

Artikel erschienen in:

MenschenRechtsZentrum

MenschenRechtsMagazin ; 27 (2022) 2

2022 – 99 S.

ISSN 1434-2820

DOI <https://doi.org/10.25932/publishup-56493>



Empfohlene Zitation:

Katja Stoppenbrink: Prozeduralisierung gegen Diskriminierung? Menschen mit Behinderungen, das Bundesverfassungsgericht und das ‚Triage-Problem‘ in der Pandemie, In: MenschenRechtsMagazin 27 (2022) 2, Potsdam, Universitätsverlag Potsdam, 2022, S. 67–77.

DOI <https://doi.org/10.25932/publishup-57152>

Dieses Objekt ist durch das Urheberrecht und/oder verwandte Schutzrechte geschützt. Sie sind berechtigt, das Objekt in jeder Form zu nutzen, die das Urheberrechtsgesetz und/oder einschlägige verwandte Schutzrechte gestatten. Für weitere Nutzungsarten benötigen Sie die Zustimmung der/des Rechteinhaber/s:

<https://rightsstatements.org/page/InC/1.0/>

Prozeduralisierung gegen Diskriminierung? Menschen mit Behinderungen, das Bundesverfassungsgericht und das ‚Triage-Problem‘ in der Pandemie

Katja Stoppenbrink

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. COVID-19 und Menschen mit Behinderungen: ein kurzer Überblick
- III. Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen in Triage-Situationen: Beschluss des Bundesverfassungsgerichts
- IV. Schutz von Menschen mit Behinderungen in Triage-Situationen: Gerechtigkeit durch Verfahren?
- V. Prozeduralisierung des Diskriminierungsschutzes: Gerechtigkeit durch Verfahren und Bewusstseinsbildung?

I. Einleitung

Wie lassen sich besonders Gefährdete in besonderen Notlagen schützen? Wer schützt die besonders Gefährdeten in extremen Entscheidungssituationen wie etwa einer im Rahmen der COVID-19-Pandemie nicht auszuschließenden Triage aufgrund extremer Ressourcen(über)beanspruchung im Gesundheitswesen? Mehrere hochrangige internationale Institutionen haben auf die besondere Situation von Menschen mit Behinderungen in der Corona-Pandemie hingewiesen und einen besseren Gesundheits- und Lebensschutz dieser besonders gefährdeten Gruppen angemahnt. Ein Blick auf die Studienlage zeigt, dass Menschen mit Behinderungen – insbesondere diejenigen, die in Heimen und anderen betreuten Einrichtungen leben und persönliche Assistenz benötigen – ein deutlich erhöhtes Risiko haben, sich mit dem Virus zu infizieren, schwer an COVID-19 zu erkranken und daran zu sterben (II.). Auch in Situationen der Überlastung der gesundheitlichen Versorgung, in denen es in Extremfällen zu einer Triage und damit zu einer kategorienbasierten Priorisierung (und zugleich auch

Zurückstellung) von Patient:innen kommen kann, drohen Menschen mit Behinderungen systematisch benachteiligt zu werden. Das Recht auf gleichen Zugang zu gesundheitlicher Versorgung, das etwa in Art. 25 UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK¹) niedergelegt ist, droht kompromittiert zu werden. Den Appell des UN-Generalsekretärs im Mai 2020² hat die internationale Staatengemeinschaft mit einem *Joint Statement on the UN Secretary-General's call for a disability-inclusive response to COVID-19*³ beantwortet – darunter auch Deutschland. Der Fachausschuss zur UN-BRK hat gemeinsam mit der UN-Sonderberichterstatlerin für die Rechte der Menschen mit Behinderungen im Jahr 2020 eine vergleichbare Erklärung abgegeben, ebenso die Weltgesundheitsorganisation WHO (III.). Auf nationaler Ebene ist in Deutschland den Appellen bis in die Gegenwart institutionell nicht Folge geleistet worden. Erst die Verfassungsbeschwerden von neun Menschen mit Behinderungen und chronischen Krankheiten mündeten im Dezember 2021

1 Convention on the Rights of Persons with Disabilities vom 13. Dezember 2006, UNTS Bd. 2515, S. 3; BGBl. 2008 II, S. 1419.

2 Secretary-General of the United Nations, Policy Brief: A Disability-Inclusive Response to COVID-19, Mai 2020, abrufbar unter: www.un.org/sites/un2.un.org/files/2020/05/sg_policy_brief_on_persons_with_disabilities_final.pdf [Diese und alle nachfolgend aufgeführten Webseiten wurden zuletzt am 10. August 2022 besucht].

3 A response to the Secretary-General's Policy Brief, "Disability-inclusive response to COVID-19 - Towards a better future for all", abrufbar unter: www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/05/Joint-statement-Disability-inclusive-response-to-COVID-19.pdf.

in einen viel beachteten Beschluss⁴ des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), in dem das Gericht den Gesetzgeber auffordert, Vorkehrungen zum Schutz von Menschen mit Behinderungen in Triage-Situationen zu schaffen. Die beispielhaft genannten Vorkehrungen sind vor allem prozeduraler Natur. Sie beziehen sich u. a. auf die Forderung nach einem Mehr-Augen-Prinzip sowie nach besserer Aus- und Weiterbildung des intensivmedizinischen Personals. Als zentral für den Schutz von Menschen mit Behinderungen wird angesehen, dass das Personal in Medizin und Pflege über hinreichende Sensibilisierung für die Belange von Menschen mit Behinderungen verfügt und in der Betreuung von Menschen mit Behinderung geschult ist. Dem Gericht zufolge kann beides gegenwärtig in Deutschland nicht vorausgesetzt werden (IV.). Anhand der veröffentlichten Stellungnahmen der vom Gericht befragten Interessengruppen und Sozialverbände lässt sich ein tiefgreifendes Unbehagen dieser Gruppen gegenüber Medizin und Pflege aufzeigen, das sich als Vorwurf eines faktischen Festhaltens am sog. ‚medizinischen Modell‘ und an einem überholten, defizitorientierten Begriff von Behinderung interpretieren lässt. Vor diesem Hintergrund ist zu bezweifeln, ob sich die Ausgangsfragen, wie und durch wen Menschen mit Behinderungen als in der Pandemie besonders gefährdete Gruppen am besten vor Benachteiligung geschützt werden können, durch Verweis auf das intensivmedizinische Personal beantworten lassen. Diskriminierungsfreies Verhalten in Extremsituationen kann nicht instantan qua Gesetz angeordnet werden. Die Prozeduralisierung des Diskriminierungsschutzes stellt sich als herausforderungsvolles und langwieriges Unterfangen dar, das an Art. 8 UN-BRK erinnert: Gefordert ist „Bewusstseinsbildung“, um „[...] Klischees, Vorurteile und schädliche Praktiken gegenüber Menschen mit Behinderungen [...] in allen Lebensbereichen zu bekämpfen“. Aus grund- und menschenrechtlicher Sicht sollte unter den prozeduralistisch orientierten Lösungsansätzen zur Entscheidungsfindung

