftrags des Krankenhauses alle Leistungen, die im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinische Versorgung der Versicherten im Krankenhaus notwendig sind, insbesondere ärztliche Behandlung, Krankenpflege, Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, Unterkunft und Verpflegung; die akutstationäre Behandlung umfasst auch die im Einzelfall erforderlichen und zum frühestmöglichen Zeitpunkt einsetzenden Leistungen zur Frührehabilitation. Dieser Anspruch wird zwar durch das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V iVm § 2 Abs. 1 SGB V begrenzt, nachdem Leistungen der gesetzlichen Krankenkasse ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein müssen und das Maß des Notwendigen nicht überschreiten dürfen. Dieses Wirtschaftlichkeitsgebot selbst wird jedoch wiederum durch § 2 a SGB V qualifiziert, wonach in der gesetzlichen Krankenversicherung den besonderen Belangen behinderter und chronisch kranker Menschen Rechnung zu tragen ist. Im sogenannten Nikolausbeschluss³¹ hat das Bundesverfassungsgericht zudem betont, dass sich das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung an der objektiv-rechtlichen Pflicht des Staates, Leben zu schützen, orientieren muss. Das gelte insbesondere für die Leistungen der Behandlung lebensbedrohlicher Erkrankungen. In dem zugrundeliegenden Fall ging es um einen behinderten Mann mit Muskelerkrankung.

Der Umsetzung der Schutzpflicht des Staates dienen auch die Sicherstellungsvorschriften für medizinische Versorgung durch Vertragsärzt*innen, Krankenhäuser, Krankenkassen und die

²⁸ Engländer, Zimmermann, a.a.O. Fn. 25, S. 1402.

²⁹ Rau, Ingo, § 19 Straf- und Strafprozessrecht, in: COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, hrsg. v. Hubert Schmidt, 2. Aufl., 2020, Rn. 45; Sowada, Christoph, Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise, NSTZ 2020, S. 452 (459 f.).

³⁰ Engländer, Zimmermann, a.a.O. Fn. 25, S. 1405.

³¹ BVerfG, Beschluss vom 6.12.2005 - 1 BvR 347/98, NZS 2006, 84 (86).



Kassenärztlichen Vereinigungen gem. §§ 72 ff SGB V. Die Sicherstellungsvorschriften im Krankenversicherungsrecht entsprechen den im Allgemeinen Teil des Sozialrechts verankerten Ausführungsvorschriften über Sozialleistungen. Gem. § 17 Abs. 1 Ziff.1–4 SGB I haben die Sozialleistungsträger darauf hinzuwirken, dass jede berechnigte Person ihre Sozialleistungen in zeitgemäßer Weise, umfassend und zügig erhält, die erforderlichen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen, der Zugang möglichst einfach und barrierefrei gestaltet wird. Im Rahmen der Novellierung des Behindertengleichstellungsgesetzes 2016 wurde in § 17 SGB I Absatz 2a eingefügt, der auch für die Ausführungen von Sozialleistungen das Gebot der Verständlichkeit und Leichte Sprache in der Kommunikation mit Menschen mit Lernschwierigkeiten enthält. Die Ausführungsvorschrift des § 17 SGB I wird flankiert vom sozialrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes (§ 31 SGB I) und dem Diskriminierungsverbot (§ 33 c SGB I). Danach bedürfen Pflichten im Sozialleistungsbereich, wie etwa die Pflicht, in Triage-situationen auf sozialrechtliche Ansprüche der intensivmedizinischen Behandlung zu verzichten, einer gesetzlichen Grundlage. Und bei der Inanspruchnahme sozialer Rechte gilt das Verbot der Diskriminierung „aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung“. Die Triage-Richtlinien der DIVI dienen nicht der Sicherstellung, sondern der Priorisierung intensivmedizinischer Leistungen, sie sind keine gesetzliche Vorschrift, die dem § 31 SGB I genügt, und sie verstoßen gegen das Benachteiligungsverbot des § 33 c SGB I, indem sie gegen behinderte und alte Behandlungsbedürftige diskriminieren. Auf die Frage, inwieweit der Tatbestand der Diskriminierung erfüllt ist, wird weiter unten eingegangen.

Bei intensivmedizinischer Behandlung kommt in der Regel ein komplexer Krankenhausvertrag mit dem Träger des Krankenhauses zustande, der nach den Vorschriften der Krankenhausfinanzierung und höchstrichterlicher Rechtsprechung geregelt ist.³² Soweit bei den diversen Vertragsgestaltungen zusätzlich ein Behandlungsvertrag nach § 630 a BGB zustandekommt, gelten auch die Regeln des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, da dieser als Massengeschäft bzw. Beinahe-Massengeschäft iSd § 19 AGG anzusehen ist.³³ Das Benachteiligungsverbot des § 19 AGG umfasst nicht nur die Kategorie Behinderung, sondern auch die Kategorien 'Rasse', ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Alter und sexuelle Identität. Als Diskriminierungsformen kennt das AGG die unmittelbare und indirekte Diskriminierung (Art. 3 Abs. 1 und 2 AGG); die Anweisung zur Diskriminierung (Art. 3 Abs. 5 AGG) und die Mehrfachdiskriminierung (Art. 4 AGG). Verpflichtete aus § 630 a BGB, die die DIVI-Richtlinien anwenden, riskieren eine Verletzung ihrer Pflichten aus Art. 19 Abs.1 AGG, wegen mittelbarer Diskriminierung behinderter und chronisch kranker Patient*innen. Ob ein Rechtsschutzanspruch (Beseitigung, Unterlassen oder Schadensersatz) gem. § 21 Abs. 2 S. 2 AGG wegen einer vorliegenden Pflichtenkollision hier entfällt, wäre im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH³⁴ zur Notwendigkeit einer verschuldensunabhängigen Diskriminierungshaftung zu überprüfen. In der zivilrechtlichen Literatur wird § 21 Abs. 2 S. 2 AGG jedenfalls als europarechtswidrig eingestuft.³⁵ Die Rechtslage ist – soweit ersichtlich – gerichtlich bislang nicht geklärt.

³² Laufs, Adolf, Katzenmeier, Christian, Lipp, Volker, *Arztrecht*, 8. Aufl., 2021, Rn. 6–10.

³³ Katzenmeier/Christian, BeckOK BGB | BGB § 630a Rn. 43 - beck-online.

³⁴ EuGH Slg. 1990, I-3941 = NJW 1991, 628 – Dekker.

³⁵ MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, AGG § 21 Rn. 39-47- beck-online, Rn. 43.



ii. Grund- und Menschenrechte

Aus den Grund- und Menschenrechten lässt sich im Hinblick auf Triage-Situationen eine Schutz- und Gewährleistungspflicht des Staates gerade für behinderte Menschen ableiten. Im Folgenden wird in dieser Stellungnahme auf die Grundrechte des GG in Verbindung mit den Menschenrechten aus der UN BRK rekurriert.

Eine Triage-Regelung, die behinderte Menschen unmittelbar oder mittelbar benachteiligt, würde gegen die Schutzpflicht des Staates im Hinblick auf das Recht auf Leben (gem. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 S. 1, Art. 20 Abs. 1 GG iVm Art. 10 und 11 UN BRK), auf das (derivative Teilhabe-)Recht auf Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG iVm Art. 25 lit. a) und lit. f) UN BRK iVm § 39 SGB V) sowie gegen das Recht auf Schutz vor Diskriminierung (Art. 3 Abs. 3 GG iVm Art. 5 Abs. 2 und 3 UN BRK) verstoßen.

Das Lebensrecht und das Recht auf Gesundheit behinderter Menschen wären verletzt, denn die Vorenthaltung bzw. der Entzug intensivmedizinischer Versorgung würde die Gesundheit und das Leben der Betroffenen gefährden. Spätestens seit der Entscheidung des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz³⁶ und dem darin entwickelten Grundsatz der Lebenswertindifferenz ist klar, dass utilitaristische Priorisierungsentscheidungen mit unserer Verfassung nicht vereinbar sind. Das Lebensrecht ist bereits nach unserer Verfassungsrechtsprechung besonders egalitär ausgestaltet,³⁷ indem das Leben eines jeden Menschen als gleichwertig angesehen wird. Seit dem Inkrafttreten der UN BRK in Deutschland wird diese Ansicht durch Art. 10 und 11 UN BRK verstärkt. Danach hat sich Deutschland zum Recht auf Leben aller behinderter Menschen bekannt und ein Gewährleistungsversprechen gegeben, „um den wirksamen und gleichberechtigten Genuss dieses Rechts durch Menschen mit Behinderung“³⁸ zu ermöglichen. Nach Art. 11 UN BRK hat sich Deutschland verpflichtet, „alle erforderlichen Maßnahmen“ zu ergreifen, um in humanitären Notlagen den Schutz und die Sicherheit behinderter Menschen zu gewährleisten. Beide Normen wurden im Hinblick auf den o.g. Paradigmenwechsel zum menschenrechtlichen Modell von Behinderung verabschiedet, das insbesondere (traditionelle) Vorurteile wie dem, dass eine Behinderung a priori mit Leid und minderer Lebensqualität verbunden sei, eine Absage erteilt.³⁹ Die enge Verbindung beider Normen ergibt sich aus ihrer Gesetzeshistorie, nach der beide Normen zunächst in einem einheitlichen Artikel zum Recht auf Leben vorgesehen waren.⁴⁰ Das ergibt sich auch aus dem besonderen historischen Kontext der Normen. Vier Wochen vor der Diskussion der Vorschriften im Ad-hoc-Ausschuss, in dem der Text entworfen wurde, waren tausende behinderte Menschen im 2004 Tsunami umgekommen, weil Rettungswege und -maßnahmen nicht inklusiv waren.⁴¹

Zwar ergibt sich aus unserer Verfassung kein originäres Grundrecht auf Gesundheit, im Kanon der internationalen Menschenrechte ist es jedoch spätestens seit dem Internationalen Sozialpakt⁴² von 1966 (Art. 12 ICESCR) aufgenommen. Hieran orientiert sich auch die UN BRK, die in Art. 25 allen

³⁶ BVerfG, Urteil vom 15.2.2006 - 1 BvR 357/05, NJW 2006, 751.

³⁷ *Fateh-Moghadam, Bijan, Gutmann, Thomas*, Gleichheit vor der Triage: Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, *VerfBlog/2020/4/30*.

³⁸ Art. 10 UN BRK.

³⁹ *Nizar, Smitha*, Art. 10 Right to Life, in: UN CRPD Commentary, hrsg. v. Ilias Bantekas et al., Oxford 2018, S. 290.

