

# **Stellungnahme zu den Empfehlungen der Fachverbände für den Fall einer Triage<sup>1</sup>**

**erarbeitet von Nancy Poser und  
Arne Frankenstein**

## **Inhalt**

### **I. Ausgangspunkt**

### **II. Inhaltliche Kritik**

- 1. Vorauswahl durch Prüfung einer Erfolgswahrscheinlichkeit**
- 2. Kriterien der Abwägung: Lebenszeiterwartung und Gebrechlichkeit**
- 3. Re-Evaluierung**

### **III. Lösungsansätze**

<sup>1</sup> Die Empfehlungen sind online abrufbar unter: [https://dynamic.faz.net/download/2020//COVID-19\\_Ethik\\_Empfehlung\\_Endfassung\\_2020-03-25.pdf?\\_ga=2.118345609.1206587639.1585153435-1714784802.1582443029](https://dynamic.faz.net/download/2020//COVID-19_Ethik_Empfehlung_Endfassung_2020-03-25.pdf?_ga=2.118345609.1206587639.1585153435-1714784802.1582443029).

## **I. Ausgangspunkt**

Angesichts der steigenden Fallzahl von an dem neuen Corona-Virus erkrankten Patient\*innen in Deutschland und der Befürchtung, dass die Kapazität an Intensivbetten und Beatmungsgeräten nicht zur Behandlung aller Patient\*innen ausreichen könnte, stellt sich die Frage, welche Kriterien die Entscheidung der Ärzt\*innen in einem solchen Fall von Ressourcenknappheit leiten dürfen.

Andere europäische Länder – wie Spanien und Italien – sind bereits in der Situation, die Triage (aus dem Französischen: „trier“: sortieren, aussuchen) durchführen zu müssen. Im europäischen Ausland werden beispielsweise die Lebenszeiterwartung nach überstandener Krankheit (Italien) oder die Erfolgswahrscheinlichkeit der Behandlung (Schweiz) als Kriterien zur Auswahl herangezogen.

In Deutschland wären solche Kriterien im Rahmen einer staatlichen Regelung nicht zulässig.

Eine solche Abwägung von Leben gegen Leben verstieße zuvorderst gegen die elementarsten Grundsätze der deutschen Rechtsordnung. Der Staat darf nicht entscheiden, einen Menschen zu opfern, damit ein anderer leben kann. Diese Rechtsauffassung ergibt sich unmittelbar aus dem obersten Prinzip unserer Verfassung, der Achtung und dem Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. GG) in Verbindung mit dem Recht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat demgemäß in seiner Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz unmissverständlich klargestellt, dass eine staatliche Auswahlentscheidung nicht in verfassungsgemäßer Weise getroffen werden kann und eine gänzlich andere, aber gleichwohl vergleichbare Auswahlregelung für nichtig erklärt. Es ging um die Frage der Ermächtigung zum Abschuss eines Flugzeugs, um – als ultima ratio – andere zu retten, die durch den Flugzeugabsturz ebenfalls sicher getötet würden. Das BVerfG hat hierzu unter anderem folgendes ausgeführt:

„Eine solche Behandlung (der Abschuss eines Flugzeugs zur Rettung anderer, die durch den Flugzeugabsturz getötet werden würden, Anm. d. Verf.), 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.“<sup>2</sup>

Diese Rechtsauffassung rezipiert auch der Ethikrat in seiner Veröffentlichung „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“: heißt Darin <sup>3</sup> “

„Der Staat darf menschliches Leben nicht bewerten, und deshalb auch nicht vorschreiben, welches Leben in einer Konfliktsituation vorrangig zu retten ist.“

Die Schlussfolgerung, die der Ethikrat zieht, ist allerdings falsch. Er führt aus:

<sup>2</sup> BVerfG, Urteil vom 15. Februar 2006, Az. 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118, 156.

<sup>3</sup> Die Veröffentlichungen sind online abrufbar unter: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>.