in Extremsituationen wie der Zuteilung lebenswichtiger Ressourcen zudem das Losverfahren (Entscheidung qua Zufall) in den Fokus der Aufmerksamkeit rücken, da die diskutierten Kategorien zumindest mittelbar den rechtlich anerkannten Nichtdiskriminierungsgrundsätzen (zentral sind hier Alter und Behinderung zu nennen) zuwiderlaufen – das gilt auch für das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht (V.).

II. COVID-19 und Menschen mit Behinderungen: ein kurzer Überblick

Je nach Definition changiert die Anzahl der Menschen mit Behinderungen zwischen rund einem Siebtel⁵ und einem Viertel⁶ der Bevölkerung. Ein weit gefasster Behinderungsbegriff inkludiert Menschen mit chronischen Krankheiten wie etwa Diabetes; auch neurodegenerative Krankheiten wie etwa demenzielle Erkrankungen⁷ fallen unter den Begriff. Hinzu kommen gegenwärtig Betroffene von ‚Long COVID‘, deren Einschränkungen je nach Art und Dauerhaftigkeit auch als Behinderung anzusehen sind.⁸ Für Menschen mit – zumal nicht extern sichtbaren – physischen und solche mit kognitiven Einschränkungen war und ist

4 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16. Dezember 2021 – 1 BvR 1541/20.

5 World Health Organization/The World Bank (2011). World report on disability, S. 29, Sp. 2 oben; abrufbar unter: www.who.int/publications/i/item/9789241564182.

6 Vgl. den ersten Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen, hrsg. vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2013, S. 46, Tabelle 3.2., abrufbar unter: www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/a125-13-teilhabebericht.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

7 Katja Stoppenbrink, Zwischen allen Stühlen – oder besonders berechtigt? Demenz und das Recht auf Inklusion nach der UN-Behindertenrechtskonvention, in: Martina Schmidhuber et al. (Hrsg.), Menschenrechte für Personen mit Demenz. Soziale und ethische Perspektiven, 2019, S. 61–99.

8 Blake Hereth et al., Long covid and disability: a brave new world, in: BMJ 2022, abrufbar unter: doi.org/10.1136/bmj-2021-069868, plädieren dafür, Long Covid als eine mögliche Ursache von Behinderung anzuerkennen und den Betroffenen damit die Inanspruchnahme der Rechte von Menschen mit Behinderungen zu ermöglichen.

die Corona-Pandemie eine besondere Bürde, die mit im Vergleich zur sonstigen Bevölkerung deutlich höheren Risiken einhergeht.⁹ Neben Gefahren für Gesundheit und Leben¹⁰ – oftmals aufgrund vorbestehender Erkrankungen – gehören auch sonstige Einbußen des Wohlergehens, etwa soziale Einschränkungen wie Kontaktarmut, Einsamkeit oder Arbeitsplatzverlust zu den besonderen pandemiebezogenen Herausforderungen für diese Gruppen¹¹, deren Zugang¹² zu Gesundheitsdienstleistungen, Bildung und Arbeit auch ungeachtet der Pandemie schon kompromittiert ist.

III. Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen in Triage-Situationen: Beschluss des Bundesverfassungsgerichts

Während der Corona-Pandemie ist es in manchen Ländern zumindest punktuell und situativ zu einer Überlastung des Gesundheitswesens gekommen. Es mangelte an qualifiziertem Intensivpflegepersonal, Intensivpflegeplätzen und an technischer Ausstattung für Beatmung und extrakorporale Membranoxygenierung (ECMO) von Patient:innen. Auch wenn Notsituationen in vielen Fällen durch organisatorische Vorkehrungen, wie die Einrichtung eines Registers¹³ zur Erfassung von Intensivbetten und die Verlegung von Patient:innen in Notfällen – auch mithilfe der Luftstreitkräfte – vermieden werden konnten, mussten sich Kliniken und Personal doch auf extreme Notlagen vorbereiten. Der Standardfall aus dem Ethiklehrbuch wird als Konkurrenz zweier gleich bedürftiger Patient:innen um ein vorhandenes Beatmungsgerät beschrieben. Dabei – darauf hat der Deutsche Ethikrat bereits frühzeitig in seiner Ad-hoc-Empfehlung „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ vom 27. März 2020¹⁴ hingewiesen – ist zwischen ‚Triage bei Ex ante- und Ex post-Konkurrenz‘ zu unterscheiden. Während der aus der Militär- und Katastrophenmedizin stammende, ursprünglich

9 Zentral dazu z. B. *Maya Sabatello et al.*, Disability, ethics, and health care in the covid-19 pandemic, in: *Am J Public Health* 110 (2020), S. 1523–1527, sowie *Tom Shakespeare/Florence Ndagire/Queen E. Seketi*, Triple jeopardy: disabled people and the COVID-19 pandemic, in: *The Lancet* 397 (2021), S. 1331–1333.

10 Gerade für Menschen, die Hilfe im täglichen Leben benötigen, in Betreuungseinrichtungen leben und/oder eine persönliche Assistenz haben, ist das Risiko, sich mit Sars-CoV-2 zu infizieren, schwer an Covid-19 zu erkranken und daran zu sterben, deutlich erhöht. Vgl. zu Gruppen mit höherer Sterbewahrscheinlichkeit bspw. *Matthew L Bosworth et al.*, Deaths involving covid-19 by self-reported disability status during the first two waves of the COVID-19 pandemic in England: a retrospective, population-based cohort study, in: *Lancet Public Health* 6 (2021), S. e817–e825, abrufbar unter: [doi.org/10.1016/S2468-2667\(21\)00206-1](https://doi.org/10.1016/S2468-2667(21)00206-1).

