Menschen und
Rechte Assoziation
freier Rechtsanwält*innen

Rechtsanwalt Prof. Dr. Oliver Tolmein | Am Pflug 13 | 22765 Hamburg

Gabriela Lünsmann
Fachanwältin für Familienrecht
Prof. Dr. Oliver Tolmein
Fachanwalt für Medizinrecht
Dr. Babette Tondorf
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Bundesverfassungsgericht
Erster Senat
Der Vorsitzende
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

24.09.2024
Akte Nr. 24/140009/ Verfassungsbeschwerde wg Triage

Az..: 1 BvR 2284/23

Rechtsanwalt
Prof. Dr. Oliver Tolmein
Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon +49.171.28 28 545
rechtsanwalt@tolmein.de

Am Pflug 13 | 22765 Hamburg
www.menschenundrechte.de

Bankverbindung
Hamburger Sparkasse
DE77 2005 0550 1043 2195 81
HASPDEHHXXX

UmsatzsteuerID: DE357174623

Verfassungsbeschwerde wg Triage § 5c IfSG

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Harbarth,

in der Anlage erhalten Sie die Stellungnahme meiner Mandantschaft zu den o.a. Verfassungsbeschwerden. Wir würden uns freuen, wenn Sie sie in die Überlegungen des Senats einbeziehen und uns über Reaktionen der Beschwerdeführenden Ärztinnen und Ärzten informiert hielten.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Oliver Tolmein
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht

Stellungnahme

im Namen der sieben Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer des Verfahrens 1 BvR 2311/23. In diesem Verfahren wird ebenfalls die Verfassungswidrigkeit der hier in Rede stehenden Norm gerügt, jedoch mit konträrer, aus dem Antrag erkennbarer Begründung: Die von mir vertretenen Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer haben ihrerseits beantragt,

zu entscheiden,

> „ § 5c IfSG ist mit dem Grundgesetz unvereinbar. Er gewährleistet keinen hinreichend wirksamen Schutz der Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer gegen Benachteiligungen wegen der Behinderung bei ggf. erforderlichen Entscheidungen über die Zuteilung nicht ausreichend vorhandener, überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen. Das Gesetz verstößt damit hinsichtlich der aus Art 3 Abs 3 Satz 2 GG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 GG und Artikel 1 Abs 1 GG erwachsenden Schutzpflicht des Gesetzgebers gegenüber den Beschwerdeführenden gegen das Untermaßverbot. Er verstößt zugleich auch gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Lebenswertindifferenz.“

Zur Zulässigkeit der Beschwerde 1 BvR 2311/23 habe ich mehrere Anträge gestellt, über die das Bundesverfassungsgericht bislang nicht entschieden hat.

I. **Sachzusammenhang Triage und die drei Verfassungsbeschwerden**

Obwohl der Sachzusammenhang zwischen der Beschwerde 1 BvR 2311/23 mit den hier geführten Verfahren 1 BvR 2284/23 und 1 BvR 2285/23 evident ist, sind die Beschwerden bei unterschiedlichen Berichterstattern angesiedelt.

Gleichzeitig sind den in 1 BvR 2311/23 Beschwerdeführenden seitens des Gerichts die beiden jetzt offenbar zur Entscheidung über Zulässigkeit und/oder Begründetheit anstehenden Beschwerden nicht übersandt worden. Das Bundesverfassungsgericht hat auch ihre Stellungnahme nicht angefragt. Das ist insbesondere deswegen bedauerlich und schwer nachvollziehbar, weil die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer im Verfahren 1 BvR 2311/23 diejenigen sind, die mit ihrer Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1541/20 die Gefahr der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen durch

Triage-Entscheidungen überhaupt erst vor das Bundesverfassungsgericht gebracht und damit ein Handeln des Gesetzgebers entsprechend seiner Schutzpflichten erzwungen haben.

Auch Abilitywatch e.V., die Selbstvertretungsorganisation, die die Verfassungsbeschwerde 2020 und die anschließende Verfassungsbeschwerde 2023 unterstützt hat, wurde in den jetzigen Verfahren nicht angehört – genauso wenig wie BODYS e.V., in dem damaligen Verfahren Verfasser einer Stellungnahme mit großer Relevanz, oder andere Selbstvertretungs-Organisationen von Menschen mit Behinderungen. Begrüßenswerte Ausnahme ist hier der angefragte ISL e.V..

Die Verfassungsbeschwerdeführerinnen und Verfassungsbeschwerdeführer aus 1 BvR 1541/20 und 1 BvR 2311/23, denen die jetzt zur Stellungnahme stehenden Verfassungsbeschwerden und das Anschreiben erst vor wenigen Tagen zur Kenntnis gelangt sind (weshalb eine Stellungnahme zum 15.9. auch bedauerlicherweise nicht zu gewährleisten war), haben sich gleichwohl entschieden, eine Stellungnahme zu den beiden von Ärztinnen und Ärzten erhobenen Verfassungsbeschwerden abzugeben.

a.) Sinnhaftigkeit ist keine ärztliche Kategorie, sondern kann nur von Patienten bestimmt werden

Grund hierfür ist, dass die von den beschwerdeführenden Ärztinnen und Ärzten weitgehend und entschlossen eingeforderte Berücksichtigung ihres Verständnisses von „ärztlicher Berufsfreiheit“ dem Verständnis des Verhältnisses von Ärzt*innen und Patient*innen und Patientenautonomie, das die Sichtweise meiner Mandantinnen und Mandanten prägt, diametral entgegengesetzt ist. Es muss hier auch klar festgestellt werden, dass die Gewissens- und Berufsfreiheit, die die beschwerdeführenden Ärztinnen und Ärzte s für sich als Berufsstand in Anspruch nehmen, im Ernstfall für jede und jeden Einzelne*n der hier Stellungnehmenden bedeuten kann, dass sie oder er durch eine Ex-Post-Triage trotz weiterhin bestehender Behandlungsindikation und der damit verknüpften (größeren oder geringeren, z.B. 20 oder 70 prozentigen) Aussicht zu Überleben, um diese Chance gebracht werden, weil der sie behandelnde Arzt sich aus seinem freien Berufsverständnis heraus entscheidet die Behandlung abzubrechen um einem anderen (ebenfalls schwer kranken, behandlungsbedürftigen Menschen, bei dem er von einer Überlebenschance von 30% oder 80%, vielleicht sogar 90% ausgeht) die Chance zu geben, zu überleben. Ob sich die (verworfene) Chance des Ex-Post-Triagierten realisiert hätte, ist unbekannt, ob sich die (neu eröffnete) Chance des so mit einer Überlebenschance bereicherten Patienten realisieren wird, wissen wir ebenfalls nicht, denn die möglicherweise statistisch bessere

Chance sagt über die Erfolge der Behandlung im Einzelfall nicht ausreichend viel aus. Deswegen wird in dem Positionspapier „Grenzen der Sinnhaftigkeit von Intensivmedizin“, das 2016 von der Sektion Ethik der DIVI mit juristischer Unterstützung erarbeitet worden ist (vgl. Duttge, Grenzen der Sinnhaftigkeit von Intensivmedizin – Einführender Kommentar zum Positionspapier der DIVI aus rechtlicher Sicht, MedR 2017,361, das Papier der DIVI selbst ist im Anschluss daran abgedruckt), nicht grundsätzlich unvereinbar mit der aktuellen Verfassungsbeschwerde aber mit deutlich anderer Akzentsetzung dem „Einsatz von Score-Systemen“ für die Prognose in der Individualtherapie „wegen verbleibender erheblicher Restunsicherheiten“ eine weitreichende Absage erteilt: „Der Einsatz von Scoresystem zur Prognosestellung ist allenfalls zur Beschreibung von Patientengruppen bei Studien, bei qualitätssichernden Maßnahmen und zur Voraussage von großen Populationen von Intensivpatienten geeignet." (unter Punkt 3.1.2.).

Auch dass die allgemeine Wirtschaftlichkeitsproblematik „wie die gesamtgesellschaftlich bedeutsame und letztlich der der politisch-demokratischen Entscheidung bedürftige allgemeine Verteilungsproblematik bei knappen Ressourcen“ gar nicht in die Zuständigkeit des „im Einzelfall verantwortlichen Arzt“ fallen, ist hier weitgehend anerkannt (MedR 2017, 362) und wird mit Verweis auf die Entscheidung des Großen Strafsenats des BGH im Kontext der strafrechtlichen Sanktionierbarkeit korruptiven Verhaltens unterstrichen: „Dass der Vertragsarzt´… auch auf die wirtschaftlichen Belange der Krankenkassen Bedacht zu nehmen hat, ändert nichts daran, dass die ärztliche Behandlung … in erster Linie im Interesse des Patienten und in seinem Auftrag erfolgt“ (BGHSt 57. 202 (209). Dass es in Zusammenhang mit der aktuell besonders angegriffenen Ex-Post-Triage nicht unmittelbar um die Entgegensetzung von ökonomischen Interessen einerseits und individuellen Behandlungserfordernissen des Patienten geht, sondern geltend gemacht wird, dass hier die (besseren oder schlechteren) Behandlungsinteressen einzelner Patienten gegeneinander stünden, hindert einen Vergleich der Situationen nur scheinbar. Zum einen sind, wie auch aus den Verfassungsbeschwerde der Ärzte hervorgeht, die Knappheitsprobleme zu einem nicht unerheblichen Teil durch Schaffung entsprechender ökonomischer Bedingungen, die besipielsweise zur Reduzierung belegbarer Intensivbetten, geschaffen. Zum anderen sind auch die Patienten, die ihren Behandlungsplatz im Rahmen einer Ex-Post-Triage erhalten würden, dadurch ja nicht auf einem „sicheren“ Behandlungsplatz, auch sie können diesen Behandlungsplatz gegebenenfalls an einen weiteren Patienten verlieren: die einzelne Patientin, der einzelne Patient geraten so, wenn die Verhältnisse angespannt sind, immer weiter aus dem Blick, die Ärztin oder der Arzt werden gleichermaßen zu Behandelnden und zu Managern zu knapper Ressourcen, die sich einer

möglichst positiven Gesamtbilanz verpflichtet fühlen müssen und immer weniger dem individuellen Patientenwohl. Dass in diesem Kontext dann auch immer stärker gesellschaftlich und nicht mehr individuell bestimmt werden wird, was „sinnvoll“ und was „sinnlos“, und damit wo die „Grenzend der Sinnhaftigkeit von Intensivmedizin“ (so der bedenkliche Titel des an sich differenziert argumentierenden und unter konsequenter Akzentuierung der Patientensicht und -Entscheidung argumentierenden (vgl. 3. Kriterien der Sinnlosigkeit) zu ziehen sind, erscheint allerdings vorherbestimmt.

