

Covid-19, Behinderung und Triage

Zusammenfassung

In der seit Anfang 2020 andauernden Covid-19-Pandemie, in deren wellenartigem Verlauf es immer wieder zu extremen Belastungssituationen in der intensivmedizinischen Versorgung kommt, ist wiederholt über die Notwendigkeit einer so genannten „Triage“¹ diskutiert worden. Dies löste bei Menschen mit Behinderung Besorgnis aus, in einem solchen Fall bis hin zum Ausschluss von einer lebensrettenden medizinischen Behandlung benachteiligt zu werden. Sie riefen daher das Bundesverfassungsgericht an, um den Gesetzgeber zum Tätigwerden zu veranlassen.

Mit einem am 28. Dezember 2021 veröffentlichten Beschluss gab dieses der Verfassungsbeschwerde statt und beauftragte den Gesetzgeber, „unverzüglich“ Regelungen zu treffen, um Diskriminierung wegen einer Behinderung bei Triage-Entscheidungen zu verhindern. Zur Begründung führte es an, den für diese Fälle bislang geltenden fachmedizinischen Empfehlungen mangle es an Verbindlichkeit; zudem böten sie trotz aller in ihnen enthaltenen Bemühungen, eine Diskriminierung wegen Behinderung zu verhindern, hierfür keine ausreichende Gewähr.

Die Ausgangslage

Seit März 2020 wird Deutschland von der Covid-19-Pandemie heimgesucht. Diese Infektion führt zu teils lebensbedrohlichen, zur Notwendigkeit intensivmedizinischer Behandlung führenden Krankheitsverläufen; die Entwicklung der Pandemie verläuft in Wellen. Da die intensivmedizinische Betreuung teils über längere Zeiträume hinweg erfolgen muss, führt dies in Zeiten hoher Infektionsraten zu einer hohen Belastung, teils sogar Überbelastung der Intensivstationen der Krankenhäuser. Diese könnten somit bei einer extremen Verknappung der Ressourcen (sprich: der zur Verfügung stehenden Betten in den Intensivstationen) in die Situation geraten, über die Vergabe (noch) freier Intensivbetten in der Weise entscheiden zu müssen, dass die voraussichtliche Überlebenschance eines neu eingelieferten Patienten zu einem Kriterium für die Qualität von dessen weiterer Behandlung gemacht wird (intensivmedizinisch oder nicht). Diese Entscheidungsfindung wird auch als „Triage“ bezeichnet.

¹ zur weiteren Begriffsklärung s. <https://de.wikipedia.org/wiki/Triage>

Zu den möglicherweise maßgeblichen Kriterien für eine solche Entscheidung gehört auch, ob bei dem/der Patient*in eine Vorerkrankung vorliegt. Unter den Begriff „Vorerkrankung“ würde ggfls. auch eine Behinderung fallen. In Deutschland ist das „Triage“-Verfahren bis dato nicht gesetzlich geregelt; stattdessen sind von der Fachmedizin entsprechende Regeln aufgestellt worden. Als sich im Verlaufe der Covid-19-Pandemie im Sommer 2020 die Situation auf den Intensivstationen der deutschen Krankenhäuser erstmals in eine Richtung entwickelte, die deren Überlastung befürchten und erste Diskussionen über eine Anwendung der Triage aufkommen ließ, wandten sich insgesamt neun Menschen an das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und beantragten sinngemäß dessen Feststellung, dass eine Frage von derartiger Tragweite durch den Gesetzgeber geregelt werden müsse, da hier die Frage einer verbotenen Benachteiligung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 des Grundgesetzes (GG) im Raum stehe. Über diese Verfassungsbeschwerde hat der Erste Senat des BVerfG mit Beschluss vom 16. Dezember 2021² entschieden. Diese Entscheidung wurde am 28. Dezember 2021 veröffentlicht und wird nachfolgend dargestellt.