11 Zu Kindern mit Behinderungen vgl. etwa *Amy Houtrow et al.*, Children with disabilities in the United States and the covid-19 pandemic, in: *J Pediatr Rehabil Med* 13 (2020), S. 415–424; zu Autismus *Bethany Oakley et al.*, COVID-19 health and social care access for autistic people: European policy review, in: *BMJ Open* 2021, abrufbar unter: doi.org/10.1136/bmjopen-2020-045341; zu Demenzerkrankten *Clarissa Giebel et al.*, A qualitative 5-country comparison of the perceived impacts of COVID-19 on people living with dementia and unpaid carers, in: *BMC Geriatr* 22 (2022), Art. Nr. 116, abrufbar unter: doi.org/10.1186/s12877-022-02821-1.

12 Siehe wiederum *Shakespeare et al.* (Fn. 9) sowie *Nneoma E Okonkwo et al.*, Covid-19 and the US response: accelerating health inequities, in: *BMJ Evid Based Med* 26 (2020), S. 176–179, abrufbar unter: doi.org/10.1136/bmjebm-2020-111426.

13 In Deutschland ist zu Beginn der Pandemie durch die Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) das „IntensivRegister“ geschaffen worden, das täglich die Behandlungskapazitäten in der Intensivmedizin (Akut-Krankenhäuser) erfasst, abrufbar unter: www.intensivregister.de, sowie die sog. „Intensivregisterverordnung“ (Verordnung zur Aufrechterhaltung und Sicherung intensivmedizinischer Krankenhauskapazitäten, zuletzt geändert durch Artikel 2 V. v. 12. November 2021), die am 10. April 2020 in Kraft getreten ist, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/D/BAnz_AT_09.04.2020_DIVI.pdf.

14 Deutscher Ethikrat, Ad-hoc-Empfehlung „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ vom 27. März 2020, abrufbar unter: www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf.

auf die Erfahrungen der napoleonischen Kriege zurückgehende Begriff der ‚Triage‘ eine Einteilung von Verunfallten in unterschiedlich dringlich zu behandelnde Gruppen zum Ausdruck bringt, stellt sich die Situation in Kliniken selten als zu einem bestimmten Zeitpunkt instantan auftretender multipler Notfall dar, sondern als Ressourcen(über)beanspruchung über die Zeit hinweg. Die resultierenden ethisch-rechtlichen Fragen sind daher zu differenzieren. Der Ethikrat hat etwa für die Ex ante-Szenarien, die dem vereinfachten Standardlehrbuchfall entsprechen („Zahl der unbesetzten Beatmungsplätze kleiner [...] als die Zahl der Patienten“¹⁵), erläutert, dass aus Gründen grund- und menschenrechtlicher Egalität rechtlich „für diese Entscheidung keine positiven Auswahlkriterien [vorsehbar seien]. Sichergestellt werden [müsse] jedoch, dass unfaire Einflüsse bei der Entscheidung nach aller Möglichkeit ausgeschlossen werden, etwa solche im Hinblick auf sozialen Status, Herkunft, Alter, Behinderung [sic! KS] usw.“¹⁶ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, wenngleich auf dem Boden der Rechtsordnung, im Rahmen des Schutzes vor ungerechtfertigter Ungleichbehandlung im Sinne des Gleichheitssatzes, das Recht durchaus Kriterien vorgeben *könnte* – entsprechend auch die Klarstellung durch das BVerfG in seinem noch zu diskutierenden Beschluss¹⁷ contra Ethikrat¹⁸. Bei „Ex post-Konkurrenz“ müsste hingegen „die lebenserhaltende Behandlung eines Patienten beendet werden, um mit dem dafür erforderlichen medizinischen Gerät das Leben eines anderen zu retten“, doch, so der Ethikrat weiter, „[o]bjektiv rechtens ist das aktive Beenden einer laufenden, weiterhin indizierten Behandlung zum Zweck der Rettung eines Dritten

jedoch nicht“¹⁹. Im pandemischen Klinikalltag ist dieses letztgenannte Szenario realitätsnäher, ein Behandlungsabbruch gegenüber betroffenen Patient:innen ohne deren Einwilligung oder gegen deren expliziten Fortsetzungswunsch aber *de lege lata* nicht zu rechtfertigen²⁰; ethisch²¹ wird z. T. argumentiert, dass ein Ex post-Szenario analog zu der Priorisierung bei besserer klinischer Erfolgsaussicht in einem Ex ante-Szenario zu beurteilen ist.

Zur Unterstützung der Entscheidungsfindung haben die relevanten medizinischen Fachgesellschaften in Deutschland unter Federführung der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) und unter Einbeziehung (Mehrheitsvotum des Vorstands) der Akademie für Ethik in der Medizin (AEM) klinisch-ethische Empfehlungen zu „Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie“ formuliert und mehrmals aktualisiert²², die als S1-Leit-

15 Ethikrat (Fn. 14), S. 4, Sp. 1 unten.

16 Ethikrat (Fn. 14), S. 4, Sp. 2 oben.

17 Fn. 4.

18 So auch in seiner Besprechung des Beschlusses *Thomas Gutmann*, Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. Dezember 2021 – 1 BvR 1541/20, in: *MedR* 40 (2022), S. 217–221 (218, Sp. 1, Mitte), abrufbar unter: doi.org/10.1007/s00350-022-6140-y.

19 Ethikrat (Fn. 14), S. 4, Sp. 2 Mitte.

20 Vgl. *Reinhard Merkel*, Beatmung in der Medizin. Eine Frage von Recht und Ethik, in: *FAZ* vom 4. April 2020.

21 *Bettina Schöne-Seifert*, Dilemma der Triage. Wen soll man sterben lassen?, *FAZ* vom 31. März 2020.