b.) § 5c IfSG bedeutet eine Abkehr von der Lebenswertindifferenz und riskiert damit Diskriminierung

Die sieben Verfassungsbeschwerdeführerinnen und -führer haben sich auch deswegen entschieden, hier Stellung zu beziehen, weil sie ebenfalls der Auffassung sind, dass die von den beschwerdeführenden Ärztinnen und Ärzten angegriffene Regelung des § 5c IfSG verfassungswidrig ist - die Gründe dafür sind allerdings grundsätzlich andere als die der hier beschwerdeführenden Ärztinnen und Ärzte, wie im Detail der Beschwerdebegründung von 1 BvR 2311/23 zu entnehmen ist, auf die hier noch eingegangen werden wird, weil sie in diesem rechtlichen Zusammenhang nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Das gilt insbesondere für das vom Gesetzgeber gewählte Zuteilungskriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten“. Die hier Stellung beziehenden Beschwerdeführenden der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 2311/23 halten dieses Kriterium – so wie es der Gesetzgeber in § 5c IfSG einsetzt, formuliert und dessen Umsetzung verfahrensrechtlich etabliert hat - für verfassungswidrig. Sie sehen die erhebliche Gefahr – die durch die hier vorliegenden Beschwerden bedauerlicherweise belegt wird – dass mit diesem Kriterium, so wie es von den beschwerdeführenden Ärztinnen und Ärzten verstanden wird, eine Abkehr vom Grundsatz der Lebenswertindifferenz darstellt. Das Zulassen dieses Kriteriums in diesem Verständnis zum Aussortieren von Menschen zu nutzen, verhindert keine Diskriminierung, sondern legitimiert sie und wird in absehbarer Weise auch auf andere Bereiche der medizinischen Versorgung, in denen Ressourcenknappheit schon herrscht oder in Zukunft aufgrund sozialpolitischer und volkswirtschaftlicher Entscheidung in Zukunft herrschen wird, übertragen werden.

II. Die Behandlungssituation und Ressourcenzuteilung

In der Triagesituation gelten auch bei knappen Ressourcen gleichwohl die allgemeinen medizinrechtlichen Grundsätze fort, es sei denn sie werden gezielt durch den Gesetzgeber in verfassungsgemäßer Weise außer Kraft gesetzt (vgl. Tolmein, Die Zuteilung von Lebenschancen in der Pandemie – Medizinische Kriterien und die Rechte der Patienten, NJW 2021, 270-274).

Zu diesen Grundsätzen, auf die in der Beschwerde 1 BvR 2285/23 auch eingegangen wird, zählt das grundsätzliche, wenngleich nicht in allen Konstellationen zwingende Erfordernis einer Indikation für die Behandlung (vgl. Huber, Die medizinische Indikation als Grundrechtsprobleme – zum Informed Consent als Indikationsäquivalent, 2020 mit instruktiven Beispielen für Ausnahmen S. 232ff.). Die Indikationserfordernis ergibt sich vor allem für gesetzlich Patientinnen und Patienten insbesondere aus dem Wirtschaftlichkeitserfordernis des § 12 SGB V (auch hier verweist Huber allerdings auf Ausnahmen)

Weder das SGB V, noch eine zivilrechtliche Regelung bestimmen genau, was eine Behandlungsindikation ist. Aus § 1828 BGB lässt sich allerdings entnehmen, dass es dabei grundsätzlich um eine Prognose geht, die im Hinblick auf den Gesamtzustand einer individuellen Patientin oder eines Patienten zu treffen ist. Gegenstand der Prognose ist der mögliche Erfolg einer ärztlichen Maßnahme. Diese Konkretisierung des Verständnisses davon, was eine ärztlich indizierte Maßnahme darstellt, ist zwar im Betreuungsrecht verortet, ist aber keine betreuungsrechtliche Spezialität. Es gibt keinen Hinweis dafür, dass für Patientinnen und Patienten, die über eine rechtliche Betreuung verfügen, ein anderer Maßstab gelten sollte, als für Patientinnen und Patienten, die keiner rechtlichen Betreuung unterliegen.

In diesem Konzept der Begrifflichkeit „Indikation“ ist auch der von den beschwerdeführenden Ärztinnen und Ärzten eingeforderte ärztliche Beurteilungsspielraum enthalten: die behandelnden Ärzte haben den Gesamtzustand ihrer jeweils einzelnen Patientinnen und Patienten zu bewerten und daraus eine Prognose abzuleiten, die beinhalten muss, dass eine ins Auge gefasste Behandlung ihr Ziel erreichen kann. Das zeigt, dass die Indikation eng mit der Festlegung eines Behandlungsziels verbunden ist (vgl. Lipp, Die medizinische Indikation aus medizinrechtlicher Sicht, in: Dörries/ Lipp, Medizinische Diagnose, 2015, S. 38),

In den Konstellationen in denen die - durch § 5c IfSG ausgeschlossene - sogenannten Ex-Post-Triage zur Anwendung kommen könnte und die den hier diskutierten Verfassungsbeschwerden zugrunde liegen, handelt es sich insofern um grundsätzlich vergleichsweise einfach strukturierte Situationen:

§ 5c IfSG ermöglicht Ärztinnen und Ärzten auf Intensivstationen im Rahmen einer sogenannten Ex-Ante-Triage bislang in dieser Form nicht geregelte Zuteilungsentscheidungen zu treffen, die dazu führen, dass Menschen selbst mit einem überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungsbedarf nicht versorgt werden, weil die Ressourcen nicht ausreichen. Das Kriterium auf dessen Basis diese Entscheidungen getroffenen werden sollen ist hier „die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten." (zum Gehalt dieses Kriteriums unten).

Die beschwerdeführenden Ärztinnen und Ärzte sehen das Problem, dass bei Durchführung der Ex-Ante-Triage die Behandlungskapazitäten schnell erschöpft sein werden und nachkommende Patientinnen und Patienten deswegen auch bei einer Behandlungsindikation nicht mehr die Chance einer Zuteilung haben – da aller Betten belegt sind und die belegten Betten von der Zuteilung ausgeschlossen sind. Deswegen soll die Ex-Post-Triage zugelassen werden. Das heißt, dass Patienten, die bereits behandelt werden ihren Platz wieder an Patienten verlieren können, die später eingeliefert werden, bei denen die Ärztinnen und Ärzte aber eine (noch) höhere Überlebenswahrscheinlichkeit annehmen.

Die Patientinnen und Patienten, die ihren lebensrettenden Platz ggf. an andere Patient*innen verlieren sollen, werden mithin bereits auf einer Intensivstation behandelt. Sie selbst oder Ihre Betreuer oder ggf. Ehepartner haben auch in diese Behandlung eingewilligt. Das Ziel, das mit ihrer Behandlung verfolgt wird, und das weiterhin erreichbar erscheint (sonst existierte keine Indikation mehr und die Behandlung müsste nach § 12 SGB V abgebrochen werden und könnte das ohne Indikation auch nach strafrechtlichen Grundsätzen auch, insbesondere wenn eine indizierte palliative Behandlungsalternative zur Verfügung stünde), ist jedenfalls das Überleben dieser Behandlung bzw. das Erreichen Therapieziels – was im Einzelfall unterschiedliche Bedeutung haben kann. Es mögen Patienten darunter sein, die ihre Behandlung nur unter der Bedingung fortgesetzt wissen möchten, dass sie das Therapieziel erreichen können, in der Art und Weise weiterzuleben, wie sie zuvor gelebt haben und die für den Fall des Eintritts von Komplikationen, die das verhindern, beispielsweise Organschädigungen oder schwere Schlaganfälle, nicht weiterbehandelt werden wollen. Es gibt auch Patienten, für die es nur das Ziel gibt, das

Krankenhaus verlassen zu können – ggf. auch in einem deutlich schlechteren Zustand mit nur noch einer kurzen Lebensspanne danach.

Aus der Indikation selbst ergibt sich also noch nicht, dass die indizierte Behandlung auch durchgeführt werden kann oder muss. Insbesondere gilt das auch, wenn - in seltenen Fällen - unterschiedliche Behandlungsmöglichkeiten indiziert sein können: beispielsweise in Fällen ungewisser oder geringer, aber vorhandener Chancen auf eine erfolgreiche, möglicherweise aber sehr belastende kurative Behandlung die Alternative einer palliativen Behandlung, die schließlich in einen Sterbeprozess münden und diesen begleiten könnte.

Maßgeblich in diesen Konstellationen – auch dieser Rechtsgedanke ergibt sich aus § 1828 BGB – ist dann der Wille der Patientin oder des Patienten, sollte dieser aktuell nicht festgestellt werden können (z.B. weil der Patient sediert auf der Intensivstation behandelt wird), der bekannte Behandlungswunsch oder der aus den Umständen und vorherigen Äußerungen von der Betreuerin oder dem Betreuer ermittelte mutmaßliche Wille des Patienten. Diese Vorgehensweise wird auch durch § 630d BGB untermauert.In dem Moment, in dem die Ärztin oder der Arzt die Behandlung des Patienten dann übernommen hat, weil diese indiziert war, also ein Mindestmaß an Erfolgsaussicht hatte und seitens der Patientin oder des Patienten (bzw. des gesetzlichen Vertreters) in die indizierte Behandlung eingewilligt worden ist, wurde ein Behandlungsverhältnis konstituiert, in dem der Arzt eine Garantenstellung für den erkrankten Menschen übernommen hat.

Diese Garantenstellung hat eine rechtliche Komponente: die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit lebensrettende Behandlung kann und darf nicht aus Gründen abgebrochen werden, die nicht mit der Behandlung selbst und deren Indikation oder dem (geänderten) Willen der Patientin oder des Patienten zu tun haben. Der behandelnde Arzt hat aufgrund seiner übernommenen Behandlungsverpflichtung dafür einzustehen, dass der „Erfolg…., der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört“ (§ 13 Abs. 1 StGB) (der Erfolg wäre im Fall des Abbrechens oder Unterlassens einer lebensrettenden Behandlung: der Tod) nicht eintritt.