„Aus dem Verbot einer eigenen staatlichen Bewertung folgt nicht, dass entsprechende Entscheidungen nicht akzeptiert werden können.“

Und weiter:

„Das verweist auf die Funktion zum Beispiel der Fachgesellschaften, die im Rahmen der vorgenannten Grundvorgaben wichtige Orientierungshilfen geben können und sollten, welche inhaltlich über das hinausgehen, was staatlicherseits zulässig wäre.

Die damit hervorgehobene Primärverantwortung der Medizin für einzelne Entscheidungen und deren Umsetzung folgt aus den erwähnten Grenzen des staatlich Normierbaren, die dem Verfassungsrecht geschuldet sind.“

In diesem Sinne weist der Ethikrat den Fachgesellschaften die Aufgabe zu, die Entscheidung der Triage über verfassungsrechtliche Grenzen hinaus zu regeln und damit das wesentliche Fundament, auf dem unsere Gesellschaft fußt, zu missachten. Stattdessen wäre es am Ethikrat gewesen, den Gesetzgeber an seine Pflicht zu erinnern, im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen Kriterien für die Abwägung aufzustellen und diese für die handelnden Personen im Gesundheitswesen für verbindlich zu erklären (vergleiche III). Das gilt erst recht insoweit, als der Fall der Triage im Zuge der aktuellen Krise kein Szenario ist, das – wenn und soweit es kommt – unerwartet eintritt.

## **II. Inhaltliche Kritik**

Die veröffentlichten Empfehlungen der Fachverbände verstoßen gegen mehrere Wertentscheidungen, die das Grundgesetz für unser gesellschaftliches Zusammenleben – auch und gerade für Krisenzeiten – getroffen hat. Die nachfolgende Darstellung benennt die problematischen Aspekte der Empfehlungen und ordnet sie ein in die Vorgaben des Grundgesetzes.

### **1. Vorauswahl durch Prüfung einer Erfolgswahrscheinlichkeit**

Die Empfehlungen zur Triage sehen vor, zunächst eine Überprüfung der Patient\*innen dahingehend vorzunehmen, ob eine Erfolgsaussicht für eine Behandlung besteht. Nur, wenn diese bejaht wird, sieht das Prüfprogramm die Abwägung innerhalb der Gruppe der Patient\*innen mit Erfolgsaussicht vor. Im Abwägungsprozess geht es dann ausschließlich um Personen, bei denen die Feststellung getroffen wurde, dass – unabhängig von weiteren, in ihrer Person liegenden Faktoren – die Chance besteht, dass die akute Erkrankung durch intensivmedizinische Behandlung geheilt werden kann.

Im Rahmen der Abwägung werden diese Patient\*innen dann jedoch nach Kriterien wie Komorbidität oder Gebrechlichkeit bewertet, um festzustellen, welche von ihnen eine höhere Erfolgchance haben, zu genesen.

Eine solche Prüfung verkennt zum einen, dass die enumerierten Komorbiditäten im Einzelfall nicht zwingend einen Rückschluss auf die Überlebenschance

**Forum behinderter Juristinnen und Juristen**

zulassen. So haben neuromuskuläre Patient\*innen mit schwerer infektiöser Exazerbation unter optimaler Behandlung auf der Intensivstation eine Letalität in Höhe von lediglich 2 Prozent.<sup>4</sup> Andererseits können andere Faktoren, die eine Überlebenschance reduzieren, fehlen und zu Fehlannahmen führen. Dabei ist diese Fehleranfälligkeit nicht per se einer ex-ante-Perspektive immanent, sondern vielmehr Ausdruck einer auch im Ausnahmefall viel zu oberflächlichen Beurteilungsgrundlage.