22 Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), Deutsche Gesellschaft für Interdisziplinäre Notfall- und Akutmedizin (DGINA), Deutsche Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin (DGAI), Deutsche Gesellschaft für Internistische Intensivmedizin und Notfallmedizin (DGIIN), Deutsche Gesellschaft für Neurointensiv- und Notfallmedizin (DGNI), Deutsche Gesellschaft für Pneumologie und Beatmungsmedizin (DGP), Deutsche Gesellschaft für Palliativmedizin (DGP) und Akademie für Ethik in der Medizin (AEM), *Klinisch-ethische Empfehlungen zu Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie*, formuliert und mehrmals aktualisiert (25. März 2020, 17. April 2020, aktuelle Version 3 vom 14. Dezember 2021), abrufbar unter: www.aem-online.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/040-0131_S1_Zuteilung-intensivmedizinischer-Ressourcen-im-Kontext-der-COVID-19-Pandemie-Klinisch-ethische_Empfehlungen_2021-12_1.pdf.

linie gelten²³ und als Ultima Ratio in einer (faktisch, wenn nicht explizit sowohl für ein Ex ante- wie für ein Ex post-Szenario entsprechenden) Dilemmasituation auf das Kriterium klinischer Erfolgsaussicht²⁴ abstellen. In anderen Ländern haben weitere Kriterien Eingang in die Leitlinien gefunden.²⁵ Kontrovers²⁶ wurde in Deutschland insbesondere das italienische Beispiel diskutiert, das in einem lexikalischen Dreiklang²⁷ auf die Kriterien der höheren Überlebenschance, mehr Jahre geretteten Lebens und Nutzenmaximierung rekurriert und damit

die normativ-ethischen Unterschiede zwischen einem eher deontologisch und einem eher konsequentialistisch-utilitaristisch geprägten Ansatz hervorhebt und illustriert und mit dem zweiten Kriterium implizit eine Ungleichbehandlung aufgrund des Lebensalters (jung > mehr zu erwartende „gerettete Jahre“) einführt. Doch auch die eher patientenzentrierten und individualschutzorientierten²⁸ deutschen Leitlinien haben lautstarke Kritik hervorgerufen. Bemängelt wurde insbesondere die fehlende explizite Berücksichtigung von Menschen mit Behinderungen, die – so das Monitum – nicht vor Diskriminierung gefeit seien, weil in einer Triage-Situation um ein Beatmungsgerät konkurrierende Patient:innen ohne Behinderung als vorzugswürdig, da prognostisch aussichtsreicher eingeschätzt würden. Während einerseits eine bevorzugte Behandlung aufgrund des Alters, sozialer Merkmale, bestimmter Grunderkrankungen oder Behinderungen von den Empfehlungen zurückgewiesen wird, so etwa die Kritik der beim Deutschen Institut für Menschenrechte angesiedelten Monitoring-Stelle zur UN-BRK, „greifen [diese] jedoch auf medizinische Skalen zurück, entlang derer ältere und beeinträchtigte Menschen Gefahr laufen, einen geringeren Therapieerfolg prognostiziert zu bekommen“²⁹. Das Recht auf Leben sowie auf gleichen Zugang zu gesundheitlicher Versorgung, die etwa in Art. 10³⁰ und Art. 25 UN-BRK niedergelegt sind, drohen mithin kompromittiert zu werden. Den Appell des UN-Generalsekretärs³¹ im Mai 2020 (“We must guarantee the equal rights of people with disabilities to access healthcare and lifesaving procedures during the pandemic.”) hat die internationale Staaten-

23 Registernr. 040-013 bei der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF).

24 DIVI et al. (Fn. 22), S. 5: „Die Priorisierung von Patienten soll sich [...] am Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht orientieren, hier definiert als die Wahrscheinlichkeit, die aktuelle Erkrankungssituation zu überleben. Dabei werden – wenn nicht anders vermeidbar – diejenigen Patienten nicht intensivmedizinisch behandelt, bei denen nur eine sehr geringe Aussicht besteht, die aktuelle Erkrankungssituation zu überleben“.

25 Einen Vergleich bietet Katja Gelinsky, Triage-Empfehlungen grenzüberschreitend betrachtet. Eine Befragung europäischer Intensivmediziner, 2020, abrufbar unter: www.kas.de/documents/252038/7995358/Triage-Empfehlungen+grenz%20%C3%BCberschreitend+betrachtet.pdf/5cf7187c-8b72-ec8b-9740-610346766f2f?version=1.0&t=1603436781516.

26 Vgl. Weyma Lübke, Corona-Triage: Ein Kommentar zu den anlässlich der Corona-Krise publizierten Triage-Empfehlungen der italienischen SIAARTI-Mediziner, Verfblog vom 15. März 2020.

27 Società Italiana Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva – SIAART, Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili – Version 1, veröffentlicht am 6. März 2020, abrufbar unter: d1c2gz5q23tkk0.cloudfront.net/assets/uploads/3017013/asset/SIAARTI_-_Covid19_-_Raccomandazioni_di_etica_clinica_%282%29.pdf?1606745834, S. 5 (meine Kursivierungen, KS): «Può rendersi necessario porre *un limite di età* all’ingresso in TI. Non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha in primis *più probabilità di sopravvivenza* e secondariamente a chi può avere *più anni di vita salvata*, in un’ottica di *massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone*.» Vgl. Lübke (Fn. 26), Abschnitt 1.

28 Vgl. DIVI et al. (Fn. 22), S. 3.

29 Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention (Deutsches Institut für Menschenrechte), Covid-19: Auswirkungen auf die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Warum ein konsequentes Disability Mainstreaming in der Pandemiebekämpfung nötig ist, Positionspapier Nr. 21 (5/2021), abrufbar unter: www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/covid-19-auswirkungen-auf-die-rechte-von-menschen-mit-behinderungen, S. 3, Sp. 1 oben.