Das zum Tode führende Unterlassen der Weiterbehandlung der Beatmung ist hier einem Eintritt des tatbestandlichen Erfolges eines der Tötungsdelikte durch ein Handeln gleichzusetzen[1] [zur plausiblen Annahme, dass der Abbruch der intensivmedizinischen

[1] So auch (noch) die überwiegende Auffassung im Strafrecht:

Behandlung auch schon selbst nicht als Unterlassen angesehen werden könnte, sondern als aktives Tun vgl. Augsberg/Merkel, JZ 2020, 704 (710f.)].

Rechtlich möglich wäre ein solcher Abbruch der Behandlung, wenn der Patient selbst nicht mehr behandelt werden möchte, die Einwilligung für die Fortsetzung der Behandlung versagt, oder wenn der rechtliche Betreuer auf Basis einer Patientenverfügung oder des ermittelten mutmaßlichen Willens des Patienten die Fortsetzung für nicht mehr dem Patientenwillen entsprechend hält (wenn er darin hinsichtlich des nunmehr fehlenden Willens des Patienten mit dem behandelnden Arzt einig ist, muss auch kein Betreuungsgericht diese Entscheidung genehmigen). Auch der Wegfall der Indikation kann einen Behandlungsabbruch der Intensivtherapie rechtlich legitimieren, ja sogar erzwingen, da ohne eine medizinische Indikation die Behandlung nicht fortgesetzt werden darf (jedenfalls nicht bei gesetzlich versicherten Patienten und nicht nach § 5c IfSG, da dann keine „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten“ mehr besteht.)

Die beschwerdeführenden Ärztinnen und Ärzte wünschen sich jedoch einen deutlich größeren Handlungsspielraum: die Ex-Post-Triage soll ihnen die Möglichkeit verschaffen, trotz fortbestehender Indikation und trotz weiterhin bestehenden Behandlungswunsches, die Behandlung zu beenden und den Tod der Patientin oder des Patienten – je nach Verständnis durch Tun oder garantenstellungswidriges Unterlassen – herbeizuführen. Sie möchten dazu auf Basis ihrer medizinischen Beurteilung der Fälle, jederzeit bereits in Behandlung befindliche Patientinnen und Patienten von der Intensivstation verlegen dürfen, wenn sie einen Patienten haben, dem sie bessere Überlebenschancen einräumen – und zwar nicht nur auf Grundlage der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“.

Insoweit ist daran zu erinnern, dass die sogenannte Berufsfreiheit der Ärztinnen und Ärzte (die auch die Therapiefreiheit umfasst), dem Arzt und der Ärztin nicht um seiner und ihrer selbst willen zusteht und kein Privileg darstellt (z.B. über Leben und Tod zu entscheiden), sondern ein dienendes Recht darstellt, das im Dienst des jeweiligen Patienten und seiner Gesundheit auszuüben ist (vgl. Lipp in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Auflage 2021, Ärztliches Berufsrecht, II. A. Rn 4).

III. Ex-Post-Triage ist keine Therapie

Der Vorgang der Ex-Post-Triage, deren Ausschluss im Zentrum der beiden Verfassungsbeschwerden steht, hat mit der „Therapiefreiheit" der ärztliche Behandler*innen im Kern nichts zu tun.

Die Art und Weise einer Therapie wird durch die Frage, zu welchen Zeitpunkten ein Arzt oder eine Ärztin entscheidet, wer diese Therapie erhalten soll, nicht berührt. Im Fall der Ex-Post-Triage kommt hinzu, dass sowohl für den bereits behandelten als auch für den neu ankommenden Patienten die indizierte und gewünschte Therapie feststeht, weshalb es überhaupt zu einer Situation kommt, in der eine Zuteilung einer knappen Behandlungsressource in Frage steht. Auch das erwartbare Ergebnis der Zuteilung steht im Übrigen fest: der Patient oder die Patientin, die die Ressource nicht erhalten, wird sterben – ob die andere Patientin oder der andere Patient, die oder der die Ressource erhält, überleben wird, steht dagegen nicht fest.

Es geht hier also nicht um die Therapie, sondern um die Auswahl der Patientinnen und Patienten – die zudem angesichts der konkreten Situationen, in der eine Triage im Kontext einer Infektionskrankheit stattfinden würde, geprägt wäre durch Zeitknappheit, gedrängte Kommunikationswege, zeitnah schwer zu überwindende Schwierigkeiten der Kommunikation (nicht-deutschsprachige Patienten, Patienten, die krankheitsbedingt Kommunikationsschwierigkeiten haben, Patienten, die besondere Kommunikationsformen – Gebärdensprache, gestützte Kommunikation, einfache Sprache – verlangen, hohe Belastung der gesamten medizinischen Versorgungsstruktur – von Transportmöglichkeiten über Labors zur Notaufnahme und gerade auch den Intensivstationen, Überlastung der Pflegekräfte und Ärzt*innen aufgrund hoher Einsatzzeiten und Arbeitsbelastung), aber auch besonders belastete Patient*innen, die Angst um ihr Leben haben, gesundheitlich beeinträchtigt sind, teilweise aufgrund ihrer bisherigen Erfahrungen in der medizinischen Versorgung nur eingeschränkt Vertrauen in den Versorgungsapparat haben (vgl dazu Diagnose* Diskriminierung – Beratungs- und Beschwerdemöglichkeiten bei Diskriminierungserfahrungen im Gesundheitswesen, Forschungsprojekt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2024; Diskriminierungsrisiken und Diskriminierungsschutz im Gesundheitswesen – Wissensstand und Forschungsbedarf für die Antidiskriminierungsforschung Studie im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2021). Kurz: es ist aufgrund dieses Kontextes nicht zu erwarten, dass die Ermittlung der medizinischen Daten und die Kommunikation zwischen Arzt und Patient über den erwarteten

Behandlungsverlauf und die sich daraus ergebenden Behandlungsperspektiven gerade bei Patienten mit deren komplexen Beeinträchtigungen die Intensivmediziner wenig vertraut sind, den Anforderungen genügen können, die sonst bei lebenswichtigen Behandlungsentscheidungen gestellt werden – und damit auch weniger valide sein dürften.

Aber selbst für den Fall, dass das nicht so wäre, sind Auswahlentscheidungen für die Zuteilung begrenzter Ressourcen in Krisensituationen keine originär medizinischen Entscheidungen, auch wenn ihnen medizinische Diagnosen und Therapieentscheidungen zugrunde liegen, die durchaus originär ärztliche Aufgabe sind und bleiben sollen.

Im Fall der Beschwerdeführer kommt hinzu, dass sie diese Aufgabe der Zuteilung unter Einsatz von Kriterien vornehmen wollen, die der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Verfahren 1 BvR 1541/20 zuwiderlaufen: Das Bundesverfassungsgericht hatte den Gesetzgeber im 1. Leitsatz des Beschlusses darauf hingeweisen, dass sich „Aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG (…) für den Staat das Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung wegen Behinderung (ergibt) und ein Auftrag, Menschen wirksam vor Benachteiligung wegen ihrer Behinderung auch durch Dritte zu schützen.“ Im 3. Leitsatz hat es diesen Leitsatz für die zu schaffende Regelung konkretisiert: „Entscheidend ist, dass er hinreichend wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung bewirkt.“ Die Prozessbevollmächtigten der Beschwerde 1 BvR 2284/23 haben – unter Verweis auf intensivmedizinische Fachliteratur – den Gedanken, den sie in der Verfassungsbeschwerde auf S. 49 angedeutet haben, dass schon das Kriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ ihnen als nicht angemessener Eingriff in die Berufsfreiheit erscheint konkretisiert: „Nach dem bisherigen intensivmedizinischen Selbstverständnis beschränkt sich die Prognose niemals auf die akute, kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit, sondern nimmt stets die darüber hinausreichenden Perspektiven des einzelnen Patienten in den Blick: Denn Intensivmedizin versteht sich als Brücke des Überlebens hin zu einem wiedergewonnenen Leben auf eigenen Beinen“ (Duttge/Weimer, Das Triage-Gesetz des § 5c IfSG: Verfassungsrechtliche Zweifel aus der Perspektive der Intensivmedizin, MedR 2024, 395 (397)). Damit werden Qualitätsperspektiven in den Blick genommen, die ein erhebliches Diskriminierungspotenzial haben – was sich sprachlich durch die Formulierung „zu einem wiedergewonnen Leben *auf eigenen Beinen*“ offenbart und den Beschluss des BVerfG in der ursprünglichen Triage-Entscheidung nicht nur konterkariert, sondern die dort befürchtete Diskriminierung aufgrund von Behinderung geradezu unterstreicht.

Dieses Diskriminierungspotential prägt empirisch durchgängig den Alltag von Menschen mit Behinderungen, sei es im Rahmen der gesundheitlichen Versorgung, sei es im Bildungswesen oder in der Arbeitswelt. Die negativen und belastenden Auswirkungen gerade von zugespitzten Krisen auf Menschen mit Behinderungen werden nicht in umfassendem Maße und gründlich erfasst, gerade in Zusammenhang mit Covid-19 wurden aber zumindest vereinzelt Daten erhoben, die auffällig erscheinen und die kritisch überprüft werden müssten: „In Deutschland führte der *Bundesverband evangelische Behindertenhilfe* (BeB) im Mai/Juni 2020 eine Umfrage in den Mitgliedseinrichtungen durch, an der insgesamt 112 Institutionen mit Wohnangeboten teilnahmen. Hierbei handelte es sich allerdings nicht um eine repräsentative Erhebung. Um möglichst valide Daten zu gewinnen, wurden daher zum Stichtag 10.06.2020 Daten der Gesundheitsämter der Land- und Stadtkreise in Baden-Württemberg zur Anzahl der mit SARS-CoV-2 infizierten, wegen COVID-19 hospitalisierten und/oder daran verstorbenen MmgB [Menschen mit geistigen Behinderungen] erfasst. An der Studie nahmen 26,3 % der Gesundheitsämter teil. (…)Seit Beginn der Pandemie hatten sich danach deutlich mehr MmgB als in der Durchschnittsbevölkerung mit SARS-CoV-2 infiziert (Ø 0,32 %; MmgB 1,87 %), zudem waren mehr MmgB an COVID-19 verstorben (Ø 0,015 %; MmgB 0,10 %). (…)Wie in den Niederlanden [15] lebten fast alle erkrankten (98,9 %) und alle verstorbenen MmgB in stationären Behinderteneinrichtungen. Es fiel auf, dass die erkrankten MmgB deutlich seltener hospitalisiert wurden als Personen der Durchschnittsbevölkerung (Ø 19,2 %; MmgB 7,7 %). Die hospitalisierten MmgB verstarben jedoch sehr viel häufiger an COVID-19 (Ø 31,4 %; MmgB 71,4 %;).“ (aus: Die Situation von Menschen mit geistiger Behinderung in der COVID-19-Pandemie – Risikofaktoren, Problembereiche, Maßnahmen, Bundesgesundheitsblatt, 2023, S. 283-291). Es spricht jedenfalls einiges dafür, dass Menschen mit Behinderungen oftmals schon durch ihre Lebenssituation in Einrichtungen bei Pandemien beeinträchtigt sind und dass diese Benachteiligung bis ins Krankenhaus hinein schwere benachteiligende Folgen hat. Die bisherige Gesetzgebung ist keineswegs geeignet, diese Benachteiligung aufzuheben. Die mehr um mögliche „moralische Verletzungen“ an der Ärzteschaft besorgten vorliegenden Verfassungsbeschwerden, die zur Erläuterung der Belastungssituationen von Ärzt*innen auf Intensivstationen auf Daten über die psychische Belastung von Soldaten im Afghanistan-Einsatz und im Einsatz im Irak verweisen, befördern in diesem Kontext keine Verbesserung der Behandlungssituation. Interessant wäre gewesen, zu erfahren inwieweit sich die Behandlungsteams auf den Intensivstationen und in den Notaufnahmen mit der speziellen Situation von Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen, mit Kommunikationsschwierigkeiten oder komplexen Erkrankungen wie spinaler Muskelatrophie auseinandergesetzt haben, welche