⁴⁰ *Nizar*, a.a.O. Fn. 39, S. 291; *Bruno, Giovanni C.*, Art. 11 – Situations of Risk and Humanitarian Emergencies, in: *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities – A Commentary*, hrsg. v. Valentina Della Fina et al., Cham 2017, S. 256 f.

⁴¹ *Nizar*, a.a.O. Fn. 39, S. 292.

⁴² Durch die BRD 1973 ratifiziert. *Deutscher Bundestag*, Keine Ratifikation des Fakultativprotokolls zum VN-Sozialpakt, Drucksache 19/22927, 30.9.2020, S. 1.



behinderten Menschen eine diskriminierungsfreie, inklusive und gendersensible Gesundheitsversorgung garantiert. Insbesondere ist dabei lit. f) hervorzuheben, wonach sich die Vertragsstaaten verpflichten, „die diskriminierende Vorenthaltung von Gesundheitsversorgung oder -leistungen“ aufgrund von Behinderung zu verhindern. Davon erfasst sind auch mittelbare Diskriminierungen.⁴³

Auch das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG iVm Art. 5 UN BRK (Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung) verbietet eine unmittelbar oder mittelbar an Behinderung anknüpfende Rationierung oder Priorisierung von intensivmedizinischen Leistungen während der COVID-19-Pandemie. Art. 5 Abs. 1 UN BRK garantiert die Gleichheit vor dem und durch das Gesetz, Abs. 2 verbietet die Diskriminierung aufgrund von Behinderung und anderen Gründen – mithin auch die mehrfache Diskriminierung („gleichviel aus welchen Gründen“). Art. 5 Abs. 3 UN BRK fordert die Gewährleistung von Diskriminierungsschutz durch angemessene Vorkehrungen und Abs. 4 erlaubt positive Diskriminierung zur Herbeiführung von de facto Gleichberechtigung. Während die Figur der individualbezogenen „angemessenen Vorkehrung“ im deutschen Recht bislang wenig bekannt ist,⁴⁴ sind die gruppenbezogenen Förderungsmaßnahmen iSd Art. 5 Abs. 4 UN BRK⁴⁵ im deutschen (Behinderten-)Recht seit langem bekannt. Als Behindertendiskriminierung gilt nach der UN BRK „jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Genießen oder Ausüben aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Sie umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen.“⁴⁶

Der UN BRK-Fachausschuss hat 2018 in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 6⁴⁷ umfassende Empfehlungen zur Interpretation von Art. 5 UN BRK abgegeben. Diese sind zwar für die deutschen Gesetzgeber und Gerichte nicht verbindlich, im Rahmen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung der Rechtsordnung sind sie jedoch beachtlich.⁴⁸ Unter Bezugnahme auf das Menschenrechtsmodell von Behinderung wird das Konzept der inklusiven Gleichheit vorgestellt, das dem Art. 5 UN BRK, dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz als Strukturprinzip⁴⁹ der UN BRK, sowie dem Übereinkommen insgesamt zugrundeliegt.⁵⁰ Es ist dem Konzept der materialen bzw. substantiellen Gleichheit vergleichbar, indem es strukturelle Benachteiligungen, Intersektionalität und Menschenwürdegarantie sowie die Teilhabedimension des Gleichheitssatzes in den Blick nimmt.⁵¹ Vier typische Diskriminierungsformen werden unterschieden, darunter direkte und indirekte Benachteiligung.⁵² Direkte Diskriminierung wird definiert als Schlechterbehandlung

⁴³ Welti, Felix, Art. 25 und 26 – Gesundheit, Habilitation und Rehabilitation, in: UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, hrsg. v. Antje Welke, Berlin 2012, Rn. 31.

⁴⁴ Dazu Aichele, Valentin, Althoff, Nina, Nicht-Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen in der UN-Behindertenrechtskonvention, in: UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, hrsg. v. Antje Welke, Berlin 2012, Rn. 41 ff.; vgl. aber inzwischen § 7 Abs. 2 BGG, § 164 Abs. 4 Ziff. 4 und 5 SGB IX; Nordrhein-Westfalen BGG NRW neu gef. m.W.v. 1.7.2016 durch Gesetz v. 14.6.2016, GV. NRW, S. 442; sowie Sachsen-Anhalt BGG LSA v. 16.12.2010, GVBl. LSA, S. 584.

⁴⁵ Vgl. etwa die Schwerbehindertenquoten im Arbeits- und Sozialrecht gem. §§ 154 SGB IX.

⁴⁶ Art. 2 UN BRK.

⁴⁷ CRPD GC No. 6, a.a.O. Fn. 19.

⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 29.1.2019 (Wahlrechtsausschluss), a.a.O. Fn. 24, S. 1207.

⁴⁹ Art. 3 UN BRK.

⁵⁰ CRPD GC No. 6, a.a.O. Fn. 19, Abs. 1.

⁵¹ Degener in Baer et al., a.a.O. Fn. 18, S. 493.

⁵² Zudem als dritte und vierte Form die Belästigung und „Verweigerung angemessener Vorkehrungen“, CRPD GC No. 6, a.a.O. Fn. 19, Abs. 18.



behinderter Menschen im Vergleich zu anderen Menschen in ähnlichen Situationen aufgrund eines verbotenen Grundes. Als indirekt diskriminierend werden scheinbar neutrale Gesetze, Politiken oder Praktiken genannt, die sich für behinderte Menschen benachteiligend auswirken.⁵³ Dies entspricht dem Verständnis von Diskriminierung im deutschen Verfassungsrecht, wonach die direkte Diskriminierung als Anknüpfungsverbot⁵⁴ bzw. Begründungsverbot⁵⁵ zu verstehen ist und inzwischen auch die Figur der mittelbaren Diskriminierung anerkannt wird.⁵⁶ Gerade in Bezug auf die Kategorie Behinderung hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt mittelbare Diskriminierung als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG anerkannt.⁵⁷ Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften Personen wegen ihrer Behinderung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können.⁵⁸

Die DIVI-Richtlinien können als mittelbare Benachteiligung von behinderten oder älteren Menschen eingestuft werden, da die Priorisierung von Patient*innen sich nicht am Lebensalter oder an Behinderung, aber neben dem Patientenwillen am Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht orientieren soll.⁵⁹ Als dessen entscheidende Faktoren werden aktuelle Erkrankung, Komorbidität und allgemeiner Gesundheitszustand genannt.⁶⁰ Dabei werden verschiedene Parameter zur Anwendung empfohlen, wie z.B. die Clinical Frailty Scale (CFS).⁶¹ Letztere ist eine Gebrechlichkeitsskala, die den Gesundheitszustand einer (älteren) Person in neun Stufen von 1 (sehr fit) bis 9 (terminal erkrankt) einteilt.⁶²

Behinderte (und ältere) Menschen haben ein höheres Risiko, als Patient*innen mit schlechteren klinischen Erfolgsaussichten eingestuft zu werden, da sie aufgrund ihrer strukturellen Benachteiligung im Gesundheitswesen sowie aufgrund ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung bzw. aufgrund ihres Lebensalters häufiger als nicht-behinderte Patient*innen sekundär gesundheitlich beeinträchtigt sind, einen schlechteren allgemeinen Gesundheitszustand aufweisen können bzw. schneller akut erkranken. Sie gelten ja auch deshalb in der aktuellen COVID-19-Pandemie als Risikopatient*innen. Die Tatsache, dass einzelne behinderte oder ältere Patient*innen einen besseren gesundheitlichen Zustand als jüngere nicht-behinderte Patient*innen aufweisen können, ist für die mittelbare Diskriminierung unerheblich. Von der mittelbaren Diskriminierung werden scheinbar neutrale Maßnahmen erfasst, die sich mehrheitlich oder typischerweise negativ auf behinderte (oder ältere) Menschen auswirken.⁶³ Das ist bei der Anwendung der DIVI-Richtlinien eindeutig der Fall, wie sich aus den Kriterien ergibt, die in den

⁵³ CRPD GC No. 6, a.a.O. Fn. 19, Abs. 18 lit. a) und b).

⁵⁴ D.h., die Maßnahme darf nicht an die geschützte Kategorie anknüpfen, vgl. *Maunz/Dürig/Langefeld*, 91. EL April 2020, GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 21.

⁵⁵ D.h., dass die Ungleichbehandlung nicht begründet werden kann, ohne auf das Merkmal zu rekurrieren, vgl. v. *Mangoldt/Klein/Starck/Baer/Markard*, 7. Aufl. 2018, GG Art. 3 Rn. 426-431.

⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 19.1.1999 - 1 BvR 2161/94 (Testiermöglichkeit), BVerfGE 99, 341 (356 f.); v. *Mangoldt/Klein/Starck/Baer/Markard*, a.a.O. Fn. 55, GG Art. 3 Rn. 429 ff.; eher zurückhaltend, aber jedenfalls im Hinblick auf Behindertendiskriminierung zustimmend *Maunz/Dürig/Langefeld*, 91. EL April 2020, GG Art. 3 Abs. 3 b) Rn. 116.

⁵⁷ BVerfG, Beschluss vom 29.1.2019 (Wahlrechtsausschluss), a.a.O. Fn. 24, S. 1205; BVerfG, Beschluss vom 30.1.2020 (Blindenführhund), a.a.O. Fn. 17, S. 1283.

⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 30.1.2020 (Blindenführhund), a.a.O. Fn. 17, S. 1284.

⁵⁹ *DIVI*, a.a.O. Fn. 2.

⁶⁰ *DIVI*, a.a.O. Fn. 2

⁶¹ *DIVI*, a.a.O. Fn. 2.

⁶² *Deutsche Gesellschaft für Geriatrie e.V.*, Clinical Frailty Scale, online: https://www.divi.de/images/Dokumente/200331_DGG_Plakat_A4_Clinical_Frailty_Scale_CFS.pdf (Aufruf 2.12.2020).

⁶³ v. *Mangoldt/Klein/Starck/Baer/Markard*, a.a.O. Fn. 55 GG Art. 3 Abs.3 Rn 415; *Peters/König Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG Konkordanzkommentar, Rn. 76–77.



DIVI-Richtlinien „Indikatoren für eine schlechte Erfolgsaussicht intensivmedizinischer Maßnahmen“ genannt werden. Patient*innen, die regelmäßig beatmet werden und als gebrechlich iSd CFS gelten, gehören dazu.⁶⁴ Die CFS, so muss in diesem Zusammenhang betont werden, die klinische Deskriptoren und Piktogramme verwendet, wurde entwickelt, um Kliniker*innen ein leicht anwendbares Instrument zur Behandlung älterer Erwachsener nach dem Grad ihrer Verletzlichkeit an die Hand zu geben.⁶⁵ Behinderte Menschen, die unabhängig von ihrem Lebensalter auf persönliche Assistenz angewiesen sind, landen allein deshalb bei den Stufen 5 (geringgradig gebrechlich) bis 7 (ausgeprägt gebrechlich).