30 Monitoring-Stelle (Fn. 29), S. 3, Sp. 2 oben.

31 Fn. 22.

gemeinschaft mit einem *Joint Statement on the UN Secretary-General's call for a disability-inclusive response to COVID-19*³² beantwortet – darunter auch Deutschland. Auch der Fachausschuss zur UN-BRK hat gemeinsam mit der UN-Sonderberichterstatterin für die Rechte der Menschen mit Behinderungen im Jahr 2020 eine vergleichbare Erklärung abgegeben, ebenso die Weltgesundheitsorganisation WHO. Das deutsche BVerfG stimmt in seinem Beschluss vom 16. Dezember 2021³³ dieser Auffassung zu und hält ein „Risiko der Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Zuteilung knapper, überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen“ (vgl. den zweiten Leitsatz) für gegeben. Nach dem BVerfG sind professionsrechtliche Leitlinien nicht ausreichend, vielmehr müsse der Gesetzgeber „hinreichend wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung“ (dritter Leitsatz) gewährleisten. Bei näherer Betrachtung sowohl der Leitlinien als auch der Verfassungsgerichtsentscheidung fällt auf, dass diese keine *inhaltlichen* Regeln zur ‚Lösung‘ des Triageproblems, sondern vor allem *Verfahrensregeln* zum Umgang mit der extremen Notsituation vorsehen. Zwar sei es dem Gesetzgeber freigestellt „zu entscheiden, ob er Vorgaben zu den Kriterien von Verteilungsentscheidungen macht“³⁴, doch enthält sich das Gericht einer inhaltlichen Anregung. Es ist der Auffassung, *grundsätzlich* könne es verfassungskonforme „Kriterien, nach denen zu entscheiden ist, wie knappe Ressourcen zur Lebensrettung verteilt werden“, geben. Ein solches Kriterium könne auch „vom Gesetzgeber vorgegeben werden“³⁵, sodass Triage und die Unabwägbarkeit von Leben gegen Leben, die das Gericht im Einklang mit seiner früheren Rechtsprechung im Grundsatz der

Unantastbarkeit der Menschenwürde verankert sieht, aus Sicht des BVerfG nicht von vornherein als unvereinbar gelten.

Hier kann man mit guten Gründen auch anderer Auffassung sein, verlangt doch Triage bereits begrifflich die Zurückstellung der Lebensinteressen einer Person zugunsten einer anderen – eben aufgrund eines Kriteriums wie etwa der größeren kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit. Die Situation der Triage ist per definitionem notwendigerweise die einer Gegenüberstellung von ‚Leben gegen Leben‘, sodass sich die Entscheider:innen in einer tragischen³⁶ Dilemmasituation par excellence befinden. Es ist befremdlich, überhaupt eine Regelung für diese Notsituation finden zu wollen, stellt sie doch immer eine Ausnahme, eine Notlage und eine moralisch kaum zu ertragende Entscheidungsaufgabe dar.

Nach deutschem Strafrecht wird man nach der (noch?) herrschenden Meinung zu einer Lösung über eine – allerdings nicht kodifizierte, sondern nur gewohnheitsrechtlich anerkannte – sog. *rechtfertigende Pflichtenkollision* kommen (Ex ante-Szenarien) oder über einen sog. *übergesetzlichen entschuldigenden Notstand* (Ex post-Szenarien). Im ersten Fall kollidieren zwei gleichrangige Handlungspflichten (zwei um Aufnahme konkurrierende Patient:innen – ein Beatmungsgerät; eine Rettung beider ist nicht möglich). Die Zurückstellung einer Person, die als Tötungshandlung beurteilt wird, gilt dann als gerechtfertigt – und damit auch nicht als Unrecht. Im zweiten Fall kommen eine Handlungspflicht (zur Rettung der hinzukommenden Patient:innen) und eine Unterlassungspflicht (Unterlas-

32 Darin findet sich das Bekenntnis, “[...] to ensure the inclusion and access of persons with disabilities to health services, on an equal basis with others, including medicines, vaccines and medical equipment [...]”, (Fn. 3), S. 2.

33 Siehe BVerfG (Fn. 4). Der Beschluss (Rn. 3, s. auch Rn. 62) verweist selbst auf die internationalen Verlautbarungen.

34 Fußnote: BVerfG (Fn. 4), Rn. 128.

35 Beide BVerfG (Fn. 4), Rn. 128 – contra Ethikrat.

36 Vgl. die Stellungnahme von *Ralf Stoecker*, Verteilung knapper Ressourcen in der Intensiv- und Notfallmedizin Eine ethischer Hintergrundkommentar zur gemeinsamen Stellungnahme der AEM und anderer medizinischer Fachgesellschaften vom 25. März 2020, abrufbar unter: www.aem-online.de/fileadmin/user_upload/Ralf-Stoecker-Ethischer-Hintergrundkommentar-zur-Stellungnahme-der-Fachverbaende-und-AEM-1.pdf, hier S. 12: „Moralische Dilemmata, für die es keine moralisch einwandfreie Lösung gibt, werden als ‚tragische Dilemmata‘ bezeichnet“.

sung der Tötung der beatmeten Patientin durch Behandlungsabbruch qua Zuteilung des Beatmungsgeräts an einen neuen Patienten) zusammen. Wird ein Behandlungsabbruch vollzogen, wird der Unrechtscharakter der vorgeworfenen Tat erhalten, die Situation für die Entscheider:innen aber als so unerträglich und unlösbar angesehen, dass der individuelle Schuldvorwurf qua übergesetzlichem entschuldigendem Notstand zurückgenommen werden kann. Die Rechtsordnung lässt die Entscheider:innen im Ergebnis daher auf der Grundlage geltenden Rechts nach herrschender Meinung ‚nicht allein‘, sondern behandelt einerseits den Tod eines Menschen als Grund für einen Tatvorwurf, erkennt andererseits die Komplexität der Situation an, in der die Entscheider:innen – das darf bei der Beurteilung nicht vergessen werden – ein Leben aufgegeben haben, um ein anderes zu retten, eine Bürde auf sich genommen und sich der Situation als Professionelle gestellt haben, obwohl sie dabei sehenden Auges in eine echte (d. h. unauflösbare, auch ‚tragisch‘³⁷ zu nennende) moralische Dilemmasituation gelaufen sind.

*Dederer*³⁸ bemängelt den rechtlichen Rekurs auf die Figuren einer rechtfertigenden Pflichtenkollision sowie eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstands. Der ‚Logik‘ des Strafrechts zufolge kommt es dabei jeweils zunächst zu einer Tatbestandsverwirklichung, die aber im dreigliedrigen Prüfschema auf der Ebene der Feststellung der Rechtswidrigkeit oder des Schuldvorwurfs gewissermaßen im zweiten Schritt ‚entschärft‘ wird. *Dederer* polemisiert: „Was interessiert die Patienten, die überlebenden wie die infolge Triage versterbenden, ob und unter welchen Voraussetzungen der Arzt später bestraft wird?“. Er kritisiert, dass „das Strafrecht nur auf der Sekundärebene (der Ebene des Regelbruchs), nicht auf der Primärebene (der Ebene der Ver-