Fortbildungen in diesen und verwandten Bereichen konzipiert und besucht worden sind, was für Pläne entwickelt worden sind, um hier jede Form von Benachteiligung in weiteren Situation von Ressourcenknappheit - die, wie zu Recht im Zulässigkeitsteil ausgeführt wird, ja nicht fernliegend sind – zu vermeiden.

IV. Lebenswertindifferenz und die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit

Das Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit, das der Gesetzgeber zum Schlüsselkriterium für Zuteilungsentscheidungen in § 5c IfSG macht, erscheint auch den Beschwerdeführenden in 1 BvR 2311/23 wie in der Verfassungsbeschwerde dargelegt nicht verfassungsgemäß. Wir gehen davon aus, dass der Gesetzgeber diesem Kriterium durch den Kontext des § 5c IfSG eine andere Bedeutung zugewiesen hat, als das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss 1 BvR 1541/20.

Das BVerfG hat an mehreren Stellen in seinem Beschluss vom 16. Dezember 2021 zu der Frage des Kriteriums der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit Stellung genommen. In Rn. 116, 118 setzt es sich in diesem Zusammenhang mit den fachlichen Empfehlungen der DIVI für intensivmedizinische Entscheidungen bei pandemiebedingter Knappheit auseinander und stellt fest, dass diese Empfehlungen das Risiko einer Benachteiligung nicht beseitigten.

Auf Basis der 2. Version der DIVI Leitlinien vom 17. April 2020 verweist der 1. Senat darauf, dass das Kriterium der „klinischen Erfolgsaussicht“ in der Lesart der „klinisch-ethischen Empfehlungen“ als „Wahrscheinlichkeit verstanden werde, die aktuelle Erkrankung durch Intensivtherapie zu überleben”. Dieser Gedanke wird vom Bundesverfassungsgericht sodann aufgegriffen und sprachlich zurückhaltend, aber deutlich variiert:

„Die Aussicht, die akute Erkrankung zu überleben ist ein als solches zulässiges Auswahlkriterium für die Verteilung knapper Behandlungsressourcen. Dieses Kriterium stellt nicht auf eine Bewertung menschlichen Lebens ab, sondern allein auf die Erfolgsaussichten der nach der aktuellen Erkrankung angezeigten Intensivtherapie.“ (BVerfGE 160,79 (121f Rn 116)).

Als nicht akzeptable Gegenposition dazu skizziert das Gericht das Abstellen auf eine längerfristig erwartbare Überlebensdauer – es ginge dann nämlich nicht um das Überleben der akuten Erkrankung, sondern um die Maximierung von Lebenszeit (BVerfGE 160, 79 (122 Rn. 117). Demgegenüber wird das „Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht im Sinne des Überlebens der aktuellen Erkrankung“ verfassungsrechtlich als „unbedenklich“

qualifiziert. Trotzdem könnte die Empfehlung der DIVI in der vorliegenden Fassung zu einem Einfalltor für eine Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen werden.

Diese Gefahr sieht das BVerfG, wie es in seinem Beschluss darlegt, in dem Umgang mit Komorbiditäten und der sogenannten Gebrechlichkeit.

Die Bezeichnung von schweren anderen Erkrankungen im Sinne von Komorbiditäten ebenso wie die Benennung von Gebrechlichkeit als Indikator für schlechte Erfolgsaussichten der intensivmedizinischen Behandlung beinhaltet demnach ein Risiko, dass die Überlebenswahrscheinlichkeit doch nicht eindeutig nur auf die aktuelle Erkrankung bezogen wird. Es sei nicht ausgeschlossen, dass eine Behinderung pauschal mit Komorbiditäten in Verbindung gebracht oder stereotyp mit schlechten Genesungsaussichten verbunden werde – in diesem Zusammenhang verweist das Bundesverfassungsgericht auf vier, in den Rn. 55, 56f., 61f, 64 erwähnte, Stellungnahmen – die der Caritas Behindertenhilfe, des Bundesverbandes evangelische Behindertenhilfe sowie der ISL und des DIMR.

Das Bundesverfassungsgericht bezieht hier insoweit eine eindeutige Position, als es deutlich macht, dass es das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht lediglich im Sinne der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit für verfassungsrechtlich unbedenklich hält – es nimmt gleichzeitig aber (anders als später der Gesetzgeber) – auch die tatsächlichen Verhältnisse außerhalb des rechtlichen Diskurses in den Blick – insbesondere in einer für alle Beteiligten (Behandlungsteams, wie auch kranke Betroffene und deren Angehörige) äußerst angespannten und belastenden Situation, in der eine Triage stattfinden würde. In dieser Situation besteht, das machen die Stellungnahmen deutlich, auf die das BVerfG hier verweist, vor Ort Diskriminierungsrisiken – aufgrund subjektiver Momente, hoher Belastungen, Unklarheiten.

Zusätzlich konstatiert das BVerfG in der Entscheidung vom 16.12.2021 das Fehlen wirksamer Vorgaben zum Diskriminierungsschutz, die in der Situation pandemiebedingter Triage vor Benachteiligung wegen der der Behinderung schützen könnten (BVErfGE 160, 79 (124 Rn. 121f.)

Diese Passage resümierend und abschließend, konstatiert das BVerfG, dass es in einer extremen Entscheidungssituation, wie sie im Fall einer pandemiebedingten Triage zu erwarten sei, besonders fordernd sein könnte, auch Menschen mit einer Behinderung die notwendige medizinische Versorgung zukommen zu lassen: „Das gelingt nur, wenn sichergestellt ist, dass allein nach der aktuellen, kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit entschieden wird.“ (BVerfGE, aaO, Rn 123). Die oben erwähnten – nicht repräsentativen

- Daten über die vergleichsweise geringe Zahl von Menschen mit geistigen Behinderungen aus Einrichtungen, die in Krankenhäuser eingewiesen wurden und deren überdurchschnittlich hohe Sterbensrate – geben jedenfalls einen Hinweis darauf, wie sich das ausgewirkt haben könnte (die Kausalitäten sind allerdings nicht geklärt).

Allein nach der aktuellen kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit zu entscheiden oder, wie es oben heißt, als Auswahlkriterium in diesem Sinne, nur die Aussicht anzuerkennen, die akute Erkrankung zu überleben, bedeutet: die Zuteilung ist das Ergebnis einer jeweils auf die einzelne Patientin oder den einzelnen Patienten bezogene Frage: „besteht die Aussicht, die Intensivtherapie zur Bekämpfung der jeweiligen Krankheit zu überleben?“ Oder noch stärker zugespitzt: besteht für die Patientin oder den Patienten die Möglichkeit die Intensivstation nach Abklingen oder Verschwinden der schweren Krankheitssymptome lebendig zu verlassen? Ist die Antwort „Ja“, besteht der Anspruch auf Behandlung, lautet die Antwort „Nein“, besteht der Anspruch auf Behandlung nicht. Das Kriterium erlaubt aber keine abgestuften Antworten - kein „ja, sehr sicher“ oder kein „nein, vielleicht nicht.“ Es gibt keine Konkurrenz zwischen der fitten 60-Jährigen und dem assistenzbedürftigen 25-Jährigen, obwohl die Ärztinnen und Ärzten bei letzterem „nur 20 Prozent“ schreiben würden und bei ersterer „sicher 60 Prozent“. Nur, wenn allein ein „Ja“ oder „Nein“ auf die Frage: „aktuell und kurzfristig Überleben?“ möglich ist, führt diese Frage nicht zu einer Bewertung von Leben.

Der Gesetzgeber geht in § 5c IfSG davon aus, dass die vom Bundesverfassungsgericht vorgegebene Schutzpflicht – dafür Sorge zu tragen, „dass jede Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Verteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen hinreichend wirksam verhindert wird“ – sich ausschließlich mit Verfahrensvorschriften nicht erreichen lässt (BTDrs. 20/3877, S. 2). Gleichzeitig nimmt er – unausgesprochen – an, dass es außer dem Zuteilungskriterium der aktuellen kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit kein anderes Zuteilungskriterium gibt, dass er hätte verwenden können (diese Annahme ist aber unzutreffend).

Das Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit wird in der Gesetzesbegründung nur vage bestimmt. Maßgeblich soll insbesondere der individuelle Gesundheitszustand der betroffenen Patientin oder des betroffenen Patienten im Zeitpunkt der Zuteilung sein. Das Kriterium schließe auch aus, dass die mittel- und langfristige Lebensdauer oder die Lebensqualität für die Zuteilungsentscheidung berücksichtigt werden würden (BTDrs. 20/3877, S. 21). Sodann wird festgestellt, dass die kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit nicht als konkret bestimmter Mindestüberlebenszeitraum

von Stunden, Tagen oder Wochen zu verstehen ist. Die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit stelle vielmehr auf die Prognose ab, die nach der aktuellen Krankheit angezeigte Intensivtherapie zu überleben. (BTDRs. 20/3877, S. 21). Wie diese Prognose zu entwickeln sein soll, auf Grundlage welcher Faktoren und welcher Instrumente, ist nicht Thema des Gesetzestextes, spielt aber auch in der Begründung keine Rolle.

