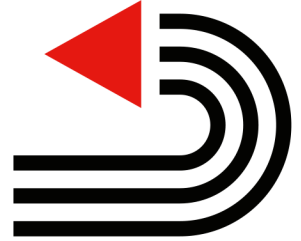


ISL

Selbstbestimmt
Leben.



ISL e.V. / Leipziger Str. 61 / 10117 Berlin

Bundesverfassungsgericht
Dienstgebäude
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

Vorab per Fax an 0721 / 9101-382

Berlin, 14.12.2020

Stellungnahme als sachkundige Dritte zur Verfassungsbeschwerde (AZ: 1 BvR 1541/20)

der Interessenvertretung Selbstbestimmt Leben
in Deutschland e.V. – ISL

Kurze Selbstdarstellung

Die „Interessenvertretung Selbstbestimmt Leben in Deutschland e.V. - ISL“ ist eine menschenrechtsorientierte Selbstvertretungsorganisation und die Dachorganisation der Zentren für Selbstbestimmtes Leben behinderter Menschen. Sie wurde nach dem Vorbild der US-amerikanischen „Independent Living Movement“ gegründet, um die Selbstbestimmung behinderter Menschen auch in Deutschland durchzusetzen.

Interessenvertretung
Selbstbestimmt Leben
in Deutschland e.V. – ISL

Bundesgeschäftsstelle

Leipziger Straße 61
D–10117 Berlin

Telefon: +49 30 4057 3685
Fax: +49 30 3101 1251

info@isl-ev.de
www.isl-ev.de

Mitglied bei »Disabled Peoples'
International« – DPI –

Bankverbindung:

Sparkasse Kassel
IBAN: DE80520503530001187333
BIC: HELADEFIKAS



Auftrag

Mit dem Schreiben vom 27.10.2020 wurde unter anderem die ISL vom Bundesverfassungsgericht gebeten, zu neun konkreten Fragen im Zusammenhang mit der oben bezeichneten Verfassungsbeschwerde Stellung zu nehmen. Dieser Bitte kommen wir gerne im Rahmen unserer Möglichkeiten nach. Im Wesentlichen nehmen wir zu den Fragen 7 bis 9 Stellung.

Zusammenfassung der Antworten

Die ISL unterstützt die Verfassungsbeschwerde AZ: 1 BvR 1541/20 in vollem Umfang. Nach dem Wesentlichkeitsgebot des Grundgesetzes ist es Auftrag des Gesetzgebers, Normen zu beschließen, die so wichtige Entscheidungen wie den Zugang zu medizinischer Versorgung regeln. Dieses folgt auch aus der Schutzpflicht des Grundgesetzes gegenüber einzelnen. Entsprechende Verpflichtungen ergeben sich auch aus Benachteiligungsverboten von bindenden menschenrechtlichen Verträgen – wie der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen (UN-BRK) – aber auch aus den Benachteiligungsverboten in der Charta der Europäischen Union (EU), den Vorschriften im EU-Vertrag und im Vertrag über die Arbeitsweise der EU. Diese Vorgaben lassen erwarten, dass der Bundestag nach einer ausführlichen Debatte ein Gesetz verabschiedet, das die Handelnden des Gesundheitssektors in einer Triage-Entscheidung bindet. Keinesfalls kann eine ex-ante-Entscheidung über die Vergabe von intensivmedizinischen Behandlungsmöglichkeiten auf selbstformulierten Richtlinien der Fachgesellschaften wie der der DIVI beruhen und ex-post-Entscheidungen als Behandlungsabbruch so gerechtfertigt werden. Ein Verzicht auf einen gesetzlichen Rahmen ist eine Verletzung der Schutzpflicht, gegenüber alten und behinderten Menschen, die von einer angemessenen medizinischen Versorgung ausgeschlossen und dem Tod überantwortet werden.

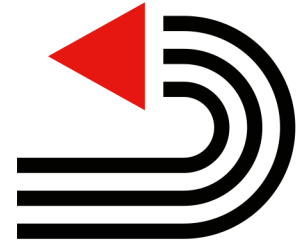
Bei den Auswahlkriterien ist insbesondere die Erfolgswahrscheinlichkeit der Behandlung das Einfallstor für eine diskriminierende Auswahl der zu behandelnden Patient*innen, da über das Alter, die Vorschädigung und



die Bewertung der bereits vorhandenen gesundheitlichen Einschränkungen quasi eine Unterscheidung zwischen „lebenswertem“ und „lebensunwertem“ Leben getroffen wird. Eine solche Entscheidung darf nie wieder Gegenstand einer staatlichen Gesundheitspolitik werden und ist einem demokratischen Rechtsstaat unwürdig.