Damit müssen die DIVI-Richtlinien als mittelbar diskriminierend in Bezug auf behinderte (und ältere) Menschen eingestuft werden. Ob eine Rechtfertigung dieser mittelbaren Benachteiligung durch objektiv sachliche Gründe⁶⁶ oder im Hinblick eines Begründungsverbots durch strengere Maßstäbe gerechtfertigt werden kann,⁶⁷ ist hier unerheblich. Da die Benachteiligung bei der Priorisierungsentscheidung über intensivmedizinische Eingriffe mit großer Wahrscheinlichkeit tödliche Folgen hat, kommt eine Rechtfertigung dieser mittelbaren Diskriminierung nicht in Betracht.⁶⁸

Dass die DIVI-Richtlinien keiner diskriminierenden Absicht folgen, da die Priorisierung „ausdrücklich *nicht* in der Absicht [erfolgen soll] Menschenleben zu bewerten“⁶⁹ und kalendarisches Alter sowie Behinderung ausdrücklich als nicht zulässige Priorisierungskriterien in den Richtlinien genannt werden,⁷⁰ ist für die Einordnung als direkte oder indirekte Diskriminierung ohne Belang. Es kommt nicht (mehr) darauf an, ob die Benachteiligung gewollt ist oder ob eigentlich ganz andere Ziele verfolgt werden.⁷¹ Es kommt auf die Handlung bzw. Maßnahme selbst und ihre Wirkung an. Wie dargestellt, führt die Umsetzung der DIVI-Richtlinien dazu, dass behinderte und ältere Patient*innen, die intensivmedizinischer Behandlung bedürfen, eine geringere Chance haben, gerettet zu werden. Der UN BRK-Fachausschuss hat in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 6 bekräftigt, dass die Vorenthaltung oder Versagung von Gesundheitsdiensten behinderten Menschen gegenüber eine Verletzung der Konventionsvorschriften Art. 5 und Art. 25 UN BRK darstellt.⁷²

Priorisierungsentscheidungen nach den DIVI-Richtlinien basieren auf der Annahme, von behinderten und älteren Menschen könne ein Sonderopfer zugunsten der Allgemeinheit verlangt werden. Sie sind mit den verfassungs- und menschenrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. Die Grund- und Menschenrechte sind derartigen utilitaristischen Ressourcenzuteilungen nicht zugänglich, da sie exklusiv individuelle Rechte darstellen.

⁶⁴ DIVI, a.a.O. Fn. 2.

⁶⁵ Juma, Salina, Taabazuing, Mary-Margarete, Montero-Odasso, Manuel, Clinical Frailty Scale in an Acute Medicine Unit: a Simple Tool That Predicts Length of Stay, *Can Geriatr J* 19 (2016), S. 34 (35).

⁶⁶ Peters/König Dörr/Grote/Marauhn, a.a.O. Fn. 63 Rn. 78–82; BVerfG, Beschluss vom 30.1.2020 (Blindenführhund) a.a.O. Fn 17, S. 1284.

⁶⁷ v. Mangoldt/Klein/Starck/Baer/Markard, a.a.O. Fn. 55, GG Art. 3 Rn. 432–436.

⁶⁸ BVerfG, Urteil vom 15.2.2006, a.a.O. Fn. 36.

⁶⁹ DIVI, a.a.O. Fn. 2 (Hervorh. d. Verf.).

⁷⁰ DIVI, a.a.O. Fn. 2.

⁷¹ v. Mangoldt/Klein/Starck/Baer/Markard, a.a.O. Fn. 55, Rn. 428 m.W.n.; CRPD GC No. 6, a.a.O. Fn. 19, Abs. 18 lit. a).

⁷² CRPD GC No. 6, a.a.O. Fn. 19, Abs. 66.



- b. **Frage Sieben des BVerfG:** Welchen Stellenwert hat die klinische Erfolgsaussicht der Behandlung bei der Triage? Welche Rolle spielen Behinderungen und chronische Vorerkrankungen bei dieser Entscheidung? Wäre es denkbar, das Kriterium der Erfolgsaussicht durch ein anderes Kriterium zu ersetzen oder genauer zu fassen, das den Bedürfnissen aller Behandlungsbedürftigen gerecht wird?

Neben der Dringlichkeit der Behandlungsbedürftigkeit ist das Kriterium der Erfolgsaussicht eines der wichtigsten Kriterien bei Priorisierungsentscheidungen (sog. Triage oder Sichtung) in der Katastrophenmedizin⁷³ sowie bei der Organallokation in der Transplantationsmedizin.⁷⁴

Unter Dringlichkeit wird in der Regel die Notwendigkeit einer medizinischen Behandlung verstanden, wobei in der Katastrophenmedizin die Patient*innen in vier Kategorien je nach Grad der Dringlichkeit ihrer Behandlungsbedürftigkeit im Hinblick auf Lebensbedrohung eingeteilt werden. Die Patient*innen der Kategorie IV werden als am meisten akut lebensbedrohlich erkrankt oder verletzt eingestuft.⁷⁵

Unter Erfolgsaussicht wird in der Regel die Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung verstanden. Allerdings gibt es unterschiedliche Ansichten, was als Erfolg gesehen wird: das „nackte Überleben“ oder ein Überleben mit möglichst wenig gesundheitlichen Folgebeeinträchtigungen, die Anzahl der Lebensjahre oder andere Faktoren.⁷⁶

Das Verhältnis der beiden Kriterien Dringlichkeit und Erfolgsaussicht zueinander wird als strukturell widersprüchlich bzw. tendenziell gespannt beschrieben.⁷⁷ Denn nach dem Kriterium der Erfolgsaussicht werden Patient*innen der Kategorie IV in der Triage als sogenannte hoffnungslose Fälle nicht bzw. nur „abwartend“⁷⁸ behandelt, obwohl sie eigentlich am dringendsten medizinische Hilfe benötigen. Verfassungsrechtlich gilt diese Situation als Dilemma und wird je nach Interpretation (der Wertordnung) unserer Verfassung als rechtlich zulässig angesehen, weil die Maximierung der Überlebendenzahl als zulässiges verfassungsrechtliches Ziel eingestuft wird, oder aufgrund des Gebots der Lebenswertindifferenz und weiterer nicht-utilitaristischer Zielsetzungen der Verfassung abgelehnt.⁷⁹

Behinderung und chronische Vorerkrankung können bei der Anwendung des Kriteriums der klinischen Erfolgsaussicht eine benachteiligende Rolle spielen, wie am Beispiel der DIVI-Richtlinien und deren Zugrundelegung der CFS sowie des Komorbiditätskriteriums bereits dargelegt wurde. Andere mittelbar diskriminierenden Faktoren zur Bestimmung der Erfolgsaussichten wären die zu erwartenden Lebensjahre, da chronische Erkrankungen oder Behinderungen mit einer Lebensverkürzung verbunden sein können. Auch die Anwendung der insbesondere in der US-amerikanischen Medizin entwickelten QUALYS (quality adjusted life years scale) ist tendenziell behinderend/diskriminierend. Danach werden die Überlebensjahre mit dem Faktor der Lebensqualität multipliziert, wobei Behinderungen und chronische Erkrankungen

⁷³ Laufs, Adolf, Kern, Bernd-Rüdiger, Rehborn, Martin, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl., 2019, Rn. 34 ff; Brech, Alexander, Triage und Recht, Berlin 2008.

⁷⁴ Schroth, Ulich, König, Peter, Gutmann, Thomas, Oduncu, Fuat, Transplantationsgesetz (TPG), 1. Aufl., 2005, Vor §12, S. 2 ff.

⁷⁵ Brech, a.a.O. Fn. 73, S. 258 ff.

⁷⁶ Brech, a.a.O. Fn. 73, S. 261 ff.

⁷⁷ Brech, a.a.O. Fn. 73, S. 208; Laufs, Kern, Rehborn, a.a.O. Fn. 73.

⁷⁸ Brech, a.a.O. Fn. 73, S. 53.

⁷⁹ Fateh-Moghadam, Gutmann, a.a.O. Fn. 37, S. 3–4; für bestimmte Konstellationen auch: Engländer, Zimmermann, a.a.O. Fn. 25, S. 1405; Kischel BeckOK Grundgesetz: Art. 3 GG: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, Stand: 15.08.2020, Rn. 67.



regelmäßig als Minderung der Lebensqualität eingestuft werden.⁸⁰ Die Anwendung dieser und vergleichbarer Faktoren und Kriterien bei der Entscheidung über (intensiv-)medizinische Behandlungen in der COVID-19-Pandemie wurden deshalb aktuell durch europäische,⁸¹ US-amerikanische⁸² und internationale Behindertenorganisationen⁸³ als diskriminierend verurteilt.⁸⁴

Allerdings wird für die Triage-Situation auch von Kritiker*innen des utilitaristischen Ansatzes der Maximierung der Überlebendenzahl anerkannt, dass das Dringlichkeitsprinzip allein nicht ausreicht, um die schwierige Frage zu beantworten, wie limitierte medizinische Ressourcen für eine zu große Anzahl von Behandlungsbedürftigen gerecht verteilt werden sollen. Daher wird das Kriterium der Erfolgsaussicht – jedenfalls für die Ex-ante-Triage – unter Einschränkung auf sehr hoffnungslose Fälle und qualifiziert durch Rückgriff auf das Nichtdiskriminierungsgebot des Art. 3 Abs. 3 GG für zulässig erachtet.⁸⁵ Danach wäre das Kriterium der Erfolgsaussicht in Kombination mit dem Dringlichkeitsprinzip anwendbar, wenn a) sichergestellt ist, dass keine von Diskriminierung bedrohten Gruppen – wie z.B. behinderte und chronisch kranke Personen – direkt oder indirekt benachteiligt werden und b) nur für einen kleinen Kreis sehr aussichtsloser Fälle vom Dringlichkeitsgebot abgewichen würde. Freilich sind beide Voraussetzungen selbst wieder nicht bestimmt genug, um im Einzelfall eine menschenrechtsbasierte Entscheidung zu treffen. Insbesondere bleibt unklar, wie die Grenze zur Aussichtslosigkeit gezogen werden soll. Es sprechen einige Gründe dafür, dass diese Grenzziehung nicht normativ erfolgen kann, ohne das Prinzip der Lebenswertindifferenz aufzugeben. Insbesondere im Hinblick auf die bereits bestehende strukturelle Benachteiligung behinderter Menschen im Gesundheitssystem⁸⁶ und dem immer noch vorherrschenden medizinischen Modell von Behinderung⁸⁷ erscheint das Kriterium der Erfolgsaussicht in Triage-Situationen als tendenziell diskriminierend. Es ist auch fraglich, ob das Kriterium der Erfolgsaussicht überhaupt notwendig ist, wenn das Kriterium der Dringlichkeit angewendet und durch weitere menschenrechtsbasierte Kriterien ergänzt wird. Die Dringlichkeit der Behandlung entfällt, wenn nach medizinischen Erkenntnissen eine Behandlung aussichtslos ist. Eine weitere Sortierung von Patient*innen nach Erfolgskriterien ist tendenziell diskriminierend und deshalb abzulehnen.⁸⁸

Erst recht scheidet eine Ex-post-Triage nach Erfolgskriterien aufgrund strafrechtlicher und menschenrechtlicher Vorgaben aus.