haltensregeln selbst) [operiert]“.³⁹ Dem ist entgegenzuhalten, dass in der Triage per definitionem eine Entscheidung *gegen* eine Hilfeleistung, *gegen* eine lebenserhaltende Behandlung vorgenommen wird. Darin liegt gerade die Tragik der extremen Entscheidungssituation. Handlungstheoretisch liegt eine zu beurteilende Handlung in Form einer pflichtwidrigen Unterlassung vor, die zunächst zu benennen und in einem zweiten Schritt in ihrer moralischen und rechtlichen Tragweite zu beurteilen ist. Die logische Abfolge spiegelt sich in der strafrechtlichen Einordnung wider. Sie kann aber auch in ethischer Hinsicht erklärt und begründet werden. Während die Alltagsweisheit verbreitet sein mag, Not kennt kein Gebot, lässt sich in der Geschichte der Moralphilosophie als rekurrierender Topos die Auseinandersetzung mit extremen Notstandssituationen ausmachen. So hat das bekannte Brett des Karneades von den antiken Kynikern und Cicero ausgehend Eingang in die kantische Rechtsphilosophie gefunden. Es ist anerkannt, dass es echte, nicht auflösende Pflichtenkollisionen geben kann. Diese können schon aus logisch-begrifflichen Gründen nicht auf der Primär-, sondern erst auf der Sekundärebene adressiert werden, da auf der Primärebene die Pflichten zunächst einmal formuliert und zum Ausdruck gebracht werden müssen. Die ‚Auflösung‘ oder besser ‚Entschärfung‘ des Dilemmas kann erst auf der Ebene der Rechtfertigung bzw. je nach Fallkonstellation auf der Ebene der Entschuldigung, jedenfalls aber im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses plausibel gemacht werden. Das Notrecht bleibt an eine Ausnahmesituation gebunden; es erscheint wenig sinnvoll, diese bereits im ersten Schritt mit Hilfe von ‚Ausnahmetatbeständen‘ normieren zu wollen.

37 *Stoecker* (Fn. 34).

38 *Hans-Georg Dederer*, Keine Triage ohne gesetzliche Grundlage: Konsequenzen aus dem Triage-Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021, *VerfBlog* vom 18. Dezember 2021.

39 Beide *Dederer* (Fn. 36), Abschnitt „Warum die bisherige Rechtslage defizitär ist“, S. 2.

IV. Schutz von Menschen mit Behinderungen in Triage-Situationen: Gerechtigkeit durch Verfahren?

Entgegen diesen Erwägungen heißt es schließlich in der entscheidenden Passage des Verfassungsgerichtsbeschlusses eher lapidar: „Der Gesetzgeber kann auch Vorgaben zum Verfahren machen“⁴⁰. So soll die Entscheidungslast durch ein Mehraugen-Prinzip auf mehrere Schultern verteilt, sollen Dokumentations-, Aus- und Weiterbildungspflichten vor allem das intensivmedizinische Personal entlasten, absichern und vorbereiten. So das Gericht⁴¹ unter Verweis auf die DIVI-Empfehlungen, die in den Punkten 3.1 und 3.3.2 bereits das Mehraugen-Prinzip vorsehen. Am Ende nimmt das BVerfG auch die Verfahrensregeln in den Blick und unterscheidet sich damit nicht von den Empfehlungen der Fachgesellschaften, auf die es explizit Bezug nimmt.⁴² Nur darf und möge dies der Gesetzgeber vorgeben. Den Fachgesellschaften wird ein zu geringes rechtsstaatliches Gewicht beigemessen. Sowohl verfassungsrechtlich, demokratiethoretisch als auch symbolisch mag dies nachvollziehbar und begründbar sein. Doch geht das BVerfG nicht diesen Weg, sondern begründet den Rekurs auf den Bundesgesetzgeber mit der Notwendigkeit des Diskriminierungsschutzes von Menschen mit Behinderungen. Er kann die genannten Verfahrensvorgaben machen „[s]ofern dies nach Einschätzung des Gesetzgebers wirksamen Grundrechtsschutz verspricht“⁴³. Geradezu kryptisch bleibt die Bemerkung: „Denkbar sind auch Regelungen zur Unterstützung vor Ort“⁴⁴.

Das Gericht erkennt an, dass trotz möglicher gesetzlicher Vorgaben eine „Letztverantwortung des ärztlichen Personals für die Beurteilung medizinischer Sachverhal-

te im konkreten Einzelfall [bestehe], die in deren besonderer Fachkompetenz und klinischer Erfahrung begründet [liege]“⁴⁵. Als Dreh- und Angelpunkt für den Schutz von Menschen mit Behinderungen wird schließlich angesehen, dass das Personal in Medizin und Pflege über hinreichende Sensibilisierung für die Belange von Menschen mit Behinderungen verfügt und in der Betreuung von Menschen mit Behinderung geschult ist. Dem Gericht zufolge kann beides gegenwärtig in Deutschland nicht vorausgesetzt werden, denn weder das geltende ärztliche Berufsrecht (Satzungen der Ärztekammern) biete trotz des Verweises auf das Genfer Gelöbnis hinreichenden Diskriminierungsschutz⁴⁶ noch die aktuelle Musterweiterbildungsordnung 2018 der Bundesärztekammer, die zwar den Erwerb von behandlungsbezogenen Kenntnissen zu den „Besonderheiten bei der Betreuung von Menschen mit Behinderung“⁴⁷ einbezieht, aber als bloße Musterordnung keine rechtliche Verbindlichkeit besitzt. Zum Zweck der entsprechenden Sensibilisierung setzt das Gericht daher auf Aus- und Weiterbildung „des intensivmedizinischen Personals, um auf die Vermeidung von Benachteiligungen wegen Behinderung in einer Triage-Situation hinzuwirken“⁴⁸. Welche Maßnahmen zweckdienlich seien, habe der Gesetzgeber zu entscheiden.⁴⁹

40 BVerfG (Fn. 4), Rn. 128.

41 Ibidem.

42 Vgl. den entsprechenden Kommentar von *Stefan Huster*, Much Ado about Nothing: Die Triage-Entscheidung des BVerfG ist eine einzige Enttäuschung, Verfblog vom 29. Dezember 2021.

43 BVerfG (Fn. 4), Rn. 128.

44 Ibidem.

45 BVerfG (Fn. 4), Rn. 127.

46 BVerfG (Fn. 4), Rn. 125.

47 Abrufbar unter: www.dtg.org/images/Fortbildung/0_MWBO-16112018.pdf. Unter „kognitiven und Methodenkenntnissen“ werden auch „Besonderheiten bei der Betreuung von Menschen mit Behinderung“ berücksichtigt, S. 23.