Würdigung

Die ISL bedankt sich zur Gelegenheit, zur Thematik der Triage, möglichen Kriterien für ein diskriminierungsfreies und chancengleiches Verfahren und sich daraus ableitenden Handlungsmaßnahmen des Gesetzgebers, Stellung zu nehmen. Wir begrüßen sehr, dass sich das Bundesverfassungsgericht mit dieser schwierigen und wichtigen Thematik befasst, die die aus dem Grundgesetz abgeleiteten Grund- und Menschenrechte auf Leben, Menschenwürde, Unversehrtheit und Nichtdiskriminierung, in ihrer Substanz berührt und dringend gebietet, diese auch in solch einer Dilemma-Situation, so gut als möglich zu schützen und in legislatives und exekutives Handeln umzusetzen. Uns ist bewusst, dass eine Triage niemals völlig diskriminierungsfrei durchgeführt werden kann, da das Verfahren schon an sich, einen Ausschluss von einzelnen Individuen aus intensivmedizinischen Maßnahmen bedingt. Trotzdem möchten wir mit unserer Stellungnahme dazu beitragen, dass die Sicht von behinderten Menschen gehört und angemessen berücksichtigt wird. In unserer Eigenschaft als Selbstvertretungsorganisation setzen wir uns für die Selbstbestimmung, Partizipation und Gleichberechtigung behinderter Menschen ein und verstehen uns als Sprachrohr und Motor, der die Verwirklichung und Einhaltung dieser elementaren Grundrechte antreibt und durch politisches und aktionistisches Handeln unterstützt. Unsere eigene Betroffenheit als Menschen mit Beeinträchtigungen, die von der Gesellschaft behindert werden, macht uns zu Expert*innen in eigener Sache. Diese Expertise und unsere persönliche Sicht als behinderte Menschen, reflektieren sich in der Beantwortung der Fragen.



Frage 7: Welchen Stellenwert hat die klinische Erfolgsaussicht der Behandlung bei der Triage? Welche Rolle spielen Behinderungen und chronische Vorerkrankungen bei dieser Entscheidung? Wäre es denkbar, das Kriterium der Erfolgsaussicht durch ein anderes Kriterium zu ersetzen oder genauer zu fassen, das den Bedürfnissen aller Behandlungsbedürftigen gerecht wird?

Erste Teilfrage:

Das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht ist weder grundgesetzkonform noch trägt es den der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) abgeleiteten Menschenrechten Rechnung. Dieses Kriterium stützt sich auf das sog. Maximierungsprinzip, das darauf abzielt, dass eine Vielzahl von Menschen überlebt. Entsprechend heißt es in den Empfehlungen der Fachgesellschaften, maßgeblich sei die „Verpflichtung, möglichst vielen Patienten eine nutzbringende Teilhabe an der medizinischen Versorgung unter Krisenbedingungen zu ermöglichen“¹. Das Maximierungsprinzip folgt jedoch einem utilitaristischen Ansatz, der das kollektive Wohl, über das individuelle Wohl eines einzelnen Menschen stellt. Es trägt zu einer Objektivierung von Menschenleben bei und postuliert einen Vergleich zwischen Individuen, denen die Chance zuteilwird, anhand ihrer Erfolgsprognose gerettet zu werden - und denjenigen, die aufgrund mangelnder Erfolgsaussicht keine intensivmedizinische Behandlung erhalten. Es ist also in Konsequenz eine statistische Aufrechnung von Menschenleben gegen Menschenleben einhergehend mit einer zutiefst menschenrechtsverletzenden Bewertung menschlichen Lebens und der faktischen Untergrabung der Grundrechte jedes einzelnen Menschen. Grundrechte sind Individualrechte, die den Einzelnen davor schützen zum Objekt staatlichen Handelns zu werden. Mit der Garantie

¹ Vgl. Reiß, Tim (2020): Erfolgsaussicht, Maximierungsimperativ, Utilitarismus: Anmerkungen zur Debatte um eine ‚Corona-Triage‘. Online unter: https://www.ethikjournal.de/fileadmin/user_upload/ethikjournal/Texte_Ausgabe_10_2020/Final_Reiss_Corona_Triage.pdf (zuletzt geprüft am 9.12.2020)



der Menschenwürde im Grundgesetz ist der Wert- und Achtungsanspruch eines jeden Menschen verankert, der klar die Unvereinbarkeit der Abwägung von Menschenleben gegen Menschenleben verbietet. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Vielzahl von Entscheidungen diesen singulären Wert eines jeden Menschenlebens betont. Das bedeutet in der Praxis, dass weder medizinische Fachgesellschaften noch die staatliche Legislative das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht gesetzlich normieren dürfen, da diese gegen die grundrechtlichen Verpflichtungen zum Lebensschutz und der Achtung der Menschenwürde verstoßen (Art.2 Abs.2 Satz 1 GG und Art.1 Abs.1 GG).

Zweite Teilfrage:

Die Bewertungsparameter zur Ermittlung der klinischen Erfolgsaussicht stützen sich auf drei wesentliche Kernfaktoren: Die Schwere der COVID-19-Erkrankung, den Allgemeinzustand des/der Patienten/Patientin und das Vorhandensein weiterer schwerer Erkrankungen. Voraussetzung für die Ermittlung der klinischen Erfolgsaussicht, die darüber entscheidet, ob ein/e Patient*in intubiert und beatmet wird, ist das Vorliegen einer medizinischen Indikation. Diese ist dann gegeben, wenn der/die Patient*in durch die Beatmung die Chance hat, die Erkrankung zu überleben und nach überstandener Krankheit nicht dauerhaft auf intensivmedizinische Maßnahmen angewiesen ist. Das bedeutet, dass jeder Mensch, bei dem eine medizinische Indikation vorliegt, in Konsequenz eine erfolgsversprechende Prognose hat, die Erkrankung zu überleben.²

