

Überlegungen des Forums behinderter Juristinnen und Juristen (FbJJ) zu einem verfassungsrechtlich gebotenen, diskriminierungsfreien Triage-Gesetz

Inhalt

- I. Vorbemerkung**
- II. Einleitung**
- III. Grundlagen**
- IV. Eckpunkte**

1. Inhaltliche Kriterien der Auswahlentscheidung

Stufe 1: Abklärung der intensivmedizinischen Behandlungsnotwendigkeit

Stufe 2: Erfolgsaussicht

Stufe 3: Behandlungswunsch

Stufe 4: Priorisierung bei nicht ausreichenden Ressourcen

4.1. Priorisierung nach Dringlichkeit

4.2. Priorisierung durch Randomisierung

2. Verfahren der Entscheidungsfindung

3. Ex-Post Triage

- V. Fazit**

Forum behinderter Juristinnen und Juristen**I. Vorbemerkung**

Triage- oder Priorisierungsentscheidungen sind immer grausam. Sie sind erst dann zu treffen, wenn keine ausreichenden Ressourcen mehr vorhanden sind. Aus der besonderen Schutzpflicht des Staates ergibt sich deshalb eine Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen, dass eine Triagesituation erst gar nicht eintritt.

Dies gilt auch in Bezug auf berichtete Fälle der sog. Vor-Triage: Menschen mit erheblichen Vorerkrankungen oder Behinderungen darf nicht schon der Zugang zu einem Krankenhaus erschwert oder verhindert werden (zum Beispiel durch Nicht-Mitnahme beim Rettungseinsatz).

Dafür sind seitens des Staates weitere Vorkehrungen zu treffen. Neben der Vorhaltung lokaler Ressourcen und einer stabilen Logistik gehört hierzu nach der Auffassung des FbJJ auch die Einführung einer allgemeinen Impfpflicht.

Ein wichtiger Bestandteil der Gewährleistung der Rechte Behinderter ist darüber hinaus die umfassende Beteiligung von Menschen mit Behinderung nicht nur im Gesetzgebungsprozess zu einem Triage-Gesetz sondern auch bei der Erarbeitung von Kommunikationsstrategien in Krankenhäusern und weiteren betroffenen Einrichtungen für Patient*innen und Angehörige sowie im Rahmen der Aus- und Weiterbildung von Intensivmediziner*innen. In letztgenanntem Bereich ist die Vermittlung von Lehrinhalten zu Themen wie Behinderung, UN-Behindertenrechtskonvention, Verhinderung von Diskriminierung und Vermeidung von stereotyper Bewertung zwingend vorzuschreiben.

II. Einleitung

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Beschluss vom 16. Dezember 2021 (Az: 1 BvR 1541/20) entschieden, dass der Gesetzgeber das in Art. 3 Abs. 3 Satz 2

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

GG manifestierte Benachteiligungsverbot verletzt hat, weil er es unterlassen hat, Vorkehrungen zu treffen, damit niemand wegen einer Behinderung bei der Zuteilung überlebenswichtiger, nicht für alle zur Verfügung stehender intensivmedizinischer Ressourcen benachteiligt wird. Der Gesetzgeber ist nunmehr verpflichtet, unverzüglich geeignete Vorkehrungen zur Beseitigung dieser Benachteiligung zu treffen.

III. Grundlagen

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 des Grundgesetzes i. V. m. der UN-Behindertenrechtskonvention verbietet eine unmittelbar oder mittelbar behinderte Menschen benachteiligende oder gar ausschließende Rationierung oder Priorisierung von intensivmedizinischen Leistungen.

Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass eine besondere Schutzpflicht des Staates gegenüber Menschen mit Behinderungen auch im medizinischen Bereich besteht.

Deshalb ist sicherzustellen, dass bei der Beurteilung der Frage, ob eine medizinische Behandlung durchgeführt wird, Vorurteile und Stereotype keine Rolle spielen und medizinische Behandlungen nicht wegen Behinderungen oder funktionaler gesundheitlicher Beeinträchtigung verweigert werden.

Menschen mit Beeinträchtigungen und Vorerkrankungen müssen sich darauf verlassen können, die gleiche Chance auf Behandlung zu erhalten, wie Personen ohne Beeinträchtigung. Es gilt, einen Rahmen für den diskriminierungsfreien Zugang zur medizinischen Versorgung auch in Ausnahmesituationen zu garantieren.