Die ärztlich zu beantwortende Frage könnte demnach lauten (das wird in der Gesetzesbegründung aber nicht festgestellt und auch nicht erörtert): Kann die Patientin oder der Patient die zuzuteilende intensivmedizinische Behandlung und damit auch die akuten Krankheitsauswirkungen überleben?

Alternativ könnte auch gefragt werden: Wird die Patientin oder der Patient im Verlauf der Behandlung versterben?

Auf keinen Fall ist dagegen – im Kontext der Zuteilungsentscheidung – die Frage zu beantworten: Wie lange kann der oder die Betroffene die aktuelle Behandlung überleben?

Die sich im Anschluss zu stellende Frage wäre: Wie wahrscheinlich ist es, dass sich die ja/nein-Antwort aus der ersten Frage als für den einzelnen Patienten zutreffend erweist?

Weiterhin erscheint es bei so einer Herangehensweise plausibel weiter zu fragen: Sind konstatierte Wahrscheinlichkeiten solcher Aussagen miteinander vergleichbar? Das Beispiel wäre eine 65-Jährige Patientin A, bei der angenommen wird, dass sie die Behandlung auf der Intensivstation überleben kann und bei der die Wahrscheinlichkeit, dass diese Aussage zutrifft, mit „30 Prozent“ beziffert wird. Gleichzeitig haben wir einen 17-Jährigen Heranwachsenden B mit Herz-Kreislauf-Problemen, einer kognitiven Beeinträchtigung und der schweren Verlaufsform einer Covid-19-Infektion, der sehr spät ins Krankenhaus gebracht worden ist. Auch bei ihm gehen die behandelnden Ärztinnen und Ärzte davon aus, dass er die Behandlung überleben kann und beziffern die Wahrscheinlichkeit dieser Aussage mit „30 Prozent“. Sind diese Aussagen miteinander vergleichbar? Können die im Kontext einer individuellen Diagnose und Anamnese für die Indikation und Prognose errechneten Daten auf der Ebene der Patientinnen und Patienten, die um knappe Plätze konkurrieren, das Gleiche?

Das Gesetz befasst sich mit diesen grundsätzlichen, aber auf die konkreten Entscheidungen durchschlagenden Fragen nicht. Er verzichtet auf die erforderlichen Überlegungen und setzt sein eigenes Ziel niedrig an:

> „Durch die Regelung in Satz 1 soll die Gefahr einer Diskriminierung bei der Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten verringert werden.“ (BTDRs. 20/30877, S. 21)

Auch hier stellt sich die Frage des Bezugspunkts: verringert dieser sich gegenüber der vorhergehenden Situation ohne Gesetz? Oder verringert er sich gegenüber der Situation, die es gäbe, wenn Zuteilungskriterium die Quality Adjusted Life Years (QALY) wären oder auch eine bereits erwähnte „längerfristige Überlebenswahrscheinlichkeit.“ Der Gesetzgeber nennt auch diesen Bezugspunkt nicht.

Wie auch immer es sein mag: schon unter „B. Lösung“ hat der Gesetzgeber bescheiden festgehalten:

> „Der Gesetzentwurf dient dazu, das Risiko einer Benachteiligung insbesondere aufgrund einer Behinderung bei der Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten zu reduzieren.“

Zwar steht dem Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG, woran in dem Entwurf gelegentlich erinnert wird, bei der Erfüllung seiner konkreten Schutzpflicht aus Artikel 3 Abs. 3 Satz 2 GG ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu – er hat aber keinen Spielraum, was die Erfüllung der Schutzpflicht selbst angeht. Es ist faktisch so, dass in der Praxis trotz überzeugend konzipierter Gesetze, Verstöße weiterhin stattfinden,; gleichwohl ist es Aufgabe eines Gesetzes das vorgegebene Ziel mit hinreichend wirksamen Mitteln zu erreichen und Aufgabe des Gesetzgebers es dafür in geeigneter Weise zu konzipieren. Beispielsweise, indem er sich mit den Stellungnahmen erkennbar befasst, die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingeholt und abgegeben werden.

a) Komorbiditäten und weitere Faktoren die (nicht) berücksichtigt werden dürfen

In § 5c Abs. 2 Satz 2 IfSG wird geregelt, welche Faktoren in die Ermittlung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit einbezogen werden dürfen. Die Motivation für diesen Schritt nimmt der Gesetzgeber aus seiner Lesart der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, der er entnimmt, dass die Berücksichtigung von Komorbiditäten bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit für sich genommen keinen Bedenken begegnet, sofern sie bei der Zuteilungsentscheidung nur dann berücksichtigt werden, wenn sie in ihrer Schwere oder Kombination die

Überlebenswahrscheinlichkeit bei einer Intensivtherapie erheblich verringern. Ein Risiko für eine Benachteiligung besteht dagegen dann, wenn die Überlebenswahrscheinlichkeit mit Blick auf die Komorbiditäten nicht eindeutig nur auf die aktuelle Krankheit bezogen werde, denn in diesem Fall sei nicht ausgeschlossen, dass eine Behinderung pauschal mit Komorbiditäten in Verbindung gebracht oder stereotyp mit schlechten Genesungsaussichten verbunden werde (BTDrs. 20/3877, S. 22). Folglich heißt es nun in dem Gesetz:

> „Komorbiditäten dürfen bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nur berücksichtigt werden, soweit sie aufgrund ihrer Schwere oder Kombination die auf die aktuelle Krankheit bezogene kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich verringern. Kriterien, die sich auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit nicht auswirken, wie insbesondere eine Behinderung, das Alter, die verbleibende mittel- oder langfristige Lebenserwartung, der Grad der Gebrechlichkeit und die Lebensqualität, dürfen bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nicht berücksichtigt werden.“ (§ 5c Abs 2 Satz 2, 3 IfSG).

Der Medizinrechtler Thomas Gutmann hat darauf kurz nach Bekanntwerden des ersten Formulierungsentwurfs (der gegenüber der verabschiedeten Fassung mit Blick auf die Einbeziehung von Komorbiditäten keine wesentlichen Fomulierungsunterschiede aufweist) unter der Überschrift „Grundrechtsschutz als Farce“ in einem Zeitungskommentar das Maßgebliche formuliert:

> „Die „Komorbiditäten“, die „die auf die aktuelle Krankheit bezogene kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich verringern“, sind in aller Regel ja gerade jene chronischen Krankheiten und gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die die Behinderung der Betroffenen ausmachen. Jede Form des Abstellens auf die relative, also auch die kurzfristige, „Erfolgsaussicht“ des Einsatzes knapper medizinischer Ressourcen muss mit Notwendigkeit vulnerable Patientengruppen diskriminieren: Menschen, die zu behindert, zu alt und deshalb zu „komorbid“ sind, um optimale Ergebnisse zu garantieren.“ (Gutmann, Background Tagesspiegel, 9. Mai 2022).

Wie die Formulierung des Gesetzes hinsichtlich dieser Regelung in der klinischen Praxis umgesetzt werden soll, bleibt im Gesetz offen. Da bei den Beschwerdeführenden wie auch bei anderen Patientinnen und Patienten mit Behinderungen die Komorbiditäten nicht sorgsam voneinander und von der Krankheit, die den Anlass für die aktuelle intensivmedizinische Behandlung bietet, getrennt werden können, werden sie auch in die

Scores, Berechnungen und Prognosen einfließen – und einfließen müssen. Denn selbstverständlich handelt es sich um Faktoren, die für eine Indikation und auch eine Feststellung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit wichtig sein können und erst nach der Einbeziehung, möglicherweise auch erst später, sieht, ahnt oder weiß man ob und wie.

Wie konkret von Behinderung, Alter und Grad der Gebrechlichkeit abgesehen werden soll, bleibt ebenfalls unklar. Sollen Scores, die hier Angaben erwarten, nicht genutzt werden?

In der Zusammenschau erscheint das wesentliche Problem nicht zu sein, dass für die Ermittlung der medizinischen Frage, ob eine Behandlung stattfinden soll oder nicht, alle dafür wesentlichen Faktoren herangezogen und einbezogen werden können oder sollen. Das Problem ist vielmehr, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass nicht die zentrale Frage – kann der Patient, kann die Patientin die intensivmedizinische Behandlung überleben? - mit der darauf gegebenen Antwort "ja" oder "nein" für die Zuteilung entscheidungserheblich ist.

Der Gesetzgeber möchte offensichtlich und das im Sinne der DIVI-Empfehlungen, bezogen auf die verfügbaren Intensivbetten, diese als Ressource nicht für Menschen mit überhaupt einer Überlebenswahrscheinlichkeit haben, sondern für Menschen mit der größten Überlebenswahrscheinlichkeit. Um darzustellen, dass er das lediglich weniger klar zum Ausdruck bringt als die DIVI, an deren Leitlinie er sich aber an zentralen Fragen (wenn auch nicht mehr in der Frage der Ex-Post-Triage) orientiert, soll deswegen insoweit die in der Leitlinie formulierte Überlegung knapp referiert werden:

In der S-1-Leitlinie der DIVI (AWMF-Registernummer 040-013) mit Stand vom 14.12.2021 (derzeit wird sie überarbeitet) wird das in Abschnitt 3.2.1. unter Schritt 4: Priorisierung (nur bei nicht ausreichenden Ressourcen!) thematisiert. Die Priorisierung soll „nach Einschätzung der Erfolgsaussichten der möglichen Intensivtherapie, im Hinblick auf ein realistisch erreichbares patientenzentriertes Therapieziel, im Vergleich zur Erfolgsaussicht der Intensivtherapie für andere Patienten unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Kapazitäten" erfolgen. Unter 2.2. heißt es, dass bei Ressourcenknappheit zusätzlich zur patientenzentrierten Perspektive eine „überindividuelle Perspektive" hinzukommen müsse „mit der Zielsetzung, bei begrenzten Ressourcen möglichst wenigen Patienten eine aussichtsreiche und erfolgversprechende Behandlungschance vorenthalten zu müssen." (S-1-Leitlinie, Seite 5).