Die angewandten Bewertungsinstrumente proklamieren jedoch, dass nur die „körperlich fitten“ Patient*innen eine so eindeutige Erfolgsaussicht haben, um in den Genuss lebenserhaltender intensivmedizinischer Maßnahmen zu kommen. Die körperliche Fitness, Robustheit und Widerstandskraft werden anhand von Messskalen evaluiert, die behinderten und alten Menschen automatisch eine negative klinische Erfolgsaussicht zuschreiben. Diese Bewertungsinstrumente diskriminieren die von ihr

² Online unter: <https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/200417-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-2.pdf> (zuletzt geprüft am 13.12.2020)



Betroffenen und verstoßen gegen die Menschenrechte des Grundgesetzes und gegen die Rechte von Menschen mit Behinderung im Besonderen, die in der UN-Behindertenrechtskonvention ihren Niederschlag finden.

Das Bewertungsinstrument der Clinical Frailty Scale (CFS)

Zur Ermittlung und Einschätzung des allgemeinen Gesundheitszustands empfiehlt die DIVI in ihrer Leitlinie zur Allokation von knappen intensivmedizinischen Ressourcen die CFS-Scale³. Auf dieser Skala wird der Allgemeinzustand des/der Patient*in anhand einer neunstufigen Skala bewertet, die Aussagen darüber treffen soll, wie „gebrechlich“ ein Mensch ist. Je höher die „Gebrechlichkeit“, desto weniger Chancen hat der/die Patient*in trotz medizinischer Indikation, behandelt zu werden. Die CFS dient ausschließlich dazu, Risiken bei alten gebrechlichen Menschen (ab 65 Lebensjahren) zu erkennen, um therapeutische und operative Eingriffe zu planen und Gefahren für die Patient*innen abzuwenden. So schreibt Dr. Ehrhart Körting, Berliner Justizsenator a.D., in seiner Stellungnahme zu den DIVI-Empfehlungen: „Die Scala dient also dem Gegenteil dessen, wofür sie in den DIVI Empfehlungen herangezogen wird. Sie dient den Ärztinnen und Ärzten dafür, besondere Vorsichtsmaßnahmen bei Gebrechlichen zu treffen. Um mit ihr Entscheidungen über die Überlebenschancen einer schweren Erkrankung von Gebrechlichen zu treffen, ist die Scala weder gedacht noch geeignet.“⁴ Menschen mit Assistenzbedarf bekommen nach den aufgeführten Kriterien der „Clinical Frailty Scale“ 9-6 Punkte, im günstigsten Fall 5 Punkte.

Ein Punktwert von 5 Punkten steht einem/einer Patient*in nur dann zu, wenn er/sie nur Unterstützung bei sehr anspruchsvollen Tätigkeiten, wie der Regelung der finanziellen Angelegenheiten, schwerer Hausarbeit oder beim Transport benötigt. Um nur 4 Punkte zu bekommen, darf die Notwendigkeit von externen Hilfen nicht bestehen. Im Unterschied dazu

³Abbildung der DIVI, Online unter: https://www.divi.de/images/Dokumente/200331_DGG_Platat_A4_Clinical_Frail_ty_Scale_CFS.pdf

⁴ Online unter: <https://abilitywatch.de/wp-content/uploads/2020/04/Kommentar-Dr.-Ehrhart-K%C3%B6rting.pdf> (zuletzt geprüft am 10.12.2020)



bekommen nichtbehinderte Menschen automatisch nur 1 bis 3 Punkte. Punkte, die darüber entscheiden, ob jemand dringend benötigte Behandlung bekommt oder nicht.⁵

Aus dieser diskriminierenden Bewertung erschließt sich für die ISL nicht, wie auf den Allgemeinzustand abgestellt werden kann, wenn zur Ermittlung angebliche Fähigkeiten und Aktivitäten herangezogen werden, die die selbstbestimmte Teilhabe von behinderten Menschen ermöglichen, jedoch überhaupt keine Bewertung darüber zulassen, wie resilient ein/e an COVID-19 erkrankte/r Patient*in ist. Die CFS ist für Menschen unter 65 Jahren völlig ungeeignet und darf deshalb auch nicht als allgemeines Bewertungsinstrumentarium für eine klinische Erfolgsaussicht herangezogen werden.

Eine Vielzahl von behinderten Menschen ist im Alltag auf Assistenz und Unterstützung bei diversen Tätigkeiten angewiesen. Sei es aufgrund einer körperlichen Beeinträchtigung (Tetraplegie, Querschnittslähmung, Verlust von Gliedmaßen etc.), aufgrund von Sinnesbeeinträchtigungen (Bspw. Hör- oder Sehbehinderung) oder aufgrund von kognitiven Beeinträchtigungen, die ganz unterschiedliche Ursachen und Folgewirkungen haben. Übersetzt man die klinisch ethischen Leitlinien der DIVI in die Praxis, können diese dazu führen, dass ein ansonsten gesunder, blinder oder anderweitig behinderter Mensch bei einer schweren Lungenentzündung eine so schlechte Erfolgsaussicht hat, so dass er bei zu knappen Ressourcen keine intensivmedizinische Behandlung erhält.

