

ZV (A BR 1541/20)

30.06.2020

132

Bundesverfassungsgericht Karlsruhe
Postfach 17 71
76006 Karlsruhe

5. Anlage

Bundesverfassungsgericht
Eing. D 2.07.20 9:10
Doppel _____ Bd.
Anlage _____ Doppel

30.06.2020
Akte Nr.

Verfassungsbeschwerde

Verfassungsbeschwerde

Az.: NEUE SACHE

Sehr geehrte Damen und Herren,

hier erhalten Sie unsere Verfassungsbeschwerde wegen gesetzgeberischen Unterlassens.

Beigefügt sind die Vollmachten, sowie die Anlagen 1 bis 21, sowie weitere drei nicht nummerierte Anlagen. Diese drei Anlagen (Deutscher Ethikrat: Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise; Bundesärztekammer, Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Fall eines Kapazitätsmangels; University of Virginia School of Law: Rationing and Disability in a State of Crisis) betreffen Texte, die als Literatur zitiert sind, die aber möglicherweise schwer erhältlich sind oder deren vollständiger Text von Bedeutung sein könnte, weswegen wir sie dem Gericht zur Arbeitserleichterung beigefügt haben.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwalt

Rechtsanwältin

153

Bundesverfassungsgericht Karlsruhe
Postfach 17 71
76006 Karlsruhe
Vorab per Fax 0721-9101-382

Bundesverfassungsgericht	
Eing. 02.07.20 9-10	
Doppel	Bd.
Anlage	Doppel

Faxeingang am
27-06-20

s. Anlagenheft

12.06.2020
Akte Nr. 1

Verfassungsbeschwerde

Az.: NEUE SACHE

Verfassungsbeschwerde und einstweilige Anordnung

- des Herrn - Beschwerdeführer zu 1 -
- der Frau - Beschwerdeführerin zu 2 -
- der Frau - Beschwerdeführerin zu 3 -
- des Herrn - Beschwerdeführer zu 4 -
- des Herrn - Beschwerdeführer zu 5 -
- des Herrn - Beschwerdeführer zu 6 -
- der Frau - Beschwerdeführerin zu 7 -
- des Herrn - Beschwerdeführer zu 8 -
- des Herrn - Beschwerdeführer zu 9 -

Verfahrensbevollmächtigte aller Beschwerdeführenden:

Namens und im Auftrag unserer Mandantinnen und Mandanten legen wir Verfassungsbeschwerde ein

wegen

Verletzung ihrer Grundrechte aus Artikel 1 Absatz 1 GG, aus Artikel 2 Absätze 1 und 2, aus Artikel 3 Abs 3 Satz 2 in Verbindung mit 20 Abs 1 GG aufgrund unzulänglicher bzw. unterlassener staatlicher Maßnahmen und gesetzlicher Regelungen im Bereich der medizinischen insbesondere der intensivmedizinischen Versorgung an Corona erkrankter Menschen mit Behinderungen, Vorerkrankungen, Komorbiditäten oder einem schlechten Score auf der Critical Frailty Scale zur Erfüllung der Schutzpflichten in Bezug auf diese Grundrechte.

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer begehren die Feststellungen,

- 1.) dass die gegenwärtigen staatlichen Maßnahmen zur Bewältigung der durch das COVID19 ausgelösten Pandemie zum Schutze ihrer oben erwähnten Grundrechte den Anforderungen des Grundgesetzes nicht genügen, da ihnen wegen ihrer Behinderungen ggf. in Zusammenhang mit ihrem Alter Benachteiligungen im Rahmen der gesundheitlichen Versorgung drohen,
- 2.) dass der Staat zur umgehenden Abhilfe verpflichtet ist, insbesondere indem er gesetzliche Regelungen erlässt, die sicherstellen, dass Menschen mit Behinderungen weder unmittelbar noch mittelbar bei der Zuteilung möglicherweise nicht ausreichender medizinischer Ressourcen benachteiligt werden,
- 3.) dass es nicht zulässig ist, Menschen in Krankenhäusern, die im Rahmen der staatlichen Krankenhausplanung die Versorgung der krankenversicherten Bevölkerung sicherstellen sollen, im Falle nicht ausreichend vorhandener medizinischer Ressourcen lediglich aufgrund von ärztlichen Entscheidungen, die möglicherweise auf den Kriterien Medizinischer Fachgesellschaften beruhen, eine, bei ihnen an sich indizierte und von ihnen auch gewünschte, lebensnotwendige medizinische Behandlung vorzuenthalten.

Sie beantragen weiterhin, dass das Bundesverfassungsgericht anordnet,

dass die Bundesregierung spätestens innerhalb eines Monats nach Verkündung seines Beschlusses ein Gremium benennt, in dem vertreten sind: medizinische Expert*innen verschiedener Fachrichtungen, Menschen mit Behinderungen, die vom Deutsche Behindertenrat benannt werden, sowie vom Deutschen Bundestag benannte Vertreter. Dieses Gremium soll, bis zur Verabschiedung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung, vorläufige Vorgehens-

weisen entwickeln und beschließen, wie knappe intensiv-medizinische Behandlungs-Ressourcen verteilt werden sollen, wenn im Rahmen der fort dauernden Pandemie eine kritische Behandlungssituation in Deutschland entstehen sollte.

A. Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer

1.) Herr

Der Beschwerdeführer zu 1) ist ledig und 29 Jahre alt. Er erlitt zwei Tage nach seiner Geburt einen Schlaganfall. Bei ihm wurde das Moya-Moya-Syndrom diagnostiziert und er ist geistig und körperlich schwerst mehrfachbehindert. Er ist inkontinent, kann weder stehen noch gehen, kann nicht sprechen, ist hochgradig sehbehindert (rechtes Auge blind) und hat schwere epileptische Anfälle. Der Beschwerdeführer zu 1) besuchte erst einen integrativen Kindergarten und dann eine Förderschule in

Seit Oktober 2011 lebt er in seiner eigenen Wohnung im Haus seiner Mutter, die auch seine gesetzliche Betreuerin ist, und seines Stiefvaters. Er wird dort seit März 2012 von einem Assistententeam im Rahmen des persönlichen Budgets betreut und gepflegt. Das Assistententeam besteht derzeit aus insgesamt sieben Mitgliedern. Es arbeitet unter speziellen Corona-Schutz-Bedingungen. Unter der Woche besucht er tagsüber eine Fördergruppe der J. Der Beschwerdeführer zu 1) benötigt Hilfe in allen Bereichen des Lebens. Da er nicht sprechen kann, muss sorgfältig beobachtet werden, welche Bedürfnisse er hat.

Beweis: Ärztliches Attest der Hausärztin Dr.
zember 2018 als Anlage VB 1

vom 12. De-

Der Beschwerdeführer zu 1) ist bei der Krankenkasse
versichert (Versichertennummer: --)

gesetzlich

2.) Frau

Die Beschwerdeführerin zu 2) ist ledig und 33 Jahre alt. Sie hat Sozialwissenschaft an der studiert und einen Kombinationsbachelor in Erziehungswissenschaften und Gender Studies an der erworben. Seit Januar 2018 arbeitet sie Vollzeit als in der ergänzenden und unabhängigen Teilhabeberatung beim Verein, den sie im Sommer 2016 selbst gegründet hat. Darüber hinaus war und ist die Beschwerdeführerin zu 2) ehrenamtlich stark engagiert: Sie ist bei der Aktionsplattform aktiv und im Vorstand vom tätig. Ferner ist sie Vorstandsmitglied und betreibt eine eigene Website und einen Youtube-Kanal (), bei dem es um das Reisen mit Behinderung und Assistenz geht.

Bei der Beschwerdeführerin zu 2) wurde im Alter von drei Jahren eine spinale Muskelatrophie Typ Ib diagnostiziert, aufgrund derer sie auf eine permanente Rollstuhlnutzung angewiesen ist. Die neurologische Krankheit führte bei der Beschwerdeführerin zu 2) seit dem Jahr 2006 zu einer eingeschränkten Funktion der Arme; seit 2015 ist eine Hilfe bei der Besteckbenutzung nötig.

Die spinale Muskelatrophie gilt als „seltene Erkrankung.“ Die Beschwerdeführerin zu 2) wird seit 2018 mit Spinraza behandelt. Spinraza ist ein Medikament, das einen Status als Arzneimittel zur Behandlung seltener Erkrankungen auf Grundlage der „Verordnung (EG) Nr. 141/2000 über Arzneimittel für seltene Leiden“ zuerkannt bekommen hat. Die Kosten der Behandlung übernimmt daher seit der Genehmigung die Krankenkasse.

Im letzten Jahr (2019) musste sich die Beschwerdeführerin zu 2) wegen einer schwergradigen restriktiven Ventilationsstörung der Lunge zur Überprüfung der Notwendigkeit einer nicht-invasiven Beatmung kurzzeitig in stationäre Behandlung begeben.

Beweis (für die gesundheitliche Situation und die Behandlung mit Spinraza):
Arztbrief des
vom 11.12.2019 und Arztbrief des
vom 12.11.2019 als Anlage VB 2

Aufgrund ihrer Körperbehinderung ist die Beschwerdeführerin zu 2) auf Unterstützung in allen Bereichen des täglichen Lebens (z.B. Körperpflege, Haushalt und Arbeit) angewiesen. Ihren Betreuungsbedarf in Form einer 24-Stunden-Assistenz organisiert sie seit 2009 selbstständig im Rahmen des Arbeitgebermodells mit Hilfe eines persönlichen Budgets. Bei ihr sind derzeit vier Vollzeitkräfte und eine Teilzeitkraft beschäftigt.

Die Beschwerdeführerin zu 2) ist bei der _____ gesetzlich krankenversichert (Versichertennummer: _____).

3.) Frau

Die Beschwerdeführerin zu 3) ist ledig und 34 Jahre alt. Sie hat 2010 ihr Studium der Sozialen Arbeit _____ mit der Bachelor-Prüfung abgeschlossen. Derzeit arbeitet sie als Referentin beim _____. Das Projekt hat sich zum Ziel gesetzt, den Anteil von Menschen mit Behinderungen, die auf dem ersten Arbeitsmarkt beschäftigt werden, zu erhöhen.

Bei der Beschwerdeführerin zu 3) wurde 1986 eine spinale Muskelatrophie Typ I diagnostiziert, die eine teilweise Lähmung ihrer Extremitäten und ein neuromuskuläres Hyperventilationssyndrom verursacht. Das neuromuskuläre Hyperventilationssyndrom erfordert regelmäßig nächtens eine nichtinvasive Beatmungstherapie für 8 Stunden.

Blatt 5
Akte Nr.
27.06.2020

Verfassungsbeschwerde

Die Assistenz übernehmen bei ihr derzeit 10 Assistenzkräfte. Die Beschwerdeführerin zu 3) wird seit 2019 mit Spinraza behandelt.

Beweis (für die gesundheitliche Situation und die Behandlung mit Spinraza):
Arztbrief
vom 9.11.2019 als Anlage VB 3

Die Beschwerdeführerin zu 3) ist bei der Krankenkasse... gesetzlich
krankenversichert (Versichertennummer: ...).

4.) Herr

Der Beschwerdeführer zu 4) ist ledig und 27 Jahre alt. Er lebt in seinem eigenen Haushalt in Seit 2017 studiert er Soziologie an der Er ist Beisitzer des ... und im Bundesvorstand ... aktiv. Außerdem ist er Vorsitzender der ... , seit 2016 Aufsichtsratsvorsitzender der ... und seit 2019 Fraktionschef der ... im Kreistag von ...

Beim Beschwerdeführer zu 4) wurde im Alter von drei Jahren eine Muskeldystrophie diagnostiziert, die heute als Gliedergürtelmuskeldystrophie 2D erkannt ist. Diese genetisch bedingte, neuromuskuläre Erkrankung führt bei ihm zu Ventilationsstörungen; sie geht weiterhin mit Lähmungen der Muskulatur des Schulter- und Beckengürtels einher. Der Beschwerdeführer zu 4) sitzt seit seinem 10. Lebensjahr dauerhaft im Rollstuhl. Gliedergürtelmuskeldystrophien sind seltene Erkrankungen, deren Häufigkeit nur geschätzt werden kann. Die Schätzwerte reichen von 1:14.500 bis 1:123.000. Der Verlauf der Erkrankung ist nicht zuverlässig zu prognostizieren. Der Beschwerdeführer zu 4) hat heute einen Grad der Behinderung (GdB) von 100 und verfügt über die Merkzeichen B (Begleitperson), G (Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit), aG (außergewöhnliche Gehbehinderung) und H (Hilflosigkeit). Er benötigt eine rund-um-die-Uhr-Assistenz. Die derzeit acht Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigt er im Rahmen des Arbeitgebermodells mit Hilfe eines persönlichen Budgets.

Beweis (für den medizinischen Sachverhalt): Arztbrief der ...
vom 9. September 2019 als Anlage
VB 4

Der Beschwerdeführer zu 4) ist bei der Krankenkasse... gesetzlich fa-
milienversichert (Versichertennummer: ...).

138

Blatt 6
Akte Nr.
27.06.2020

Verfassungsbeschwerde

5.) Herr I

Der Beschwerdeführer zu 5) ist 39 Jahre alt. Er hat Gesellschafts- und Wirtschaftskommunikation an der [] sowie Design Thinking an der [] studiert. Als Inklusions-Aktivist setzt er sich für unterschiedliche soziale Projekte ein und hat selbst einige Projekte ins Leben gerufen. So gründete er unter anderem den gemeinnützigen Verein [], eine Aktionsgruppe, die sich als Denkfabrik für soziale Projekte versteht und sich als Netzwerk für ehrenamtlich engagierte Menschen etabliert hat, die sich mit verschiedenen Aktionen für soziale Gerechtigkeit einsetzen. Der Beschwerdeführer zu 5) ist im Vorstand des Vereins und übernimmt dort, neben dem klassischen Projektmanagement und strategischen Aufgaben, auch die Vertretung der Sozialhelden-Projekte nach außen. Im [] wurde er für sein Engagement mit dem Bundesverdienstkreuz am Bande ausgezeichnet.

Der Beschwerdeführer zu 5) hat Osteogenesis imperfecta (umgangssprachlich: Glas-knochen) und ist auf einen Rollstuhl angewiesen. Er beschäftigt sieben Assistenten über einen Dienstleister, die Ambulanten Dienste []

Beweis: (für Assistenzbedarf und Pflegestufe 3) Bescheid Bezirksamt [], Kostenübernahme 12 Std. Assistenz/Tag v. 11.3.2015 als Anlage VB 5

Der Beschwerdeführer zu 5) ist bei der Krankenkasse [] gesetzlich kranken-versichert (Versichertennummer: []).