Eine solche Auswahl ist überdies verfassungsrechtlich nicht zulässig. Sie würde letztlich dazu führen, dass Personen nicht nur ihre Würde, sondern auch ihr Recht auf Leben trotz hoher Erfolgsaussicht der Behandlung im konkreten Einzelfall abgesprochen werden könnte, weil anhand abstrakter Kriterien die Erfolgsaussicht einer anderen Person als höher bewertet würde. Das BVerfG hat in seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch diesen Zusammenhang sehr deutlich herausgearbeitet. Danach ist der Staat verpflichtet, die Würde des Menschseins zu achten und zu schützen. Hieraus leitet sich der Lebensschutz erst ab.<sup>5</sup>

Die vorgeschlagene Triage lässt eine individuelle Entscheidung im Einzelfall nicht zu und verhindert so bereits auf der ersten Prüfungsstufe die Möglichkeit, den betroffenen Menschen als Individuum mit eigener Würde zu behandeln. Dieser utilitaristische Ansatz widerspricht dem Fundament unseres Grundgesetzes, nach dem nicht die größtmöglich summierte Würde geschützt ist, sondern die Würde jedes Einzelnen. Letztere würde jedem genommen werden, der bereits durch Vorauswahl aus der Rettung ausscheidet.

**2. Kriterien der Abwägung: Lebenszeiterwartung und Gebrechlichkeit**

Als Kriterium der im zweiten Schritt folgenden Abwägung wird in dem Papier der Fachgesellschaften ausdrücklich auf das Kriterium der schweren Begleiterkrankung „mit deutlicher Einschränkung der Langzeitprognose“ abgestellt. Dies würde bedeuten, dass eine Person, deren Lebenserwartung, beispielsweise aufgrund einer neuromuskulären Erkrankung, insgesamt eingeschränkt ist, gegenüber einer Person ohne Vorerkrankung zurückstehen müsste.

Als weiteres Kriterium wird das der Gebrechlichkeit eingeführt. Als Fachbegriff der Geriatrie meint es die altersbedingte verminderte Belastbarkeit und körperliche Funktionsfähigkeit. Dieses Kriterium führt zu dem, dass bestimmte Hilfebedarfe Eingang in die Bewertung finden, beispielsweise nach der Clinical Frailty Scale (CFS). Diese empfohlene Skala zur Gebrechlichkeit ist validiert ohnehin nur für Personen ab 65. Diese Einschränkung findet sich vorliegend nicht. Nach der benannten Skala wäre zum Beispiel die Nutzung eines Rollstuhls oder der Bedarf an Persönlicher Assistenz ein Grund, den allgemeinen Gesundheitszustand schlecht zu bewerten und damit die Chance der betreffenden Person in der Abwägung zu verringern. Körperliche Beeinträchtigungen führen somit automatisch zu einem negativen Score in der Abwägung.

<sup>4</sup> Toukmaktsi/Laier-Groeneveld/Thomas/Brinkmann, in: Pneumologie 2019, 73, S. 1.

<sup>5</sup> BVerfG, Urteil vom 28.05.1993, Az. 2 BvF 2/90, 4/90 und 5/92, BVerfGE 88, 203, 251 ff.

**Forum behinderter Juristinnen und Juristen**

Diese Kriterien allein überhaupt anzulegen, greift bereits in die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG ein, da Menschen mit bestimmten Behinderungen pauschal abgewertet werden, nachdem sie – generalisierend – trotz zuvor bejahter Erfolgsaussicht der Behandlung hintangestellt werden. Im Gegensatz zu anderen Grundrechtskollisionen sind Eingriffe in die Menschenwürde nicht zu rechtfertigen. Das BVerfG stellt insoweit auch unmissverständlich klar:

„Menschliches Leben und menschliche Würde genießen ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen gleichen verfassungsrechtlichen Schutz“<sup>6</sup>