Als Ergänzung des Kriteriums der Dringlichkeit aus menschenrechtlicher Perspektive kämen das Kriterium der Nichtdiskriminierung und das Kriterium der Randomisierung in Betracht.

⁸⁰ Brech, a.a.O. Fn. 73, S. 266 f.

⁸¹ *European Disability Forum*, FAQ: COVID19 and disability organisations, online: <http://www.edf-feph.org/covid19faq> (Aufruf 8.11.2020).

⁸² *Disability Rights Education and Defense Fund*, Preventing Discrimination in the Treatment of COVID-19 Patients: The Illegality of Medical Rationing on the Basis of Disability, 25.3.2020, online: <https://dredf.org/wp-content/uploads/2020/03/DREDF-Policy-Statement-on-COVID-19-and-Medical-Rationing-3-25-2020.pdf> (Aufruf 10.12.2020).

⁸³ *International Disability Alliance*, Toward a Disability-Inclusive COVID19 Response: 10 recommendations from the International Disability Alliance, 19.3.2020, online: https://www.internationaldisabilityalliance.org/sites/default/files/ida_recommendations_for_disability-inclusive_covid19_response_final.pdf (Aufruf 10.12.2020).

⁸⁴ Lithander, Fiona E. et al., COVID-19 in older people: a rapid clinical review, *Age Ageing* 49 (2020), S. 501.

⁸⁵ Brech, a.a.O. Fn. 73, S. 271; Laufs, Kern, Rehborn, a.a.O. Fn. 73, S. 34–50 (Rn. 34).

⁸⁶ Vgl. BRK-Allianz, a.a.O. Fn. 22.

⁸⁷ D.h. der Reduzierung behinderter Individuen auf ihre gesundheitliche Beeinträchtigung.

⁸⁸ Zustimmend Fateh-Moghadam, Gutmann, a.a.O. Fn. 37; Engländer, Zimmermann, a.a.O. Fn. 25, S. 1398; Lindner, Josef F., Die „Triage“ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, *MedR* 38 (2020), S. 723 (727).



Die Umsetzung des Nichtdiskriminierungsgebots im Kontext von Behinderung sollte dabei nicht durch ein simples Verbot erfolgen, da dieses – insbesondere in für Pandemien typischen Stresssituationen – schnell zu einer Leerformel verkommen kann. Es könnte aber unter Berücksichtigung der Vorgaben der UN BRK, insbesondere Art. 5, 11 und 25 UN BRK, zu folgenden Regeln bzw. Faktoren⁸⁹ für Richtlinien für Priorisierungsentscheidungen in Pandemie-Zeiten führen:

- a) Vorurteile und Stereotypen über behinderte oder chronisch kranke Menschen dürfen keine Rolle spielen.
- b) Die Verweigerung intensivmedizinischer Maßnahmen aufgrund einer medizinischen Behinderungsdiagnose oder aufgrund funktionaler gesundheitlicher Beeinträchtigung ist unzulässig.
- c) Lebensqualitätseinstufungen wie QUALYS sind im Rahmen von Priorisierungsentscheidungen über intensivmedizinische Maßnahmen unzulässig.
- d) Überlebenserwartungen – weder langfristige noch mittelfristige – sollten keine Rolle spielen dürfen.
- e) Kurzfristige Überlebenserwartung – im Sinne einer Einschätzung der Frage, ob die Behandlung aussichtslos ist – darf nur dann eine Rolle spielen, wenn für Menschen mit Behinderung oder chronische Erkrankungen angemessene Vorkehrungen für eine individuelle Einschätzung basierend auf objektiver Evidenz vorgesehen sind.
- f) Wenn für die Frage der Aussichtslosigkeit der intensivmedizinischen Behandlung Werkzeuge wie SOFA⁹⁰ eingesetzt werden, müssen angemessene Vorkehrungen für eine individuelle Einschätzung basierend auf objektiver Evidenz für behinderte und chronisch kranke Menschen vorgesehen werden.
- g) Wenn Priorisierungen von der Dauer der Behandlung oder deren Kosten abhängig gemacht werden, müssen ebenfalls Modifizierungen im Sinne angemessener Vorkehrungen für behinderte und chronisch kranke Menschen vorgesehen werden, insbesondere Menschen, die im Alltag auf Beatmung angewiesen sind, dürfen nicht benachteiligt werden.
- h) Angemessene Vorkehrungen im Sinne von Ausnahmen von Besuchsregelungen sind ebenfalls notwendig für behinderte Personen, die auf persönliche Assistenz oder Dolmetscher*innen angewiesen sind.
- i) Barrierefreie, effektive Kommunikation mit den Patient*innen (und ggf. ihren Angehörigen) ist durch angemessene Vorkehrungen, wie z.B. Dolmetschung in Gebärdensprache, Leichter Sprache oder andere Kommunikationsweisen, sicherzustellen; es ist die wichtigste Voraussetzung, um den Patientenwillen festzustellen.

Im Hinblick auf das zweite Kriterium der Randomisierung ist zwischen dem Losverfahren (Lotterie), dem Prioritätsprinzip (wer zuerst kommt, mahlt zuerst) und der Warteliste (Allokation von Organen)

⁸⁹ Diese orientieren sich an den US-amerikanischen Antidiskriminierungsrichtlinien, die Behindertenorganisationen im Kontext der gerichtlichen Klagen gegen diskriminierende Triage-Richtlinien entwickelt haben; vgl. *Bagenstos, Samuel et al.*, Applying HHS's Guidance for States and Health Care Providers on Avoiding Disability-Based Discrimination in Treatment Rationing, 3.4.2020, online: http://thearc.org/wp-content/uploads/2020/04/Guidance-to-States-Hospitals_FINAL.pdf (Abruf 10.12.2020); *Bagenstos, Samuel et al.*, Evaluation Framework for Crisis Standard of Care Plans, 9.4.2020, Update 6.5.2020, online: <http://www.bazelon.org/wp-content/uploads/2020/05/Updated-evaluation-framework-5.6.20.pdf> (Abruf 10.12.2020).

⁹⁰ SOFA-Score ist die Abkürzung für sepsis-related organ failure assessment score, manchmal auch sequential organ failure assessment score. Dieser Score wird benutzt, um den Zustand eines Patienten mit Sepsis und das Ausmaß der Organschädigung im Verlauf einer Behandlung auf der Intensivstation zu beschreiben, vgl. *DIVI*, a.a.O. Fn. 2, S. 11 m.W.n.



zu unterscheiden.⁹¹ Problematisch bei allen drei Verfahren ist, dass sie immer zu einer Benachteiligung derjenigen Personen führen, die leer ausgehen. Sie bleiben ihrem „Schicksal“ überlassen, was im Fall der Triage eben tödliche Folgen hat. In den Numerus-Clausus-Entscheidungen hat das BVerfG⁹² auch auf die Bedeutung des Sozialstaatsgebots aus Art. 20 Abs. 1 GG in diesem Zusammenhang verwiesen und strenge Anforderungen für die „Zuteilung von Lebenschancen“ aufgestellt, die sich insbesondere auch an dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu orientieren haben. Das gilt umso mehr, je schwerer der Grundrechtseingriff durch die Anwendung von Randomisierungskriterien ist.⁹³ Für Triageentscheidungen, bei denen es um Überlebens- und Gesundheitschancen geht, sind deshalb die Wertungen der Grund- und Menschenrechte (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG iVM Art. 5, 10, 11, 25 UN BRK) zu berücksichtigen. Es reicht daher nicht, dass die Verfahren frei von Willkür und utilitaristischen Erwägungen sind. Sie müssen auch dahingehend überprüft werden, ob sie ihrerseits (mittelbar) diskriminierend sind.

Daher ist im Hinblick auf das Prioritätsprinzip zu bedenken, dass es prinzipiell jene privilegiert, die schnelleren Zugang zum Krankenhaus finden. Das sind behinderte Menschen aufgrund der strukturellen Zugangsbarrieren im Gesundheitssystem bzw. aufgrund ihrer persönlichen ökonomischen Situation oft nicht.⁹⁴ Das Losverfahren hat den Nachteil, dass es ebenfalls diejenigen begünstigt, die es bereits geschafft haben, die Schwelle des Krankenhauses zu erreichen. Zudem mag es für die Praxis der Intensivmedizin unter Pandemiebedingungen schlicht unrealistisch sein, ständig neu entscheiden zu müssen, wer an dem Losverfahren teilnimmt und wer nicht, da zu jeder Zeit und ständig behandlungsbedürftige Patient*innen an der Krankenhausporte eintreffen.⁹⁵ Bei der Warteliste ist zu bedenken, dass das Warten für einige Menschen besonders harte Konsequenzen hat oder Zugangschancen von vorneherein verwehrt. So werden in der Allokationsmedizin jedenfalls unter Berücksichtigung des individuellen Dringlichkeitsprinzips und des Anspruchs auf chancengleichen Zugang z.B. für bestimmte vulnerable Gruppen (z.B. Kinder und Diabetiker*innen oder hochimmunisierte Patient*innen) ausgleichende Maßnahmen durch Privilegierung in der Warteliste vorgenommen.⁹⁶

Trotz dieser Bedenken ist das Randomisierungskriterium als zulässiges, menschenrechtsbasiertes Triage-Kriterium einzustufen, da es prinzipiell anti-utilitaristisch und lebenswertindifferent ist.⁹⁷ Im Hinblick auf die Berücksichtigung struktureller Benachteiligungen kann in diesem Zusammenhang auch eine Quotenregelung angedacht werden, nach der eine bestimmte Anzahl von Intensivbetten für behinderte Personen (und andere zu berücksichtigende Gruppen) reserviert würden, die dann nach dem Zufallsprinzip verteilt würden. Dieses als pluralistische, inklusive Randomisierungslösung⁹⁸ entwickelte Modell könnte auf Art. 5 Abs. 4 UN BRK gestützt werden, wonach Fördermaßnahmen, die der Herbeiführung der de facto Gleichberechtigung behinderter Menschen dienen, nicht als Diskriminierung gelten. Sie würde dem inklusiven Gleichheitsmodell der UN BRK und dessen vier Dimensionen (gerechte Distribution, Anerkennung, Partizipation und Diversitätsanpassungen) entsprechen.⁹⁹ Quotenregelungen sind dem deutschen Behindertenrecht

⁹¹ *Schroth, König, Gutmann, Oduncu*, a.a.O. Fn. 74, S. 42 ff.; *Brech*, a.a.O. Fn. 73, S. 304 ff.