6.) Herr

Der Beschwerdeführer zu 6) ist ledig und 22 Jahre alt. Bei ihm liegt aufgrund einer Hirnschädigung beim Geburtsvorgang (Sauerstoffmangel) und einer chromosomalen Anomalie (Down-Syndrom/Trisomie 21) eine geistige Behinderung mittleren Grades vor. Er ist nicht in der Lage, ein selbstständiges Leben zu führen. Sein Grad der Behinderung liegt bei 100; er erfüllt die Merkmale H (Hilflosigkeit) und G (Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit). Zudem leidet der Beschwerdeführer zu 6) an einem angeborenen Herzfehler.

Beweis: Gutachten von Dr. med. [] vom 26.08.2015, Gutachten von Dr. med. [] vom 01.08.2016 und Arztbrief des [] vom 28.08.2018 als Anlage VB

6

Der Beschwerdeführer zu 6) lebt bei seiner Mutter und wird von ihr alleine rund um die Uhr betreut. Seine Mutter ist gleichzeitig auch seine – rechtliche – Betreuerin mit umfassendem Aufgabenkreis.

Beweis für die umfassende Betreuung: Beschluss des Amtsgericht
vom 18.09.2015 als Anlage VB 7

Aktuell arbeitet der Beschwerdeführer zu 6) in einer Werkstatt für behinderte Menschen in . Perspektivisch soll er in eine betreute Einrichtung umziehen.

Der Beschwerdeführer zu 6) ist bei der Krankenkasse gesetzlich familienversichert (Versichertennummer:).

7.) Frau

Die Beschwerdeführerin zu 7) ist 40 Jahre alt. Sie hat an der Universität studiert und ist seit 2006 , anfangs im Landgerichtsbezirk , mittlerweile im Landgerichtsbezirk . Seit Dezember 2019 ist sie in der , tätig. Sie ist Gründungsmitglied der , arbeitet im , mit und war 2012 bis 2014 ehrenamtliche Behindertenbeauftragte der . Seit 2016 ist sie bei der aktiv. Die Beschwerdeführerin zu 7) ist zudem Mitglied der deutschen Nationalmannschaft und war Deutsche Meisterin in dieser Disziplin. Im Jahr 2019 wurde ihr für ehrenamtliches Engagement im Bereich Inklusion und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen der Verdienstorden des Landes verliehen.

Die Beschwerdeführerin zu 7) hat eine spinale Muskelatrophie Typ III. Sie kann sich seit ihrem 14. Lebensjahr nur noch im Rollstuhl fortbewegen. Anfang dieses Jahres litt sie aufgrund einer bakteriellen Superinfektion an einer Lungenentzündung, die stationär behandelt werden musste. In diesem Zusammenhang musste sie eine Nacht nicht-invasiv beatmet werden. Nach zehn Behandlungstagen wurde sie aus dem Krankenhaus entlassen.

Die Beschwerdeführerin zu 7) lebt seit 1998 in ihrer eigenen Wohnung mit 24-Stunden-Assistenz. Diese benötigt sie für quasi jede Handreichung, einschließlich Pflege, Haushalt, Einkauf sowie Begleitung in der Freizeit und zum Ehrenamt. Seit dem Beginn ihrer Berufstätigkeit als erhält sie eine Arbeitsassistentin, die sie bei sämtlichen berufsbedingten Tätigkeiten unterstützt. Bis August 2019 wurde der Beschwerdeführerin zu 7) ein persönliches Budget im Rahmen des Dienstleistungsmodells ausbezahlt. Seither beschäftigt sie ihre derzeit neun Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Arbeitgebermodell.

Beweis für die Erkrankung: Molekulargenetisches Gutachten der
vom 4.12.2009 als Anlage VB 8

Die Beschwerdeführerin zu 7) ist bei der als freiwillig versicherte Beamtin gesetzlich krankenversichert (Versichertennummer:).

8.) Herr

Der Beschwerdeführer zu 8) ist ledig und 37 Jahre alt. Nach dem Abitur schloss er im Jahr 2005 eine Ausbildung zum ab. Anschließend absolvierte er ein duales Studium der an der Fachhochschule

Seit Abschluss des Studiums arbeitet er bei der inzwischen als Manager einer Entwicklungsabteilung. Gefördert durch ein Stipendium studierte der Beschwerdeführer zu 8) zudem an der Fachhochschule im Fernstudium und erlangte dadurch im Jahr 2011 einen entsprechenden Bachelorabschluss.

Bei dem Beschwerdeführer zu 8) wurde im Alter von zwei Jahren eine spinale Muskelatrophie Typ IIIa diagnostiziert. Er hat das freie Gehen zunächst erlernt, mit abnehmender Muskelkraft diese Fähigkeit jedoch im Alter von 10 Jahren wieder verloren und ist auf den Rollstuhl angewiesen. Im Alter von 11 Jahren wurde bei ihm eine Wirbelsäulenversteifung vorgenommen, um eine zunehmend ausgeprägtere Skoliose zu korrigieren. Aufgrund der Wirbelsäulenversteifung ist eine Behandlung mit Spinalraza bei dem Beschwerdeführer zu 8) nicht möglich.

Beweis (für die gesundheitliche Situation): Arztbrief des vom 28.03.2018 und Arztbriefe des vom 08.01.2019 und 30.08.2019 als Anlage VB 9

Derzeit beschäftigt der Beschwerdeführer zu 8) fünf Assistenzkräfte. Er ist bei der gesetzlich krankenversichert (Versichertennummer:).

9) Herr

Der Beschwerdeführer zu 9) ist 77 Jahre alt. Er ist und war bis zu seiner Emeritierung im Jahr 2012 Direktor am

Er leidet an einer schwerwiegenden koronaren Herzerkrankung, der koronaren 3-Gefäßerkrankung. Bei ihm sind deswegen bereits mehrere Stents eingebracht worden. Zudem ist er an Diabetes mellitus Typ 2 erkrankt. Diese gesundheitlichen Einschränkungen sind nach dem menschenrechtlichen Behinderungsbegriff der UN-BRK (vgl.

Art 1 UN-BRK), der in seinem Kern in § 3 BGG und der so auch das Verständnis von Behinderung des Art 3 abs 3 Satz 2 GG prägt, Behinderungen, die im konkreten Fall bewirken können, dass die gleichberechtigte Teilhabe an der Gesellschaft, hier an der Gesundheitsversorgung der Gesellschaft eingeschränkt ist.

Beweis (für die gesundheitliche Situation): Arztbrief der
vom 27.01.2020 als Anlage VB

10

Der Beschwerdeführer ist freiwillig in der) versichert (Versi-
chertenummer)

B. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerden sind zulässig. Insbesondere liegt die erforderliche Beschwerdebefugnis vor (1.). Den Beschwerdeführer*innen stehen auch keine anderweitigen Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung, die sie vor Einlegung einer Verfassungsbeschwerde verfolgen müssten oder auch nur könnten (2.). Schließlich sind auch alle weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt (3.). Dementsprechend sind die Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung anzunehmen (4.).

1.) Beschwerdebefugnis

Wird – wie hier – als Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde die legislative Untätigkeit des Gesetzgebers gerügt, so gilt auch dabei das Verbot der Popular-Verfassungsbeschwerde. Einen allgemein einklagbaren Leistungsanspruch auf parlamentarische Gesetzgebung gibt es nicht.¹ Dementsprechend kommt es im Rahmen der Zulässigkeit insbesondere auf die Beschwerdebefugnis (§ 90 Abs. 1 BVerfGG) an. Die hierfür erforderliche Möglichkeit der Grundrechtsverletzung (a.) und eine qualifizierte Betroffenheit (b.) ist in Person der jeweiligen Beschwerdeführer*innen verwirklicht.

¹ Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, 58. EL Januar 2020, BVerfGG § 90 Rn. 224 und 354.

147

a) Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts² erfordert die Beschwerdebefugnis, dass sich eine Verfassungsbeschwerde mit dem zugrunde liegenden einfachen Recht sowie mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung des vorgetragenen Sachverhalts auseinandersetzt und hinreichend substantiiert darlegt, dass eine Grundrechtsverletzung möglich erscheint. Dabei gilt für Verfassungsbeschwerden, die sich gegen die Verletzung einer grundrechtlichen Schutzpflicht durch grundgesetzwidriges Unterlassen des Gesetzgebers richten, im Rahmen der Begründetheit ein besonders strenger Maßstab, der sich gleichsam auch auf die Zulässigkeit – genauer: die hier innerhalb der Beschwerdebefugnis näher zu betrachtende Möglichkeit der Grundrechtsverletzung und die hierfür geltende Substantiierungslast – auswirkt:

„Nur in seltenen Ausnahmefällen lassen sich der Verfassung konkrete Pflichten entnehmen, die den Gesetzgeber zu einem bestimmten Tätigwerden zwingen. Ansonsten bleibt die Aufstellung und normative Umsetzung eines Schutzkonzepts dem Gesetzgeber überlassen. Ihm kommt ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu [...]. Nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem demokratischen Prinzip der Verantwortung des vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgebers muss dieser selbst die regelmäßig höchst komplexe Frage entscheiden, wie eine aus der Verfassung herzuleitende Schutzpflicht verwirklicht werden soll [...]. Die Entscheidung, welche Maßnahmen geboten sind, kann vom Bundesverfassungsgericht nur begrenzt nachgeprüft werden. Das Bundesverfassungsgericht kann erst dann eingreifen, wenn der Gesetzgeber seine Pflicht evident verletzt hat [...].“³

Dabei soll das Maß der verfassungsgerichtlichen Kontrolle einer Schutzpflichtverletzung auch von der

„Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter“⁴

abhängen.

² BVerfG, Urteil vom 27. September 2005 - 2 BvR 1387/02, BVerfGE, 114, 258 (274); BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2016 – 1 BvR 2980/14.

³ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2010 - 1 BvR 1541/09; BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2016 – 1 BvR 2980/14.

⁴ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Oktober 1987 - 2 BvR 624, 1080, 2029/83, BVerfGE 77, 170, (214 f.).

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien erscheint eine Verletzung von Grundrechten der Beschwerdeführer*innen durch Unterlassen des Gesetzgebers als möglich.

Grundsätzlich kommt dem Gesetzgeber eine aus der Verfassung folgende Schutzpflicht gegenüber dem Leben gerade von Menschen mit Behinderungen zu, wenn deren Leben in besonderem Maße gefährdet ist.⁵ Unter den Bedingungen der COVID-19-Pandemie verdichtet sich mit Blick auf Menschen, deren Behinderungen mit Beeinträchtigungen einhergehen, die medizinisch als Vorerkrankungen bzw. Komorbiditäten (zu einer möglichen COVID-19 Infektion) wahrgenommen, oder als schlechter Allgemeinzustand im Sinne einer „Gebrechlichkeit“ verstanden werden, die allgemeine Schutzpflicht unter engen Voraussetzungen zu einer konkreten Schutzpflicht.⁶ Das trifft auf die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer zu (aa.). Diese Schutzpflicht hat der Gesetzgeber durch seine Untätigkeit verletzt (bb.). Dadurch werden die Beschwerdeführenden auch in ihren Grundrechten verletzt (cc.).

aa.) Bestehen einer Schutzpflicht

Notwendig ist nicht nur die Existenz einer in den Grundrechten wurzelnden objektiven staatlichen Schutzpflicht. Erforderlich sind vor allem eine dieser objektiven Pflicht korrespondierende hinreichend individualisierbare konkrete Rechtsposition des Verfassungsbeschwerdeführers und die Plausibilität gerade seiner (behaupteten) Rechtsverletzung.⁷

Die Beschwerdeführenden sind durch die COVID-19-Pandemie (und über dieses aktuelle Ereignis hinaus dauerhaft durch sich vergleichbar verbreitenden und gefährliche Infektionskrankheiten) in zweierlei, mit ihrer Behinderung verbundener Hinsicht erheblich gefährdet: sie haben durch ihren Assistenz- und Unterstützungsbedarf keine Möglichkeit sich wie andere Menschen in einen Lockdown zurückzuziehen und so das Risiko sich zu infizieren gering zu halten. Sie benötigen dauerhaft Assistenz, zu meist auch noch von einer Mehrzahl von Menschen mit denen sie überwiegend nicht dauerhaft in einem Haushalt zusammenwohnen. Sie können gegenüber diesen auch keinen Mindestabstand halten, weil viele der Verrichtungen bei denen Sie Assistenz benötigen gerade einen vergleichsweise engen Körperkontakt erfordern. Gleichzeitig droht ihnen aber auch, dass im Falle knapper Behandlungsressourcen, sie aufgrund ihrer Behinderung, schlechtere Behandlungsmöglichkeiten haben oder sogar von bestimmten lebensrettenden medizinischen Behandlungen durch mittelbare Benachteiligung ganz ausgeschlossen werden könnten (dazu und zum Folgenden unter II. B. 2.d., sowie unter II. B. 3.).

⁵ Vgl. zum Bestehen einer Schutzpflicht für jedes menschliche Leben, dessen Bedrohung aber jeweils unterschiedliche Qualitäten aufweisen und deswegen eine Schutzpflicht in besonderer Weise konstituieren kann: Urteil des Ersten Senats vom 25.02.1975 - 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 -, BVerfGE 39, 1 (41ff.).

⁶ Vgl. auch BVerfG Beschluss vom 26. Juli 2016 - 1 BvL 8/15 -, BVerfGE 142, 313 (338).

⁷ Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Bethge, 58. EL Januar 2020, BVerfGG § 90 Rn. 224.