48 BVerfG (Fn. 4), Rn. 128.

49 BVerfG (Fn. 4), Rn. 128. Damit wird auch Art. 4 Abs. 1 lit. i der UN-BRK entsprochen, der die Vertragsstaaten verpflichtet, „die Schulung von Fachkräften und anderem mit Menschen mit Behinderungen arbeitendem Personal auf dem Gebiet der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte zu fördern, damit die aufgrund dieser Rechte garantierten Hilfen und Dienste besser geleistet werden können“.

V. Prozeduralisierung des Diskriminierungsschutzes: Gerechtigkeit durch Verfahren und Bewusstseinsbildung?

Die Regulierung einer Ausnahmesituation schafft für die ‚Ausnahme‘ eine ‚Regel‘. Diese muss sich qua Regel im Rahmen einer auf den Menschen- und Grundrechten gründenden Rechtsordnung an diesen orientieren: Von der Gleichheit und Nichtabwägbarkeit von Menschenwürde und gleichem Lebens- und Gesundheitsschutz kann daher aus rechtlichen Gründen nicht abgewichen werden. Ein Nichtdiskriminierungsgebot ergibt sich nicht nur aus dem Gleichheitssatz, sondern unmittelbar aus den Grundrechten auf Leben und Gesundheit sowie aus der Menschenwürdeverpflichtung. Davon abweichende ethische Theorieansätze, persönliche ethische Überzeugungen von Ärzt:innen und Pflegekräften⁵⁰ oder auch Operationalisierungs- und Orientierungsversuche durch fachgesellschaftliche Leitlinien oder – normativ schwächer – Empfehlungen sind im Rechtsstaat rechtlich nicht als maßgeblich anzusehen.⁵¹ Zwar ist der Wunsch nach Orientierung und Entscheidungshilfen gerade in echt-dilemmatischen Situationen nachvollziehbar, doch kann die Ausnahme als solche nicht oder nur unter den menschen- und grundrechtlichen Prämissen reguliert werden. Diese Art der Regulierung kann aber bestenfalls klarstellend oder nur symbolisch sein, da sie inhaltlich dem menschen- und grundrechtlich vorgegebenen Rahmen entsprechen muss (s. ebd.). Sie wäre bei unmittelbarer Orientierung an den menschen- und grundrechtlichen Grundsätzen i.E. verzichtbar. Für dilemmatisch-tragische Situationen hat es bislang keine Regelung gegeben; das BVerfG

hat Gesetzgebungsbestrebungen aus Erwägungen überindividueller Effizienz und individueller Entscheidungserleichterung bislang eine Absage erteilt. Dies zeigt etwa die berühmte Diskussion um das Luftsicherheitsgesetz⁵², das für 9/11-Szenarien eine rechtliche Grundlage für den Abschuss von Flugzeugen schaffen sollte. Strafrechtlich konnten und können solche Szenarien qua Bestätigung des Individualschutzes systemgerecht, wenngleich womöglich aus Laiensicht nicht transparent, gelöst werden, sodass individuelle Entscheider:innen in der tragischen Situation nicht ‚alleingelassen‘ wurden und werden (siehe die Argumentation supra unter 3). Die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen hätten auch für pandemiebezogene Dilemmasituationen greifen und Entscheider:innen entlasten können, ohne dass es der Formulierung eines ‚Triagegesetzes‘ bedurft hätte. Nun ist aber der Wunsch nach Entscheidungshilfen, klaren Protokollen und geregelten Abläufen, nach Orientierung und Entlastung und womöglich auch der ethisch-fachliche Impetus einer Klärung der maßgeblichen Prinzipien, Kategorien und Kriterien stärker als die normative Zurückhaltung und die Bereitschaft, echte Dilemmasituationen als das anzuerkennen, was sie sind: menschliche Tragik und als solche ‚unlösbar‘. Verschiedene Fachgesellschaften haben Empfehlungen und darin auch Triagekriterien und -verfahren formuliert. Diese sind nicht deckungsgleich, manche eher konsequentialistisch, andere eher individualschutzorientiert. Aus moralphilosophischer, ‚fachethischer‘ Sicht lässt sich trefflich über die theoretischen Präsuppositionen und normative Ausrichtung dieser Empfehlungen streiten.⁵³ Aus

50 Vgl. Ethikrat (Fn. 14), S. 4, Sp. 1 oben.

51 Der Ethikrat (Fn. 14), S. 3, Sp. 2 Mitte, hat dies bereits wie folgt umrissen: „Jedes menschliche Leben genießt den gleichen Schutz. Damit sind nicht nur Differenzierungen etwa aufgrund des Geschlechts oder der ethnischen Herkunft untersagt. Auch eine Klassifizierung anhand des Alters, der sozialen Rolle und ihrer angenommenen ‚Wertigkeit‘ oder einer prognostizierten Lebensdauer muss seitens des Staates unterbleiben“.

52 Nach dem Urteil des Ersten Senats des BVerfG vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 – (abrufbar unter: http://www.bverfg.de/e/rs20060215_1bvr035705.html) ist die Abschussermächtigung mit dem Recht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar (dritter Leitsatz). Dem Individualschutz zugunsten wird utilitaristischem Denken eine Absage erteilt.

53 Diese Debatten können hier nicht nachgezeichnet, geschweige denn geführt werden. Festzu-

dem Vorangegangenen ergibt sich, dass die Empfehlungen – so ‚spannend‘ sie aus normativ-ethisch-theoretischer Perspektive sein mögen – sich rechtlich an den Rahmen aus Grund- und Menschenrechten zu halten haben. Dies haben sie nicht nur aus Sicht von Behindertenrechtsaktivist:innen nicht (hinreichend) getan. Das BVerfG hat dies in seinem Beschluss auch so gesehen – und den Gesetzgeber auf den Plan gerufen. Damit wird nun eine rechtliche Prozeduralisierung des Diskriminierungs-, Grund- und Menschenrechtsschutzes eingefordert, die nach der hier vertretenen Position im Sinne des *inhaltlich-materiellen* Schutzes ebendieser Rechte grundsätzlich gar nicht erforderlich wäre (siehe oben unter 3 und eingangs in diesem Abschnitt).