Als besonders problematisch stellt das Bundesverfassungsgericht hier auch die große Diskrepanz zwischen der Selbstwahrnehmung und den Erfahrungen behinderter und chronisch erkrankter Menschen einerseits und der Medizin andererseits heraus. Der medizinische Blick auf Behinderung ist immer noch stark defizit - statt teilhabeorientiert, weshalb im Gesundheitswesen – auch über die konkrete Situation hinaus - grundlegend eine menschenrechtliche Perspektive auf Behinderung zu entwickeln und zu verankern ist.

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

Die Frage, wer bei unzureichenden Ressourcen behandelt werden soll, ist zudem vorrangig eine soziale, ethische, insbesondere aber auch eine rechtliche. Die Maxime der Mediziner, um jeden Preis möglichst viele Menschenleben zu retten, wofür zunächst im Triage-Fall stets diejenigen mit den besten Erfolgsaussichten zuvorderst zu behandeln sind, wird in weiten Teilen der Öffentlichkeit und Politik bislang jedoch nicht wesentlich hinterfragt. Gleichwohl steht diese Art der Entscheidung diametral der Wertung des Grundgesetzes entgegen, nach der ein Leben nicht gegen ein anderes Leben abgewogen werden darf.

Hier ist zunächst grundsätzlich die Frage zu stellen, ob ein Vorgehen, welches die Stärkeren den vermeintlich Schwächeren vorzieht – zum Wohle der Gesamtheit – verfassungsrechtlich zulässig ist, da es sowohl dem Benachteiligungsverbot als auch dem Grundsatz der „Lebenswertindifferenz“¹ widerspricht. Jedes menschliche Leben ist gleich wertvoll, eine zahlenmäßige Abwägung ist unzulässig.²

Walter³ hat den nun geforderten Prozess deshalb zurecht als „Grundsatzentscheidung“ beschrieben, „ob wir den Idealismus des Grundgesetzes in seiner bisherigen Ausdeutung weiterhin als ein sinnvolles Ziel der ethischen Selbsterziehung betrachten – oder als konstraintuitiven Selbstbetrug, den man sich zwar in lebensweltlich entrückten Entscheidungen wie jener zum Luftsicherheitsgesetz leisten könne, doch nicht, wenn es darauf ankomme; wie möglicherweise in einer pandemischen Krise.“

Oder nicht leisten wolle.

Aus diesen Gründen darf die Entscheidung über das Vorgehen im Fall von Ressourcenknappheit nicht zuvorderst Mediziner*innen überlassen werden. Für die Triage muss vielmehr ein diskriminierungsfreies, nachprüfbares und konsistentes Verfahren unter Beteiligung aller relevanten gesellschaftlichen Gruppen, insbesondere auch der Behindertenselbsthilfe, entwickelt werden. Die Maßstäbe, anhand derer im Falle eines Falles Triage-Entscheidungen von Ärzten zu treffen sind, müssen ethischen, rechtlichen und politisch entschiedenen Grundsätzen entsprechen. Sie können und dürfen nicht allein medizinisch betrachtet werden.

¹ Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann, „Gleichheit vor der Triage - Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von Covid-19-Patienten in der Intensivmedizin“ - Triage in der Pandemie, Teil 3: Welche Inhalte sollten Regelungen haben?, Hrsg. Tatjana Hörnle, Stefan Huster und Ralf Poscher, 2021

² grundlegend hierzu: BVerfGE 39, 1 (59); 115, 118 (158)

³ Tonio Walter, „Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage-Regeln und ihren Gründen“, GA 2020, 677

Forum behinderter Juristinnen und Juristen**IV. Eckpunkte**

Das vorliegende Eckpunktepapier soll sich zunächst nur auf den vorrangig und dringlich zu regelnden Pandemiefall beschränken, da das FbJJ davon ausgeht, dass das bevorstehende Gesetzgebungsverfahren dies aufgrund der geforderten Unverzögerlichkeit der Beendigung der andauernden Grundrechtsverletzung ebenfalls tun wird. Die getroffenen, juristischen und ethischen Wertungen sind allerdings auch für Fälle nicht ausreichender Ressourcen z.B. bei Naturkatastrophen oder Massenunfällen von Bedeutung.

1. Inhaltliche Kriterien der Auswahlentscheidung

Nach unserem Verständnis, aber auch nach der Konzeption der Empfehlungen der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), müsste eine Triage-Entscheidung in mehreren Stufen ablaufen.

Zunächst ist die Frage der Intensivpflichtigkeit zu stellen. Anschließend ist festzustellen, ob eine Behandlung überhaupt noch eine Erfolgsaussicht hat. Ist dies der Fall, muss das Vorliegen eines Behandlungswunsches geprüft werden. Erst wenn alle Fragen bejaht wurden, folgt eine Entscheidung darüber, welcher intensivpflichtige Patient mit Behandlungswunsch, bei dem eine Überlebenschance noch besteht, die Ressource tatsächlich erhält (die eigentliche Priorisierung), wobei vorrangig auf die Dringlichkeit abzustellen ist und bei gleicher Dringlichkeit eine Randomisierung erfolgen muss.