Zum anderen verstößt die Triage insoweit gegen das Diskriminierungsverbot wegen Behinderung. Nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden; eine Schlechterstellung von Menschen mit Behinderungen ist nur zulässig, wenn dafür zwingende Gründe vorliegen.<sup>7</sup> Untersagt sind alle Ungleichbehandlungen, 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.<sup>8</sup> Das Verbot der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist Grundrecht und zugleich objektive Wertentscheidung. Aus ihm folgt – über das sich aus dem Wortlaut unmittelbar ergebende Verbot der Benachteiligung hinaus – im Zusammenwirken mit speziellen Freiheitsrechten, dass der Staat eine besondere Verantwortung für behinderte Menschen trägt.<sup>9</sup> Nach dem Willen des Verfassungsgebers fließt das Verbot der Benachteiligung behinderter Menschen als Teil der objektiven Wertordnung auch in die übrige Rechtsordnung ein.<sup>10</sup>

Eine Benachteiligung wegen einer Behinderung kann nur gerechtfertigt werden, wenn sie zwingend erforderlich ist, etwa um ein gleichwertiges Rechtsgut zu schützen oder weil die Art der Beeinträchtigung es erfordert. Beide Voraussetzungen liegen im Fall der Triage offenkundig nicht vor.

Sofern bei der Bewertung des allgemeinen Gesundheitszustandes auf eine erhöhte Gebrechlichkeit abgestellt wird, handelt es sich zudem um ein Abwägungskriterium, was mit zunehmendem Alter zumeist zu einer schlechteren Bewertung führen wird. Mittelbar wird somit das Alter zum Kriterium der Behandlungswürdigkeit. Seit Dezember 2009 ist das Verbot der Altersdiskriminierung verbindlich in Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der EU (GRCh) niedergelegt. Sie ist zusammen mit dem Vertrag von Lissabon in Kraft getreten. Die GRCh bindet 25 der 27 Mitgliedstaaten der EU, darunter auch die Bundesrepublik Deutschland. Eine Rechtfertigung ist auch hier nicht ersichtlich.

Auch für das deutsche Leistungsrecht gilt im Übrigen, dass eine Benachteiligung wegen Alter, chronischer Krankheit oder Behinderung - auch bei krisenhaften Versorgungsproblemen - verboten ist. Das ergibt sich ausdrücklich

<sup>6</sup> BVerfG, Urteil vom 15. Februar 2006, Az. 1 BvR 357/05 - )

<sup>7</sup> BVerfG, Beschluss vom 19.01.1999, Az. 1 BvR 2161/94,

<sup>8</sup> Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 537.

<sup>9</sup> BVerfG, Beschluss vom 08.10.1997, Az. 1 BvR 9/97,

<sup>10</sup> BVerfG, Beschluss vom 24. März 2016, Az. 1 BvR 2012/13 Rn. 11.

aus § 33c SGB I, § 2a SGB V und §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 5 AGG. Es setzt sich also einfachgesetzlich fort, was auch von Verfassungswegen geboten ist.

### **3. Re-Evaluierung**

Die vorgeschlagenen Leitlinien sehen zudem unter gewissen Umständen eine „Therapiezieländerung“ vor. Hierzu heißt es unter 3.2.2:

„Aus Gerechtigkeitserwägungen sollten bei der Priorisierung alle Patienten gleichermaßen berücksichtigt werden.“

Es wird demgemäß empfohlen, auch Patient\*innen, die bereits mit einem Intensivplatz versorgt sind, fortdauernd mit anderen Patienten zu vergleichen. Führt diese Re-Evaluation zu einer höheren Überlebenserfolgswahrscheinlichkeit eines anderen, bis dato nicht gleichermaßen intensivmedizinisch behandelten Patienten, wäre diesem der intensivmedizinische Vorzug zu geben und gleichsam die intensivmedizinische Versorgung bei dem ersten, nun nicht weiter vorzugswürdigen Patienten – trotz noch immer bestehender Erfolgchance der Behandlung und folgerichtiger Rettung des Lebens – einzustellen.