Diese Situation kann eintreten, weil die Behinderung auch durch spezifische Beeinträchtigungen geprägt ist, die in der medizinischen Wahrnehmung, wie sie insbesondere in den „Klinisch-Ethischen Empfehlungen“ der wissenschaftlichen Fachgesellschaften⁸ als Komorbiditäten oder Frailty (Gebrechlichkeit) statistisch gesehen werden (dazu unter B. 2. a.), die die Erfolgsaussichten einer intensivmedizinischen Behandlung verschlechtern und die deswegen im Mangelfall dazu führen können, dass die Behandlungsressourcen in diskriminierender (und damit gegen Art 3 Abs 3 Satz 2 GG verstoßender Weise) anderen Patientinnen und Patienten ohne entsprechende Behinderung zugeteilt werden.

bb.) Verletzung der Schutzpflicht

Die aus den Grundrechten folgenden subjektiven Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe einerseits und die sich aus der objektiven Bedeutung der Grundrechte ergebenden Schutzpflichten für das Leben und die körperliche Unversehrtheit andererseits unterscheiden sich insofern grundlegend voneinander, als das Abwehrrecht in Zielsetzung und Inhalt ein bestimmtes staatliches Verhalten verbietet, während die Schutzpflicht grundsätzlich unbestimmt ist. Die Aufstellung und normative Umsetzung eines Schutzkonzepts ist Sache des Gesetzgebers, dem grundsätzlich auch dann ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt, wenn er dem Grunde nach verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen.⁹

Das Bundesverfassungsgericht kann die Verletzung einer solchen Schutzpflicht aber feststellen, wenn Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen sind oder wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzureichend sein.

Das ist hier der Fall.

Zwar haben Bundesregierung und Landesregierungen Maßnahmen ergriffen um zu verhindern, dass eine Ressourcenknappheit im Zuge der COVID-19-Pandemie entsteht (dazu unter II.A.1.). Es steht allerdings schon in Frage, ob das ausreicht, wenn gleichzeitig die für solche Entscheidungen hochrelevanten Medizinischen Fachgesellschaften durch die Verabschiedung eigener Empfehlungen und einer S-1-Leitlinie über die Zuteilung von lebensrettenden, intensivmedizinischen Ressourcen deutlich machen, dass sie in Ermangelung von Vorgaben des Gesetzgebers und der Exekutive eigene Vorgaben gestalten um die eigenen Mitglieder und die Ärzteschaft insgesamt abzusichern, was nichts anderes heißt, als dass hier angesichts der notstandsähnlichen Lage auch Handlungskriterien und Maßstäbe außerhalb des geltenden geschriebenen

⁸ Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie - Klinisch-ethische Empfehlungen der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) u.a., Von den Fachgesellschaften verabschiedete Fassung vom 25.03.2020. Online unter: <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1540-covid-19-ethik-empfehlung-v2/file> (zuletzt aufgesucht am 20. Juni 2020).

⁹ BVerfG Beschluss vom 26. Juli 2016 - 1 BvL 8/15 -, BVerfGE 142, 313 (337).

Rechts gegebenenfalls als Handlungsgrundlage akzeptiert werden. Dies steht umso mehr in Frage als sich sowohl der Deutsche Ethikrat, als auch das Bundesministerium der Gesundheit selbst positiv auf die Klinisch-Ethischen-Empfehlungen der Medizinischen Fachgesellschaften beziehen (dazu unter II. A. 1.)

cc.) Verletzung von Grundrechten der Beschwerdeführer*innen

Durch die Verletzung der Schutzpflicht für das Leben und die körperliche Unversehrtheit drohen auch konkret Grundrechte der Beschwerdeführenden verletzt zu werden. Zum einen werden Gleichheitsrechte der Beschwerdeführenden verletzt, insbesondere gilt das für in Art 3 Abs 3 Satz 2 GG normierte Verbot sie wegen ihrer Behinderung zu benachteiligen. Eine solche Benachteiligung setzt nicht voraus, dass sie beabsichtigt ist oder auch nur das vorrangige Ziel einer Maßnahme ist.

Die Verletzung droht hier im Rahmen einer ärztlichen Übereinkunft, die aber nicht die wissenschaftlichen Behandlungsmethoden betrifft, sondern die ergebnis- und effizienzorientierte Verteilung der entsprechenden Ressourcen¹⁰, mittelbar vollzogen zu werden (Diese mittelbare Benachteiligung, die bei zu knappen Ressourcen, an der gleichberechtigten Teilhabe an der (lebensrettenden) intensiv-medizinischen Behandlung hindern kann (vgl. dagegen Art 25 UN-BRK, Art 11 UN-BRK). Die Verletzung des Grundrechts auf Gleichheit und Nicht-Benachteiligung hätte im hier konkreten Fall fast zwingend auch den Tod zur Folge, der bei einer anderen Verteilung der Ressourcen im Fall einer Indikation für die lebensrettende Behandlung möglicherweise abgewendet werden könnte (dazu Weiteres unter II. B. 3.)

b) Qualifizierte Betroffenheit

Die Beschwerdeführer*innen sind von der vorgetragenen Grundrechtsverletzung bereits jetzt – soweit das sinnvoll zu fordern ist - in qualifizierter Weise betroffen.

Zwar befinden sie sich (noch) nicht in einer Situation, in der sie am COVID-19-Virus erkrankt sind und intensivmedizinischer Hilfe bedürfen. Dementsprechend kann Ihnen diese gegenwärtig auch nicht aufgrund einer Triage-Entscheidung trotz bestehender medizinischer Indikation¹¹ verweigert oder entzogen werden.

¹⁰ Kritisch dazu: Fateh-Moghadam, Bijan; Gutmann, Thomas: Gleichheit vor der Triage: Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, VerfBlog, 2020/4/30, <https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/>.

¹¹ Indikation ist ein dynamischer Begriff, dessen Inhalt umstritten ist – deswegen ist die Indikation auch im Nachhinein zwar grundsätzlich in vollem Umfang, tatsächlich aber oftmals nur eingeschränkt objektivierbar und damit überprüfbar. Handhabbar für medizinrechtliche Fragestellungen wie hier und insoweit auch als Grundlage der Debatte anerkannt ist die Bestimmung des Begriffes durch Lipp: „die medizinische Indikation ist ein fachliches Urteil des behandelnden Arztes, dass eine bestimmte medizinische Maßnahme geeignet ist, das mit dem Patienten gemeinsam festgelegte Behandlungsziel zu erreichen und dass sie aus ärztlicher Sicht das dafür

116

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹² wird das Erfordernis der qualifizierten Betroffenheit aber dahingehend konkretisiert, dass Beschwerdeführer*innen selbst, gegenwärtig und unmittelbar von einer Grundrechtsverletzung betroffen sein müssen. Das Kriterium der Unmittelbarkeit ist allerdings in dieser Form nicht anwendbar (aa.); eine eigene und gegenwärtige Betroffenheit liegt jedenfalls vor (bb.).

aa.) Unmittelbare Betroffenheit

Das Bundesverfassungsgericht hat die Anforderungen an die Unmittelbarkeit folgendermaßen konkretisiert:

„Setzt das Gesetz zu seiner Durchführung rechtsnotwendig oder auch nur nach der tatsächlichen staatlichen Praxis einen besonderen, vom Willen der vollziehenden Stelle beeinflussten Vollziehungsakt voraus, muss der Beschwerdeführer grundsätzlich zunächst diesen Akt angreifen und den gegen ihn eröffneten Rechtsweg erschöpfen, bevor er die Verfassungsbeschwerde erhebt [...]. Die Verfassungsbeschwerde kann sich jedoch ausnahmsweise unmittelbar gegen ein vollziehungsbedürftiges Gesetz richten, wenn der Beschwerdeführer den Rechtsweg nicht beschreiten kann, weil es ihn nicht gibt [...] oder weil er keine Kenntnis von der Maßnahme erlangt [...].“¹³

Anhand dieser gängigen Formulierung zeigt sich, dass das Bundesverfassungsgericht vom Normalfall einer gegen gesetzgeberisches Handeln gerichteten Verfassungsbeschwerde ausgeht. Ein Unterlassen kann dagegen nicht im Wortsinne vollzogen werden: Es lässt sich daher bereits bezweifeln, ob das Kriterium der Unmittelbarkeit im Falle der Rüge eines gesetzgeberischen Unterlassens überhaupt zur Anwendung gelangen kann (und muss).

Diese Ansicht lässt sich auch mit Blick auf die Funktion des Unmittelbarkeitskriteriums stützen: Im Erfordernis der Unmittelbarkeit kommen der Charakter der Verfassungsbeschwerde als außerordentlichem Rechtsbehelf und der Vorrang des fachgerichtlichen Rechtsschutzes in besonderer Weise zum Ausdruck. Es soll grundsätzlich zunächst einmal abgewartet werden, ob es den Behörden beim Vollzug und später den Gerichten im fachgerichtlichen Rechtsschutz gelingt, mögliche Grundrechtsverstöße auszuschließen.¹⁴ Das Bundesverfassungsgericht vermeidet es mit dem Erfordernis der Unmittelbarkeit – wie mit dem Grundsatz der Subsidiarität, von dem es oft schwer

angemessene Mittel ist.“ Lipp, Die medizinische Indikation aus medizinrechtlicher Sicht, in: Dörries/ Lipp, Medizinische Indikation – ärztliche, ethische und rechtliche Perspektiven, Stuttgart 2015, S. 43.

¹² BVerfG, Beschluss vom 07. Oktober 2003 - 1 BvR 1712/01 -, BVerfGE 108, 370 (384).

¹³ BVerfG, Urteil vom 03. März 2004 - 1 BvR 2378/98, 1084/99 - BVerfGE 109, 279 (306 f.).

¹⁴ Maunz/Dürig/Walter, 89. EL Oktober 2019, GG Art. 93 Rn. 359; Schlaich/Korioth BVerfG, Rn. 238.

abzugrenzen ist –, eine Normenkontrolle unter Loslösung von der konkreten Anwendung der betreffenden Norm im Einzelfall und ohne Vorklärung der Tatsachen und Rechtsfragen durch die zuständigen Gerichte vorzunehmen.¹⁵

Dieser Zweck kann (und muss) im Falle eines vollständigen Unterlassens des Gesetzgebers (echtes Unterlassen), wie es hier vorliegt, aber von vornherein nicht erreicht werden. Dies ergibt sich daraus, dass ein – vollständiges – Unterlassen des Gesetzgebers nicht präjudizielles Rechtsverhältnis eines fachgerichtlichen Verfahrens sein kann, das zu einer inzidenten Normenkontrolle mit anschließender Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG führt.¹⁶ Schlichtes gesetzgeberisches Unterlassen kann laut Bundesverfassungsgericht nicht Gegenstand einer Richtervorlage sein.¹⁷ Die gerichtliche Inpflichtnahme des parlamentarischen Gesetzgebers ist stattdessen allein Sache der Verfassungsgerichtsbarkeit, nicht der Fachgerichtsbarkeit.¹⁸ Ein vorher zu erschöpfender fachgerichtlicher Rechtsweg existiert nicht.¹⁹ Stattdessen erfolgt die Eingrenzung der Beschwerdemöglichkeit in diesen Fällen durch hohe Anforderungen an die Beschwerdebefugnis. Bezogen darauf muss ein potenzieller Anspruch auf legislatorisches Handeln substantiiert dargetan werden kann.²⁰ Das Kriterium der Unmittelbarkeit kann mithin in Fällen des gesetzgeberischen Unterlassens keine Unzulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde begründen.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn es um den Fall eines unechten Unterlassens geht. Das setzt voraus, dass der Gesetzgeber zwar eine Regelung erlassen hat, diese im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde aber als unzureichend angegriffen wird. Hier wäre es denkbar, von Beschwerdeführer*innen zu erwarten, zunächst den Vollzug des unzureichenden Gesetzes abzuwarten und anschließend den Vollzugsakt vor einer Verfassungsbeschwerde anzugreifen.

Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Der Gesetzgeber hat für den Fall eines Verteilungskonflikts im intensivmedizinischen Bereich aufgrund von Ressourcenknappheit (Situation der Triage) keiner Regelung getroffen (siehe im Detail unter B. 1.).

Bei eventuellen ärztlichen Triage-Entscheidungen handelt es sich zudem nicht um Akte der öffentlichen Gewalt, sondern um Handlungen Dritter. Allerdings kann auch

¹⁵ Schlaich/Korioth BVerfG, Rn. 238; BeckOK BVerfGG/C. Grünwald BVerfGG § 90 Abs. 1 Rn. 1-121 Rn. 99.

¹⁶ Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Bethge, 58. EL Januar 2020, BVerfGG § 90 Rn. 226 und 411.

¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 16. Januar 2013, 1 BvR 2004/10, Rn. 21.

¹⁸ Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Bethge, 58. EL Januar 2020, BVerfGG § 90 Rn. 226

¹⁹ Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Bethge, 58. EL Januar 2020, BVerfGG § 90 Rn. 226.

²⁰ Drastisch und deutlich insoweit Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Bethge, 58. EL Januar 2020, BVerfGG § 90 Rn. 410.

eine Verpflichtung des Gesetzgebers bestehen, die Beschwerdeführenden gegebenenfalls vor Grundrechtsverletzungen durch Dritte zu schützen.²¹

Um in eine Situation zu gelangen, in der sich die Schutzpflichtverletzung des Gesetzgebers zu ihrem Nachteil auswirkt, bedarf es für die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer mithin keines Vollzugsaktes der öffentlichen Gewalt. Vielmehr reicht es aus, dass die Beschwerdeführer*innen während einer Mangelversorgungslage im Gesundheitssystem schwer erkranken und mit anderen Menschen um Intensivbetten konkurrieren, sich also in einer Triage-Situation wiederfinden.

Es ist den Beschwerdeführerinnen auch nicht zumutbar erst den Eintritt einer Mangelversorgungslage abzuwarten, bevor sie Verfassungsbeschwerde erheben. Ist eine Mangelversorgungslage eingetreten oder steht sie unmittelbar bevor ist es eine reine Frage des Zufalls, ob die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer noch infektiionsfrei sind und ihnen ausreichend Zeit bleibt in einer sich dynamisch entwickelnden Situation Rechtsschutz zu suchen, zumal dieser im Fall der Beschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen, ja nicht in Kürze zu einem Erfolg führen wird, da selbst im günstigsten Fall ein Gesetzgebungsverfahren nicht in wenigen Tagen und voraussichtlich auch nicht in wenigen Wochen zu einem Ergebnis geführt werden kann, insbesondere dann nicht, wenn so komplexe und in der Öffentlichkeit und den unterschiedlichen Fachkreisen kontrovers diskutierte Fragen wie Priorisierungs-Entscheidungen bzw. Fragen der Verteilungsgerechtigkeit entschieden werden müssen.