Das zukünftige Gesetz hat dabei sicherzustellen, dass in allen Stufen eine Benachteiligung von Menschen mit Behinderung oder Vorerkrankung ausgeschlossen ist.

Im Einzelnen:

Stufe 1: Abklärung der intensivmedizinischen Behandlungsnotwendigkeit

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

Hier wird die Entscheidung über die Aufnahmenotwendigkeit auf die Intensivstation getroffen. Besteht grundsätzlich eine intensivmedizinische Behandlungsnotwendigkeit, die auf der normalen Station nicht zu gewährleisten ist, so ist die Intensivpflichtigkeit zu bejahen und es folgt Stufe 2.

An dieser Stelle ist sicherzustellen, dass Patienten nicht schon wegen einer Beeinträchtigung nicht auf die Intensivstation aufgenommen werden.

Die Frage der Intensivpflichtigkeit ist zu trennen von der Frage, ob eine Erfolgsaussicht intensivmedizinischer Behandlung gegeben ist. Diese Frage wird erst in Stufe 2 – mit den dort vorzusehenden Absicherungen gegen Benachteiligung - relevant, so dass Intensivpflichtigkeit nicht mit der Begründung abgelehnt werden kann, der Patient könne von einer solchen Behandlung nicht mehr profitieren, sondern lediglich mit der Begründung, er benötige keine Intensivtherapie (mehr) oder noch nicht, da seine gesundheitliche Situation ausreichend stabil ist, um ohne (weitere) intensivmedizinische Behandlung auszukommen.

Stufe 2: Erfolgsaussicht

Das Bundesverfassungsgericht hält in seinem Beschluss das Kriterium der Erfolgsaussicht im Sinne der „Wahrscheinlichkeit, die aktuelle Erkrankung durch Intensivtherapie zu überleben“, für zulässig, allerdings nur bei benachteiligungsfreier Anwendung. In gleichem Kontext hat das Bundesverfassungsgericht nämlich Bedenken geäußert, da es in der Berücksichtigung von Komorbiditäten und der Gebrechlichkeitsskala als negative Indikatoren für schlechte Erfolgsaussichten der intensivmedizinischen Behandlung ein mögliches „Einfallstor für Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung“ sieht. Das Gericht hat herausgestellt, dass durch die in den Leitlinien vorgesehene Anwendung der dort genannten Kriterien bislang „nicht hinreichend gewährleistet [ist], dass die Betroffenen in einer solchen Situation wirksam vor einer Benachteiligung wegen ihrer Behinderung geschützt sind.“

Die enumerative Aufzählung von Komorbiditäten genügt den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts somit gerade nicht, um die Erfolgsaussicht diskriminierungsfrei zu bestimmen. Es braucht vielmehr klare Kriterien, die für

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

jedermann gleichermaßen gelten und aufgrund derer festgestellt werden kann, dass eine intensivmedizinische Behandlung keinen Erfolg mehr haben kann.

Komorbiditäten dürfen deshalb bei der Feststellung der Erfolgsaussicht nur Berücksichtigung finden, wenn sie ein Überleben der intensivmedizinischen Behandlung nach den allgemeinen, für jedermann geltenden Bewertungskriterien ausschließen und somit die Erfolgsaussicht verneint wird.

An dieser Stelle ist die Ärzteschaft gefragt, sich in den Gesetzgebungsprozess einzubringen – welche Werte determinieren, ob eine Intensivbehandlung noch Erfolg haben kann oder nicht? Welche Parameter dürfen welche Grenzwerte nicht unter- oder überschreiten? Kann eine Ermittlung z.B. anhand der SOFA-Score⁴ erfolgen? Vorerkrankungen dürfen dabei für sich genommen kein Kriterium darstellen, da ansonsten eine Benachteiligung gegeben ist.

An diesen objektiven Werten müssten sich Menschen mit Behinderung dann ebenso messen lassen, wie alle anderen Personen auch. Bedenklich bleibt natürlich, dass ggf. eine Behinderung dazu geführt hat, dass diese Werte schneller erreicht/unterschritten werden. Um eine darüberhinausgehende Benachteiligung zu verhindern, ist sicherzustellen, dass die Kriterien zur Feststellung der Aussichtslosigkeit der Intensivbehandlung durch entsprechende Studien belegt und von einem breiten Konsens der Ärzteschaft getragen sind. Auch dürfen keine Parameter Verwendung finden, die ausschließlich bei bestimmten Komorbiditäten zu finden sind.