Schon die Formulierung, es gehe darum ob „ein realistisch erreichbares patientenzentriertes Therapieziel“ erreicht werden könne ist hochproblematisch, weil es eine doppelte Relativierung enthält: wann wird ein Ziel als „realistisch“ qualifiziert und wer bestimmt das „patientenzentrierte“ Ziel, das dem Wortlaut entsprechend nicht mit dem „Patientenwillen entsprechend“ zu übersetzen sein wird. In der Praxis kann so sowohl die „Indikation“, als auch der „Patientenwille“ aus der Therapiezielbestimmung verschwinden, ohne dass das aus der Wortwahl ersichtlich ist.

Unabhängig davon (aber diese Tendenz vertsärken); Wird das Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit in diesem Sinne verwendet, als Ausgangspunkt für eine Auswahl nach dem besten Score, ist es nicht mehr verfassungsrechtlich unbedenklich. Denn es wird dann nicht **allein** nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit entschieden.

Die Festlegung auf das Kriterium im Sinne eines Vergleichs der Überlebenswahrscheinlichkeiten schafft zwar keine direkte Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen: sie werden nicht von vornherein und ausschließlich wegen ihrer Beeinträchtigung von der Möglichkeit ausgeschlossen, die lebensrettenden intensivmedizinischen Ressourcen auch in einer Knappheitssituation zu nutzen. Eine indirekte Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen wird durch die Anwendung dieses Zuteilungskriteriums aber bewirkt, da mit Beeinträchtigungen oft verknüpfte Komorbiditäten die Prognose verschlechtern. Mittelbare Benachteiligungen sind im Rahmen des Verbots der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen gemäß Art 3 Abs. 3 S. 2 GG miterfasst, denn davon sind alle Ungleichbehandlungen umfasst, die für Menschen mit Behinderungen zu einem Nachteil führen. Erfasst werden auch mittelbare Benachteiligungen, bei denen sich der Ausschluss von Betätigungsmöglichkeiten nicht als Ziel, sondern als Nebenfolge einer Maßnahme darstellt (vgl. Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 537). Der Anwendungsbereich dieses Grundrechts ist auch dann eröffnet, wenn eine rechtliche Gleichbehandlung typischerweise und nach Art und Umfang vorhersehbar, faktische Benachteiligungen wegen einer Behinderung zur Folge hat (BVerfG, Urt. v. 22.11. 2023, 1 BvR 2577/15 -, Rn. 66; vgl. bereits BVerfGE 128, 138 <156>)

Gleichzeitig bewirkt das Zuteilungskriterium in dieser Anwendung einen auch Menschen mit Behinderungen erfassenden, gleichzeitig darüber aber weit hinausreichenden Verstoß gegen das in der Menschenwürde verankerte Gebot der Lebenswertindifferenz.

b) Verstoß gegen das Gebot der Lebenswertindifferenz

Auch in einer Situation zu knapper überlebenswichtiger Ressourcen auf den Intensivstationen aufgrund eines Infektionsgeschehens haben erkrankte Menschen grundsätzlich einen Anspruch auf Zuteilung der Ressourcen, die ihnen ihr Überleben ermöglichen können. Voraussetzung dafür ist, dass die Ärztinnen und Ärzte eine Indikation für die zugelassene und anerkannte Behandlung festgestellt haben. § 5c IfSG legt fest, dass in einer Situation (zu) knapper Ressourcen die Zuteilung nur aufgrund der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit getroffen werden darf.

Wird diese Vorschrift dahingehend angewandt, dass nicht die Feststellung, dass es eine aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit gibt, für die Zuteilung der Ressourcen ausreicht, sondern darüber hinaus erforderlich ist, dass die Überlebenswahrscheinlichkeit insbesondere auf Basis von zusätzlichen Scores quantifiziert und damit – zumindest auf der Erscheinungsebene – vergleichbar gemacht wird und dass nur diejenigen die überlebenswichtigen Ressourcen erhalten, die die besten Scores haben, also ein als höher prognostiziertes Maß an Überlebenswahrscheinlichkeit als andere, wandelt das Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit seinen rechtlichen Charakter. Es ist nicht mehr allein das Zuteilungskriterium, sondern nur in Verbindung mit der Feststellung, dass die jeweiligen Patientinnen und Patienten einen angesichts der konkreten Zuteilungssituation ausreichend hohen Überlebens-Wahrscheinlichkeitswert aufweisen können.

Dem individuellen Lebensanspruch übergeordnet wird mit dieser Entscheidung ein gesellschaftliches Ziel: die zu knappen, vorhandenen Ressourcen sollen möglichst effizient eingesetzt werden. Was der entscheidende Maßstab für Effizienz ist, wird im Gesetz selbst und seiner Begründung nicht festgestellt. Aus dem Kontext der Debatte lässt es sich erschließen: möglichst wenige im Rahmen der Behandlung auf der Intensivstation versterbende Patienten. Ob so die Zahl der Überlebenden der Erkrankungen insgesamt erhöht wird – und auch hier wieder: im Vergleich zu welchem anderen Szenario? – ist dadurch nicht gesagt. Fest steht aber: der einzelne Patient, dessen Überlebenswahrscheinlichkeit in diesem vorgelagerten Überlebenskampf mit den Konkurrentinnen und Konkurrenten um die höchste Wahrscheinlichkeit die aktuelle Krankheit kurzfristig zu überleben nicht mithalten kann, verliert seinen Anspruch auf Lebenserhalt und damit voraussichtlich auch sein Leben.

Damit greift das so konzipierte Gesetz aber hier durch eigene Maßnahmen, nämlich die Etablierung eines skalierbaren objektivierbaren Wertes (die Höhe der Überlebenswahrscheinlichkeit) in das Grundrecht auf Leben ein. Die Mitteilung, die der behandelnde Arzt oder die behandelnde Ärztin den Menschen machen müsste, bei denen festgestellt worden ist, dass sie ihre aktuelle intensivmedizinische Behandlung zumindest kurzfristig überleben können, die aber dennoch keine lebensrettende Behandlungsressource zugeteilt bekommen werden, ist: Sie hätten eine Chance mit der Behandlung auf der Intensivstation zu überleben. Wir werden Sie dennoch nicht behandeln, weil wir einen Patienten haben, der eine noch bessere Chance hat als Sie und wir möchten sicherstellen, dass möglichst wenige Patientinnen und Patienten im Verlauf der Intensivbehandlung versterben. Das ist eine Bewertung des konkreten menschlichen Lebens, wobei der Mensch hier insofern zum Objekt degradiert wird, als ihm seine vorhandene Überlebenschance nicht belassen wird, damit ein übergeordnetes Ziel, die Senkung der Sterblichkeitsrate auf der Intensivstation, erreicht werden kann. Ob diese Kalkulation aufs größere Ganze bezogen aufgeht, ist unklar und mit Blick auf die Grundrechte des oder der Einzelnen auch unerheblich. Ob die Prognose im konkreten Fall eintrifft, ist ebenfalls ungeklärt, zumal am Ende Patientinnen oder Patienten nicht zu 70% oder 30% überleben oder versterben können. Im Einzelfall ist es möglich, dass beide Menschen mit den Ressourcen hätten überleben können oder bei beiden die Behandlung gescheitert wäre (bei der einen Patientin vielleicht nach drei Tagen, bei dem anderen vielleicht erst nach fünf Tagen), vielleicht stirbt auch derjenige mit der besseren Prognose wegen einer unvorhersehbaren Komplikation, während der andere überlebt oder es hätte sich die Prognose so realisiert, wie von den Ärztinnen und Ärzten erhofft oder befürchtet: der mit dem besseren Überlebenswahrscheinlichkeits-Wert überlebt, der mit dem schlechteren hätte auch nicht überlebt, wenn er die Ressource bekommen hat.

An der Art der auf das Gesetz gestützten Entscheidung über die Patientin oder den Patienten mit dem niedrigeren Score, ändert es in rechtlicher Sicht nichts, dass dadurch ein anderer Patient einen möglicherweise lebensrettenden Behandlungsplatz erhalten hat. Dagegen wiegt es zusätzlich schwer, dass der Patient, der die möglicherweise lebensrettenden Ressource nicht erhalten hat, faktisch auch keinen Rechtsschutz erhalten kann: weder angesichts der zeitlichen Abläufe noch mit Blick auf die Natur der Entscheidung kann hier der ordentliche Rechtsweg, auch mit der Möglichkeit von Eilverfahren, helfen, noch hat der Gesetzgeber hier eine andere, möglicherweise sachgerechtere Rechtsschutzmöglichkeit vorgesehen (vgl. BVErfGE 30, 1 <9>).

Der Grundsatz der Lebenswertindifferenz begleitet das Recht der Bundesrepublik in vielfältigen, meist strafrechtlichen Ausprägungen, die aber in sehr unterschiedlichen Lebensverhältnissen zum Tragen kommen (Luftsicherheitsgesetz, Schwangerschaftsabbruch I und II). Dementsprechend unterschiedlich sind auch die sozialen, gesellschaftlichen und lebensweltlichen Konstellationen - vergleichbar aber ist das Problem.

Charakteristisch ist eine der ersten höchstrichterlichen Entscheidungen, die der 4. Strafsenats des BGH von 1952 getroffen hat, die – was eher die Ausnahme der gerichtlichen Auseinandersetzungen um den Grundsatz der Lebenswertindifferenz darstellt – das konkrete Handeln von drei Ärzten im Verlauf der staatlich angeordneten Massenmorde an „Geisteskranken“ 1941 und die dafür anzusetzende Strafe zum Gegenstand hat.

Die Ärzte mussten Verlegungslisten bearbeiten: Patienten, die sie darauf setzten oder darauf beließen sollten getötet werden, diejenigen die sie davon strichen, hatten eine Chance zu Überleben. Die Angeklagten hatten jeweils geltend gemacht, sie hätten versucht, möglichst viele der behinderten Menschen von den Listen zu streichen. Im Ergebnis wurden alle drei Mediziner der Beihilfe zum Mord für schuldig befunden. Rechtfertigungsgründe wurden nicht anerkannt. Der 1. Leitsatz der Entscheidung lautet: „Der Rechtsgedanke, daß gegen Leib oder Leben gerichtete Notstandshandlungen zur Rettung aus einer Gefahrengemeinschaft, in der ohne die rettende Tat alle gleichmäßig verloren wären, erlaubt seien, hat im geltenden Recht keinen Niederschlag gefunden.“ (BGH, Urteil vom 28. November 1952, 4 StR 23/50 juris).