Die aus dieser Lage resultierende akute Bedrohung ihres Lebens in Kauf zu nehmen, kann den Beschwerdeführer*innen nicht zugemutet werden. Insoweit kann auf die Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz²² verwiesen. Dort hat das Bundesverfassungsgericht die unmittelbare Betroffenheit mit dem Argument für gegeben erachtet, es sei den Beschwerdeführern unzumutbar, abzuwarten, bis sie selbst Opfer einer Maßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG wurden. Die vorliegende Konstellation ist hinsichtlich der verbleibenden zeitlichen Dimension mit der Konstellation in dem damals geführten Verfahren durchaus vergleichbar. Statistisch dürfte – auch wenn es darauf nach hier vertretener Auffassung nicht ankommt – das Risiko der Beschwerdeführenden in diesem Verfahren durch eine Ungleichbehandlung bei einer Triage-Situation im Rahmen einer Pandemie um die Chance des Weiterlebens gebracht zu werden mindestens so groß sein, wie damals, vier Jahre nach der Zerstörung der Twin-Tower in New York, das Risiko eines Fluggastes in Deutschland Opfer einer Flugzeugentführung zu sein, bei der die Maschine durch die Bundeswehr abgeschossen werden sollte, um so zu verhindern, dass sie zur Waffe für einen großen blutigen Anschlag mit noch mehr Toten gemacht würde.

²¹ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 ua.. Rn. 233, 276.

²² BVerfG, Urteil vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 –, BVerfGE 115, 118-166.

bb) Eigene und gegenwärtige Betroffenheit

Die Beschwerdeführer*innen können bereits zum jetzigen Zeitpunkt geltend machen, selbst und gegenwärtig von der gesetzgeberischen Schutzpflichtverletzung betroffen zu sein.

Als Menschen, die Vorerkrankungen (insbesondere erheblich fortgeschrittene neuromuskuläre Erkrankungen) aufweisen bzw. einen – unter Zugrundelegung von Kriterien wie sie in der Clinical Frailty Scale oder der Karnovsky Scale – schlechten Allgemeinzustand aufweisen, da sie einen hohen Assistenzbedarf haben, sehen sich die Beschwerdeführer*innen seit Beginn der Pandemie einem hohen Risiko ausgesetzt, bei einer Situation zu knapper Ressourcen, trotz ggf. vorhandener medizinischer Indikation und entsprechender Einwilligung wegen ihrer Behinderung nicht mit dem für eine Lebensrettung erforderlichen Einsatz intensivmedizinischer Ressourcen behandelt zu werden. Dieses Risiko ergibt sich insbesondere aus den klinisch-ethischen Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften,²³ die auch über den Kreis der Fachgesellschaften hinaus in der Welt der Medizin auf Unterstützung stoßen.²⁴ Diese Empfehlungen sind ausdrücklich deswegen als Handlungsanleitung in konkreten Behandlungssituationen formuliert worden, weil entsprechende, ausreichend auf die Entscheidungssituationen zugeschnittene rechtliche Maßgaben fehlen.

Die Betroffenheit ist auch gegenwärtig, obwohl die Beschwerdeführer*innen aktuell, soweit ihnen bekannt ist, weder infiziert noch symptomatisch erkrankt und krankenhausbearbeitungspflichtig, und damit keiner Triage-Entscheidung ausgesetzt sind.

Allein die Tatsache, dass die Rechtspositionen der Beschwerdeführer*innen bislang nicht mehr als gefährdet sind, führt nicht zur Feststellung führen, dass die Schutzpflichtverletzung nicht gegenwärtig wäre. Es ist geradezu ein Wesensmerkmal der Schutzpflicht²⁵, vor Gefahren zu schützen und zu verhindern,

²³Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie - Klinisch-ethische Empfehlungen der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) u.a., Von den Fachgesellschaften verabschiedete Fassung vom 25.03.2020. Online unter: <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1540-covid-19-ethik-empfehlung-v2/file> (zuletzt aufgesucht am 20.6.2020).

²⁴ Vgl. Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels vom 5. Mai 2020. Online: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/BAEK_Allokationspapier_05052020.pdf (zuletzt aufgesucht 14. Juni 2020); Heller/Schubert/Schuler, Rückhalt für Ärzte – Dilemma der Triage, FAZ vom 15. April 2020.

²⁵ Möstl, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, DÖV 1998, 1029, 1033.

dass sich diese Gefahren „zu einem späteren Zeitpunkt in einer Verletzung des geschützten Gutes realisieren.“²⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat zum Kriterium der Gegenwärtigkeit ausgeführt:

„Die Möglichkeit der [...] gegenwärtigen Betroffenheit ist grundsätzlich erfüllt, wenn der Beschwerdeführer darlegt, dass er mit einiger Wahrscheinlichkeit, durch die auf den angegriffenen Rechtsnormen beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt wird.“²⁷

Diese Grundsätze, die wiederum vom Normalfall einer Verfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Handeln – einschließlich entsprechender Vollzugsmaßnahmen – ausgehen, lassen sich auf die vorliegende Konstellation übertragen.

Entscheidend ist hier deshalb, dass die Beschwerdeführer*innen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von den Folgen der Untätigkeit des Gesetzgebers betroffen sein können.

Hinsichtlich des erforderlichen Grades der Wahrscheinlichkeit hat sich in der Rechtsprechung bereits ein Maßstab herausgebildet, wenn auch insoweit noch keine vollständige Übereinkunft herrscht (1). Aber in den vorliegenden Fällen ist, selbst wenn man diesen Maßstab eng fasst, der erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad in jedem Fall erreicht (2). Hinzu kommt, dass es wegen des besonderen Gewichts der bedrohten Grundrechte in der vorliegenden Konstellation nahe läge, einen weniger strengen Maßstab anzulegen (3).

(1) Was zunächst den Grad der geforderten Wahrscheinlichkeit angeht, so hat das Bundesverfassungsgericht bislang von „einiger“²⁸ bzw. einer „spezifischen“²⁹ Wahrscheinlichkeit gesprochen. Den genannten Entscheidungen ist ferner noch der Hinweis zu entnehmen, dass der geforderte Wahrscheinlichkeitsgrad auch davon beeinflusst wird, welche Möglichkeiten der Beschwerdeführer tatsächlich hat, seine Betroffenheit darzulegen. Konkreter ist das Wahrscheinlichkeitskriterium bislang noch nicht gefasst worden. Aber es lassen sich immerhin Rückschlüsse aus seiner Anwendung in den beiden genannten Fällen ziehen, in denen der Wahrscheinlichkeitsgrad jeweils für hinreichend befunden wurde.

Damals ging es um Beschwerden von Personen, die befürchteten, dass sie zumindest indirekt einmal von geheimen Maßnahmen der Wohnraumüberwachung oder der Datenspeicherung zur Terrorismusbekämpfung betroffen sein könnten. Angesichts der großen Streubreite, welche die gesetzlichen Grundlagen der jeweiligen Maßnahmen erlaubten, konnte praktisch jedermann betroffen sein. Auch für die Beschwerdeführer war eine Betroffenheit also immerhin möglich. Besonders naheliegend erschien

²⁶ a.a.O.

²⁷ BVerfG, Urteil vom 03. März 2004 – 1 BvR 2378/98 –, BVerfGE 109, 279 (307).

²⁸ BVerfG, Urteil vom 03. März 2004 – 1 BvR 2378/98 –, BVerfGE 109, 279 (307).

²⁹ BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, BVerfGE 133, 277 (312f.).

sie indes nicht, jedenfalls nicht im speziellen Fall der Beschwerdeführer. Das Bundesverfassungsgericht hat dies dennoch ausreichen lassen, auch im Hinblick darauf, dass die Beschwerdeführer keine genaueren Parameter ihrer möglichen Betroffenheit kennen und darlegen konnten.³⁰

In einer weiteren Entscheidung, der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz³¹, hatte das Bundesverfassungsgericht schon die glaubhafte Darlegung der Beschwerdeführer*innen, aus privaten und beruflichen Gründen häufig zu fliegen, ausreichen lassen, um deren gegenwärtige Betroffenheit durch die „Abschussermächtigung“ des § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes zu bejahen.

(2) Was nun die konkrete Wahrscheinlichkeit der Betroffenheit angeht – also die Wahrscheinlichkeit, dass sich die Beschwerdeführer*innen in einer Triage-Situation wiederfinden (und sich die Schutzpflichtverletzung daher auswirkt) –, so sind dafür seriöse statistische Aussagen nicht zu treffen. Die Wahrscheinlichkeit einer Realisierung der den Grundrechten der Beschwerdeführer*innen drohenden Gefahren erscheint aber jedenfalls nicht geringer einzuschätzen als in den Konstellationen, die den Entscheidungen Luftsicherheitsgesetz oder Antiterrordatei zu Grunde lagen.

Es gibt hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer jeweils für den Fall einer Infektion auch jedenfalls ein erhöhtes Risiko einer schweren Verlaufsform haben, die dazu führt, dass sie in höherem Maße als Menschen ohne diese spezifischen Beeinträchtigungen in Gefahr laufen zu der Gruppe derer zu gehören, die im Fall einer Infektion im Krankenhaus mit einer vergleichsweise hohen Wahrscheinlichkeit auch auf der Intensivstation behandelt werden müssten.

Zur Risikobewertung von COVID-19 in Deutschland führt das Robert Koch-Institut (Stand 26. Mai 2020) allgemein aus:

„Das Robert Koch-Institut schätzt die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland derzeit weiterhin insgesamt als hoch ein, für Risikogruppen als sehr hoch. Bei der überwiegenden Zahl der Fälle verläuft die Erkrankung mild. Die Wahrscheinlichkeit für schwere und auch tödliche Krankheitsverläufe nimmt mit zunehmendem Alter und bestehenden Vorerkrankungen zu. Die Belastung des Gesundheitswesens hängt maßgeblich von der regionalen Verbreitung der Infektion, den vorhandenen Kapazitäten und den eingeleiteten Gegenmaßnahmen (Isolierung, Quarantäne, soziale Distanzierung) ab. Sie ist aktuell in weiten Teilen Deutschlands gering, kann aber örtlich hoch sein“

Beweis: Robert Koch Institut, Risikobewertung zu COVID-19, Stand 26. Mai 2020, Ausdruck der Webseite,

³⁰ BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, BVerfGE 133, 277 (313).

³¹ BVerfG, Urteil vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 –, BVerfGE 115, 118.

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html (abgerufen am 21. Juni 2020), als Anlage VB 11

Das Robert Koch-Institut gibt an, dass bei folgenden Personengruppen schwere Krankheitsverläufe häufiger beobachtet werden:

- ältere Personen (mit stetig steigendem Risiko für schweren Verlauf ab etwa 50–60 Jahren; 86 % der in Deutschland an COVID-19 Verstorbenen waren 70 Jahre alt oder älter [Altersmedian: 82 Jahre])
- Raucher (30, 60) (schwache Evidenz)
- stark adipöse Menschen
- Personen mit bestimmten Vorerkrankungen (ohne Rangfolge):
 - des Herz-Kreislauf-Systems (z. B. koronare Herzerkrankung und Bluthochdruck)
 - chronische Lungenerkrankungen (z. B. COPD)
 - chronische Lebererkrankungen
 - Patienten mit Diabetes mellitus (Zuckerkrankheit)
 - Patienten mit einer Krebserkrankung
 - Patienten mit geschwächtem Immunsystem (z. B. aufgrund einer Erkrankung, die mit einer Immunschwäche einhergeht oder durch die regelmäßige Einnahme von Medikamenten, die die Immunabwehr beeinflussen und herabsetzen können, wie z. B. Cortison)

Beweis: Robert Koch Institut, SARS-CoV-2 Steckbrief zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), Stand 12. Juni 2020 als Anlage VB 12

Bei allen im Rollstuhl sitzenden Beschwerdeführenden insgesamt kann die Lunge grundsätzlich durch die ständige Sitzhaltung nicht ausreichend belüftet werden, das gilt erst recht, wenn auch noch die Atemmuskulatur geschwächt ist. Auch dadurch ist das Risiko einer schweren Verlaufsform der COVID-19-Erkrankung bereits erhöht.

Ergänzend lässt sich für die Beschwerdeführer festhalten:

Der Beschwerdeführer zu 1) erlitt zwei Tage nach seiner Geburt einen Schlaganfall. Bei ihm wurde das Moya-Moya-Syndrom diagnostiziert, das zur Gruppe der zerebrovaskulären Erkrankungen gehört. Es bringt ein hohes Risiko von Hirnblutungen mit sich. Der Beschwerdeführer ist kognitiv und körperlich in einem hohen Maße beeinträchtigt.

Bei der Beschwerdeführerin zu 2) wurde im Alter von drei Jahren eine spinale Muskelatrophie Typ Ib diagnostiziert + Behandlung mit Spinraza + Im Jahr 2019 musste sich die Beschwerdeführerin zu 2) wegen einer schwergradigen restriktiven Ventilationsstörung der Lunge zur Überprüfung der Notwendigkeit einer nicht-invasiven Beatmung kurzzeitig in stationäre Behandlung begeben.

113

Bei der Beschwerdeführerin zu 3) wurde 1986 eine spinale Muskelatrophie Typ I diagnostiziert, die eine teilweise Lähmung ihrer Extremitäten und ein neuromuskuläres Hyperventilationssyndrom verursacht. Das neuromuskuläre Hyperventilationssyndrom erfordert in der Nacht eine nichtinvasive Beatmungstherapie für 8 Stunden pro Tag. Die Beschwerdeführerin zu 3) wird seit 2019 mit Spinraza behandelt.

Beim Beschwerdeführer zu 4) wurde im Alter von drei Jahren eine Muskeldystrophie diagnostiziert, die heute als Gliedergürtelmuskeldystrophie 2D erkannt ist. Diese genetisch bedingte, neuromuskuläre Erkrankung führt bei ihm zu Ventilationsstörungen.

Der Beschwerdeführer zu 5) hat Osteogenesis imperfecta (umgangssprachlich: Glas-knochen) und ist auf den Rollstuhl angewiesen.

Der Beschwerdeführer zu 6) leidet an einem angeborenen Herzfehler und gehört damit zur Risikogruppe der Menschen, die eine Erkrankung des Herz-Kreislauf-Systems aufweisen.

Die Beschwerdeführerin zu 7) hat eine spinale Muskelatrophie Typ III. Bei ihr wurde Anfang 2020 eine (nicht COVID-19 assoziierte) Lungenentzündung diagnostiziert und behandelt.

Bei dem Beschwerdeführer zu 8) wurde im Alter von zwei Jahren eine spinale Muskelatrophie Typ IIIa diagnostiziert, er ist rollstuhlpflichtig.