Stufe 3: Behandlungswunsch

Steht fest, dass ein Patient Intensivtherapie benötigt und ein Überleben mit dieser auch nicht ausgeschlossen ist, ist seine Einwilligung in die Intensivtherapie zu prüfen. Hier ist zunächst der aktuelle Wille maßgeblich; nachrangig sodann der zuvor mündlich geäußerte, vorausverfügte oder mutmaßliche Patientenwille. Vor der Behandlung ist eine Aufklärung des Patienten bzw. des rechtlichen Vertreters über die geplante Behandlung und deren Erfolgswahrscheinlichkeit durchzuführen.

⁴ Sepsis-related organ failure assessment score (Maßzahl zur Beurteilung des Organversagens bei Sepsis) vgl. <https://qsofa.org/>

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

In diesem Stadium ist eine barrierefreie und effektive Kommunikation wichtig, um den Patientenwillen möglichst auch in der intensivmedizinischen Notsituation feststellen zu können (ggf. schon präventiv vor Eintritt der Akutsituation nach Einweisung auf die Normalstation). Insbesondere müssen Krankenhäuser verpflichtet werden, frühzeitig Vorsorge für die Möglichkeit barrierefreier Kommunikation zu treffen, z.B. durch Bereithalten von Informationsblättern in Leichter Sprache und Kontaktdaten von Gebärdensprachdolmetschern, die von der Klinik im Bedarfsfall schnell zu kontaktieren sind (notfalls auch virtuell möglich).

Menschen mit Behinderung müssen ihren Willen frei und selbstbestimmt bilden und äußern können und dafür die erforderliche Unterstützung erhalten. Unterstützung darf jedoch nicht Beeinflussung bedeuten. Die Aufklärung muss zielneutral erfolgen. Wenn eine Vorausverfügung oder eine frühere Willensäußerung vorliegen, ist die Aktualität des Willens bei Eintritt der Intensivpflicht nochmals zu prüfen.

Stufe 4: Priorisierung bei nicht ausreichenden Ressourcen**4.1. Priorisierung nach Dringlichkeit**

Benötigen mehrere Patienten zeitgleich eine nicht für alle ausreichende Ressource, ist zunächst danach zu entscheiden, wer die Behandlung am Dringendsten benötigt. Wer würde ohne sofortige Intensivbehandlung sterben? Wer kann ggf. noch verletzt werden? Wer kann noch eine Weile ohne die erforderliche Intensivbehandlung auskommen und somit möglicherweise von freiwerdenden Kapazitäten profitieren? Dieses Kriterium ist auch im Rahmen der Triage bei Massenunfällen gebräuchlich. Es ist allgemein als verfassungsrechtlich unbedenklich anerkannt.⁵

Gerade im Fall von Covid-19 wird es jedoch oftmals so sein, dass zwei oder mehr Personen mit gleicher Dringlichkeit eine Intensivbehandlung benötigen. Hier ist entsprechend 4.2. zu verfahren.

⁵ u.a. Jansen, Scarlet, „Pflichtenkollision bei Triage-Entscheidungen“, ZIS 2021, 155 m.w.N.; Gerhard Dannecker/Anne Streng-Baunemann, „Verschaffung des Wartelistenzugangs für Alkoholiker entgegen den Organallokations-Richtlinien der Bundesärztekammer – (versuchter) Totschlag?“, NStZ 2014, 673; Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann, aaO

Forum behinderter Juristinnen und Juristen**4.2. Priorisierung durch Randomisierung**

Nach den Empfehlungen der DIVI hat die Priorisierung von Patienten, bei denen die Erfolgsaussicht bejaht wurde, nach der Überlebenswahrscheinlichkeit zu erfolgen. Zunächst sollte dabei jeder, der dem stringent utilitaristischen Prinzip anhängt, bedenken, dass der in der Praxis häufigere Fall nicht die 85-jährige Person mit einer prognostizierten Überlebenswahrscheinlichkeit von 15 % versus der jungen, sportlichen Person mit prognostizierter Überlebenswahrscheinlichkeit von 80 % sein wird, sondern eher der 40-jährige, bis dato fitte Familienvater mit eigentlich guten Chancen, der gegen den 25-jährigen mit noch besseren Chancen konkurrieren muss.