Die Entscheidung des BVerfG

Bereits die Formulierung des ersten Leitsatzes des Beschlusses gleicht einem „Paukenschlag“. Er lautet: „Der Gesetzgeber hat Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verletzt, weil er es unterlassen hat, Vorkehrungen zu treffen, damit niemand wegen einer Behinderung bei der Zuteilung überlebenswichtiger, nicht für alle zur Verfügung stehender intensivmedizinischer Ressourcen benachteiligt wird.“³ Anschließend ergeht der Auftrag an den Gesetzgeber, „unverzüglich geeignete Vorkehrungen zu treffen“.⁴

In ihrer Begründung stellen die Verfassungsrichter zunächst fest: „Menschen mit einer Behinderung sind in der Coronavirus-Pandemie spezifisch gefährdet.“; diese Feststellung wird anhand internationaler Dokumente ausführlich untermauert.⁵ Bereits vor Ausbruch der Covid-19-Pandemie und somit unabhängig von dieser sei im Jahr 2019 für Deutschland festgestellt worden, „dass für Menschen mit Behinderungen weder ein chancengleicher Zugang zu Leistungen des Gesundheitssystems noch eine diskriminierungsfreie Diagnosestellung und Behandlung gewährleistet sei“⁶. Sodann werden die Entwicklung der Covid-19-Pandemie und deren Auswirkungen insbesondere auf die intensivmedizinische Versorgung der Bevölkerung bis hin zu aufkommenden Diskussionen um die möglicherweise sich ergebende Notwendigkeit einer „Triage“ kurz dargestellt. Zwar seien zahlreiche Verordnungen und

² [Beschluss vom 16. Dezember 2021 – 1 BvR 1541/20 –](#)

³ a.a.O.

⁴ ebenda

⁵ a.a.O., Randnr. 3

⁶ a.a.O., Randnr. 4

Gesetze erlassen bzw. geändert worden, um möglicherweise zur Notwendigkeit einer solchen führende „Knappheitssituationen“ zu verhindern; „Gesetzliche Vorgaben für die Entscheidung über die Zuteilung nicht für alle ausreichender intensivmedizinischer Kapazitäten gibt es bislang aber nicht.“⁷ An diese Feststellung schließt sich eine Darstellung der in Deutschland existierenden Richtlinien und Empfehlungen an, die der Entscheidungsfindung zur Frage der Beurteilung der Überlebenschancen einzelner Patient*innen in Fällen knapper (intensiv)medizinischer Ressourcen dienen sollen.⁸

Acht der neun beschwerdeführenden Personen sind von „klassischen“ Behinderungen betroffen. Sie machen geltend, dass sie aufgrund dieser Behinderungen entsprechend den geltenden Empfehlungen statistisch geringere Überlebenschancen aufwiesen und aus diesem Grunde gerade bei durch die Coronapandemie eingeschränkten Ressourcen schlechtere Behandlungsmöglichkeiten bis hin zum Ausschluss von einer lebensrettenden medizinischen Behandlung befürchten müssten. Hierdurch sei ihr grundgesetzlich garantierter Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung verletzt. Zwar hätten die Regierungen in Bund und Ländern Regelungen getroffen, um eine Ressourcenknappheit in der Medizin zu verhindern; deren Erfolg sei jedoch ungewiss. Da es für Priorisierungsentscheidungen und zum Schutz vor Diskriminierung keine Rechtsgrundlage gebe, müsse der (Bundes)Gesetzgeber die Triage regeln. „Nur im Gesetzgebungsverfahren könnten Betroffene Einfluss nehmen und nur eine gesetzliche Regelung könne sicherstellen, dass nach überprüfbareren Kriterien entschieden werde, sie nicht benachteiligt würden und schlimmstenfalls wenigstens Rechtsschutz eröffnet sei.“⁹

Entgegen etwa der Auffassung der Bundesregierung¹⁰ kommt das BVerfG zu dem Ergebnis, dass die Verfassungsbeschwerde dieser acht Personen zulässig sei. Sie richte sich „gegen gesetzgeberisches Unterlassen“. Auch die übrigen Kriterien für die Zulässigkeit seien erfüllt.¹¹ Eine Handlungspflicht des Gesetzgebers wegen des grundgesetzlichen Diskriminierungsverbots könne auch gegeben sein, wenn eine Diskriminierung wegen Behinderung durch Private drohe. Es bestehe für Menschen mit Behinderung die „nicht nur vage Möglichkeit ..., mangels gesetzlichen Schutzes vor Diskriminierung bei einer Verteilungsentscheidung über lebensnotwendige intensivmedizinische Ressourcen im Laufe der Coronavirus-Pandemie in einem ihrer Grundrechte verletzt zu werden“. Insbesondere sei unter Darlegung aller zu würdigenden Umstände aufgezeigt worden, „dass sich ihre grundrechtliche Position durch

⁷ a.a.O., Randnr. 6

⁸ vgl. a.a.O., Randnrn. 7 - 10

⁹ vgl. im Einzelnen a.a.O., Randnrn. 12 - 23

¹⁰ vgl. insoweit a.a.O. Randnr. 28 f.