Auch das Kriterium der Begleiterkrankungen (Komorbiditäten) führt in Kombination mit der Ermittlung des allgemeinen Gesundheitszustandes anhand der CFS dazu, dass behinderte Menschen, die neben ihrer Behinderung weitere Krankheiten und oder Funktionseinschränkungen haben, die durch die Wechselwirkung mit der Behinderung entstehen, extrem gefährdet sind, von intensivmedizinischen Maßnahmen ausgeschlossen

⁵ Online unter: <https://kobinet-nachrichten.org/2020/04/24/kas-sandra-ruhm-wir-lassen-uns-nicht-verarschen/> (zuletzt geprüft 13.12.2020)



zu werden. Der Ausschluss bedeutet für diese Personen unweigerlich den Tod, ob er nun durch Unterlassen (keine Zuteilung eines Beatmungsplatzes) oder aktives Tun (Abbruch einer bereits begonnenen intensivmedizinischen Therapie) herbeigeführt wird.⁶

Viele behinderte Menschen wissen aus eigener schmerzlicher Erfahrung, dass ihnen von ärztlicher Seite oft nur eine verkürzte Lebenserwartung prognostiziert und oder die Erfolgsaussichten für eine lebensrettende intensivmedizinische Therapie als kaum vorhanden eingestuft wurden. Als prominentes Beispiel mag hier der Verweis auf das von Robert Schulte geschriebene Buch „38 Jahre über Verfallsdatum – leben mit der Glasknochenkrankheit“ dienen. Laut ärztlicher Prognose wurde Robert Schulte eine Lebenserwartung von einem Jahr attestiert. Mit dieser lebensprägenden medizinischen Einschätzung, entschloss sich Robert Schulte im Alter von 38 Jahren, seine Lebensgeschichte öffentlich zu machen, um aufzuzeigen, welchen massiven Einfluss diese ärztliche Prognose auf sein Leben hatte⁷.

Beispiele wie dieses verdeutlichen, dass die Lebenserwartung eines Menschen anhand medizinischer Parameter und Messskalen nicht mit Gewissheit vorhergesagt werden kann. Wir vermuten, dass im Kontext der Prognose einer klinischen Erfolgsaussicht, eine Corona-Infektion durch intensivmedizinische Behandlung zu überleben, ebenfalls Fehleinschätzungen getroffen werden könnten.

Das Konzept des Ableismus⁸ geht damit einher und spielt nach Ansicht der ISL bei der erarbeiteten Leitlinie der DIVI eine wichtige, nicht zu unterschätzende Rolle. Dieses Konzept wurde von den Verfasser*innen, primär Ärzt*innen und Medizinethiker*innen, wahrscheinlich nicht bewusst

⁶ Online unter: <https://www.tolmein.de/bioethik/details/artikel/triage-oder-inklusive-intensivmedizin-1373.html> (zuletzt geprüft 13.12.2020)

⁷ Online unter: <https://kurier.at/leben/robert-schulte-38-jahre-ueber-verfallsdatum-das-leben-mit-der-glasknochenkrankheit/282.259.475> (zuletzt geprüft am 13.12.2020)

⁸ ISL (2018): Ableismus erkennen und begegnen. Online unter: https://www.isl-ev.de/attachments/article/1687/Able-Ismus-bf_2018-bf.pdf (zuletzt geprüft am 9.12.2020)

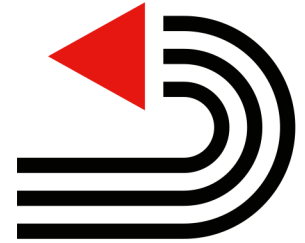


angewandt, um eine Kategorie von Menschen (behinderte und alte Personen) bewusst zu exkludieren und ihnen in Konsequenz ihr Recht auf Leben und Schutz, sowie körperlicher Unversehrtheit zu versagen. Trotzdem kann die Praxisanwendung der Leitlinien fatale Konsequenzen für die von ihnen Betroffenen haben.

Der Begriff setzt sich zusammen aus dem englischen Wort „able“ (to be able = fähig sein) und „ism“. Solche Endungen deuten auf ein in sich geschlossenes Gedankensystem. Ableismus ist die alltägliche Reduktion eines Menschen auf seine Beeinträchtigung. Damit einher geht eine Abwertung (wegen seiner Beeinträchtigung) oder aber eine Aufwertung (trotz seiner Beeinträchtigung). Auswirkungen von Ableismus sind: Nicht ernst genommen werden; die Einschätzung und Beurteilung der eigenen Fähigkeiten durch andere Personen; massive Einschränkungen der eigenen Entscheidungs- und Selbstbestimmungskompetenz; unangemessene Überhöhung und Bewunderung; die Versagung von gesetzlich verbindlichen Sozialleistungen durch Kostenträger; die Vorverurteilung von behinderten Personen, ohne diese überhaupt richtig zu kennen usw.