Eine solche Priorisierung nach Erfolgswahrscheinlichkeit ist abzulehnen. Ein über die vorgehend beschriebene Feststellung der fehlenden Erfolgsaussicht im Sinne einer Aussichtslosigkeit der Intensivbehandlung hinausgehendes Abwägen verschiedener „Erfolgswahrscheinlichkeiten“, bei deren Ermittlung subjektivierte Einschätzungen und damit auch bewusste und unbewusste Diskriminierungen nie vermieden werden können, ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Eine Abwägung, bei der die Erfolgswahrscheinlichkeit in Prozent oder Punkten bemessen und verglichen würde, kann nie objektiv erfolgen. Auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur sachlich falschen Beurteilung der Lebenssituation von Menschen mit Behinderungen und unbewussten Stereotypisierung wird verwiesen.

Darüber hinaus haben Menschen mit Behinderung, unabhängig vom Problem der Subjektivität, zudem immer ein höheres Risiko, schlechter eingestuft zu werden, denn sie sind häufiger sekundär gesundheitlich beeinträchtigt als Behandlungsbedürftige ohne Behinderung und haben oft einen schlechteren allgemeinen Gesundheitszustand⁶. Welche Folge die Entscheidung zugunsten der „möglichst nutzbringenden Zuteilung von Beatmungsgeräten für Patienten hätte, die etwa aufgrund ihres Alters, aufgrund von Vorerkrankungen oder ihrer insgesamt

⁶ auf diesen Umstand weisen besonders deutlich Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann, aaO, hin: „Jedes Abstellen auf die ‚Erfolgsaussicht‘ des Einsatzes knapper medizinischer Ressourcen muss vulnerable Patientengruppen diskriminieren – Menschen, die zu alt, zu krank und komorbid, zu behindert oder zu ‚fragil‘ sind, um als ‚Gefäße‘ für den gesuchten Erfolg dienen zu können.“

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

schwachen körperlichen Konstitution eine ungünstige klinische Prognose haben“, beschreibt *Gelinsky* deutlich: „Gerade für diese Gruppe besonders Hilfsbedürftiger wäre es beinahe aussichtslos, bei der Verteilung knapper Beatmungsgeräte berücksichtigt zu werden.“⁷

Eine Priorisierung nach (dazu noch von fehlbaren Menschen geschätzten) Erfolgswahrscheinlichkeiten, ist aber auch mit dem „Menschenbild und dem Würdeschutz des Grundgesetzes“ nicht vereinbar, da quasi eine „Kategorie der Hoffnungslosen“ geschaffen würde⁸. Der Gesetzgeber verstieße durch ein Anknüpfen an das Kriterium klinischer Erfolgsaussicht, zumindest soweit dieses über die Feststellung der Aussichtslosigkeit der Behandlung hinausgehen sollte, „gegen die staatliche Verpflichtung zum Lebensschutz und zur Achtung der Menschenwürde“⁹. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht sich in seinem Beschluss vorliegend zunächst nur mit der Benachteiligung von Menschen mit Behinderung befasst hat, liegt hierin eine noch weitgreifendere Gefahr der Bewertung und Abwägung von menschlichem Leben begründet.

„Durchgreifende Bedenken“ äußerte deshalb auch der BGH an einem solchen Abwägungsverfahren, als er das Vorenthalten eines Wartelistenplatzes für eine Organtransplantation innerhalb der Karenzzeit bei Alkoholabhängigkeit deshalb als kritisch ansah, weil Personen, die noch eine Erfolgsaussicht haben, aber die ohne sofortige Behandlung versterben würden, die Aufnahme auf die Liste mit der Begründung geringerer Erfolgswahrscheinlichkeit verweigert wurde.¹⁰ Das Kriterium der Erfolgsaussicht wird deshalb auch im Hinblick auf das Transplantationsgesetz entsprechend teleologisch reduziert verstanden als die Aussicht, durch die Transplantation überhaupt noch überleben zu können¹¹. Dies entspricht der hier vorgeschlagenen Prüfung auf Stufe 2, die – sofern sie diskriminierungsfrei erfolgt –

⁷ Katja Gelinsky, „Was regeln in einem Triage-Gesetz? Zur Zuteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen, Teil 2“, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. Berlin, Informationen & Recherchen, 21. April 2020

⁸ so Katja Gelinsky, aaO

⁹ Katja Gelinsky, aaO

¹⁰ BGH, Urt. v. 29.6.2017, Az. 5 StR 20/16

¹¹ Armin Engländer/Till Zimmermann, „‘Rettungstötungen’ in der Corona-Krise?“, NJW 2020, 1398

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

wohl auch vom Bundesverfassungsgericht als mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen wird.