⁹² BVerfG, Urteil vom 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 (numerus clausus, numerus clausus I), BVerfGE 33, 303 (345 f.); BVerfG, Beschluss vom 22.6.1977 – 1 BvL 23/75, BVerfGE 45, 393 (399).

⁹³ *Jarass, Hans D.*, Losverfahren und Grundrechte, NVwZ 2017, S. 273.

⁹⁴ *Hellman, Deborah, Nicholson, Kate*, Rationing and Disability, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-33, S. 42, online: <https://ssrn.com/abstract=3570088> (Abruf 10.12.2020).

⁹⁵ *Brech*, a.a.O. Fn. 73, S. 305.

⁹⁶ *Schroth, König, Gutmann, Oduncu*, a.a.O. Fn. 74, Rn. 50.

⁹⁷ *Engländer, Zimmermann*, a.a.O. Fn. 25, S. 1404; *Brech*, a.a.O. Fn. 73, S. 302; *Fateh-Moghadam, Gutmann*, a.a.O. Fn. 37.

⁹⁸ *Hellman, Nicholson*, a.a.O. Fn. 94, S. 43.

⁹⁹ CRPD GC No. 6, a.a.O. Fn. 19, Abs. 11.



nicht fremd,¹⁰⁰ müssten aber für den Kontext der Triage mit strafrechtlichen Grenzen abgewogen werden.¹⁰¹

- c. **Frage Acht des BVerfG:** Welche Regelungen gibt es in anderen Ländern, die im Gesundheitswesen im Fall einer Triage Anwendung finden?

In mehreren Ländern finden sich Richtlinien nicht-öffentlicher medizinischer Organisationen zum Vorgehen im Fall einer Triage, die sich an Entscheidungsträger richten. Diese Regelungen sind vergleichbar mit den DIVI-Richtlinien.¹⁰² Einigen gemein ist die Abstimmung auf die Erfolgsaussichten einer Behandlung, insbesondere mit Rücksicht auf eine Bewertung der individuellen Gebrechlichkeit der Patient*innen anhand der CFS, während andere solche Kriterien für unzulässig erklären. Internationale Erhebungen und Berichtssammlungen¹⁰³ deuten darauf hin, dass das medizinische Modell von Behinderung auch in der COVID-19-Pandemie handlungsleitend für politische Entscheidungsträger*innen und medizinische Fachgesellschaften ist. Der Wechsel zum menschenrechtlichen Modell von Behinderung und die normativen Vorgaben aus Art. 5 (Nichtdiskriminierung), 10 (Leben), 11 (humanitäre Krisen), 25 (Gesundheit) UN BRK sind in den meisten Ländern in der COVID-19-Pandemie noch nicht angekommen. Deshalb sahen sich der Generalsekretär der Vereinten Nationen und die eingangs zitierten Organe und Mandatsträger des UN Menschenrechtssystems sowie die WHO¹⁰⁴ veranlasst, entsprechende Aufrufe und Empfehlungen zu verabschieden. Angesichts des hohen Ratifikationsstandes der UN BRK – die mit 182 Vertragsstaaten¹⁰⁵ fast universale Anerkennung gefunden hat – ist eine menschenrechtsbasierte inklusive Corona-Politik der normative internationale Standard. Erste rechtliche Schritte, die durch Behindertenorganisationen in verschiedenen Ländern, unter Berufung auf nationales Antidiskriminierungsrecht und internationalen Menschenrechtsstandard unternommen wurden, haben inzwischen in folgenden Ländern zu rechtlichen und politischen Korrekturen geführt.

Australien

Die australische Regierung hat mit dem Advisory Committee for the COVID-19 Response for People With Disability ein Komitee eingeführt, das den Chief Medical Officer über die speziellen medizinischen Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen während der COVID-19-Pandemie informiert und berät.¹⁰⁶ Darunter fällt auch der Zugang zu Tests, Prävention und Behandlung für Menschen mit Behinderungen.¹⁰⁷ Das australische Gesundheitssystem verfügt als Richtlinie zudem über den Management and Operational Plan for People With Disability. Darin ist als Zielsetzung ausdrücklich ein gerechter Zugang zu Behandlung und Intensivbehandlung auch für Menschen mit Behinderungen während der COVID-19-Pandemie vorgesehen.¹⁰⁸

¹⁰⁰ Vgl. §§ 154 ff SGB IX.

¹⁰¹ Rönna, Thomas, Wegner, Kilian, Grundwissen – Strafrecht: Triage, JuS 2020, S. 403 (406 f.).

¹⁰² DIVI, a.a.O. Fn. 2.

¹⁰³ Brennan, a.a.O. Fn. 8; *International Disability Alliance*, Voices of People with Disabilities During the COVID19 Outbreak, online: <https://www.internationaldisabilityalliance.org/content/voices-people-disabilities-during-covid19-outbreak> (Aufruf 8.12.2020); *European Disability Forum*, Covid-19-resources, online: <http://edf-feph.org/covid19> (Aufruf 8.12.2020).

¹⁰⁴ Vgl. Fn. 5 und 14.

¹⁰⁵ https://treaties.un.org/pages/Home.aspx?clang=_en (Aufruf 8.12.2020).

¹⁰⁶ *Australian Government Department of Health*, Advisory Committee for the COVID-19 Response for People With Disability, online: <https://www.health.gov.au/committees-and-groups/advisory-committee-for-the-covid-19-response-for-people-with-disability> (Aufruf 10.12.2020).

¹⁰⁷ Ebd.

¹⁰⁸ *Australian Government Department of Health*, Management and Operational Plan for People With Disability, S. 35, online: <https://www.health.gov.au/sites/default/files/documents/2020/09/management-and->



Kanada

Die kanadische Regierung wird im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie zu spezifischen Fragestellungen, Strategien und Maßnahmen von der eigens zu diesem Zweck gegründeten COVID-19 Disability Advisory Group beraten. Dieser gehören unter anderem Menschen mit Behinderungen sowie repräsentative Organisationen an, die die Beachtung der Rechte von Menschen mit Behinderungen bei den Entscheidungen der Regierung sicherstellen sollen.¹⁰⁹

San Marino

In der Republik San Marino hat das National Bioethics Committee Leitlinien zum Verfahren im Fall einer Triage während der COVID-19-Pandemie verfasst, die ausdrücklich verbieten, eine Auswahl von Patient*innen an Kriterien wie einer Behinderung festzumachen. Das Komitee bezeichnet ein solches Vorgehen als inakzeptable Menschenrechtsverletzung.¹¹⁰

Vereinigte Staaten von Amerika (USA)

Das Office for Civil Rights des Ministeriums für Gesundheitspflege und Soziale Dienste der Vereinigten Staaten von Amerika hat ein Bulletin mit Richtlinien zur COVID-19-Pandemie veröffentlicht. Darin heißt es, dass man Patient*innen nicht aufgrund bestehender oder nicht bestehender Behinderungen oder damit verbundener Wertungen den Zugang zu medizinischer Hilfe versagen dürfe.¹¹¹ Die Organisation Autistic Self Advocacy Network (ASAN) hat am 03.04.2020 gemeinsam mit anderen Organisationen ein Dokument mit detaillierten Erklärungen, Anleitungen zur Interpretation des Bulletins und weitergehenden Vorschlägen und Anweisungen für die amerikanischen Staaten, Krankenhäuser und andere Entscheidungsträger veröffentlicht,¹¹² unter anderem fordert die Organisation eine Antidiskriminierungsklausel als Grundlage aller Pläne zur Verteilung medizinischer Ressourcen.¹¹³ Aufbauend auf diesem Dokument veröffentlichten die Organisationen am 30.11.2020 ein aktualisiertes Dokument zur Beratung von Entscheidungsträgern, das insbesondere die Vereinbarkeit der aufzustellenden Pläne mit den Gesetzen über die Rechte von Personen mit Behinderungen und andere Bürgerrechte sicherstellen soll.¹¹⁴

Die Bürgerrechtsorganisation Disability Rights Education & Defense Fund (DREDF) hat darüber hinaus auf zahlreiche US-amerikanische Antidiskriminierungsgesetze, die die kategorische Verweigerung medizinischer Ressourcen aufgrund von Behinderungen und ähnlicher körperlicher Faktoren verbieten (Bsp.: Americans With Disabilities Act), und dazu ergangene Gerichtsurteile aufmerksam gemacht.¹¹⁵

operational-plan-for-people-with-disability.pdf (Aufruf 10.12.2020).

¹⁰⁹ *Government of Canada*, Backgrounder: COVID-19 Disability Advisory Group, online: <https://www.canada.ca/en/employment-social-development/news/2020/04/backgrounder--covid-19-disability-advisory-group.html> (Aufruf 10.12.2020); *United Nations Human Rights*, COVID-19 and the Rights of Persons With Disabilities: Guidance, online: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/COVID-19_and_The_Rights_of_Persons_with_Disabilities.pdf (Aufruf 10.12.2020).

¹¹⁰ *Republic of San Marino National Bioethics Committee*, Answer to the Requested Urgent Opinion on Ethical Issues Regarding to the Use of Invasive Assisted Ventilation in Patients All Age With Serious Disabilities in Relation to COVID-19 Pandemic.

¹¹¹ *HHS Office for Civil Rights in Action*, BULLETIN: Civil Rights, HIPAA, and the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), S. 1, online: <https://www.hhs.gov/sites/default/files/ocr-bulletin-3-28-20.pdf> (Aufruf 10.12.2020); *United Nations Human Rights*, a.a.O. Fn. 109.

¹¹² *ASAN*, Fighting Discrimination in COVID-19 Treatment, online: <https://autisticadvocacy.org/2020/04/fighting-discrimination-in-covid-19-treatment/> (Aufruf 10.12.2020).

¹¹³ *Bagenstos et al.*, Guidance, a.a.O. Fn. 89, S. 2.

¹¹⁴ *Bagenstos et al.*, Evaluation Framework, a.a.O. Fn. 89.

¹¹⁵ *DREDF*, a.a.O. Fn. 82.