Doch lässt sich anhand der veröffentlichten Stellungnahmen⁵⁴ der vom Gericht befragten Interessengruppen von Menschen mit Behinderungen und Sozialverbände ein tiefgreifendes Unbehagen dieser Gruppen gegenüber Medizin und Pflege aufzeigen, das sich als Vorwurf eines faktischen Festhaltens am sog. ‚medizinischen Modell‘ und an einem überholten, defizitorientierten Begriff von Behinderung interpretieren lässt. Vor diesem Hintergrund ist es ungewiss, ob sich die Ausgangsfragen, wie und durch wen Menschen mit Behinderungen als in der Pandemie besonders gefährdete Gruppen am besten vor Benachteiligung geschützt werden können, durch Verweis auf das intensivmedizinische Personal beantworten lassen. Diskriminierungsfreies tatsächliches Verhalten in Extremsituationen kann nicht instantan qua Gesetz ‚angeordnet‘ werden. Die Prozeduralisierung des Diskriminierungsschutzes stellt sich insofern als langwieriges Unterfangen dar, das an Art. 8 UN-BRK erinnert: Gefordert ist „Bewusstseinsbildung“, um „[...] Klischees, Vorurteile und schädliche Praktiken gegenüber Menschen mit Behinderungen [...] in allen Lebensbereichen zu bekämpfen“. Bereits in ihrer ersten Stellungnahme zu den

Auswirkungen der Corona-Pandemie auf Menschen mit Behinderungen hat die deutsche Monitoringstelle zur UN-BRK die generelle Forderung nach „Disability Mainstreaming“⁵⁵ erneuert. Dem ist nichts hinzuzufügen, geht doch schon die UN-BRK in ihrer Präambel unter lit. g davon aus, dass die Vertragsstaaten “[...] the importance of *mainstreaming*⁵⁶ *disability issues* as an integral part of relevant strategies [...]” nachdrücklich unterstreichen. Während sich das Bemühen um Bewusstseinsbildung vor allem in Wissenstransfer, Kompetenzentwicklung, orientierenden Leitbildern, persönlichen Begegnungen usw. praktisch niederschlagen kann, wird der Gesetzgeber mit der Quadratur des Kreises beauftragt. Dieser Beitrag kann die gegenwärtig diskutierten Vorschläge zur Schaffung eines ‚Triage-Gesetzes‘ nicht mehr berücksichtigen, doch soll angesichts der Forderung nach normativer Egalität und Nichtdiskriminierung auf die bislang allenfalls in rechtlichen Fachdebatten hervorgehobenen Vorzüge eines Losverfahrens⁵⁷ hingewiesen werden. Da die gegenwärtig vorgeschlagene

55 Monitoring-Stelle (Fn. 29), S. 4, Sp. 1.

56 Dies findet sich in der deutschen Fassung nicht adäquat übersetzt als „g) nachdrücklich darauf hinweisend, wie wichtig es ist, die Behinderungsthematik zu einem festen Bestandteil der einschlägigen Strategien [...] zu machen“, BGBl. 2008 Teil II Nr. 35, S. 1419–1452 (1421). Die Rede von der ‚Gleichstellung von Menschen mit Behinderung als Querschnittsaufgabe‘ kommt der Zielsetzung des Mainstreaming schon näher, erfasst aber in ihrer Technizität auch nicht die Anforderung, die Perspektive von Menschen mit Behinderungen stets ‚mitzudenken‘ und aktiv für Partizipation zu sorgen, Selbstvertretungsorganisationen zu beteiligen, welche die Monitoring-Stelle in ihren Empfehlungen zum Ausdruck bringt.

57 Vgl. *Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann*, Gleichheit vor der Triage: Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, *VerfBlog* vom 30. April 2020 sowie *dies.*, Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von Covid-19-Patienten in der Intensivmedizin, in: *Tatjana Hörnle/Stefan Huster/Ralf Poscher* (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, 2021, S. 291–334 (306). Dazu auch: *Till Zimmermann*, Kontraktualistische Überlegungen: Auf welche Zuteilungskriterien würden wir uns unter dem „Schleier des Nichtwissens“ einigen?, in: *ibid.*, S. 221–255 (249–254).

halten ist, dass es ‚die eine Beurteilung aus ethischer Sicht‘ nicht gibt, sondern Polyphonie und Kontroverse.

54 BVerfG (Fn. 4), Rn. 24, 41–61.

nen Kategorien direkt oder indirekt (qua Rekurs auf klinische Beurteilungsverfahren wie die *Clinical Frailty Scale*⁵⁸) begrifflich notwendigerweise⁵⁹ den grund- und menschenrechtlich anerkannten Nichtdiskrimi-

nierungsgrundsätzen zuwiderlaufen, sollte ein Kriterienverzicht⁶⁰ zugunsten des maximal egalitären Zufallsprinzips (Losverfahren) zumindest diskutiert werden.

58 DIVI et al. (Fn. 22), S. 6: Priorisierungsentscheidungen erfordern danach „4. Anamnestische und klinische Erfassung des Allgemeinzustands (einschl. Gebrechlichkeit, z.B. mit der *Clinical Frailty Scale*)“. Vgl. S. 8 mit Fn. 6 sowie das Schaubild S. 13. Dazu kritisch *Thomas Gutmann*, Das Recht der Triage - Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16.12.2021 - 1 BvR 1541/20, in: *MedR* 40 (2022), S. 217-221 (220, Sp. 1 unten): „Der Rekurs auf das mit ‚Gebrechlichkeit‘ definitiv gemeinte Kriterium der Abhängigkeit von der Hilfe Dritter zielt [...] unmittelbar und systematisch darauf, Menschen mit Behinderungen gerade wegen ihrer behinderungsspezifischen Angewiesenheit auf Hilfe von lebensrettenden Behandlungen auszuschließen“.

59 Vgl. *Gutmann* (Fn. 49), S. 219, Sp. 2 unten: „mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG systematisch unvereinbar“.

60 Vgl. *Gutmann* (Fn. 49), S. 221, Sp. 1: „[...] wenn aufgrund der Achtung vor der Unantastbarkeit der Menschenwürde Leben nicht gegen Leben abgewogen werden darf ([BVerfG, Rn.] 118), dann gibt es für die Triage überhaupt kein materielles Differenzierungskriterium, das verfassungsrechtlich zulässig wäre“ (Hervorhebung KS).