Der Beschwerdeführer zu 9) leidet an einer schwerwiegenden koronaren Herzerkrankung, der koronaren 3-Gefäßerkrankung. Zudem ist er an Diabetes mellitus Typ 2 erkrankt. Ferner ist er bereits 77 Jahre alt. Alles drei sind laut Robert Koch-Institut Faktoren, die schon jeweils für sich genommen ein erhöhtes Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf zeigen.

Was das Risiko eines schweren Verlaufs einer erworbenen COVID-19-Infektion angeht, der eine intensivmedizinische Behandlung und insbesondere eine Beatmung notwendig werden lässt, so ist zunächst festzustellen, dass dieses grundsätzlich für die gesamte Bevölkerung besteht.

Allerdings betont das Robert Koch-Institut, dass die Wahrscheinlichkeit für schwere und auch tödliche Krankheitsverläufe mit zunehmenden Alter und bestehenden Vorerkrankungen zunimmt. Daher besteht für die Beschwerdeführer*innen eine höhere Wahrscheinlichkeit, dass sie sich mit COVID-19 infizieren und in der Folge auf intensivmedizinische Behandlung angewiesen sein werden.

Der mit erhöhter Wahrscheinlichkeit schwere Krankheitsverlauf im Verlauf einer Infektion und die nach wie vor bestehende und von etlichen Experten und auch der WHO befürchtete Möglichkeit einer Verschärfung der Infektionssituation und einer

Zweiten Infektionswelle³² lassen eine Triage-Situation nicht unwahrscheinlich erscheinen, in der die Grundrechtspositionen der Beschwerdeführenden nachhaltig beeinträchtigt werden können.

Nach alledem besteht – in den Worten der Entscheidung des BVerfG zur Antiterror-datei³³ – eine „spezifische Wahrscheinlichkeit“ für eine Grundrechtsverletzung.

(3) Dieses Resultat lässt sich mit einer weiteren Erwägung untermauern. Als mögliche Parameter des geforderten Wahrscheinlichkeitsgrads für eine Grundrechtsverletzung kommen nämlich auch das Gewicht des betroffenen Grundrechts und die Intensität des befürchteten Eingriffs in Betracht. Das Gewicht der betroffenen Grundrechte wiegt außerordentlich schwer. Die Intensität des befürchteten Eingriffs erscheint zugleich äußerst hoch. Das Bundesverfassungsgericht hat das Leben bereits mehrfach als „Höchstwert“³⁴ innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung bezeichnet. In den vorliegenden Fällen geht es für die betroffenen Personen gerade um Entscheidungen über Leben und Tod. Die zu fordernde Wahrscheinlichkeit für eine Grundrechtsverletzung kann daher niedrig sein, die Schwelle für die Zulässigkeit der Beschwerde sind daher nicht über Gebühr hoch anzusetzen.

2. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Die Grundsätze der Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität stehen der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden ebenfalls nicht entgegen. Fachgerichtlicher Rechtsschutz ist für die Beschwerdeführer*innen zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht möglich (a). Es ist ihnen auch nicht zumutbar, mit ihrem Rechtsschutzbegehren abzuwarten, bis sie sich in einer Situation befinden, in der ihr intensivmedizinischer Behandlungsbedarf aufgrund einer Unterversorgung in diesem Sektor gefährdet ist (b).

a) Rechtswegerschöpfung

Nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG muss vor einer Verfassungsbeschwerde zunächst der fachgerichtliche Rechtsweg beschritten werden. Das gilt ausweislich der Norm jedoch nur, sofern ein solcher überhaupt zulässig ist. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Für die Beschwerdeführer*innen besteht in der aktuellen Situation keinerlei Möglichkeit, fachgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Die Beschwerdeführer*innen befinden sich nicht in der beschriebenen intensivmedizinischen Notlage, sie sehen sich auch (noch) nicht der Notwendigkeit ausgesetzt, intensivmedizinische Hilfe zu erhalten. Daher wären im Rahmen des fachgerichtlichen Rechtsschutzes allenfalls vorbeugende Feststellungsklagen denkbar. Es fehlt jedoch sowohl für zivilrechtliche als auch für öffentlich-rechtliche Feststellungsklagen an einem –

³² So Dr. Hans Kluge Direktor des Europäischen Regionalbüros der WHO am 14. Mai, online: <https://unric.org/en/covid-19-who-message-to-europeans-it-is-up-to-us-now/> (zuletzt aufgerufen am 24. Juni 2020)

³³ BVerfGE 133, 277 (313)

³⁴ siehe z.B. BVerfGE 39, 1 (42).

hinreichend konkreten – feststellungsfähigen Rechtsverhältnis und damit an einer notwendigen Zulässigkeitsvoraussetzung. Dies folgt bereits daraus, dass nicht absehbar ist, in welchem Krankenhaus die Beschwerdeführer*innen behandelt werden würden und wo es für sie demnach zu einer intensivmedizinischen Notlage kommen könnte, in der ihnen die Behandlung aufgrund einer Triage-Entscheidung verweigert werden würde.

b) Subsidiarität

Auch das Prinzip der Subsidiarität steht den vorliegenden Verfassungsbeschwerden nicht entgegen. Die Beschwerdeführer*innen können nicht darauf verwiesen werden, abzuwarten, bis sie sich in der beschriebenen intensivmedizinischen Notlage befinden, um dann etwaigen fachgerichtlichen (Eil-) Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen oder erst zu diesem späteren Zeitpunkt eine Verfassungsbeschwerde zu erheben, die dann auch im Hinblick auf § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG unter Verzicht auf das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung möglich wäre.

Ein solches Abwarten ist den Beschwerdeführer*innen vor dem Hintergrund, dass schon die bloße Hinauszögerung einer indizierten intensivmedizinischen Behandlung lebensgefährlich ist, nicht zumutbar. Vielmehr muss es den Beschwerdeführer*innen möglich sein, die konkreten Gefährdungen, denen sie (und sehr viele andere) sich ausgesetzt sehen, im Vorfeld abzuwehren und sich bereits jetzt gegen die Schutzpflichtverletzung zu verteidigen. Das folgt bereits aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes, dessen Effektivität in dieser Lage verlangt, dass die absehbaren Verletzungen, deren Folgen nicht reparabel wären, sich gar nicht erst ereignen können. Die Beschwerdeführer*innen zu zwingen, abzuwarten, bis sie aufgrund einer Triage-Entscheidung trotz bestehender Indikation nicht intensivmedizinisch behandelt werden, hieße, sie einer Situation auszusetzen, in der ihr Leben bedroht und effektiver Rechtsschutz nicht mehr möglich ist. Wenn aber zu dem Zeitpunkt, da eine absehbare Grundrechtsverletzung manifest wird, effektiver Rechtsschutz voraussichtlich nicht mehr zu erreichen sein wird, so ist den mit hinreichender Wahrscheinlichkeit hiervon betroffenen Personen ein Vorgehen auf dem Weg der Verfassungsbeschwerde auch vorab zuzubilligen.³⁵

Im Übrigen wird auch auf die Ausführungen zur unmittelbaren Betroffenheit unter B. 1. b.) aa.) verwiesen: Die gerichtliche Inpflichtnahme des parlamentarischen Gesetzgebers ist allein Sache der Verfassungsgerichtsbarkeit, nicht der Fachgerichtsbarkeit. Bei vollständigem gesetzgeberischem Unterlassen existiert gerade kein fachgerichtlicher Rechtsweg.

³⁵ BVerfG, Urteil vom 03. März 2004 - 1 BvR 2378/98 - 1084/99 -, BVerfGE 109, 279.
BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 - 1 BvR 1215/07 -, BVerfGE 133, 277.

3. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die vorliegenden Verfassungsbeschwerden genügen auch ansonsten den Anforderungen an die Zulässigkeit. Insbesondere sind Verfassungsbeschwerden gegen gesetzgeberisches Unterlassen ohne Einhalten einer Frist möglich, sofern es sich um einen Fall des echten Unterlassens handelt, der Gesetzgeber im Hinblick auf einen verfassungsrechtlichen Auftrag, der auch in der Verpflichtung zur Nachbesserung bestehen kann, also gänzlich untätig geblieben ist.³⁶ So liegt der Fall hier. Der Gesetzgeber hat trotz seiner Schutzpflicht für die Beschwerdeführenden keinerlei Regelungen erlassen, die normieren, wie bei nicht ausreichenden Ressourcen für lebensnotwendige medizinische Behandlungen, die zu knappen Behandlungsressourcen unter Beachtung der Gleichbehandlungsregeln und ggf. weiteren Kriterien verteilt werden sollen – und er beabsichtigt erkennbar das auch in Zukunft nicht zu tun. Stattdessen ist die Bundesregierung der Auffassung die Zuteilung der ggf. nicht ausreichenden Mittel und Behandlungsmöglichkeiten sei den jeweils behandelnden Ärztinnen und Ärzten zu überlassen (dazu unter II. A. 1.).

Somit gibt es seitens des Gesetzgebers keine Gesetze und erst recht keine konkreten Maßnahmen, die fristgerecht anzugreifen wären – es liegt ein echtes gesetzgeberisches Unterlassen vor.

4. Annahmeveraussetzungen erfüllt

Damit sind die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG erfüllt und die Verfassungsbeschwerde ist zur Entscheidung anzunehmen. Ihr kommt sowohl grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu; sie ist aber auch zur Durchsetzung der in § 90 Abs 1 genannten Rechte erforderlich und es droht den Beschwerdeführenden durch die Versagung der Entscheidung ein besonders schwerer Nachteil zu entstehen.

a.) Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung

Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung kommt diesem Beschwerdeverfahren zu, weil es die Frage aufwirft, in welcher Weise sich eine die gesamte Gesellschaft erfassende Notlage auf die rechtlich verbürgten sozialen Leistungsrechte auswirken darf. Damit verknüpft ist die Frage, ob der Gesetzgeber auf die eventuell tatsächlich zwingende Folge, dass auch grundlegende und überlebenswichtige soziale Leistungsrechte dann nicht mehr gewährleistet werden können, auf Basis der Wesentlichkeitstheorie Regeln für diese Einschränkungen selbst aufstellen muss oder ob er das unterlassen und auf eine Art Selbstregulierung setzen darf.

³⁶ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 26. Februar 2010 – 1 BvR 1541/09 –, NJW 2010, 1943 (1944); BVerfG, Beschluss vom 29. Oktober 1987 – 2 BvR 624/83 –, BVerfGE 77, 170 (214); BVerfG, Beschluss vom 09. Januar 1962 – 1 BvR 662/59 –, BVerfGE 13, 284 (287).

Dabei erscheint besonders relevant die Frage, auf welche Weise hier soziale Rechte, die durch ein auf Mitgliedschaft begründetes, gesetzlich geregeltes und für die meisten Menschen verpflichtendes Krankenversicherungssystem, in einem außerordentlichen Krisenfall beschnitten werden können – und zwar nicht in Randfragen, sondern in für den einzelnen Versicherten und die einzelne Versicherte überlebenswichtigen Fragen, die den Kernbereich medizinischer Behandlung betreffen, die wegen einer lebensbedrohlichen Erkrankung erforderlich ist.

Es stellt sich auch mit Blick auf die Leistungsbereitstellungsgarantie³⁷ des Sachleistungssystems der GKV die Frage, inwieweit hier ohne gesetzliche Regelungen überhaupt grundlegende Einschränkungen (wenn auch nur für einen begrenzten Zeitraum) vorgenommen werden dürfen und wie und auf welcher Basis bzw. in welchem Rahmen eine sachgerechte, dem Gleichheitsgrundsatz von einerseits Art 3 Abs 1 und gleichzeitig Art 3 Abs 3 Satz 2 GG gerecht werdende Verteilung von lebensrettenden Behandlungsressourcen vorgenommen werden kann – insbesondere wenn die Notwendigkeit einer solchen Vorkehrung zumindest dem Grunde nach seit geraumer Zeit absehbar ist und die von Fachgesellschaften als Handlungsanleitung angesichts fehlender gesetzlicher Regelungen entworfenen und bekannten Vorgehensweisen Gruppen von Menschen mit Behinderungen und von Menschen eines höheren Lebensalters zumindest mittelbar benachteiligen.

Diese Frage ist auch für die Verfassungsbeschwerde entscheidungserheblich. Sie hat auch für viele Menschen mit Komorbiditäten oder kritischen Werten auf einer der medizinischen Prognose-Skalen Auswirkungen. Sie hat daher eine über den Einzelfall hinausgehende, grundsätzliche Bedeutung.

Die Frage ist auch noch nicht durch das BVerfG geklärt.

aa.) Nikolausbeschluss

Allerdings hat sich das BVerfG mit der Frage auseinandergesetzt, welche Verantwortung der Staat durch die Schaffung der Zwangsmitgliedschaft in der GKV übernommen hat. Es hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass es einer besonderen Rechtfertigung vor GG Art 2 Abs 1 iVm dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip bedarf, wenn Versicherten Leistungen für die Behandlung einer Krankheit und insbesondere einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung durch gesetzliche Bestimmungen oder durch deren fachgerichtliche Auslegung und Anwendung vorenthalten werden.³⁸ Damit hat das BVerfG im Ergebnis die leistungsrechtlichen Verpflichtungen der GKV gegenüber lebensbedrohlich erkrankten Versicherten verstärkt und vergrößert.

In dem hier vorliegenden Fall geht es aber um die Frage, dass diese leistungsrechtlichen Verpflichtungen für Menschen, die besonders schwer erkrankt sind, aber durch

³⁷ BSG, Urteil vom 28. Juni 1983 – 8 RK 22/81 –, BSGE 55, 188, Rn. 29.