Eine jüngst von der Konrad-Adenauer-Stiftung in neun europäischen Staaten unter führenden Intensivmediziner*innen durchgeführte Erhebung hat ergeben, dass die Ex-post-Triage mehrheitlich für unzulässig erachtet wird und die fachmedizinischen Richtlinien in Deutschland und Schweden hier insoweit eine Ausnahme bilden.¹¹⁶ Als weiterer Befund dieser aktuellen deutschen Studie ist festzuhalten, dass es in den wenigsten Ländern bisher gesetzliche Regelungen zur Frage der Triage in der COVID-19-Pandemie gibt und die Länder sich insoweit in einem dynamischen Lernprozess befinden, in dem die Sensibilität für medizin-ethische und rechtliche Fragen beständig wächst.¹¹⁷ Aus Sicht von BODYDYS ist dabei zu hoffen, dass sich insbesondere das Bewusstsein für das menschenrechtliche Modell von Behinderung und die Vorgaben der UN BRK schärft.

- d. **Frage Neun des BVerfG:** Sollte die Triage in Deutschland gesetzlich geregelt werden? Welche Vor- bzw. Nachteile wären damit verbunden?

Eine gesetzliche Regelung der Triage würde den Pflorgeteams auf den Intensivstationen der Krankenhäuser mehr Rechtssicherheit geben und sie z.T. auch entlasten. Eine gesetzliche Grundlage für Priorisierungsentscheidungen bei der (intensiv-)medizinischen Behandlung im Rahmen der COVID-19-Pandemie ist zudem bereits nach dem rechtsstaatlichen Vorbehalt des Grundgesetzes nach Art. 20 Abs. 3 und der daraus entwickelten Wesentlichkeitsrechtsprechung erforderlich. Danach hat die Legislative die wesentlichen Regelungen für die Grundrechtsverwirklichung selbst und durch Gesetz zu treffen. Sie darf die Regelungen, soweit sie staatlicher Kodifizierung zugänglich sind, nicht der Exekutive, der Verwaltung oder anderen öffentlichen oder privaten Institutionen oder Organisationen überlassen.¹¹⁸ In den Numerus-Clausus-Entscheidungen des BVerfG¹¹⁹ wurde diese Wesentlichkeitstheorie im Hinblick auf die „Verteilung von Lebenschancen“ im Kontext der Vergabe von Studienplätzen entwickelt. Da es bei der Triage nicht nur um die Verteilung von Lebensverwirklichungschancen, sondern um das Überleben und damit um fundamentale Rechte, wie das Recht auf Leben (gem. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 S. 1, Art. 20 Abs. 1 GG iVm Art. 10 und 11 UN BRK), auf Schutz vor Diskriminierung (Art. 3 Abs. 3 GG iVm Art. 5 Abs. 2 und 3 UN BRK) und auf das Teilhaberecht auf chancengleiche Teilhabe an der medizinischen Versorgung (Art. 2 Abs. 2 GG iVm Art. 25 lit. a) und lit. f) UN BRK iVm § 39 SGB V) geht, müssen die wesentlichen Entscheidungen über Art und Ausmaß der Priorisierung, über die zulässigen Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis, ihre Grenzen und über das Verfahren durch die Gesetzgebung selbst getroffen werden.

Bereits im Rahmen der Allokation von Organen in der Transplantationsmedizin wird dies angemahnt. Nach dem Transplantationsgesetz erfolgt die Allokation von Organen durch eine Vermittlungsstelle, die vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der Bundesärztekammer und der Deutschen Krankenhausgesellschaft beauftragt wurde (Art. 12 Abs. 1 S.1 TPG). Sie vermittelt die Organe „nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patienten“. Seit geraumer Zeit wird diskutiert, dass diese gesetzliche Grundlage nicht den Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes genügt.¹²⁰

Den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft iSd § 12 TPG stellt die

¹¹⁶ *Gelinsky, Katja*, Triage-Empfehlungen grenzüberschreitend betrachtet, Berlin 2020, S. 13.

¹¹⁷ Ebd., S. 17.

¹¹⁸ BVerfG, Urteil vom 6.12.1972 – 1 BvR 230/70, BVerfGE 34, 165 (192 f.); BVerfG, Beschluss vom 28.10.1975 – 2 BvR 883/73, BVerfGE 40, 237 (249); BVerfG, Beschluss vom 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (126 ff.); BVerfG, Beschluss vom 12.5.1987 – 2 BvR 1226/83, BVerfGE 76, 1 (74 f.).

¹¹⁹ BVerfG, a.a.O. Fn. 92.

¹²⁰ *Schroth, König, Gutmann, Oduncu*, a.a.O. Fn. 74; *Brech*, a.a.O. Fn. 73, S. 385.



Bundesärztekammer (BÄK) in Richtlinien fest, unter anderem zu den Regeln zur Aufnahme in die Warteliste nach § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TPG (§ 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TPG) und zu den Regeln zur Organvermittlung nach § 12 Abs. 3 S. 1 TPG (§ 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 TPG). Problematisch ist dabei insbesondere, dass die BÄK dabei nicht nur medizinische Fragestellungen behandelt, sondern auch ein „normative[s] Werte[n] und Abwäge[n]“¹²¹ über die Zuteilung von „knappen Gesundheits- und Lebenschancen“ vornimmt. Darin ist eine „Ausübung öffentlicher Gewalt“¹²² vergleichbar mit einer „Beleihung durch die gesetzliche Ermächtigung zu exekutiver Rechtsetzung“¹²³ zu sehen. Insbesondere aufgrund des Umstands, dass der Gesetzgeber im TPG keine Angaben zur Gewichtung der Kriterien „Erfolgsaussicht“ und „Dringlichkeit“ gemacht hat, steht der BÄK somit ein erheblicher Bewertungsspielraum zu; sie tritt dementsprechend an die Stelle des Gesetzgebers, ihre Richtlinien entfalten eine ähnliche Wirkung wie Rechtsnormen.¹²⁴ Die Regeln in den Richtlinien berühren die Grundrechte der betroffenen Patient*innen jedoch in besonders intensiver Weise. Mithin verstößt gerade § 12 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 TPG gegen den Vorbehalt des Gesetzes nach der Wesentlichkeitstheorie sowie die Notwendigkeit demokratischer Legitimation.¹²⁵ Auch die Ausgestaltung des Verfahrens zum Erlass von Richtlinien durch die BÄK hätte aus diesem Grund einer gesetzlichen Normierung bedurft.¹²⁶

Auch aus dem Gedanken der Diskriminierungsschutzpflicht des Staates aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG iVM Art 5 Abs. 2 und Art. 25 lit. f) UN BRK gebietet sich eine gesetzliche Regelung der Triage. Das ergibt sich zum einen aus dem soziologischen Befund der strukturellen Benachteiligung von behinderten Menschen im deutschen Gesundheitssystem.¹²⁷ Es ergibt sich aber auch aus den bisherigen Erfahrungen mit Allokationskriterien, die in Deutschland in „ärztlicher Selbstverwaltung“ aufgestellt wurden. Schaut man sich etwa die Richtlinien der BÄK über Aufnahmen in die Wartelisten für Organallokation im Hinblick auf die Situation behinderter und chronisch kranker Menschen genauer an, kommt man nicht umhin, auch darin mittelbare Benachteiligungen behinderter und chronisch kranker Menschen zu entdecken.

Bereits das in § 10 Abs. 3 S. 1 TPG festgelegte und in den Richtlinien der BÄK aufgegriffene Kriterium der Erfolgsaussicht einer Transplantation für die Aufnahme in die Warteliste kann zu Diskriminierungen führen.¹²⁸ Nach A.I.6. der jeweiligen Richtlinien¹²⁹ richtet sich die Aufnahme unter anderem danach, ob der gewünschte Erfolg zu erwarten sei. Dieser bestehe unter anderem im längerfristigen Überleben der Patient*innen sowie einer verbesserten Lebensqualität. Eine Abstimmung auf diese Punkte ist jedoch aus zwei Gründen bedenklich: Erstens haben grundsätzlich alle Patient*innen, bei denen eine Transplantation medizinisch indiziert ist, das Recht auf Zugang

¹²¹ *Schroth, König, Gutmann, Oduncu*, a.a.O. Fn. 74, § 16 Rn. 5.

¹²² Ebd.

¹²³ Ebd.

¹²⁴ Ebd., Rn. 6.

¹²⁵ Ebd.

¹²⁶ Ebd., Rn. 29.

¹²⁷ Vgl. Ausführungen in der Vorbemerkung, S. 4 f. sowie *BRK-Allianz*, a.a.O. Fn. 22.

¹²⁸ Vgl. Ausführungen zu Frage 7, S. 12 ff. sowie *Schroth, König, Gutmann, Oduncu*, a.a.O. Fn. 74.

¹²⁹ *Bundesärztekammer*, Richtlinien zur Organtransplantation gem. § 16 TPG – exemplarisch: zur Lebertransplantation, online: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/RL/RiliOrgaWIOvLeberTx20190924.pdf (Aufruf 10.12.2020); zur Lungentransplantation, online: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/RL/RiliOrgaWIOvLungeTx-ab20171107.pdf (Aufruf 10.12.2020); zur Nierentransplantation, online: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Niere_0912013.pdf (Aufruf 10.12.2020).



zur Warteliste,¹³⁰ zweitens folgt aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eine „Lebenswertindifferenz“¹³¹, die eine Beurteilung mehrerer Patient*innen nach ihrem vermeintlichen Lebenswert verbietet.

Darüber hinaus enthalten die Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung der BÄK weitere mittelbar diskriminierende Vorgaben. So sehen die Richtlinien jeweils in A.I.4. sog. Kontraindikationen einer Organtransplantation vor, die einer Aufnahme in die Warteliste entgegenstehen können.¹³² Diese sollen insbesondere im Falle einer erheblichen Erhöhung des Operationsrisikos oder einer Infragestellung des längerfristigen Erfolgs der Transplantation vorliegen. Ein Grund dafür soll etwa eine schwerwiegende Erkrankung anderer Organe sein.¹³³ Diese Richtlinien sind daher vergleichbar mit den DIVI-Richtlinien, indem sie mittelbar gegen behinderte und chronisch kranke Transplantationskandidat*innen diskriminieren.¹³⁴ Problematisch ist auch ein weiteres Kriterium in den Richtlinien, die sog. Compliance; diese meint die „Bereitschaft und Fähigkeit, an den erforderlichen Vor- und Nachuntersuchungen und -behandlungen mitzuwirken“¹³⁵. Eine anhaltend fehlende Compliance soll einen Ausschluss der Transplantation bedeuten. Ein Mangel an Compliance kann schon durch sprachliche Schwierigkeiten bedingt sein.¹³⁶ Auch diese Vorgaben diskriminieren behinderte Menschen mittelbar.