Das stringent utilitaristische, auf Maximierung der geretteten Leben bzw. Maximierung der Behandlungserfolge¹² gerichtete Denken von großen Teilen der Ärzteschaft ist nachvollziehbar, aber deshalb nicht richtig. Personen die intensivmedizinische Behandlung zu verwehren unter Verweis darauf, dass das Vorziehen des fitteren Patienten im Nachbarbett gesamtgesellschaftlich zu mehr Überlebenden führe und deshalb hinzunehmen sei, verletzt den „individuellen grundrechtlichen Anspruch auf chancengleiche Teilhabe an den intensivmedizinischen Ressourcen ´jetzt und hier“¹³, verlangt „ein unzumutbares Sonderopfer und führt zu einer faktischen Entleerung ihrer Grundrechtspositionen“¹⁴.

Fateh-Moghadam/Gutmann resümieren treffend: „Der grundgesetzlich garantierte Lebensschutz ist auf das je einzelne Leben und nicht auf das Aggregatsrecht eines Kollektivs, also auch nicht auf die Zahl geretteter Leben bezogen. Der Wert eines Lebens darf nicht gegen ein anderes abgewogen und auch nicht mit mehreren anderen möglicherweise zu rettenden Leben verrechnet werden.“¹⁵

Eine verfassungsgemäße Priorisierung zwischen Personen, die eine Erfolgsaussicht haben, kann deshalb ausschließlich durch Randomisierung erfolgen, also entweder nach dem Prinzip „first come – first served“ oder mittels Losentscheid. Das FbJJ schlägt hier das Vorgehen nach dem Prinzip „first come – first served“ vor, da, solange Kapazität verfügbar ist, diese zunächst zur Rettung des nächsten auf die Ressource angewiesenen Menschen genutzt werden sollte. Auch scheint eine bessere Akzeptanz dieser Lösung im Vergleich zum Losentscheid wahrscheinlich.

Das bedeutet, es muss derjenige, der zuerst intensivpflichtig wurde und eine Aussicht hat, die Intensivtherapie zu überleben, behandelt werden, unabhängig von

¹² Weyma Lübbe, „Effizienter Ressourceneinsatz in einer Pandemie“ - Triage in der Pandemie, Teil 3: Welche Inhalte sollten Regelungen haben?, Hrsg. Tatjana Hörnle, Stefan Huster und Ralf Poscher, 2021

¹³ Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann, aaO

¹⁴ Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann, aaO

¹⁵ Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann, aaO

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

seiner Konstitution, Behinderung, Alter oder Gesundheitszustand. Maßgeblicher Zeitpunkt muss hier der Eintritt der Intensivpflichtigkeit sein.

Für den Fall, dass zwei Personen zur gleichen Zeit intensivpflichtig werden, muss eine andere Art der Randomisierung gewählt werden. Aufgrund des verständlichen Widerstrebens, ein Los zu ziehen (bzw. ein Computerprogramm entscheiden zu lassen), könnte hier auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Aufnahme im Krankenhaus abgestellt werden. Jeder Patient bekäme unmittelbar bei Einlieferung eine Nummer zugewiesen, so dass – ausschließlich im Falle des gleichzeitigen Eintritts der Intensivpflicht – diese über die Rangfolge entscheiden würde. Eine anderweitige Randomisierung ist jedoch ebenfalls verfassungsrechtlich unbedenklich.

Nur durch Randomisierung kann die derzeit bestehende, aber auch anderweitige Diskriminierung, abgewendet werden.¹⁶

Die vorgeschlagene Lösung hat nicht nur zur Folge, dass behinderte Menschen vor Benachteiligung geschützt werden, sondern beinhaltet einen allgemeinen Minderheitenschutz. Das jetzt bestehende rechtliche Vakuum hat nämlich – ebenso übrigens, wie eine gleiche Erfolgswahrscheinlichkeit bei festgelegter Priorisierung nach dieser - zur Folge, dass jede Art von Auswahl für die handelnden Mediziner*innen rechtlich folgenlos bliebe, sofern ein Mensch behandelt wird und zwar selbst dann, wenn der Auswahl offen rassistische, homophobe oder ableistische Gründe zugrunde liegen oder nach persönlichen Bindungen oder aufgrund anderweitiger Einflussnahme entschieden wird.

Nur bei einer Priorisierung durch Randomisierung wird jedes Menschenleben gleichrangig behandelt und gleichrangig geschützt und so dem Auftrag des Grundgesetzes Rechnung getragen.