¹¹ vgl. hierzu und zum Folgenden im Einzelnen Randnr. 66 ff.

eine gesetzgeberische Regelung verbessern ließe, auch weil ein Gesetzgebungsverfahren Beteiligungsmöglichkeiten eröffne“. Die (im Sommer 2020 vorliegende) konkrete Gefahr der Betroffenheit sei durch Nennung von Beispielen hinreichend dargelegt worden. „Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich in einer Pandemie Ansteckungsgeschehen und Krankheitsverläufe und damit auch die Situation der Intensivmedizin oft schwer vorhersehbar entwickeln. Es ist im Laufe einer Pandemie mit einem leicht von Mensch zu Mensch übertragbaren und lebensgefährlichen Virus nicht unrealistisch, dass Behandlungsressourcen in kurzer Zeit knapp werden können. Hier bestand daher schon zum Zeitpunkt der Einlegung der Verfassungsbeschwerde aktuell und nicht nur fernliegend potentiell ... das Risiko, dass es im Fall einer Zuteilungsentscheidung über intensivmedizinische Ressourcen, die nicht für alle ausreichen, zu einer Benachteiligung der Beschwerdeführenden wegen ihrer Behinderung kommt.“ Dies sei auch zum Entscheidungszeitpunkt noch der Fall. Für die Zulassung ihrer Verfassungsbeschwerde genüge zudem die nachvollziehbare Darlegung, dass für sie [die in dem Verfahren beschwerdeführenden Personen; Anm. d. Verf.] das Risiko der befürchteten Benachteiligung tatsächlich bestehe. Schließlich habe auch keine Möglichkeit bestanden, die mit dieser Verfassungsbeschwerde verfolgten Anliegen auf eine andere zumutbare Weise zu verfolgen.

Diese sei insoweit auch begründet.¹² Mit ihr sei allein eine Verpflichtung des Gesetzgebers zu prüfen, „wirksame Vorkehrungen zu treffen, dass niemand bei einer Entscheidung über die Verteilung von pandemiebedingt knappen intensivmedizinischen Behandlungsressourcen, also in einem Fall einer Triage, aufgrund einer Behinderung benachteiligt wird“. Da solche bislang nicht getroffen worden seien, habe er seine aus dem Schutzauftrag des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG folgende Handlungspflicht verletzt. Diese Vorschrift binde auch den Gesetzgeber und verpflichte ihn, „Vorkehrungen gegen Benachteiligungen behinderter Menschen zu treffen“. Der hiermit verbundene Schutzauftrag ließe sich nicht erfüllen, wenn er sich nur auf Fälle erstreckte, in denen die Benachteiligung sich unmittelbar auf staatliches Handeln zurückführen ließe, denn es gebe auch außerhalb dessen Möglichkeiten der Diskriminierung. Daher folge aus der Vorschrift eine Verpflichtung des Gesetzgebers, behinderte Menschen vor einer Benachteiligung durch Dritte zu schützen, um sie vor Ausgrenzung zu bewahren. Sein Schutzauftrag könne sich unter bestimmten Umständen „zu einer Handlungspflicht verdichten“. Dies sei „in bestimmten Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit“ der Fall.

Aus einer Gesamtschau der zur Entscheidungsfindung des Gerichts hinzugezogenen Materialien ergebe sich, „dass die Betroffenen vor erkennbaren Risiken für höchst-

¹² vgl. hierzu und zum Folgenden a.a.O., Randnr. 87 ff.