Eine weiterer Grund, warum die Triage gesetzlich geregelt werden sollte, ist die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 S.1 iVm Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG.¹³⁷ Angesichts der Tatsache, dass vermehrt in medizinischen und juristischen Expert*innenkreisen mehr oder weniger utilitaristische Erwägungen zur Rechtfertigung des Gebots der Maximierung der Zahl der Überlebenden zu Lasten der individuellen Menschenrechte vorgetragen werden,¹³⁸ wäre ein menschenrechtsbasiertes „Triage“-Gesetz ein wichtiger Beitrag zum Lebensschutz behinderter Menschen und anderer vulnerabler Gruppen.

Auch der Diskriminierungsschutzauftrag aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG iVm Art. 5 Abs. 2 und Art. 25 lit. f) UN BRK spricht für eine gesetzliche Regelung der Triage. Soweit die Meinung vertreten wird, aus dem Völkerrecht könne keine Antidiskriminierungsschutzpflicht der Legislative abgeleitet werden,¹³⁹ so ist dem entgegenzuhalten, dass jedenfalls die UN BRK klare Schutzaufgaben an die Legislative erteilt. Nach Art. 4 Abs. 1 lit. a), d) und e) UN BRK hat sich Deutschland verpflichtet, alle geeigneten Gesetzgebungsmaßnahmen zur Umsetzung der in der UN BRK anerkannten Rechte zu treffen; dafür Sorge zu tragen, dass die staatlichen Behörden und öffentlichen Einrichtungen im Einklang mit der UN BRK handeln und alle geeigneten Maßnahmen zur

¹³⁰ *Schroth, König, Gutmann, Oduncu*, a.a.O. Fn. 74, § 12 Rn. 43 und § 16 Rn. 13.

¹³¹ Vgl. Ausführungen zu Frage 6, S. 8, zu Frage 7, S. 12 f. sowie *Fateh-Moghadam, Gutmann*, a.a.O. Fn. 37.

¹³² Vgl. *Bundesärztekammer*, a.a.O. Fn. 129.

¹³³ Ebd.

¹³⁴ Vgl. Ausführungen zu Frage 6, S. 10 f.

¹³⁵ *Schroth, König, Gutmann, Oduncu*, a.a.O. Fn. 74, § 16 Rn. 16.

¹³⁶ Ebd.

¹³⁷ Vgl. Ausführungen zu Frage 6, S. 8.

¹³⁸ *Laufs, Kern, Rehborn*, a.a.O. Fn. 73, S. 34–50; *Brech*, a.a.O. Fn. 73, S. 248; *Mello, Michelle M., Persad, Govind, White, Douglas B.*, Respecting Disability Rights - Toward Improved Crisis Standards of Care, *N Engl J Med* 383 (2020), e26, doi: 10.1056/NEJMp2011997; *Laufs, Katzenmeier, Lipp*, a.a.O. Fn. 32, Rn. 28; *DIVI*, a.a.O. Fn. 2; *Deutscher Ethikrat*, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-Hoc-Empfehlungen, 27.3.2020, online: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (Aufruf 10.12.2020).

¹³⁹ *Maunz/Dürig/Langefeld*, a.a.O. Fn. 54, GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 88, 89; a.A.: *v. Mangoldt/Klein/Starck/Baer/Markard*, a.a.O. Fn. 55, GG Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 425.



Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderung durch Personen, Organisationen oder private Unternehmen zu ergreifen. Nach Art. 5 Abs. 2 UN BRK ist Deutschland verpflichtet, jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung zu verbieten und gleichen wirksamen Schutz vor Diskriminierung, gleichviel aus welchen Gründen, zu garantieren. Insbesondere verbietet Art. 25 lit. f) UN BRK jede Diskriminierung beim Zugang zu Gesundheitsdiensten und verpflichtet zur Verhinderung diskriminierender Vorenthaltung von Gesundheitsleistungen aufgrund von Behinderung. Damit ergeben sich aus dem Völkerrecht sehr wohl eindeutige antidiskriminierungsrechtliche Vorgaben für die Triage.¹⁴⁰

Zudem lässt sich eine Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 3 GG aus der besonderen historischen Verantwortung der deutschen Legislative herleiten.¹⁴¹ Denn ohne Zweifel ist dieser Absatz unserer Verfassung eine Antwort auf die Menschenrechtsverletzungen durch den Nationalsozialismus; für die Kategorie Behinderung wurde dieses Bekenntnis zum „Nie wieder“ zwar erst durch die Verfassungsrevision 1994 nach der Wiedervereinigung nachgeholt, jedoch die Ansiedelung des Benachteiligungsverbots gerade in diesem bestimmten Absatz der Nichtdiskriminierungsklausel des Art. 3 GG findet auch in diesem historischen Bezug seine Begründung.¹⁴² Die NS-Verbrechen an behinderten Menschen bestanden neben der massenhaften Zwangssterilisation und Ermordung gerade darin, das eugenische Bild von einem Leben mit Behinderung als „lebensunwert“ kulturell zu verfestigen. Es ist Teil des deutschen medizinischen Modells von Behinderung, das sich in ableistischen¹⁴³ Verhaltensweisen mitunter Ausdruck verleiht. In Triage-Situationen darf dieses Bild, wenn man schon Priorisierungsentscheidungen zulassen möchte, aber nie wieder eine Rolle spielen! Dafür wären ein ausdrückliches gesetzliches Verbot der Ex-post-Triage sowie der Anwendung des Erfolgskriteriums und ein klares antidiskriminierungsrechtliches Schutzgebot notwendig.

Jedoch könnte sich aus der historischen Verantwortung in Deutschland zugleich auch ein Gegenargument gegen eine gesetzliche Regelung von Triagesituationen ableiten lassen. Denn eine gesetzliche Grundlage für Priorisierungsentscheidungen in der medizinischen Versorgung in Pandemie-Zeiten setzt voraus, dass Priorisierungen grundsätzlich akzeptiert werden. Zwar könnte die Legislative auch ein absolutes Verbot von Triageentscheidungen verabschieden, doch ist das eher unwahrscheinlich und wohl im Hinblick auf das medizinische Personal, das den Pandemie-Alltag bewältigen muss, auch nicht gerechtfertigt. Es ist – angesichts der derzeitigen Zusammensetzung des Bundestages, in dem auch völkisch-nationalistische Parteien vertreten sind – nicht ausgemacht, dass ein Triage-Gesetz alle menschenrechtlichen Vorgaben erfüllen wird. Zwar könnte hiergegen wiederum Rechtsschutz gesucht werden, aber das Gegenargument des Dammbrech-Effekts bleibt bestehen. Einfache Gesetze unterliegen nicht der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG. Sie können jederzeit wieder geändert werden, sodass vielleicht zu späteren Zeiten die Ex-post-Triage dann doch zugelassen würde.¹⁴⁴ Gerade die Erfahrungen mit den gesetzlichen Regelungen der Gen- und Reproduktionstechnologien haben gezeigt, wie Dammbrech-Effekte sich durch die Macht des Faktischen auch in legislative Maßnahmen niederschlagen. Auch im Hinblick auf die seit Dekaden andauernde Diskussion über

¹⁴⁰ A.A. Brech, a.a.O. Fn. 73, S. 179: „Im Ergebnis lassen sich aus den internationalen Rechtsquellen zwar einzelne Grundsätze, jedoch keine konkreten Vorgaben für die Frage der ‚richtigen‘ Patientenauswahl entnehmen.“ Allerdings wird in der Monografie die UN BRK nicht berücksichtigt.

¹⁴¹ v. Mangoldt/Klein/Starck/Baer/Markard, a.a.O. Fn. 55, GG Art. 3 Rn. 425.

¹⁴² v. Mangoldt/Klein/Starck/Baer/Markard, a.a.O. Fn. 55, GG Art. 3 Rn. 388.

¹⁴³ Z.B. die Stigmatisierung behinderter Menschen als minderwertige Arbeitskolleg*innen.

¹⁴⁴ Dafür z.B. Kubiciel, Michael, Die Triage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion, Zeitschrift für Medizinische Ethik 66 (2020), S. 509 (517): „Wenn – aus guten Gründen – eine Abwägung und Ressourcenallokation nach Maßgabe der Erfolgsaussichten bei der *ex ante* Triage zulässig sind, kann beides im Fall der – normativ vergleichbaren – *ex post* Triage nicht schlechterdings verboten sein.“



Rationierungen im Gesundheitswesen ist der Dambruch-Effekt ein gewichtiges Gegenargument. Die „Kostenexplosion“ im Gesundheitswesen wird turnusmäßig beschworen, um Rationierung von Gesundheitsleistungen,¹⁴⁵ von denen behinderte und chronisch kranke Menschen besonders betroffen sind, zur Diskussion zu stellen. Ein Beispiel aus jüngerer Zeit ist die Diskussion um das Intensivpflege- und Rehabilitationsstärkungsgesetz GKV-IPReG,¹⁴⁶ in der es u.a. um die Kosten der ambulanten Beatmung von Intensivpflegepatient*innen ging.

Ein Triage-Gesetz könnte also auch für die Alltagsmedizin außerhalb von Pandemie-Zeiten einen Dambruch-Effekt für Rationierungen im Gesundheitswesen haben. Ein solches Szenario ist vor dem Hintergrund der mit der COVID-19-Pandemie verursachten Kosten für Staat und Gesellschaft nicht unrealistisch. Die enormen Staatsverschuldungen, die gegenwärtig zur Bekämpfung der Pandemie aufgenommen werden, müssen in absehbarer nachpandemischer Zukunft wieder eingespart werden. Jedoch ist eine gesetzliche Regelung der Triage auch im Hinblick auf diese Entwicklung angezeigt, da auch dann gilt, dass die wesentlichen Entscheidungen demokratisch und rechtsstaatlich vom Parlament verantwortet werden müssen. Die vorliegende Triage-VB bietet Anlass, die maßgeblichen menschenrechtlichen und insbesondere antidiskriminierungsrechtlichen Vorgaben für diese Entwicklung zu stärken.