¹⁶ zu diesem Ergebnis kam auch die breit angelegte Studie von Winsor S, Bensimon CM, Sibbald R, Anstey K, Chidwick P, Coughlin K, Cox P, Fowler R, Godkin D, Greenberg RA, Shaul RZ. „Identifying prioritization criteria to supplement critical care triage protocols for the allocation of ventilators during a pandemic influenza.“ Healthcare Quarterly Vol. 17 No. 2, S. 44-51

Forum behinderter Juristinnen und Juristen**2. Verfahren der Entscheidungsfindung**

Ein vorab definiertes Verfahren der Entscheidungsfindung mit klar geregelten Verantwortlichkeiten unter Berücksichtigung der Belange behinderter Patient*innen ist Voraussetzung für konsistente, faire sowie medizinisch und ethisch gut begründete Priorisierungsentscheidungen.

Folgende Vorgaben für das Verfahren sind hierfür insbesondere erforderlich:

Zunächst muss die offizielle Feststellung durch eine Klinik erfolgen, dass der Fall einer Priorisierungsnotwendigkeit eingetreten ist (Triage-Fall), d.h. dass nicht mehr alle intensivpflichtigen Patienten versorgt werden können. Nur dann sind nämlich Entscheidungen, wie sie auf Stufe 2 und 4 getroffen werden, überhaupt zulässig. Außerhalb des Triage-Falles kann einem Patienten mit Behandlungswunsch selbstverständlich auch weiterhin die Maximalbehandlung nicht verwehrt werden, selbst wenn eine Erfolgsaussicht nach objektiven Kriterien nicht mehr gegeben ist.

Stufe 1:

Die Entscheidung über die Intensivpflichtigkeit ist unter Benennung von Datum und Uhrzeit der Entscheidung sowie mit Begründung zu dokumentieren.

Stufe 2:

Da diese Entscheidung ein der Ressourcenknappheit geschuldetes Abweichen vom grundsätzlichen Anspruch der betroffenen Person auf Erhalt der Maximaltherapie (bei Behandlungswunsch) ist, muss die Entscheidung nach dem Mehraugen-Prinzip erfolgen. Die Entscheidung soll transparent getroffen und gegenüber Patienten, Angehörigen und gesetzlichen Vertretern kommuniziert werden.

Die Entscheidung ist sachgerecht zu dokumentieren.

Auf Antrag enger Angehöriger sowie (früherer) gesetzlicher Vertreter ist die dokumentierte Entscheidung durch einen von diesen benannten Sachverständigen und/oder gerichtlich zu überprüfen. Die Kosten des Sachverständigen und des gerichtlichen Prüfungsverfahrens sind vom Staat zu tragen.

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

Die Beteiligung einer "Ethikkommission", in der auch ein von der Behindertenselbsthilfe benanntes Mitglied eingebunden ist, wäre zwar wünschenswert, wird aber in der Praxis aufgrund der Eile kaum zu realisieren sein.

Stufe 3:

Der betroffenen Person muss auf Wunsch gestattet sein, eine Vertrauensperson zur Aufklärung und Entscheidung hinzuzuziehen.

Die aktuelle mündliche Äußerung eines Wunsches, nach der die Intensivtherapie unterbleiben soll, muss dokumentiert und nach Möglichkeit von einer Vertrauensperson der betroffenen Person, sonst zumindest von einer weiteren, vom Behandler verschiedenen, Person bezeugt werden. Äußerung und Zeugnis sind zu dokumentieren.

Sollte die Aufklärung und Entscheidung bereits vor Eintritt der Intensivpflicht erfolgt sein, muss die Aktualität des Willens bei Eintritt der Intensivpflicht – sofern eine Äußerung der betroffenen Person noch möglich ist – geprüft werden.

Gleiches gilt bei Vorliegen einer Patientenverfügung: Ist die betroffene Person noch zur Willensäußerung in der Lage, so ist die Aktualität der vorab geäußerten Wünsche zu überprüfen. Der aktuelle Wille ist entscheidend. Zudem ist im Hinblick auf Patientenverfügungen zu beachten, dass es bei einer Covid-19-Behandlung nicht um lebensverlängernde Maßnahmen, sondern um die Behandlung einer akuten Krankheit geht.

Stufe 4:

Eine Priorisierungsentscheidung nach Dringlichkeit muss im Mehraugen-Prinzip erfolgen.

Die Entscheidung ist gegenüber Patienten, Angehörigen und gesetzlichen Vertretern unverzüglich und transparent zu kommunizieren.

Entscheidung und Begründung sind sachgerecht zu dokumentieren.

Auf Antrag enger Angehöriger sowie (früherer) gesetzlicher Vertreter ist die dokumentierte Entscheidung durch einen von diesen benannten Sachverständigen

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

und/oder gerichtlich zu überprüfen. Die Kosten des Sachverständigen und des gerichtlichen Prüfungsverfahrens sind vom Staat zu tragen.