rangige Rechtsgüter in einer Situation, in der sie sich selbst nicht schützen können, derzeit nicht wirksam geschützt sind“. Selbst die Bundesärztekammer gehe in ihrer zu diesem Verfahren abgegebenen Stellungnahme davon aus, „dass sich in der komplexen Entscheidung über eine intensivmedizinische Therapie subjektive Momente ergeben könnten, die Diskriminierungsrisiken beinhalteten“. Auch an dem Verfahren beteiligte Facheinrichtungen hätten „im Einklang mit wissenschaftlichen Studien“ ein Risiko dargelegt, in Zeiten knapper medizinischer Ressourcen wegen einer Behinderung benachteiligt zu werden. Zudem sei in mehreren zum Verfahren abgegebenen Stellungnahmen ausgeführt worden, „dass die Lebenssituation und -qualität von Menschen mit Behinderungen oft sachlich falsch beurteilt werde“. Diskriminierungsrisiken in der Gesundheitsversorgung resultierten „aus mangelndem Fachwissen und einer unzureichenden Sensibilisierung des medizinischen und pflegenden Gesundheitspersonals für behinderungsspezifische Besonderheiten“. Auch könne eine unbewusste pauschale Beurteilung („Stereotypisierung“) von Menschen mit Behinderung diese bei medizinischen Entscheidungen benachteiligen.¹³

Im Folgenden legt das Gericht sehr ausführlich dar, aus welchen Gründen die derzeit für den Fall der Notwendigkeit einer Triage in Deutschland allgemein als verbindlich anerkannten Empfehlungen zu „Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie“ der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) das Risiko einer Benachteiligung behinderter Menschen nicht zu beseitigen vermögen.¹⁴ Sodann erläutern die Verfassungsrichter, der Gesetzgeber habe sich in der Vergangenheit zwar durchaus mehrfach mit dem sich aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergebenden Schutzgebot (s.o., S. 4) befasst, jedoch fehlten hinreichend wirksame, u.a. auch von der Behindertenrechts-Konvention der Vereinten Nationen (UN-BRK) geforderte Vorgaben zum Diskriminierungsschutz im Gesundheitswesen, die (auch) in der Situation einer Triage vor Benachteiligung wegen einer Behinderung schützen könnten.¹⁵

In einer solchen Situation verdichte sich der Schutzauftrag des Staates „angesichts des Risikos der Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Zuteilung knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen zu einer konkreten Handlungspflicht“.¹⁶ Hinsichtlich der Ausgestaltung der zu treffenden Regelung habe der Gesetzgeber einen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum: es liege in seiner Entscheidung, ob er „selbst materielle Maßstäbe für die intensivmedizinische Verteilungsentscheidung vorgibt oder andere Vorkehrungen trifft, um wirksam vor

¹³ vgl. im Einzelnen a.a.O., Randnrn. 110 - 113

¹⁴ s. hierzu im Einzelnen a.a.O., Randnrn. 114 - 120

¹⁵ vgl. a.a.O., Randnr. 122

¹⁶ vgl. hierzu und zum Folgenden a.a.O., Randnr. 102 ff.

Benachteiligung zu schützen“. Die Verdichtung des staatlichen Schutzauftrages zu einer Schutzpflicht ergebe sich aus dem „Risiko, dass Menschen in einer Triage-Situation bei der Zuteilung intensivmedizinischer Behandlungsressourcen wegen einer Behinderung benachteiligt werden“. In einer auf Teilhabe behinderter Menschen ausgerichteten Rechtsordnung könne „eine Benachteiligung wegen einer Behinderung nicht hingenommen werden, der die Betroffenen nicht ausweichen können und die unmittelbar zu einer Gefährdung der nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG als überragend bedeutsam geschützten Rechtsgüter Gesundheit und Leben ... führt“.

Das Gericht stellt weiter fest, dass sich Ärztinnen und Ärzte im Fall einer Triage in einer extremen Entscheidungssituation befinden. In dieser könne es „besonders fordernd“ sein, auch Menschen mit Behinderung die notwendige medizinische Versorgung zukommen zu lassen. Dies gelinge nur, wenn allein nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit entschieden werde [also losgelöst von eventuellen Überlegungen zu einer bereits wegen einer vorliegenden Behinderung oder chronischen Erkrankung reduzierten Lebenserwartung; Anm. d. Verf.]. Dies müsse sichergestellt sein.¹⁷ Hierzu reiche, so das BVerfG weiter, weder die bisherige Gesetzgebung zur Umsetzung des grundgesetzlichen Benachteiligungsverbots noch das aktuelle ärztliche Berufsrecht aus.¹⁸

Düsseldorf, den 31. Dezember 2021

¹⁷ a.a.O., Randnr. 123

¹⁸ vgl. a.a.O., Randnr. 124 f.