³⁸ BVerfG, Beschluss vom 06. Dezember 2005 – 1 BvR 347/98 –, BVerfGE 115, 25.

eine standardmäßige Behandlung gerettet werden könnten, nicht erfüllen kann – aus Gründen, die nicht unmittelbar in ihrem Einflussbereich liegen. Wie auf diese Konstellation zu reagieren ist, insbesondere, ob hier nach Erfolgsaussichten differenziert entschieden werden kann, wer behandelt wird und wer nicht, ist nicht Gegenstand des Nikolausbeschlusses gewesen, auch wenn dessen Entscheidungskriterien für die hier relevanten Fragen von Bedeutung sein könnten.

bb.) Abschussermächtigung im LuftSiG

In der Entscheidung zur Nichtigkeit der Abschussermächtigung im LuftSiG³⁹ ist schon die Ausgangskonstellation eine grundsätzlich andere, als im vorliegenden Verfahren. Allerdings musste das BVerfG auch in diesem Verfahren Fragen klären, die sich mit dem Grundrecht auf Leben und dessen Gewährleistung in einer außergewöhnlichen Ausnahmesituation befassen. Der in Rede stehende § 14 Abs 3 LuftSiG sah aber vor, dass der befürchtete Tod vieler Menschen am Boden durch den aktiven Abschuss des gekidnappten Flugzeugs und dessen unschuldiger Mannschaft und der darin befindlichen Passagiere verhindert werden sollte. Das BVerfG kam zu der Auffassung, dass sich die im Flugzeug befindenden Passagiere und dessen Besatzung in einer ausweglosen Lage befänden, in der auch der Staat der in einer solchen Situation den Abschuss anordnet, sie als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer benutzt und damit ihre Subjektstellung missachtet. Demgegenüber haben in einer Triage-Situation alle dringend behandlungsbedürftigen Patientinnen und Patienten eine gleiche Interessenlage, der Staat tötet hier auch niemanden aktiv mit seinen bewaffneten Kräften um andere zu retten. Stattdessen konkurrieren hier viele gleichermaßen bedürftige Menschen um zu geringe lebensrettende Ressourcen, der Tod tritt ohne menschliches Zutun ein. Während sich im Triage-Fall Fragen nach der Zulässigkeit von Auswahl und ihren Kriterien stellen, nach der Zulässigkeit und der Gerichtetheit von Diskriminierungen, waren diese Fragen im Fall des LuftSiG unerheblich und wurden letzten Endes auch von der Frage nach der Gesetzgebungskompetenz des Bundes überlagert.

cc.) Schwangerschaftsabbruch I

In seinem ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch befasste sich das BVerfG mit der Frage, ob die sogenannte Fristenregelung des Fünften Strafrechtsreformgesetzes, wonach der Schwangerschaftsabbruch in den ersten zwölf Wochen seit der Empfängnis unter bestimmten Voraussetzungen straffrei bleibt, mit dem Grundgesetz vereinbar ist.⁴⁰ In diesem Zusammenhang setzt sich das Urteil auch mit dem Argument auseinander, dass der Gesetzgeber keine andere Wahl gehabt habe, als Leben gegen Leben abzuwägen, nämlich das Leben, das durch eine bestimmte Regelung der Abtreibungsfrage voraussichtlich gerettet werden könne, gegen das Leben, das durch ebendieselbe Regelung voraussichtlich geopfert werde.⁴¹ Dem hält das Urteil entgegen:

³⁹ BVerfG, Urteil vom 15. 2. 2006 - 1 BvR 357/05-, BVerfGE 115, 118.

⁴⁰ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 - 1 BvF 1/74 -, BVerfGE 39, 1.

⁴¹ BVerfGE 39, 1 (56f.).

„Die pauschale Abwägung von Leben gegen Leben, die zur Freigabe der Vernichtung der vermeintlich geringeren Zahl im Interesse der Erhaltung der angeblich größeren Zahl führt, ist nicht vereinbar mit der Verpflichtung zum individuellen Schutz jedes einzelnen konkreten Lebens. Der Schutz des einzelnen Lebens darf nicht deswegen aufgegeben werden, weil das an sich achtenswerte Ziel verfolgt wird, andere Leben zu retten. Jedes menschliche Leben - auch das erst sich entwickelnde Leben - ist als solches gleich wertvoll und kann deshalb keiner irgendwie gearteten unterschiedlichen Bewertung oder gar zahlenmäßigen Abwägung unterworfen werden.“

Diese Überlegungen sind in klarem Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Regelung formuliert – schon das unterscheidet sie von der im materiellen Kern sozial(versicherungs)rechtlichen Ebene, die die hier behandelten Zuteilungsentscheidungen erst einmal haben, auch wenn sich in der Konsequenz darüberhinausgehende strafrechtliche Probleme stellen.

Die Überlegungen des BVerfG akzentuieren zwar die Lebenswertindifferenz des Grundgesetzes und weisen insoweit eine grundrechtliche Richtung auch für die aktuellen Entscheidungen. Sie beantworten aber nicht die Frage nach der Möglichkeit von bzw. dem Regelungsbedarf für Auswahlentscheidungen bei zu knappen Ressourcen für medizinische Behandlung – insbesondere nicht, wenn sich zudem auf Entscheidungen bezieht, die einen mittelbar diskriminierenden Gehalt haben. Da es sich hier, wie auch beim LuftSiG, überdies um eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Regelung handelt, die der Gesetzgeber beschlossen hat, fehlt insoweit auch die zusätzliche Dimension, die durch das Problem des gesetzgeberischen Unterlassens aufgeworfen wird.

b.) Durchsetzungsannahme

Die Verfassungsbeschwerde ist rechtlich gesehen angesichts des gesetzgeberischen Unterlassens die einzige Möglichkeit die hier in Betracht kommenden verletzten Grundrechte, insbesondere das Grundrecht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit, aber auch das Grundrecht auf Nicht-Diskriminierung wegen der Behinderung, durchsetzen zu können. Diese Durchsetzung ist angesichts der Schwere der Grundrechtsverletzung auch angezeigt. Durch die Versagung einer Entscheidung zur Sache entsteht den Beschwerdeführern ggf. auch ein besonders schwerer Nachteil: denn sie könnten ihr Leben verlieren.

II. Begründetheit

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer haben Anspruch auf die begehrte Feststellung. Auch die beantragte Anordnung erscheint erforderlich.

Zwar hat der Bundesgesetz-Gesetzgeber seit Beginn der Pandemie eine Reihe von gesetzlichen Regelungen und Verordnungen diskutiert und beschlossen⁴² und auch untergesetzliche Maßnahmen ergriffen bzw. mit den Ländern abgestimmt. Der Gesetzgeber verfolgt damit insbesondere das Ziel, die Ausbreitung der Infektionen in der Bevölkerung zu verlangsamen und so die Pandemie einzudämmen.

Ein maßgeblicher Gesichtspunkt in den Überlegungen der Bundesregierung und der Landesregierungen, sowie des Bundestages und der Landtage ist auch mit dem verfolgten Kurs die Überlastung des Gesundheitswesens zu verhindern.⁴³ Zu diesen ergriffenen Maßnahmen zählt auch, die mittlerweile teilweise wieder aufgehobene Verpflichtung für Krankenhäuser, erhebliche Teile ihrer Behandlungs-Ressourcen für COVID-19 Patient*innen zu reservieren (Zu diesen Maßnahmen unter II A. 1.)).

Für den Fall, dass dieses für die erste COVID-19-Infektionswelle angestrebte Ziel nicht hätte erreicht werden können, wäre eine Versorgungssituation entstanden, die dadurch geprägt wäre, dass die medizinischen Behandlungsressourcen, insbesondere die Zahl der intensivmedizinischen Beatmungsbetten, für einen gewissen, handlungsrelevanten Zeitraum nicht ausreichen. Eine solche Folge, die auch für weitere Wellen, die sich entwickeln können, würde bewirken, dass aus Kapazitätsgründen nicht alle Menschen bei denen die Behandlung medizinisch indiziert und von Ihnen oder auch ihren gesetzlichen Betreuer*innen und Vorsorgebevollmächtigten auch gewollt wäre, mit den erforderlichen medizinischen Ressourcen versorgt werden, um ihr Leben zu retten.

Die Kliniken müssten also Menschen, die (wenn auch möglicherweise nicht allzuhohe) Behandlungschancen hätten, insbesondere wenn sie eigentlich auf der Intensivstation aufgenommen werden müssten, abweisen bzw. auf eine Palliativstation verlegen, wo sie – Kapazitäten vorausgesetzt – gut versorgt werden könnten, aber nicht mit dem Therapieziel „Lebenserhalt“, sondern mit dem Therapieziel „möglichst ohne Schmerzen und Qualen sterben.“

Für diesen Fall hat der (Bundes-)Gesetzgeber aber keinerlei konkreten rechtlichen Regelungen getroffen, die regelten wie, an wen und unter Zugrundelegung welcher rechtlichen Grundsätze die dann zu knappen medizinischen Ressourcen verteilt werden sollen. Das konnte auch nicht deswegen unterbleiben, weil völlig unwahrscheinlich erscheinen musste, dass eine solche Situation eintreten kann: Die Bundesregierung, aber auch weite Teile der Öffentlichkeit hielten und halten das für möglich.

⁴² Dabei spielt das Infektionsschutzgesetz eine herausragende Rolle: Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (COVifSGAnpG) G. v. 27.03.2020 BGBl. I S. 587; noch nicht beschlossen, aber in der Diskussion ist von den Koalitionsparteien getragene Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BT Drs. 19/18967 vom 5. Mai 2020.

⁴³ Vgl. Pressekonferenz von Bundeskanzlerin Merkel, Bundesgesundheitsminister Spahn und RKI-Chef Wieler, 11. März 2020, Mitschrift des Wortlauts, online: <https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/pressekonferenz-von-bundeskanzlerin-merkel-bundesgesundheitsminister-spahn-und-rki-chef-wieler-1729940> (zuletzt aufgesucht am 10. Mai 2020).

Das gilt insbesondere – insbesondere, falls sich – wie von maßgeblichen Wissenschaftlern befürchtet – eine zweite Welle der Erkrankung entwickelt.

Rechtliche Patienten-Priorisierungs-Regelungen zu treffen war für den Gesetzgeber auch nicht deswegen unnötig, weil es bereits entsprechende Regelungen gäbe.

Das medizinische Versorgungssystem in Deutschland ist wesentlich durch das SGB V geprägt. Das SGB V gewährt aber einen weitreichenden Behandlungsanspruch, der insbesondere in dem Bereich der lebenserhaltenden und lebensrettenden medizinischen Behandlungen keine Zuteilungsentscheidungen zulässt, die bei grundsätzlicher gleicher Bedürftigkeit und vorhandener medizinischer Indikation Ärztinnen und Ärzten erlaubten oder sogar von ihnen verlangten, ein ungleiches Maß medizinischer Behandlungen zuzuteilen. Für Priorisierungsentscheidungen bei indizierten lebenserhaltenden und lebensrettenden Behandlungen gibt es derzeit auch keine andere spezifische Rechtsgrundlage außerhalb des SGB V. Der Transplantationsmedizin kommt hier insoweit eine Sonderstellung zu (dazu unter II B 1. e).

Angesichts der Tatsache, dass die in einer Situation der Knappheit erforderliche Mikroallokationsentscheidungen über Leben und Tod an existentieller Bedeutung für die Grundrechte schwer zu überbieten sind,⁴⁴ muss der Gesetzgeber, um seine aus den Grundrechten, insbesondere aus Art 1 Abs 1, Art 2 Abs 2 Satz 1 GG und aus Art 3 Abs 3 Satz 2 GG abzuleitenden Schutzpflichten für das Leben, die Menschenwürde und die Gleichbehandlung der Beschwerdeführer umzusetzen, tätig werden.⁴⁵

Auch wenn durch eine gesetzliche Verteilungs-Regelung – wie in der Transplantationsmedizin – nicht erreicht werden kann, dass mehr Ressourcen zur Verfügung stehen, kann doch eine legitime, nach auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfbaren Kriterien und insoweit verfahrens-gerechte Zuteilung sichergestellt, gegebenenfalls überprüft und auch weiterentwickelt werden. Das sichert den Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführerinnen wenigstens die Möglichkeit der Teilhabe an der intensivmedizinischen Versorgung – und sei es schlimmstenfalls in der Weise, dass sie Rechtsschutz beanspruchen könnten.

Dass medizinische Fachgesellschaften in dieser Frage der Zuteilung mittlerweile eigene Regeln entwickelt haben (dazu unter II B. 2), macht das staatliche Handeln nicht unnötig, sondern im Gegenteil: erst recht erforderlich. Die mittlerweile mehrfach modifizierten „klinisch-ethischen Empfehlungen“ der medizinischen Fachgesellschaften⁴⁶ fassen nämlich nicht nur fachwissenschaftliche Erkenntnisse über die medizinisch besten Behandlungsmöglichkeiten für Patientinnen und Patienten zusammen und bemühen sich damit einen Behandlungsstandard zu schaffen; sie geben auch

⁴⁴ So Höfling, Rationierung von Gesundheitsleistungen, in: Feuerstein/ Kuhlmann: Rationierung im Gesundheitswesen, 1998, 143 ff (151).

⁴⁵ Vgl. auch Brech, Triage und Recht, S. 311.

⁴⁶ Die Ursprungsfassung der von den Fachgesellschaften verabschiedeten Fassung datiert vom 25.3.2020, eine Version 2, die auch als S1-Leitlinie eingereicht wurde, wurde am 17.4. 2020 veröffentlicht.

162

Empfehlungen für Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen und favorisieren hierfür das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht: Patienten, denen eine höhere Erfolgswahrscheinlichkeit für die intensivmedizinische Behandlung zugeschrieben wird, sollen vorrangig behandelt werden. Unter verschiedenen denkbaren Zuteilungskriterien eines zu favorisieren und zum Leitbild für Entscheidungen über den Zugang zu lebenserhaltenden Behandlungen zu machen, ist aber keine medizinische Tätigkeit mehr, sondern eine normative.

A. Die drohende Triage

1. Die Entwicklung der COVID-19 Pandemie

Ende Dezember 2019 traten gehäuft Lungenentzündungen unbekannter Ursache im chinesischen Wuhan auf. China meldete diese der WHO. Am 7. Januar 2020 wurde von chinesischen Forschern ein neuartiges Coronavirus als Verursacher identifiziert. Die WHO bestätigte diesen Verdacht in einer Stellungnahme vom 9. Januar 2020 und verwies auf den Ausbruch von SARS 2002 und MERS 2012.⁴⁷ Das neue Virus ist eng mit dem SARS-Virus verwandt.⁴⁸

Ein Expertengremium hat im Februar 2020 den Erregernamen SARS-CoV-2 (Schweres Akutes Respiratorisches Syndrom Coronavirus-2) vorgeschlagen. Für die von SARS-CoV-2 ausgelöste Erkrankung hat die Weltgesundheitsorganisation den offiziellen Namen COVID-19 (Coronavirus Disease 2019) festgelegt.

a.) Erste Infektionsfälle in Deutschland

In Deutschland meldete die Tagesschau den ersten infizierten Patienten am 28. Januar 2020. Drei weitere Infektionsfälle waren kurz zuvor in Frankreich nachgewiesen worden. Bundesgesundheitsminister Spahn erklärte am 28. Januar auf Twitter, dass zu erwarten gewesen sei, dass das Virus auch Deutschland erreiche, dass die Bundesrepublik aber gut vorbereitet sei. Das Robert Koch Institut (RKI) schätzte die Gefahr für die Gesundheit der Menschen in Deutschland durch die neue Atemwegserkrankung als „weiterhin gering“ ein.⁴⁹

b.) Ausrufung des internationalen Gesundheitsnotstandes durch die WHO

⁴⁷ WHO Statement regarding cluster of pneumonia cases in Wuhan, China, 9. Januar 2020, auf: <https://www.who.int/china/news/detail/09-01-2020-who-statement-regarding-cluster-of-pneumonia-cases-in-wuhan-china> (zuletzt aufgesucht 17.4.2020).