Eine Priorisierungsentscheidung nach dem Prinzip „first come, first served“ ist ebenfalls unter genauer Angabe des Zeitpunktes der Feststellung der Intensivpflichtigkeit beider oder mehrerer konkurrierender Patienten (anonymisiert aber gerichtlich überprüfbar) zu dokumentieren. Ebenso, wenn bei gleichzeitigem Bedarf auf Hilfskriterien wie Aufnahmezeitpunkt oder Losentscheid zurückgegriffen wird.

Auf Antrag enger Angehöriger sowie (früherer) gesetzlicher Vertreter ist die dokumentierte Entscheidung gerichtlich zu überprüfen. Die Kosten des gerichtlichen Prüfungsverfahrens sind vom Staat zu tragen.

3. Ex-Post Triage

Eine Priorisierung nach oben ausgeführtem Verfahren soll nur zwischen Personen stattfinden, die vor einer Behandlung stehen.

Personen, die sich bereits in einer laufenden Behandlung befinden, sollen nicht in die Priorisierungsentscheidung mit einbezogen werden. Ein Behandlungsabbruch ist grundsätzlich mit einem aktiven Tun verbunden (ausschalten der Geräte). Nach überwiegender Auffassung liegt hierbei ein weder durch Notstand noch Pflichtenkollision entschuldigter Totschlag vor.¹⁷

Eine Beendigung der Behandlung darf unseres Erachtens nur erfolgen, wenn Patienten während laufender Intensivbehandlung keinerlei Erfolgsaussicht im Sinne eines Überlebens der akuten Erkrankung mehr haben. Selbstverständlich wäre eine solche Entscheidung demselben Verfahren wie eine Entscheidung auf Stufe 2 vor Beginn der Intensivbehandlung unterworfen.

V. Fazit

¹⁷ ausführlicher hierzu: Armin Engländer/Till Zimmermann, aaO, m.w.N.

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

Um ein diskriminierungsfreies Priorisierungsverfahren zu erreichen und den Anforderungen des Grundgesetzes genügende Regelungen aufzustellen, bedarf es wesentlich mehr als die bisherigen Leitlinien in Gesetzesform zu gießen.

Es braucht zunächst eine fachübergreifende Diskussion unter maßgeblicher Beteiligung von Menschen mit Behinderung. Die Empörung der Ärzteschaft über grundrechtskonforme, Chancengleichheit garantierende Ansätze muss in dieser Diskussion ausgehalten werden¹⁸. Mediziner*innen sind – nicht nur – in der Pandemie enorm wichtig und ihr oft überobligatorischer Einsatz verlangt unser aller Respekt. Gleichwohl gibt es keine Entscheidungsfreiheit von Ärzt*innen zulasten der Grundrechte Einzelner¹⁹. Das medizinische Modell von Behinderung wurde spätestens mit der UN Behindertenrechtskonvention zugunsten eines menschenrechtlichen Modells von Behinderung überwunden. Daran muss sich die Gesellschaft und damit auch die Mediziner*innen gewöhnen. Das Gesetzgebungsverfahren wird den notwendigen Diskurs dazu befördern.

In letzter Instanz ist eine Randomisierung der einzige Weg, Benachteiligung aufgrund von Behinderung zu verhindern und zugleich den verfassungsrechtlich garantierten Lebens- und Würdeschutz nicht der Pandemie zu opfern.

¹⁸ Weyma Lübke, aaO in Fn. 30: „Auffällig ist die heftige, jedoch ohne eigentliche Argumente vorgetragene Abwehr von Losentscheiden seitens medizinisch ausgebildeter Diskussionsteilnehmer ... Mit dem Abstellen auf Zufallsentscheide, einschließlich der Regel first come, first served, geht in der Tat eine deutliche Entwertung der Priorisierungskriterien einher, deren Anwendung spezifisch ärztliche Kompetenzen voraussetzt. Ein ethisch relevanter Einwand ist das für sich genommen allerdings nicht. M.E. ist die Frage der ethischen Dignität der Widerstände der ärztlichen Profession gegen Implementationen des Grundsatzes der Chancengleichheit ein Punkt, der dringend expliziter thematisiert und gemeinsam diskutiert werden muss.“

¹⁹ in diesem Sinne auch Bijan Fateh-Moghadam und Thomas Gutmann, aaO: „Die moralischen Überzeugungen von Ärzt/-innen vermitteln diesen auch dann keine Befugnis zum Eingriff in Grundrechte ihrer Patient/innen, wenn es sich um Gewissensentscheidungen handelt.“