Ableismus ist auch im Gesundheitswesen weit verbreitet und stellt besonders für behinderte Menschen, die überproportional häufig Gesundheitsleistungen (Beantragung von medizinischen Hilfsmitteln und Therapien, medizinischen Behandlungen etc.) in Anspruch nehmen müssen, eine große Hürde und Herausforderung dar. Dies spiegelt sich auch im Parallelbericht der BRK-Allianz im Rahmen des Staatenprüfungsverfahrens Deutschlands zur UN-BRK wider, in dem zu Artikel 25 (Gesundheit) UN-BRK die „ablehnende und defizitorientierte Einstellung gegenüber schwerbehinderten Personen“⁹ hervorgehoben wird. In Krisensituationen, wie einer Triage, in der Ärzte schnell und unter großem Zeitdruck entscheiden müssen, kann das Konzept des Ableism, dass durch die Nutzung von fähigkeitsbasierten Bewertungsschemata, indirekt provoziert wird, unbewusst dazu führen, dass Menschen mit Behinderung von intensivmedizinischen und lebensrettenden Maßnahmen ausgeschlossen werden.

⁹ Online unter: <http://www.brk-allianz.de/index.php/parallel-bericht.html> (zuletzt geprüft am 9.12.2020)



In der „Düsseldorfer Erklärung der Behindertenbeauftragten von Bund und Ländern“ – „Gesundheitliche Versorgung weiter verbessern“, fordern die Beauftragten, die Inklusion menschenrechtsbasierter Lerninhalte im Kontext von Menschen mit Behinderung, in die Aus- und Weiterbildung von Ärzt*innen und medizinischem Fachpersonal, zu fördern.

¹⁰ Hierzu heißt es in der Erklärung: „Nicht selten haben Ärztinnen und Ärzte sowie das medizinische Personal Wissenslücken und Vorbehalte gegenüber dem Umgang mit Menschen mit Behinderungen. Die Beauftragten fordern daher, dass in der Aus- und Fortbildung des medizinischen Personals das Bewusstsein für die Menschenrechte, die Würde, die Autonomie und die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen verbindlich berücksichtigt werden.“

Die ISL unterstützt diese Forderung und ergänzt diese durch eine inhaltliche Ausrichtung auf Verhaltenskonzepte und ihre Interdependenzen in Bezug auf die Beziehung zwischen medizinischem Fachpersonal und Menschen mit Behinderung. Themen wie unbewusste Vorurteile, Wirkmechanismen von ableistischen Konzepten und Rollenbilder können hier thematisiert werden. So kann Fehleinschätzungen und vorschnellen Beurteilungen in Konfliktsituationen durch Aufklärung und Reflektion von eigenem Verhaltensmustern entgegengewirkt werden.

Dritte Teilfrage:

Auch wenn die ISL die klinische Erfolgsaussicht in Bezug auf ihre Implikationen infrage stellt, ist ihr bewusst, dass Ärzt*innen und weiteres medizinisches Fachpersonal Leitlinien erhalten müssen, die sie in der gerechten und diskriminierungsfreien Allokation von knappen intensivmedizinischen Ressourcen unterstützen und ihnen Praxis- und Rechtssicherheit bieten können. Die ISL als Selbstvertretungsorganisation behinderter

¹⁰ Online unter: https://www.behindertenbeauftragter.de/SharedDocs/Downloads/DE/20190322_D%C3%BCsseldorfer_Erkl%C3%A4rung.pdf;jsessionid=3CCC3B95E9519A36191821323EA9FFB1.1_cid508?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt geprüft 13.12.2020)



Menschen sieht sich jedoch nicht in der Lage ein konkretes Prinzip zu favorisieren.

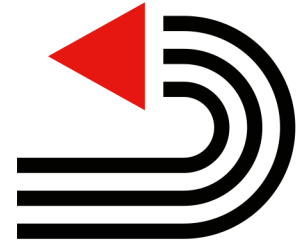
Eine Diskussion und Evaluation möglicher Kriterien könnte jedoch durch den Gesetzgeber initiiert werden. In die Diskussion und Erarbeitung möglicher Kriterien sollten behinderte Menschen und ihre Selbstvertretungsorganisationen unbedingt miteinbezogen werden. Wie im Vorfeld zum Konzept des Ableismus ausgeführt, ist es nichtbehinderten Personen, gleichwohl welcher Fachdisziplinen, nicht immer objektiv möglich, die Lebenswirklichkeiten von Menschen mit Behinderungen mit all ihren Implikationen zu erfassen und entsprechende Handlungsoptionen daraus abzuleiten. Behinderte Menschen und ihre Selbstvertretungsorganisationen können hier einen wertvollen und konstruktiven Beitrag leisten.

Die klinische Erfolgsaussicht kann unseres Erachtens nach nur dann in Betracht gezogen werden, wenn entschieden werden muss, ob eine intensivmedizinische Behandlung noch indiziert ist – ob also eine realistische Prognose besteht, das Leben des/der Patient*in zu erhalten. „Aus medizinischer Sicht ist eine Intensivtherapie nicht (mehr) indiziert, wenn der Sterbeprozess unaufhaltsam begonnen hat, die Therapie als medizinisch aussichtslos eingeschätzt wird, weil keine Besserung oder Stabilisierung erwartet wird, oder ein Überleben an den dauerhaften Aufenthalt auf der Intensivstation gebunden wäre.“, so der Medizinrechtler Jochen Taupitz im Mai 2020¹¹.

ISL teilt die Auffassung, dass nur in dieser Konstellation das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht als Auswahlkriterium herangezogen werden sollte.