⁴⁸ SARS wurde im März 2003 (bis Juli 2003) von der WHO als Pandemie charakterisiert. In Deutschland gab es nur wenige dutzend Verdachtsfälle. Weltweit starben 916 Menschen an SARS (RKI, Infektionsepidemiologisches Jahrbuch meldepflichtiger Krankheiten für 2003, Kapitel 6.45, S. 141-143, Berlin 2004).

⁴⁹ Vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin 7/2020 vom 13. Februar 2020, Beschreibung des bisherigen Ausbruchsgeschehens (Stand 12.2.2020), online: https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/07_20.pdf?blob=publicationFile

163

Am 30. Januar erklärte der Generaldirektor der WHO den Ausbruch von SARS-CoV-2 als „Public Health Emergency of International Concern“ (PHEIC) gemäß Artikel 12 Internationale Gesundheitsvorschriften (IGV)⁵⁰. Voraussetzung für die Ausrufung des internationalen Gesundheitsnotstandes ist ein „außergewöhnliches Ereignis“, bei dem sich eine Krankheit über die Grenzen eines Landes hinweg auszubreiten droht und so zum Gesundheitsrisiko für andere Staaten und den internationalen Verkehr wird. Dieses „außergewöhnliche Ereignis“ muss als „ernst, ungewöhnlich oder unerwartet“ eingestuft werden und kann möglicherweise ein sofortiges international koordiniertes Handeln (durch die WHO) erfordern. Die WHO hat seit Inkrafttreten der im Juni 2005 von der 58. Weltgesundheitsversammlung der WHO verabschiedeten reformierten IGV fünf Mal den internationalen Gesundheitsnotstand ausgerufen: Influenza A (April 2009), Poliomyelitis (Mai 2014), Ebola-Fieber (August 2014), Zikavirus (Februar 2016), Ebola-Fieber (Juli 2019). Der Ausbruch von SARS-Cov-2 ist der sechste Fall. Die Ausrufung des Gesundheitsnotstandes führt insbesondere zum Tätigwerden des unter Artikel 48 der IGV etablierten Notstandsgremiums aus Experten, das angemessene zeitliche Empfehlungen nach Artikel 15 IGV empfehlen soll, die der Generaldirektor der WHO erlässt. Am 30. Januar 2020 verzeichnete die John-Hopkins-Universität in Baltimore 9700 Infizierte in China und 118 in anderen Staaten.

c.) Deutschland sieht sich gewappnet: Nationaler Pandemieplan

Am 3. Februar waren insgesamt zehn Menschen in Deutschland positiv auf den SARS-CoV-2 getestet. Im ARD-Morgenmagazin am 3. Februar äußert Gesundheitsminister Spahn an diesem Tag: „Wir haben für jede Entwicklung Pläne. Wir haben auch gelernt aus den letzten Jahren; SARS, EHEC und übrigens auch für eine Grippepandemie.“ In einem Tweet am gleichen Tag konkretisierte der Minister: „Wir sind in Deutschland gut auf das #Coronavirus vorbereitet und haben entsprechende Pandemiepläne.“ Damit bezog sich der Bundesgesundheitsminister auf den Nationalen Pandemieplan, der zwei Teile umfasst: Teil I „Strukturen und Maßnahmen“ wurde gemeinsam von Bund und Ländern verfasst. Er zeigt die Strukturen auf, die sowohl für die Planung als auch im Pandemiefall bereits vorhanden sind oder noch aufgebaut werden müssen, sowie notwendige und/oder mögliche Maßnahmen. Teil II „Wissenschaftliche Grundlagen“ wurde unter der Federführung des Robert Koch-Instituts (RKI) erstellt und beschreibt den wissenschaftlichen Sachstand zur Influenzapandemieplanung und -bewältigung. Dabei wurde das RKI vom Expertenbeirat Influenza beraten. Der wissenschaftliche Teil II dient als fachliche Grundlage, um Entscheidungen über Maßnahmen zur Vorbereitung sowie im konkreten Pandemiefall zu treffen. In den Kapiteln werden z.B. die fachlichen Grundlagen zur Influenza-Surveillance, zu Influenza-Impfstoffkonzepten, pandemielevanten Arzneimitteln und nichtpharmakologischen Maßnahmen dargestellt und fachlich bewertet. Handlungsanweisungen oder Empfehlungen werden im wissenschaftlichen Teil II nicht ausgesprochen.

⁵⁰ Gesetz zu den Internationalen Gesundheitsvorschriften (2005) (IGV) vom 23. Mai 2005 BGBl. Teil II Nr. 23, ausgegeben zu Bonn am 27. Juli 2007, S. 930-994. Umsetzung des Gesetzes durch: „IGV-Durchführungsgesetz vom 21. März 2013 (BGBl. I S. 566), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 27. März 2020 (BGBl. I S. 587) geändert worden ist.

Im Teil I des Nationalen Pandemieplanes befasst sich Kapitel 5 mit der Medizinischen Versorgung. In „Abschnitt 5.1. Hintergrund“ wird formuliert:

„Bei einer schwer verlaufenden Influenzapandemie können insbesondere im Bereich der Intensivversorgung sowie bei Beatmungsplätzen Engpässe auftreten. Trotz des insgesamt moderaten Verlaufs der H1N1 Influenzapandemie im Jahr 2009 waren die Behandlungsplätze für extrakorporale Membranoxygenierung (ECMO) durch schwer erkrankte Patienten zeitweise vollständig ausgelastet“.

Beweis: Nationaler Pandemieplan Teil 1, Stand 2. März 2017, Teil 5, S. 33 bis 35 als Anhang **VB 13**

Anhang 1 zu Kapitel 5 versteht sich als „Planungshilfe für die Krankenhäuser“. Neben der Erhöhung der Bettenkapazität für Influenza-Patienten, der Bevorratung von Schutzmasken und der Schaffung von Möglichkeiten eine Kohortenisolierung durchzuführen, wird unter „5 Ausstattung der Behandlungseinheiten“ unter anderem knapp angeführt „Beatmungsplätze“.

Beweis: Nationaler Pandemieplan Teil 1, Stand 2. März 2017, Anhang zu Teil 5, S. 51 bis 53 als Anhang **VB 14**

Überlegungen, eine Priorisierung bei Patienten vorzunehmen oder noch deutlicher: personelle, sachliche oder räumliche Vorbereitungen für eine Praxis der Triage zu treffen, bei der nicht mehr alle Menschen mit einer medizinischen Indikation für eine lebensrettende Behandlung diese erhalten, sind im Nationalen Pandemieplan nicht enthalten.

d.) Heinsberg wird „besonders betroffene Region“

Am 24./25. Februar 2020 wurde bei einem Ehepaar im Kreis Heinsberg das Virus festgestellt, der Ursprung der Infektion konnte aber nicht geklärt werden. Innerhalb kurzer Zeit wurde Heinsberg zu einem Zentrum der Infektion in Deutschland. Ab dem 6. März wurde Heinsberg vom RKI als „besonders betroffene Region“ geführt.

Am 4. März 2020 wurde vom RKI eine „Ergänzung zum Nationalen Pandemieplan – COVID-19 – neuartige Coronaviruserkrankung“ veröffentlicht, die als übergeordnete Ziele aller Maßnahmen formuliert: „Reduktion der Morbidität und Mortalität in der Gesamtbevölkerung, Sicherstellung der Versorgung erkrankter Personen.“⁵¹ Als Ziel der aktuellen Strategie wurde bezeichnet: „Ziel dieser Strategie ist es, Zeit zu gewinnen um sich bestmöglich vorzubereiten und mehr über die Eigenschaften des Virus zu

⁵¹ Ergänzung zum Nationalen Pandemieplan, COVID-19, S. 7, online: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Ergaenzung_Pandemieplan_Covid.pdf?blob=publicationFile (zuletzt aufgesucht 17.4.2020).

erfahren, Risikogruppen zu identifizieren, Schutzmaßnahmen für besonders gefährdete Gruppen vorzubereiten, Behandlungskapazitäten in Kliniken zu erhöhen, antivirale Medikamente und die Impfstoffentwicklung auszuloten.⁵² Evt. Priorisierungskonzepte für unterschiedliche Patienten und Patientengruppen enthält die „Ergänzung“ nicht.

Beweis: Ergänzung zum Nationalen Pandemieplan, COVID-19, Version 1.0 (Stand 4.03.2020) S. 7 als Anlage VB 15

e.) SARS-Cov-2-Ausbruch wird zur Pandemie erklärt

Am 11. März erklärte der Generaldirektor der WHO, Tedros Adhanom Ghebreyesus, den durch COVID-19 verursachten Ausbruch von SARS-Cov-2 offiziell zur Pandemie. Zu diesem Zeitpunkt wurden in 114 Staaten insgesamt mehr als 118.000 Erkrankungsfälle registriert, 4291 Menschen waren bereits an der neuen Erkrankung gestorben. In Deutschland verzeichnete das RKI in seinem täglichen Lagebericht zur Coronavirus-Krankheit-2019 1567 bestätigte Fälle und 3 verstorbene Menschen, zwei davon aus Heinsberg. In acht Bundesländern sind zu diesem Zeitpunkt bis auf Weiteres alle Großveranstaltungen mit mehr als 1000 Teilnehmenden untersagt. Das RKI schätzt die Gesundheitsgefährdung für die gesamte Bevölkerung als „mäßig“ ein, allerdings könne sie von Region zu Region schwanken und insbesondere in „besonders betroffenen Regionen“ höher sein.

f.) „Es geht darum Zeit zu gewinnen“

Eine Besprechung der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder führt am 12. März zu einem Beschluss, der das deutsche Gesundheitssystem für die befürchteten Anforderungen aufnahmebereit machen soll. Unter „II.“ heißt es:

„Mit dem Ziel, dass sich die Krankenhäuser in Deutschland auf den erwartbar steigenden Bedarf an Intensiv- und Beatmungskapazitäten zur Behandlung von Patienten mit schweren Atemwegserkrankungen durch Covid-19 konzentrieren, sollen, soweit medizinisch vertretbar, grundsätzlich alle planbaren Aufnahmen, Operationen und Eingriffe in allen Krankenhäusern ab Montag auf unbestimmte Zeit verschoben und ausgesetzt werden. Die Bundesregierung stellt durch gesetzliche Maßnahmen zügig sicher, dass die dadurch entstehenden wirtschaftlichen Folgen für die Krankenhäuser seitens der gesetzlichen Krankenkassen ausgeglichen werden und kein Krankenhaus dadurch ins Defizit kommt. Im Gegenzug gibt es zusätzlich einen Bonus, für jedes Intensivbett, das zusätzlich provisorisch geschaffen und vorgehalten wird.“

⁵² Ergänzung, S. 7.

Die Krankenhäuser werden auch aufgefordert, ihre Personalplanungen am Ziel auszurichten, dass „die Durchhaltefähigkeit der Intensiv- und Beatmungsbetten...gestärkt wird.“⁵³

In einer Pressekonferenz am gleichen Tag äußerte Bundeskanzlerin Merkel, dass es darauf ankomme, die Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Wörtlich erklärte sie:

„Wenn das Virus da ist und noch keine Immunität der Bevölkerung gegenüber diesem Virus vorliegt, keine Impfmöglichkeiten existieren, auch noch keine Therapiemöglichkeiten, dann wird ein hoher Prozentsatz der Bevölkerung - Experten gehen von 60 Prozent bis 70 Prozent aus - infiziert, solange dieser Zustand so bleibt. Deshalb wird ja auch - darauf komme ich noch zu sprechen - so intensiv an Therapiemöglichkeiten und Impfstoffen gearbeitet. Wenn wiederum das so ist und man weiß, dass es besondere Gruppen in der Bevölkerung gibt, nämlich Ältere und Menschen mit Vorerkrankungen, bei denen diese Viruserkrankung einen schwereren Verlauf nehmen kann, dann bedeutet das, dass das Vorgehen davon bestimmt sein muss, dass wir unser Gesundheitssystem nicht überlasten, sondern mit den Möglichkeiten des Gesundheitssystems so umgehen, dass wir die Ausbreitung des Virus und der Infizierungen verlangsamen. Deshalb sind alle Maßnahmen, die wir unternehmen, von allergrößter Bedeutung, weil sie uns Zeit geben. Es ist eben nicht egal, was wir tun. Es ist nicht vergeblich und nicht umsonst, auch wenn sich die Ratschläge verändern. Denn die Ratschläge und Empfehlungen, wie man vorgehen soll, orientieren sich immer an der Frage, wie wir sicherstellen, dass unser Gesundheitssystem in der Zeit, in der wir uns mit diesem Virus auseinandersetzen müssen, nicht überlastet wird. Es geht also darum, Zeit zu gewinnen.“⁵⁴

Am 17. März änderte das RKI seine Gefährdungseinschätzung auf „hoch“. Zu diesem Zeitpunkt waren 8.198 laborbestätigte COVID-19-Fälle erfasst. International gab es knapp 200.000 Fälle, davon 31.506 in Italien und 7.683 in Frankreich. Mittlerweile haben alle Bundesländer Verbote für Großveranstaltungen verhängt, außerdem sind in regional unterschiedlichem Maße kulturelle Einrichtungen geschlossen, es gibt zum Teil weitgehende Einschränkungen für Besuche in Krankenhäusern und Altenheimen. Zudem haben alle Bundesländer angekündigt, ab Beginn der 12. Kalenderwoche

⁵³ Erklärung der Bundesregierung, 12. März, online: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/beschluss-zu-corona-1730292>.