Mehr als ein halbes Jahrhundert später hatte das Bundesverfassungsgericht über eine Verfassungsbeschwerde zu entscheiden, die sich gegen die Ermächtigung der Bundeswehr durch das Luftsicherheitsgesetz richtete, Flugzeuge, die als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden sollen, durch unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt abzuschießen, auch wenn sich darin unschuldige Passagiere befänden (BVerfGE 115, 118), die allerdings, worauf manche in der rechtlichen Debatte hinwiesen, ohnedies sterben würden (vgl. BVErfGE 115, 118 <158>; einen Überblick über die ausführliche Debatte verschafft Roxin/Greco, Strafrecht AT Bd. 1, 5. A. 2020, § 22 Rn. 170-182).

Die auch öffentlich viel diskutierte Frage war, mit Blick auf den mit entführten Passagiermaschinen begangenen Anschlag auf die Twin Towers in New York am 11. September 2001, ob nicht zum Schutz von möglicherweise tausenden von Opfern am Boden, die Tötung von wesentlich weniger Menschen im Flugzeug in Kauf genommen werden müsste (zumal diese ohnehin dem Tode geweiht wären). Das Bundesverfassungsgericht wies

diese Überlegung klar zurück, da es unter der Geltung des Art.1 Abs.1 GG schlechterdings unvorstellbar sei, auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung unschuldige Menschen, die sich wie die Besatzung und die Passagiere eines entführten Luftfahrzeugs in einer für sie hoffnungslosen Lage befinden, gegebenenfalls sogar unter Inkaufnahme solcher Unwägbarkeiten vorsätzlich zu töten (BVerfGE 115, 118 <157>). Auch das Vorliegen einer staatlichen Schutzpflicht gegenüber denjenigen, gegen deren Leben das im Sinne von § 14 Abs.3 LuftSiG als Tatwaffe missbrauchte Luftfahrzeug eingesetzt werden sollte, ändert nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nichts daran, dass der Tod der unschuldigen Passagiere nicht bewirkt werden dürfte: eine Schutzpflicht dürfe nur mit Mitteln umgesetzt werden, deren Einsatz mit der Verfassung in Einklang steht: daran fehle es im Fall des § 14 Abs 3 LuftSiG, denn auch die im Flugzeug festgehaltenen unschuldigen Passagiere hätten Anspruch auf staatlichen Schutz ihres Lebens (BVErfGE 115, 118 <160>). Den rechtsethischen Kern seiner Ausführungen bildet die Überlegung des Bundesverfassungsgerichts,

„Eine solche Behandlung missachtet die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten. Sie werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt.(BVerfGE 115,118 <154>).“

Der Grundsatz der Lebenswertindifferenz, der sich bis heute gehalten und in verschiedenen Bereichen konkretisiert hat, besagt, dass dort, wo es um das Rechtsgut des menschlichen Lebens geht, Quantifizierungen unzulässig sind. Vor dem Recht hat jedes menschliche Leben gleichen Rang und keinen unterschiedlichen Wert (Roxin/Greco, Strafrecht AT Bd. 1, 5.A., § 16 Rn 33),damit auch keinen unterschiedlichen Anspruch auf staatliche, sozialversicherungsrechtliche oder sonstige staatlich geprägte Maßnahmen zu seinem Schutz. Prägnant zusammengefasst:

„Wo es allerdings um das Rechtsgut des menschlichen Lebens geht, sind Quantifizierungen unzulässig. Vor dem Recht hat jedes menschliche Leben, wie sich schon aus den Art. 1, 2, 3 GG ergibt, gleichen Rang; einen unterschiedlichen „Lebenswert“ gibt es nicht. Es wäre also nicht nach § 34 StGB zu rechtfertigen, wenn etwa ein Arzt einen Patienten mit 30 %iger Überlebenschance vom einzigen in der Klinik vorhandenen Beatmungsgerät abnehmen und ihn dadurch dem Tode ausliefern würde, um auf diese Weise einen später eingelieferten Patienten mit 70 %iger Überlebenschance retten zu können. Ebenso

rechtswidrig wäre es, wenn ein Arzt einen Patienten, der nur noch kurze Zeit zu leben hat, töten würde, um seinem Leichnam das Organ entnehmen zu können, das einem anderen sonst todgeweihten Patienten ein möglicherweise langes Leben sichern könnte.(…) Unzulässig ist auch eine Abwägung nach der Zahl der im Widerstreit stehenden Menschenleben. Welzel hat den Fall des Bahnwärters konstruiert, der einen führerlosen Güterwagen auf einen vollbesetzten Personenzug zurollen sieht und, um den Tod vieler Menschen zu verhindern, den Zug im letzten Augenblick auf ein Nebengleis umleitet, wo nun allerdings mehrere Arbeiter überrollt und getötet werden. Auch die Opferung weniger Unschuldiger zur Rettung vieler Menschen kann vor dem Recht keinen Bestand haben. Wenn eine Gangsterbande oder ein Terrorregime einen Mord verlangt mit der Drohung, im Weigerungsfalle hundert Unschuldige zu erschießen, bleibt die Tötung rechtswidrig.“ (Roxin/ Greco a.a.O.)

Das gilt auch für den Arzt, denn die in § 1 BÄO formulierte Verpflichtung „der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes“ zu dienen ist angesichts der Erfahrungen im Nationalsozialismus problematisch. Die Kommentarliteratur legt sie deswegen zurückhaltend aus und versteht die Gesundheit des Einzelnen und die Volksgesundheit (besser: öffentliche Gesundheit) nicht als Gegensätze, sondern als Zusammenhang: gerade durch die Berücksichtigung der Bedürfnisse des einzelnen Patienten wird auch die Gesundheit aller gefördert. Der Begriff enthält auch eine Begrenzung: „Der Begriff “Volksgesundheit“ prägt sich hier z.B. so aus, dass der Gesundheitssorge für einen einzelnen Menschen um der individuellen Gesundheit unbestimmt vieler anderer, für die eine funktionsfähige und allgemein zugängliche Gesundheitsversorgung bereitstehen muss, Grenzen gesetzt sind.“(NK-MedR/Heyers/Bergmann/Krekeler, 4. Aufl. 2024, BÄO § 1 Rn. 36) . Diese Grenze führt aber nicht zu einer Dispositionsbefugnis über das Leben eines Einzelnen, das in einer konkreten Behandlungssituation preisgegeben werden könnte, um einen anderen Patienten mit besserer Aussicht zu retten und so die Gesamtbilanz der öffentlichen Gesundheit zu verbessern, beispielsweise indem die Zahl der pandemiebedingten Todeszahlen möglicherweise gesenkt wird. Ein Gesundheitswesen, das den Patienten keine Sicherheit vermittelt, dass die behandelnden Ärzte und Pflegeteams jeweils das beste ihnen Mögliche tun um ihr Leben zu retten, so lange das möglich erscheint, dürfte auf kurze und längere Sicht schweren Schaden nehmen – ethischen und gesellschaftlichen. Auswahlentscheidungen über die „besten“ Patienten zu treffen, sollte Ärzten nicht auferlegt werden, so wichtig ihre Kompetenz bei der Durchführung der Heilmaßnahmen und der Bestimmung der jeweils konsequent auf den einzelnen bezogenen Prognose im Sinne der Indikation und die Berücksichtigung von dessen Willen

ist. Insofern bleibt auch unklar, wieso die beschwerdeführenden Ärztinnen und Ärzte für den Fall, dass sie nicht zwischen Patienten wählen und diese auch bei noch bestehender Indikation gegen ihren Willen aus der Behandlung herausnehmen dürfen, von zwangsläufiger „Übertherapie“ ausgehen.

V. Zufall ist nicht diskriminierend

Angesichts der fatalen Ausstrahlung, die es hat, wenn Ärzte statt in erster Linie ihre individuellen Patienten zu behandeln, diese auswählen und ihre – noch aussichtsreichen – Behandlungen einseitig abbrechen, damit neu hinzukommende, „bessere“ Patienten, bei denen die Hoffnung besteht, erfolgreicher behandeln zu könnenbehandelt werden können, erscheint es gesellschaftlich und gesundheitspolitisch vorzugswürdig ein anderes Zuteilungskriterium zu wählen, welches Patienten nicht diskriminiert und kein (wenn auch verdecktes) Werturteil über sie verhängt

Voraussichtlich ist hier ein mehrteiliges Verfahren sinnvoll: eine Indikation ist grundsätzlich für die Einleitung einer Behandlung erforderlich ist, sie entspricht damit dem vom Bundesverfassungsgericht dem in 1 BvR 1541/20 benannten Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit, denn eine Indikation ist nur gegeben, wenn die Möglichkeit des Überlebens der aktuellen Erkrankung ärztlicherseits gesehen wird, sie ist also für die Indikation ein notwendiges, nach hiesigem Verständnis aber auch hinreichendes Kriterium.

Für die weitere Patientenauswahl taugt dieses Kriterium aber voraussichtlich wenig, da es um Scores erweitert werden würde, die dann numerische Vergleichbarkeit und eine Auswahl nach höherer Überlebenswahrscheinlichkeit nach sich zöge. Dieser Prozess ist mittelbar diskriminierend und wegen Verletzung der Menschenwürde verfassungswidrig.