An dieser Stelle verweisen wir auf zwei weniger diskriminierende Prinzipien, die an Stelle der klinischen Erfolgsaussicht in die Überlegungen miteinbezogen werden könnten:

¹¹ Taupitz, Jochen (2020): Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben? Online unter: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s00350-020-5558-3.pdf> (zuletzt geprüft am 10.12.2020)



Zufallsprinzip durch den Losentscheid

Das Zufallsprinzip basierend auf einer Losziehung könnte einen Ausweg aus dem Dilemma des Gesetzgebers bieten, entscheiden zu müssen, welche Auswahlkriterien mit dem Schutz der Menschenwürde vereinbar sind. Ein Losentscheid würde nicht dazu führen, dass der Gesetzgeber in die schwierige Lage gebracht würde, Menschenleben gegeneinander abzuwägen und entsprechende Abwägungskriterien festzuschreiben. Dieses Zufallsprinzip böte möglicherweise einen diskriminierungsfreien und chancengleichen Zugang zu intensivmedizinischen Ressourcen, ohne dass dafür Kriterien wie beispielsweise Alter oder Behinderung ausschlaggebend wären. Das Losprinzip hat auch schon in der Vergangenheit Eingang in die Rechtsordnung gefunden (Vergabe von Studien- oder Kitaplätzen)^{12, 13}

Bisher gibt es jedoch kaum Evaluationen darüber, inwieweit sich das Losverfahren in einer Triage-Situation rechtlich bewerten ließe. Verwiesen werden kann auf eine kürzlich veröffentlichte Studie verschiedener Deutscher und Schweizer Universitäten, die sich mit den Implikationen des Losverfahrens in einer Triage-Situation befasst hat. In einer dort veröffentlichten Umfrage wurde deutlich, dass 67 % der Umfrageteilnehmenden bei der Zuteilung von knappen Beatmungsplätzen einem Losverfahren den Vorzug vor Auswahlkriterien wie prognostizierte Erfolgsaussicht oder Lebensalter gaben¹⁴. Die Studie wies ebenfalls auf eine

¹² Zimmermann, Till (2020): „Wer stirbt zuerst?“, Online unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-straf-recht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/> (zuletzt geprüft am 9.12.2020)

¹³ Vgl. Vgl. Konrad Adenauer Stiftung; Gelinsky, Katja (April 2020): Was regeln in einem Triage-Gesetz? Zur Zuteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen. <https://www.kas.de/documents/252038/7995358/Was+regeln+in+ein+em+Triage-Gesetz+-+Zur+Zuteilung+von+%C3%9Cberlebenschancen+bei+unzureichenden+medizinischen+Ressourcen.pdf/c5e49a9e-f607-524e-d389-ae9b71fd9aee?version=1.0&t=1587487117224> (zuletzt geprüft am 9.12.2020)

¹⁴ Online unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3725507 (zuletzt geprüft am 9.12.2020)



Studie des Department of Critical Care Medicine der University of Pittsburgh hin, die sich mit der Zuteilung von Remdesivir an COVID-19 erkrankten Patient*innen per Losentscheid beschäftigte. Die dargestellten Studien lassen vermuten, dass die Akzeptanz der Bevölkerung betreffend der Zuteilung von knappen Ressourcen durch das Zufallsprinzip gegeben ist, wenn andere Kriterien den Wunsch nach einer gerechten und chancengleichen Verteilung nicht effizient befriedigen können.

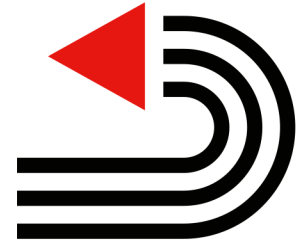
Sollte das Zufallsprinzip in der Praxis Anwendung finden, braucht es im Vorfeld klare und transparente Strukturen, die das System für alle Beteiligten verständlich und nachvollziehbar machen und wirksame Schutzmechanismen vor Korrumpierung vorsehen. Das Zufallsprinzip könnte unserer Ansicht nach eine Unterstützung für Mediziner*innen sein, die entlastende Wirkkraft entfalten kann, da die Entscheidung bzgl. der Zuteilung von Beatmungsplätzen nicht allein durch sie verantwortet werden muss.

Aufstellung eines Negativkatalogs von unzulässigen Triage-Kriterien

Ein anderes Kriterium gesetzgeberischen Handelns könnte die Aufstellung eines Katalogs von Kriterien sein, die bei einer Triage-Entscheidung keine Rolle spielen dürfen. Hier könnten Kriterien wie z.B. Behinderung; Vorerkrankungen, die nicht nachweislich den Verlauf einer COVID-19-Infektion beeinflussen; Alter; prognostizierte Lebenserwartung und weitere aufgestellt werden¹⁵. Durch diese Verbote würde der Gesetzgeber sich nicht anmaßen, eigene positive Triage-Kriterien aufzustellen, sondern würde durch die Formulierung unzulässiger Kriterien, sog. Bewertungsverbote aufstellen¹⁶.