Die Empfehlungen erkennen hierzu selbst an:

„In Deutschland mag diese Position bei der Beendigung intensivmedizinischer Maßnahmen im Kontext der Priorisierung an rechtliche Grenzen stoßen.“

Genauer betrachtet, stoßen diese jedoch nicht an rechtliche Grenzen, sondern überschreiten sie. Die oben dargestellten verfassungsrechtlichen Einordnungen gelten entsprechend. Strafrechtlich dürfte es sich zudem zumindest tatbestandsseitig unstreitig um ein Tötungsdelikt durch Aktives Tun im Sinne des Strafgesetzbuches handeln.

### **III. Lösungsansätze**

Die von den Fachverbänden herausgegebenen Empfehlungen widersprechen diametral den Wertentscheidungen des Grundgesetzes. Sowohl in die Menschenwürde als auch in das davon abgeleitete Lebensrecht der betroffenen Patient\*innen, die zum Gegenstand einer solchen Abwägung werden, wird eingegriffen. Entgegen den Mutmaßungen des Ethikrates sind diese Abwägungen in der vorliegenden Form nicht zu rechtfertigen. Deshalb darf die Bundesrepublik Deutschland nicht einfach tatenlos zuschauen. Hierzu sei nochmals das BVerfG zitiert:

„Dem Staat ist es im Hinblick auf dieses Verhältnis von Lebensrecht und Menschenwürde einerseits untersagt, durch eigene Maßnahmen unter Verstoß gegen das Verbot der Missachtung der menschlichen Würde in das Grundrecht auf Leben einzugreifen. Andererseits ist er auch gehalten, jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht gebietet es dem Staat und seinen Organen, sich

**Forum behinderter Juristinnen und Juristen**

schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren (vgl. BVerfGE 39, 1 <42>; 46, 160 <164>; 56, 54 <73>). Ihren Grund hat auch diese Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, der den Staat ausdrücklich zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet (vgl. BVerfGE 46, 160 <164>; 49, 89 <142>; 88, 203 <251>). “

Es ist gerade nicht so, dass die Frage die Grenzen des staatlich Normierbaren überschreitet. Vielmehr wird deutlich, dass die zu erwartenden Grundrechtsbeeinträchtigungen derart wesentlich sind, dass sich die Pflicht des Gesetzgebers, die Verfassung zu achten und die Bürger zu schützen, hier zu einer konkreten Handlungspflicht in Form eines Parlamentsgesetzes verdichtet. Dass diese – schwere – Entscheidung bislang nicht getroffen worden ist, ist ein Versäumnis. Sie nachzuholen, ist indes das zwingende Gebot, um demokratisch legitimierte und an den Vorgaben des sozialen Rechtsstaats und der Verfassung orientierte Entscheidungen zu ermöglichen. Damit ist nicht die Frage nach der strafrechtlichen Schuld einer abweichenden Handlung gestellt, die gesondert zu beantworten ist. Es geht um konsentierete Grundsätze, die Grundlage einer Entscheidung im Falle einer Triage sein sollen und dürfen und die trotz bestehender Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ihrerseits vor dem BVerfG einer Überprüfung standzuhalten hätten.

Es wird nicht verkannt, dass eine Situation eintreten kann, in der keine ausreichende Anzahl von Intensivbetten, Beatmungsplätzen oder ähnlichem für alle Patienten vorhanden ist. Gleichwohl muss sich die Abwägung, wem der Vorrang zu geben ist, im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen halten. Patient\*innen, die mit Erfolgsaussicht behandelt werden können, müssen gleichberechtigte Chancen erhalten. Sowohl das Prioritätsprinzip (wer war zuerst da?), das Dringlichkeitsprinzip (wer braucht die Behandlung am notwendigsten?) als auch letztlich das Zufallsprinzip erfüllen diese Voraussetzung.<sup>11</sup>

Die Empfehlungen der Fachverbände leisten indes verfassungswidrigen Entscheidungen Vorschub. Sie sind zurückzuziehen.

<sup>11</sup> So auch Zimmermann, in: „Wer stirbt zuerst?“, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/>