Dem lässt sich entgehen, wenn neben der ohnehin erforderlichen und zwingend individuellen regulären Behandlungsindikation und der von keiner beteiligten Seite in Frage gestellten Entscheidung nach Dringlichkeit der intensivmedizinischen Versorgung, dem Grundsatz des „First come, first served“ gefolgt wird, der ein Zufallsmoment in sich trägt, das Diskriminierung wirksam verhindert. Für den Fall, dass dieses Kriterium vereinzelt nicht ausreicht, weil nicht entschieden werden kann, wer „first“ war, weil beispielsweise zu viele Personen gleichzeitig eine intensivmedizinische Versorgung benötigen, wäre eine „verblindete Entscheidung“ möglich, durch die ohne menschlichen Einfluss die Entscheidung unter den Menschen bei denen Indikation, hohe Dringlichkeit, gleichzeitige Ankunft im Krankenhaus gegeben sind, eine diskriminierungsfreie

Entscheidung zu treffen wäre. Diese Vorgehensweise ist beispielsweise bei klinischen Studien in der verblindeten Entscheidung über Placebo oder das experimentelle Medikament Standard.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Oliver Tolmein

Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10.12.1948 **Artikel 1** Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen. **Artikel 2** (1) Jeder Mensch hat Anspruch auf die in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten ohne irgendeine Unterscheidung, wie etwa nach Rasse, Farbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Überzeugung, nationaler oder sozialer Herkunft, nach Eigentum, Geburt oder sonstigen Umständen. (2) Weiter darf keine Unterscheidung gemacht werden auf Grund der politischen, rechtlichen oder internationalen Stellung des Landes oder Gebietes, dem eine Person angehört, ohne Rücksicht darauf, ob es unabhängig ist, unter Treuhandschaft steht, keine Selbstregierung besitzt oder irgend einer anderen Beschränkung seiner Souveränität unterworfen ist. **Artikel 3** Jeder Mensch hat das Recht auf Leben, Freiheit und Sicherheit der Person. **Artikel 4** Niemand darf in Sklaverei oder Leibeigenschaft gehalten werden; Sklaverei und Sklavenhandel sind in allen Formen verboten. **Artikel 5** Niemand darf der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden. **Artikel 6** Jeder Mensch hat überall Anspruch auf Anerkennung als Rechtsperson. **Artikel 7** Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Unterschied Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. Alle haben Anspruch auf gleichen Schutz gegen jede unterschiedliche Behandlung, welche die vorliegende Erklärung verletzen würde, und gegen jede Aufreizung zu einer derartigen unterschiedlichen Behandlung. **Artikel 8** Jeder Mensch hat Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz vor den zuständigen innerstaatlichen Gerichten gegen alle Handlungen, die seine ihm nach der Verfassung oder nach dem Gesetz zustehenden Grundrechte verletzen. **Artikel 9** Niemand darf willkürlich festgenommen, in Haft gehalten oder des Landes verwiesen werden. **Artikel 10** Jeder Mensch hat in voller Gleichberechtigung Anspruch auf ein der Billigkeit entsprechendes und öffentliches Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht, das über seine Rechte und Verpflichtungen oder über irgendeine gegen ihn erhobene strafrechtliche Beschuldigung zu entscheiden hat. **Artikel 11** (1) Jeder Mensch, der einer strafbaren Handlung beschuldigt wird, ist so lange als unschuldig anzusehen, bis seine Schuld in einem öffentlichen Verfahren, in dem alle für seine Verteidigung nötigen Voraussetzungen gewährleistet waren, gemäß dem Gesetz nachgewiesen ist. (2) Niemand kann wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die im Zeitpunkt, da sie erfolgte, auf Grund des nationalen oder internationalen Rechts nicht strafbar war. Desgleichen kann keine schwerere Strafe verhängt werden als die, welche im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung anwendbar war. **Artikel 12** Niemand darf willkürlichen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, sein Heim oder seinen Briefwechsel noch Angriffen auf seine Ehre und seinen Ruf ausgesetzt werden. Jeder Mensch hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen derartige Eingriffe oder Anschläge. **Artikel 13** (1) Jeder Mensch hat das Recht auf Freizügigkeit und freie Wahl seines Wohnsitzes innerhalb eines Staates. (2) Jeder Mensch hat das Recht, jedes Land, einschließlich seines eigenen, zu verlassen sowie in sein Land zurückzukehren. **Artikel 14** (1) Jeder Mensch hat das Recht, in anderen Ländern vor Verfolgungen Asyl zu suchen und zu genießen. (2) Dieses Recht kann jedoch im Falle einer Verfolgung wegen nichtpolitischer Verbrechen oder wegen Handlungen, die gegen die Ziele der Vereinten Nationen verstoßen, nicht in Anspruch genommen werden. **Artikel 15** (1) Jeder Mensch hat Anspruch auf eine Staatsangehörigkeit. (2) Niemandem darf seine Staatsangehörigkeit willkürlich entzogen noch ihm das Recht dazu versagt werden, seine Staatsangehörigkeit zu wechseln. **Artikel 16** (1) Heiratsfähige Männer und Frauen haben ohne Beschränkung durch Rasse, Staatsbürgerschaft oder Religion das Recht, eine Ehe zu schließen und eine Familie zu gründen. Sie haben bei der Eheschließung, während der Ehe und bei deren Auflösung die gleichen Rechte. (2) Die Ehe darf nur auf Grund der freien und vollen Willenseinigung der zukünftigen Ehegatten geschlossen werden. (3) Die Familie ist die natürliche und grundlegende Einheit der Gesellschaft und hat Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat. **Artikel 17** (1) Jeder Mensch hat allein oder in Gemeinschaft mit anderen das Recht auf Eigentum. (2) Niemand darf willkürlich seines Eigentums beraubt werden. **Artikel 18** Jeder Mensch hat Anspruch auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; dieses Recht umfaßt die Freiheit, seine Religion oder seine Überzeugung zu wechseln, sowie die Freiheit, seine Religion oder seine Überzeugung allein oder in Gemeinschaft mit anderen, in der Öffentlichkeit oder privat, durch Lehre, Ausübung, Gottesdienst und Vollziehung von Riten zu bekunden. **Artikel 19** Jeder Mensch hat das Recht auf freie Meinungsäußerung; diese Recht umfasst die Freiheit, Meinungen unangefochten anzuhängen und Informationen und Ideen mit allen Verständigungsmitteln ohne Rücksicht auf Grenzen zu suchen, zu empfangen und zu verbreiten. **Artikel 20** (1) Jeder Mensch hat das Recht auf Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit zu friedlichen Zwecken. (2) Niemand darf gezwungen werden, einer Vereinigung anzugehören. **Artikel 21** (1) Jeder Mensch hat das Recht, an der Leitung der öffentlichen Angelegenheiten seines Landes unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter teilzunehmen. (2) Jeder Mensch hat unter gleichen Bedingungen das Recht auf Zulassung zu öffentlichen Ämtern in seinem Lande. (3) Der Wille des Volkes bildet die Grundlage für die Autorität der öffentlichen Gewalt; dieser Wille muß durch periodische und unverfälschte Wahlen mit allgemeinen und gleichem Wahlrecht bei geheimer Stimmabgabe oder in einem gleichwertigen Verfahren zum Ausdruck kommen. **Artikel 22** Jeder Mensch hat als Mitglied der Gesellschaft Recht auf soziale Sicherheit; er hat Anspruch darauf, durch innerstaatliche Maßnahmen und internationale Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der Organisation und der Hilfsmittel jedes Staates in den Genuss der für seine Würde und freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlichen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen. **Artikel 23** (1) Jeder Mensch hat das Recht auf Arbeit, auf freie Berufswahl, auf angemessene und befriedigende Arbeitsbedingungen sowie auf Schutz gegen Arbeitslosigkeit. (2) Alle Menschen haben ohne jede unterschiedliche Behandlung das Recht auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit. (3) Jeder Mensch, der arbeitet, hat das Recht auf angemessene und befriedigende Entlohnung, die ihm und seiner Familie eine der menschlichen Würde entsprechende Existenz sicher und die, wenn nötig, durch andere soziale Schutzmaßnahmen zu ergänzen ist. (4) Jeder Mensch hat das Recht, zum Schutze seiner Interessen Berufsvereinigungen zu bilden und solchen beizutreten. **Artikel 24** Jeder Mensch hat Anspruch auf Erholung und Freizeit sowie auf eine vernünftige Begrenzung der Arbeitszeit und auf periodischen, bezahlten Urlaub. **Artikel 25** (1) Jeder Mensch hat Anspruch auf eine Lebenshaltung, die seine und seiner Familie Gesundheit und Wohlbefinden, einschließlich Nahrung, Wohnung, ärztlicher Betreuung und der notwendigen Leistungen der sozialen Fürsorge, gewährleistet, er hat das Recht auf Sicherheit im Falle der Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität, Verwitwung, Alter oder anderweitigen Verlust seiner Unterhaltsmittel durch unverschuldete Umstände. (2) Mutter und Kind haben Anspruch auf besondere Hilfe und Unterstützung. Alle Kinder, eheliche und uneheliche, genießen den gleichen sozialen Schutz. **Artikel 26** (1) Jeder Mensch hat das Recht auf Bildung. Der Unterricht muss wenigstens in den Elementar- und Grundschulen unentgeltlich sein. Der Elementarunterricht ist obligatorisch. Fachlicher und beruflicher Unterricht soll allgemein zugänglich sein; die höheren Studien sollen allen nach Maßgabe ihrer Fähigkeiten und Leistungen in gleicher Weise offenstehen. (2) Die Ausbildung soll die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und die Stärkung der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten zum Ziele haben. Sie soll Verständnis, Duldsamkeit und Freundschaft zwischen allen Nationen und allen rassischen oder religiösen Gruppen fördern und die Tätigkeit der Vereinten Nationen zur Aufrechterhaltung des Friedens begünstigen. (3) In erster Linie haben die Eltern das Recht, die Art der ihren Kindern zuteil werdenden Bildung zu bestimmen. **Artikel 27** (1) Jeder Mensch hat das Recht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich der Künste zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Wohl taten teilzuhaben. (2) Jeder Mensch hat das Recht auf Schutz der moralischen und materiellen Interessen, die sich aus jeder wissenschaftlichen, literarischen oder künstlerischen Produktion ergeben, deren Urheber er ist. **Artikel 28** Jeder Mensch hat Anspruch auf eine soziale und internationale Ordnung, in welcher die in der vorliegenden Erklärung angeführten Rechte und Freiheiten voll verwirklicht werden können. **Artikel 29** (1) Jeder Mensch hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entwicklung seiner Persönlichkeit möglich ist. (2) Jeder Mensch ist in Ausübung seiner Rechte und Freiheiten nur den Beschränkungen unterworfen, die das Gesetz ausschließlich zu dem Zwecke vorsieht, um die Anerkennung und Achtung der Rechte und Freiheiten der anderen zu gewährleisten und den gerechten Anforderungen der Moral, der öffentlichen Ordnung und der allgemeinen Wohlfahrt in einer demokratischen Gesellschaft zu genügen. (3) Rechte und Freiheiten dürfen in keinem Fall im Widerspruch zu den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen ausgeübt werden. **Artikel 30** Keine Bestimmung der vorliegenden Erklärung darf so ausgelegt werden, dass sich daraus für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person irgendein Recht ergibt, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung zu setzen, welche auf die Vernichtung der in dieser Erklärung angeführten Rechte und Freiheiten abzielen.