¹⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen von Prof. Dr. Zimmermann: Online unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/> (zuletzt geprüft am 9.12.2020)

¹⁶ Vgl. Konrad Adenauer Stiftung; Gelinsky, Katja (April 2020): Was regeln in einem Triage-Gesetz? Zur Zuteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen. Online unter: <https://www.kas.de/documents/252038/7995358/Was+regeln+in+ei->



Weitere Triage-Kriterien

Die vom Forum behinderter Juristinnen und Juristen vorgeschlagenen Auswahlkriterien „Prioritätsprinzip“ (wer war zuerst da?) und das „Dringlichkeitsprinzip“ (wer braucht die Behandlung am notwendigsten, wären u.E. Prinzipien, die in einer intensiven Debatte berücksichtigt werden sollten, da sie für behinderte Menschen nicht diskriminierend sind und daher Art. 3 GG nicht verletzen.

Fazit:

Die aufgeführten Kriterien könnten in Kombination oder einzeln dazu beitragen, dass gleichberechtigte und diskriminierungsfreie Zugänge für alle Patient*innen, die einer intensivmedizinischen Behandlung bedürfen, geschaffen werden können. Sich jedoch allein auf diese Kriterien zu verlassen, halten wir auch in diesem Diskurs für nicht ausreichend. Die ISL betrachtet sie als einen Aufschlag für einen Diskurs und diese sind keinesfalls als abschließende Bewertung zu verstehen. Des Weiteren wird es als dringlich erachtet, dass Jurist*innen, medizinisches Fachpersonal, Selbstvertretungsorganisationen behinderter Menschen und weitere Interessensträger*innen, gemeinsam und in einem partizipativen und transparenten Verfahren, Vorschläge für denkbare Kriterien erarbeiten. Das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht und dessen Evaluation anhand von fragwürdigen und nicht hinreichend validierten Anwendungen in Triage-Situationen, halten wir für nicht verfassungskonform und lehnen es als Triage-Kriterium ab.

Frage 8: Welche Regelungen gibt es in anderen Ländern, die im Gesundheitswesen im Fall einer Triage Anwendung finden?

[nem+Triage-Gesetz+-+Zur+Zuteilung+von+%C3%9Cberlebenschancen+bei+unzureichenden+medizinischen+Ressourcen.pdf/c5e49a9e-f607-524e-d389-ae9b71fd9aee?version=1.0&t=1587487117224](https://www.bfgh.de/Dateien/2020/12/09/nem+Triage-Gesetz+-+Zur+Zuteilung+von+%C3%9Cberlebenschancen+bei+unzureichenden+medizinischen+Ressourcen.pdf/c5e49a9e-f607-524e-d389-ae9b71fd9aee?version=1.0&t=1587487117224) (zuletzt geprüft am 9.12.2020)



Die Konrad Adenauer Stiftung lässt in ihrer im Oktober 2020 veröffentlichten Publikation Intensivmediziner*innen aus unterschiedlichen Ländern zu Wort kommen bzgl. der Triage-Anwendungen bei ihnen vor Ort.¹⁷ Deutlich wird, dass es bei allen Gemeinsamkeiten um das Streben nach Orientierung in dem „Dickicht widerstreitender Prinzipien und Werte“ eine große Leerstelle gibt: In keinem der befragten Länder ist der nationale Gesetzgeber aktiv geworden.¹⁸ Kriterien zur Triage wurden bisher ausschließlich von medizinischen Fachgesellschaften erarbeitet und stützen sich in fast allen befragten Ländern auf das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht. Nur in Schweden werden Angehörige in das Triage-Verfahren involviert, auch wenn diese kein Vetorecht besitzen.

Fazit:

Die ISL betrachtet es kritisch, dass Leitlinien und Regelungen bzgl. der Triage-Anwendung meist in den jeweiligen intensivmedizinischen Fachkreisen aufgestellt werden. Die gesetzlichen Grundlagen fehlen.

¹⁷Konrad Adenauer Stiftung; Gelisky, Katja (Oktober 2020): Triage-Empfehlungen grenzüberschreitend betrachtet. Online unter: <https://www.kas.de/documents/252038/7995358/Triage-Empfehlungen+grenz%C3%BCberschreitend+betrachtet.pdf/5cf7187c-8b72-ec8b-9740-610346766f2f?version=1.0&t=1603436781516>

¹⁸ Ebd.



Frage 9: Sollte die Triage in Deutschland gesetzlich geregelt werden? Welche Vor- bzw. Nachteile wären damit verbunden?

Bisher gibt es keinerlei gesetzliche Vorgaben, wie mit einer Allokation von knappen intensivmedizinischen Ressourcen rechtlich und in der Praxis umgegangen werden soll. Die ISL hält für dringend geboten, dass der Staat im Wege eines parlamentarischen Verfahrens und unter zwingender Beteiligung von Selbstvertretungsorganisationen behinderter Menschen und Menschenrechtsexpert*innen, gesetzliche Vorgaben erarbeitet, die den Grundrechten behinderter Menschen, auf einen diskriminierungsfreien und chancengleichen Zugang zu intensivmedizinischen Ressourcen Rechnung trägt. Gesetzliche Vorgaben bieten behinderten Menschen, ihren Angehörigen und Mediziner*innen eine gesetzlich normierte Orientierungshilfe und schaffen Rechtssicherheit für alle Betroffenen.