Die aktuellen wissenschaftlichen und politischen Debatten um die Klimaentwicklung und weitere geopolitische Prozesse deuten darauf hin, dass humanitäre Katastrophen zunehmen werden. Sowohl mit der 2015 verabschiedeten Agenda 2030 der Vereinten Nationen und den darin enthaltenen Nachhaltigkeitszielen¹⁴⁷ als auch mit dem 2016 vorgelegten Entwurf der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen für ein Rechtsinstrument über den Schutz von Personen im Katastrophenfall¹⁴⁸ wurden international die Weichen für moderne Rechtsentwicklungen bereits gestellt. In beiden Dokumenten wird dem Antidiskriminierungsprinzip, wie den Menschenrechten insgesamt, eine herausragende Rolle zugewiesen.¹⁴⁹ Die Völkerrechtskommission verweist in ihrem Bericht zudem auf die UN BRK als Beispiel für modernes Völkerrecht, das auf Katastrophen bereits angemessen reagiert.¹⁵⁰ Auch diese internationale Rechtsentwicklung spricht dafür, die Rechtsfragen der Triage jetzt dem Parlament zu überantworten.

Dabei wären allerdings nicht nur die materiellen, sondern auch die formellen Vorgaben der UN BRK zu beachten. Nach Art. 4 Abs. 3 UN BRK und Art. 33 Abs. 3 UN BRK ist die Zivilgesellschaft, und hier insbesondere die Selbstvertretungsorganisationen der behinderten Menschen, bei allen Maßnahmen der Implementierung und Überwachung der UN BRK effektiv zu

¹⁴⁵ Brech, a.a.O. Fn. 73, S. 73 ff; Laufs, Katzenmeier, Lipp, a.a.O. Fn. 32, Rn. 24 f.; Welti, Felix, Allokation, Rationierung, Priorisierung: Rechtliche Grundlagen, MedR 2010, S. 379 ff.

¹⁴⁶ Vgl. die Kritik der *Liga Selbstvertretung*, 2 Milliarden Mehrkosten für die Bundesländer – keine Zustimmung zum IPReG!, online: <http://liga-selbstvertretung.de/?p=505> (Aufruf 8.12.2020); 100.000 Unterschriften gegen Spahns Reformpläne zur Intensivpflege, Ärzteblatt v. 5.9.2019, online: <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/105786/100-000-Unterschriften-gegen-Spahns-Reformplaene-zur-Intensivpflege> (Aufruf 9.12.2020); *Bundesministerium für Gesundheit*, Intensivpflege- und Rehabilitationsstärkungsgesetz, 2.7.2020, online: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/intensivpflegegesetz.html> (Aufruf 9.12.2020).

¹⁴⁷ *United Nations*, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, online: <https://sdgs.un.org/goals> (Aufruf 9.12.2020) sowie dt. *2030Agenda.de*, online: <https://www.2030agenda.de/de> (Aufruf 10.12.2020).

¹⁴⁸ *International Law Commission*, Report of the International Law Commission, A/71/10, 2016, S. 13 ff.

¹⁴⁹ *Deutsches Institut für Menschenrechte*, Die Nachhaltigkeitsziele oder Sustainable Development Goals, 02 / 2015; *International Law Commission*, a.a.O. Fn. 148, S. 13 ff.

¹⁵⁰ *International Law Commission*, a.a.O. Fn. 148, S. 31 ff.



beteiligen. Der UN BRK-Fachausschuss hat hierzu in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 7 von 2018 ausführliche Empfehlungen zur effektiven Partizipation auch in Gesetzesverfahren verabschiedet.¹⁵¹

Abschließend sei noch auf die Frage der Regulierbarkeit der Materie durch Gesetz eingegangen. In der Kalkar-Entscheidung¹⁵² entwickelte das Bundesverfassungsgericht das Gebot des dynamischen Grundrechtsschutzes für den Fall, dass die geregelte Materie besonders schnellen Änderungen unterliegt. Danach kann legislative Zurückhaltung unter Verweis auf unbestimmte Rechtsbegriffe, wie etwa „Stand der Wissenschaft und Technik“, geboten sein, um damit der Exekutive die bestmögliche Gefahrenabwehr und Risikovorsorge zu ermöglichen.¹⁵³ Das Gebot des dynamischen Grundrechtsschutzes könnte also gegen eine gesetzliche Regelung der Triage sprechen, wenn anzunehmen ist, dass sich die der COVID-19-Pandemie inhärenten dynamischen Entwicklungen einer gesetzlichen Regelung entzögen. Dem ist jedoch nicht so, denn die zu regelnden Fragen bei der Triage sind zunächst normative Fragen und keine medizinwissenschaftlichen Probleme, für die Mediziner*innen vorrangig zuständig sind.¹⁵⁴ Für die Frage, welche Patient*innen am dringlichsten der Behandlung bedürfen, ist medizinische Kompetenz erforderlich, nicht jedoch für die Frage, welche normativen Kriterien in „tragischen Knappheitssituationen der medizinischen Versorgung“¹⁵⁵ gelten sollen. Auch das Gebot des dynamischen Grundrechtsschutzes steht damit einer gesetzlichen Regelung der Triage nicht im Wege.

3. Fazit

Zusammenfassend lassen sich die hier erörterten Fragen wie folgt beantworten:

Frage Sechs des BVerfG: Welche gesetzlichen Vorgaben (z.B. aus dem Berufsrecht, Verwaltungsrecht oder Strafrecht) binden die Praxis bislang bei solchen Entscheidungen?

Sowohl auf einfachgesetzlicher Ebene als auch auf verfassungs- und völkerrechtlicher Ebene sind insbesondere die Vorgaben des Antidiskriminierungsrechts und des Strafrechts zu beachten. Das Strafrecht verbietet die sog. Ex-post-Triage. Die UN BRK gebietet einen Paradigmenwechsel vom medizinischen zum menschenrechtlichen Modell von Behinderung, nach dem Behinderung nicht mit Leid und minderer Lebensqualität gleichgesetzt wird. Das Antidiskriminierungsrecht gebietet einen umfassenden Schutz vor Benachteiligung behinderter Menschen bei Priorisierungsentscheidungen in tragischen Knappheitssituationen in der medizinischen Versorgung während der COVID-19-Pandemie und anderer Katastrophenfälle.

Frage Sieben des BVerfG: Welchen Stellenwert hat die klinische Erfolgsaussicht der Behandlung bei der Triage? Welche Rolle spielen Behinderungen und chronische Vorerkrankungen bei dieser Entscheidung? Wäre es denkbar, das Kriterium der Erfolgsaussicht durch ein anderes Kriterium zu

¹⁵¹ *Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen*, Allgemeine Bemerkung Nr. 7 (2018) über die Partizipation von Menschen mit Behinderungen einschließlich Kindern mit Behinderungen über die sie repräsentierenden Organisationen bei der Umsetzung und Überwachung des Übereinkommens, CRPD/C/GC/7, 9.11.2018, deutsche Übersetzung, online: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/PDF/DB_Menschenrechtsschutz/CRPD/CRPD_Allg_Bemerkung_7_01.pdf (Aufruf 10.12.2020).

¹⁵² BVerfGE 49, 89 (08.08.1978 - 2 BvL 8/77).

¹⁵³ BVerfGE 49, 89 (139).

¹⁵⁴ *Engländer, Zimmermann*, a.a.O. Fn. 25, S. 1398.

¹⁵⁵ *Fateh-Moghadam, Gutmann*, a.a.O. Fn. 37, S. 2.



ersetzen oder genauer zu fassen, das den Bedürfnissen aller Behandlungsbedürftigen gerecht wird?

Die Anwendung des Kriteriums der klinischen Erfolgsaussichten der Behandlung bei der Triage führt tendenziell zu einer mittelbaren Diskriminierung behinderter und chronisch kranker Menschen. Es sollte daher keine Anwendung finden. Es könnte stattdessen durch das Kriterium der Dringlichkeit sowie durch das Kriterium der Antidiskriminierung ersetzt werden und für unentscheidbare Pattsituationen könnten (pluralistisch-inklusive) Randomisierungskriterien entwickelt werden.

Frage Acht des BVerfG: Welche Regelungen gibt es in anderen Ländern, die im Gesundheitswesen im Fall einer Triage Anwendung finden?

Auch in anderen Ländern finden sich kaum brauchbare gute Beispiele für (gesetzliche) Regelungen. Im Gegenteil, es lässt sich in vielen Ländern eine diskriminierende, an utilitaristischen Prinzipien orientierte Praxis feststellen. Das hat auf internationaler Ebene dazu geführt, dass der Generalsekretär der Vereinten Nationen dringende Empfehlungen zur Beachtung des Antidiskriminierungsgrundsatzes im Hinblick auf behinderte Menschen gerade in Triage-Situationen erlassen hat. Am 18. Mai 2020 haben sich 138 Mitgliedsstaaten, unter ihnen Deutschland, öffentlich zu diesen Empfehlungen bekannt. Bemerkenswert ist auch, dass in einigen Ländern Behinderten- und Bürgerrechtsorganisationen unter Berufung auf Antidiskriminierungsrecht und die UN BRK bereits erfolgreich Rechtsschutz gesucht haben.

Frage Neun des BVerfG: Sollte die Triage in Deutschland gesetzlich geregelt werden? Welche Vor- bzw. Nachteile wären damit verbunden?

Der Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG insbesondere unter Berücksichtigung der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG gebietet, dass die normativen Fragen der Triage dem demokratischen Parlament überantwortet werden. Auch die Schutzpflicht des Staates aus Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG iVm Art. 10 und 11 UN BRK gebietet legislatives Handeln. Zudem besteht eine konkrete Pflicht zum Diskriminierungsschutz aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG iVm Art. 5 Abs. 2 und 25 lit. f) UN BRK.

Ein Nachteil könnte in einem möglichen Dammbbruch-Effekt liegen, den eine gesetzliche Akzeptanz von Priorisierungsmaßnahmen in der Medizin haben könnte. Das gilt sowohl im Hinblick auf Rationierungsfragen in der Alltagsmedizin als auch im Hinblick auf zukünftige Katastrophenfälle. Angesichts der internationalen Vorgaben der UN Nachhaltigkeitsziele der Agenda 2030 sowie der Entwurfsarbeiten der Völkerrechtskommission an Schutzvorschriften für Menschen in Katastrophenfällen erscheint die Beschäftigung mit diesen Fragen jedoch ohnehin als Zukunftsaufgabe der Legislative.

Der Vorteil einer gesetzlichen Regelung läge in der Möglichkeit, damit auch der historischen Verantwortung des deutschen Staates für den Menschenrechtsschutz für behinderte Menschen Ausdruck zu verleihen und den von der UN BRK geforderten Paradigmenwechsel vom medizinischen zum menschenrechtlichen Modell von Behinderung auch in der medizinischen Versorgung zu fördern. Eine gesetzliche Regelung, die unter Beachtung des effektiven Partizipationsgebotes aus Art. 4 Abs. 3 und Art. 33 Abs. 3 UN BRK zustande käme, würde zudem die Möglichkeit eröffnen, den Diskurs um Fragen der Triage demokratisch-inklusive zu gestalten.