Auch wenn gesetzliche Vorgaben nicht darüber hinwegtäuschen können, dass ein Mangel an intensivmedizinischen Ressourcen evident ist und kein noch so sorgsames Gesetz, alle von diesem Notstand betroffenen Menschen gerettet werden können, können diskriminierungsfreie gesetzliche Zugänge das Vertrauen der Bevölkerung in einen aktiven Rechtsstaat, der so gut als möglich das Wohl aller Menschen berücksichtigt und rechtliche Grenzen in der Patientenauswahl festlegt, fördern helfen.



Die ISL vertritt die Ansicht, dass das Parlament, als einziges unmittelbar gewähltes Staatsorgan, in dieser existenziellen Konfliktsituation, die weitreichende Grundrechtseingriffe mit sich bringt, nicht untätig bleiben darf. Die Verpflichtung des Staates, Menschen mit Behinderung vor Diskriminierung zu schützen (Artikel 3 Abs. 3 Satz 2) im Zusammenwirken mit den Rechten der UN-BRK, insbesondere die Rechte und Pflichten aus den Artikeln 4 – allgemeine Verpflichtungen, Artikel 5 – Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung, Artikel 10 – Recht auf Leben, Artikel 11 – Gefahrensituationen und humanitäre Notlagen, und Artikel 25 – Gesundheit, machen ein gesetzliches Eingreifen dringend erforderlich.

Unserer Auffassung nach müssen gesetzlich Vorgaben den abgeleiteten Rechten der UN-Behindertenrechtskonvention insoweit Rechnung tragen, dass sie das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht untersagen, da es in seiner Anwendung eine mittelbare Diskriminierung von Menschen mit Behinderung darstellt. Ferner sollte unserer Ansicht nach, die Methode der Ex-Post-Triage, die es Ärzt*innen erlaubt, einer/einem beatmungspflichtigen Patientin/en ein zugeteiltes Beatmungsgerät wieder zu entziehen, wenn angenommen wird, dass die Beatmung eines anderen Patienten eine höhere Erfolgsaussicht verspricht, im Wege einer gesetzlichen Normierung verboten werden. Solch ein Verfahren stünde nicht im Einklang mit der geltenden Rechtsordnung und wäre für Patient*innen und ihren Angehörigen eine unzumutbare Belastung. Menschen, die sich im Vertrauen auf Heilung in medizinische Behandlung begeben, sollten auch darauf vertrauen können, dass ihnen diese nicht wieder entzogen wird.

Auch aus medizinischer Sicht ist solch eine Handlung sehr fragwürdig, da die Intervalle, wie lange ein Patient beatmet werden muss, verbunden mit einer erkennbaren Verbesserung, des Gesundheitszustandes bei einer COVID-19-Erkrankung stark divergieren. Oft sind längere Beatmungszeiten nötig, um einen Behandlungserfolg zu erzielen. Wenn dieser durch den frühzeitigen Entzug der Beatmung zunichte gemacht wird,



ist keine Chancengleichheit aller Patient*innen auf eine erfolgreiche Behandlung gegeben.¹⁹

Der Abbruch einer Beatmung sollte nur dann gerechtfertigt sein, wenn die medizinische Indikation nicht mehr gegeben ist. Das bedeutet, dass die Weiterbehandlung so aussichtslos ist, dass sie auch ohne Ressourcenknappheit nicht mehr weitergeführt würde oder die Abschaltung dem Patientenwillen entspricht.²⁰

Vorteile einer gesetzlichen Regelung:

- Rechtssicherheit und Orientierungshilfe für Mediziner*innen, Patient*innen und alle Betroffenen.
- Zuwachs von gesellschaftlichem Vertrauen in den Staat als Akteur für den Schutz von Grundrechten und Menschenrechten.
- Die Diskussion um Triage wäre durch einen partizipativen Prozess²¹ gleichwohl demokratisch und inklusiv gestaltet.

Fazit:

Die ISL befürwortet im Grundsatz gesetzlich verbindliche Regeln zum Verfahren der Triage. Diese müssen jedoch so ausgestaltet sein, dass sie den Verfassungsrechtlichen Grundsätzen Rechnung tragen und diskriminierenden Selektionskriterien Vorschub leisten. Die ISL teilt die Auffas-

¹⁹ Vgl. online unter: <https://www.zeit.de/2020/27/covid-19-beatmung-koma-intensivstation>

<https://www.lungenaerzte-im-netz.de/news-archiv/meldung/article/sars-cov2-viren-koennen-bei-schwerem-verlauf-massive-gefaess-schaeden-verursachen/> (zuletzt geprüft 13.12.2020)

²⁰ Vgl. online unter: <https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/> (zuletzt geprüft am 13.12.2020)

²¹ Das Netzwerk Artikel 3 e.V. hat zum Thema Partizipation von Organisationen 2014 eine ausführliche Handreichung erstellt unter dem Titel "Nichts über uns ohne uns!" - von der Alibi -Beteiligung zur Mitentscheidung!" Diese beleuchtet und skizziert unterschiedliche Modelle von Partizipation. Online unter: <http://www.netzwerk-artikel-3.de/attachments/article/115/Nichts%20C3%BCber%20uns%20ohne%20uns%20-%20Von%20der%20Alibi-Beteiligung%20zur%20Mitentscheidung!.pdf>