⁵⁴ Pressekonferenz von Bundeskanzlerin Merkel, Bundesgesundheitsminister Spahn und RKI-Chef Wieler, 11. März 2020, Mitschrift des Wortlauts, online: <https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/pressekonferenz-von-bundeskanzlerin-merkel-bundesgesundheitsminister-spahn-und-rki-chef-wieler-1729940> (zuletzt aufgesucht am 10. Mai 2020)

Schul- und Kitaschließungen einzuführen. Verschiedene europäische Staaten haben ihre Grenzen geschlossen.⁵⁵

In den folgenden Tagen werden in den Bundesländern in Abstimmung mit der Bundesregierung Leitlinien zur weiteren Beschränkung sozialer Kontakte im öffentlichen Leben verfügt. Bayern und das Saarland verhängen ab dem 21. März eine landesweite Ausgangssperre. Insgesamt ist das öffentliche Leben bundesweit weitgehend eingeschränkt, ohne dass es allerdings vollständig zum Erliegen gekommen wäre. Die verschiedenen Bundesländer haben auf dem Weg von Allgemeinverfügungen unterschiedlich weitgehende und im Detail unterschiedlich ausgestaltete Regelungen erlassen, die aber gemeinsam haben, dass Schulen und Kitas geschlossen sind (wobei in der Regel eine Notversorgung in Kitas aufrecht erhalten bleibt), Veranstaltungen nicht mehr stattfinden, weitreichende Beschränkungen des Kontakts in der Öffentlichkeit auferlegt werden, die allermeisten Geschäfte geschlossen sind, Hotels und Restaurants ebenso wie Fitness-Studios und Freizeitparks oder Zoos geschlossen sind. Dieser „Shut-down“ genannte Zustand soll die Ausbreitung der Infektionen begrenzen und die als R bezeichnete Ansteckungsrate (die Rate wieviele Menschen ein Infizierter durchschnittlich ansteckt) auf unter 1 senken.

Am 22. März vermeldet das RKI für Deutschland 18610 bestätigte Fälle, die Zahl der Toten beträgt 55. Das Gros der Infizierten sind Personen zwischen 15 bis 59 Jahren (14.689 Fälle). 3240 Menschen über 60 Jahre sind erkrankt. Der Altersmedian liegt bei 46 Jahren.

Am gleichen Tag stellte eine Expertengruppe, die vom Staatssekretär im Bundesinnenministerium Markus Kerber geleitet wurde⁵⁶, nach dreitägiger Arbeit ein vertrauliches Papier fertig, das unterschiedliche Szenarien durchspielte, darunter auch ein worst-case-Szenario, das vom Vorhandensein von 28.000 Beatmungsgeräten bei 24.000 Intensivbetten ausgeht. Bei einer Verdoppelung der erfassten Infektionszahlen innerhalb von drei Tagen und ab dem 14. April von sechs Tagen wäre in kurzer Zeit bei einer Infektion der Bevölkerung von 70% das Gesundheitssystem massiv überlastet und es müssten, so die Kalkulation, über 80% der intensivpflichtigen Patienten von den Krankenhäusern abgewiesen werden. Die Phase der Rationierung wird auf zwei Monate veranschlagt, die Zahl der Todesfälle mit einer Million.⁵⁷

⁵⁵ Täglicher Lagebericht des RKI vom 18.3.2020 online:

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-03-18-de.pdf?blob=publicationFile (zuletzt aufgesucht am 18.4.2020)

⁵⁶ Vgl. Bubrowski/Lohse/Wehner, Wie bringt man den Deutschen bei, wie schlimm es wirklich ist?, faz.net 2. April 2020, online: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-wie-bringt-man-deutschen-den-ernst-der-lage-bei-16707527.html?premium> (zuletzt aufgesucht 8.5.2020).

⁵⁷ Wie wir COVID-19 unter Kontrolle bekommen, 22.3.2020, online: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/szenarienpapier-covid-19.pdf?blob=publicationFile&v=4> (zuletzt aufgesucht 26.6.2020).

Beweis: Papier der Expertengruppe (ohne Autorenangabe), Wie wir COVID-19 unter Kontrolle bekommen, 2. Modellrechnung zur Strategiefindung, S. 4, als **Anlage VB 16**

Das günstigste Szenario, als „Hammer and Dance“ bezeichnet, geht von nur einer Million Infizierter aus und etwa 12.000 Todesfällen – zu einer Rationierung käme es hierbei nicht. Voraussetzung für das Erreichen dieses Szenarios soll einerseits eine umfangreiche Testung sein, andererseits eine effiziente und umfassende Isolierung.

Beweis: Papier der Expertengruppe (ohne Autorenangabe), Wie wir COVID-19 unter Kontrolle bekommen, 2. Modellrechnung zur Strategiefindung, S.7, als **Anlage VB 17**

In der Öffentlichkeit sorgt das Papier, das im Ministerium anfangs als Verschluss-Sache qualifiziert war, für Aufmerksamkeit und kontroverse Diskussionen.

g.) Veröffentlichung der „klinisch ethischen Empfehlungen“

Am 25. März verabschiedeten sechs medizinische Fachgesellschaften (die Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), die Deutsche Gesellschaft für Interdisziplinäre Notfall- und Akutmedizin (DGINA), die Deutsche Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin (DGAI), die Deutsche Gesellschaft für Internistische Intensivmedizin und Notfallmedizin (DGIIN), die Deutsche Gesellschaft für Pneumologie und Beatmungsmedizin (DGP), die Deutsche Gesellschaft für Palliativmedizin (DGP)) „klinisch ethische Empfehlungen zu „Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie“. Der Vorstand der Akademie für Ethik in der Medizin unterstützt die genannten Empfehlungen mehrheitlich. Mittlerweile liegt von diesen klinisch-ethischen Empfehlungen eine weitere Fassung vor, die den Status einer S-1-Leitlinie hat.⁵⁸

Beweis: S1-Leitlinie, AWMF-Registernummer 040-013, Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie Version 2, Klinisch-ethische Empfehlungen, 2. Überarbeitete Fassung vom 17.4.2020 als **Anlage VB 18**

Die klinisch-ethischen Empfehlungen wurden mit Blick auf Erfahrungen aus Italien und Frankreich verfasst, wo die medizinische Versorgung mit den vorhandenen intensivmedizinischen Strukturen nicht mehr für alle Patient*innen sichergestellt werden konnte und wo deswegen spontan auf Vorgehensweisen aus der Katastrophenmedizin zurückgegriffen werden musste.⁵⁹

⁵⁸ AWMF-Registernummer 040-013 S1-Leitlinie „Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie - Klinisch-ethische Empfehlungen“, online: <https://www.awmf.org/leitlinien/detail/ll/040-013.html>.

⁵⁹ Vgl. Sven Lemkemeyer, Verwirrung um Triage-Verfahren an Universitäts-Klinik in Straßburg, Tagesspiegel, 27.3.2020. online: https://bit.ly/Triage_France0320 (zuletzt aufgesucht)

Motiviert sind die Empfehlungen durch den „Mangel von Empfehlungen in Deutschland durch hierfür legitimierte Institutionen und (den) absehbar dringlichen Bedarf(s).“ Sie sind konzipiert um „den für die Entscheidungen verantwortlichen Akteuren durch medizinisch und ethisch begründete Kriterien und Verfahrensweisen eine Entscheidungsunterstützung (zu) bieten.“

Beweis: DIVI u.a., Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie - Klinisch-ethische Empfehlungen, Von den Fachgesellschaften verabschiedete Fassung vom 25.03.2020, S. 3 als **Anlage VB 19**

Trotz dieses defensiv formulierten Zieles enthalten die Empfehlungen klare Algorithmen für Priorisierungsentscheidungen, einschließlich der dafür für erforderlich gehaltenen Dokumentationshilfen. Die Bedeutung der „Empfehlungen“ wird dadurch unterstrichen, dass die DIVI seit dem 25. März eine Übersicht über die verfügbaren Behandlungskapazitäten von Intensivstationen veröffentlicht. Im DIVI-Register wird erfasst, in welchen Kliniken aktuell wie viele Plätze für COVID-19-Patienten zur Verfügung stehen und inwieweit diese Kapazitäten ausgelastet sind.⁶⁰

h.) Gesetzgeber und Bundesgesundheitsministerium werden aktiv

Am 25. März berät der Bundestag in seiner 154. Sitzung auch über mehrere Gesetzesentwürfe, die sich mit den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie befassen, darunter den Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht,⁶¹ den Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite,⁶² sowie den Entwurf eines Gesetzes für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 (Sozialschutz Paket).⁶³ Diese Gesetzesvorhaben werden noch am gleichen Tag vom Bundestag beschlossen, der Bundesrat billigt die Gesetze am 27. März. Das Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite⁶⁴ regelt u.a. Ergänzungen des Infektionsschutzgesetzes, die dem Bundesgesundheitsministerium die Kompetenz geben, Rechtsverordnungen zu erlassen, die der Bekämpfung der Epidemie dienen.

Eine der ersten Verordnungen, die auf Grundlage der neuen Befugnisse erlassen worden ist, ist die am 10. April in Kraft getretene Verordnung zur Aufrechterhaltung und Sicherung intensivmedizinischer Krankenhauskapazitäten, die eine Meldepflicht für

21.4.2020). Matthias Rüb, In Bergamo stauen sich die Särge, faz.net 17. März 2020, online: https://bit.ly/Triage_Italien0320.

⁶⁰ <https://www.intensivregister.de/#/intensivregister>

⁶¹ BTDrs. 19/18110

⁶² BTDrs. 19/18111

⁶³ BTDrs. 19/18107

⁶⁴ Verkündet im BGBl. 2020 Teil I Nr. 14, ausgegeben am 27.03.2020, Seite 587.

Intensivbetten beim DIVI-Register konstituiert, sowie eine täglich zu aktualisierende Meldung der Anzahl intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten.

Der Deutsche Ethikrat veröffentlicht am 27. März eine Ad-hoc-Empfehlung zu „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“. Ein wesentliches Thema der Empfehlung ist die Sicherung des dauerhaft hochwertigen, leistungsfähigen Gesundheitssystems und das Bemühen besonders vulnerable Personengruppen nicht zu gefährden. Die Empfehlung zielt darauf, Politik und Gesellschaft dafür zu sensibilisieren, die drohenden Konfliktszenarien auch als normative Probleme zu verstehen.⁶⁵ Die Empfehlung, an deren Entstehung maßgeblich Juristen beteiligt waren⁶⁶, ist bemerkenswert, weil sie dem Staat die Aufgabe zuweist, nicht nur möglichst viele Menschen zu retten, sondern „auch und vor allem die Grundlagen der Rechtsordnung zu garantieren.“ Dabei soll sich aus den Grenzen des staatlichen Normierbaren, die dem Verfassungsrecht geschuldet seien, eine Primärverantwortung der Medizin für Allokationsentscheidungen ergeben, die schon aus Gründen der Gleichbehandlung einheitliche Handlungsmaximen für den klinischen Ernstfall vorgeben müssten.⁶⁷ Das Ergebnis bleibt vage: die Handlungsempfehlungen der Fachgesellschaften werden nicht einer detaillierten Analyse unterzogen, der Gesetzgeber wird nicht unmissverständlich aufgefordert zu handeln.

Ebenfalls am 27. März beschließt der G-BA⁶⁸ neue „Regelungen zu einem gestuften System von Notfallstrukturen in Krankenhäusern: Ausnahmeregelung zur Aufnahmebereitschaft für beatmungspflichtige Patienten.“ § 136c Abs 4 SGB V weist dem G-BA die Aufgabe zu, ein gestuftes System von Notfallstrukturen in Krankenhäusern zu beschließen, die infolge von § 136 Abs 6 SGB V iVm § 94 SGB V dem Bundesministerium für Gesundheit zur Prüfung vorzulegen sind. Die neuen Regelungen, die zum 10. April 2020 in Kraft treten und bis zum 31. Mai 2020 befristet sind, sehen vor, dass die Aufnahmebereitschaft auch für beatmungspflichtige Intensivpatienten auf die Intensivstation nach § 15 (erweiterte Notfallversorgung) und nach § 20 (umfassende Notfallversorgung) nicht mehr innerhalb von 60 Minuten zu veranlassen ist, sondern nur noch „schnellstmöglich“⁶⁹ In den „Tragenden Gründen“ wird dieser Beschluss unter „2. Eckpunkte der Entscheidung“ folgendermaßen begründet:

„In der erwarteten Hochphase der COVID-19-Erkrankungen wird es aller Voraussicht nach zur konzentrierten Inanspruchnahme der Krankenhäuser durch

⁶⁵ Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Coronakrise, Ad-hoc-Empfehlung, 7 Seiten, Berlin 2020, online: https://bit.ly/triage_ethikrat_adhoc2703.

⁶⁶ Vorgestellt wurde der Triage-Abschnitt auf der Bundespressekonferenz am 7. April von Prof. Dr. Steffen Augsberg, der an der Universität Gießen einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht innehat.

⁶⁷ Ethikrat, S. 4 linke Spalte.

⁶⁸ Der G-BA ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts, nach überwiegender Auffassung eine öffentlich-rechtliche Einrichtung sui generis (vgl. Wiegand in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl., § 91 SGB V (Stand: 01.01.2016), Rn. 24.

⁶⁹ BAnz AT 09.04.2020 B6

Patientinnen und Patienten kommen, die auf der Intensivstation beatmet werden müssen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei einer sehr starken gleichzeitigen Inanspruchnahme der Krankenhäuser die zeitliche Vorgabe für die Aufnahme von Patientinnen und Patienten nicht umsetzbar ist. Ein finanzieller Nachteil der Krankenhäuser wäre in diesem Fall unangemessen und von Sinn und Zweck der Regelung nicht umfasst, so dass für die erwartete Hochphase der COVID-19-Erkrankungen die zeitliche Vorgabe für die Aufnahme ausgesetzt ist.⁷⁰

Das Bundesministerium für Gesundheit, dem der Beschluss nach § 94 Abs 1 S 1 SGB V vorgelegt werden muss, teilt unter dem Datum vom 3. April 2020 mit, dass der Beschluss nicht beanstandet wird und weist in diesem Schreiben auch darauf hin, dass es davon ausgehe, dass „der Gemeinsame Bundesausschuss vor dem Ablauf der jeweiligen Ausnahmeregelungen eine Verlängerung der getroffenen Regelungen prüft - wie dies in den Tragenden Gründen zum o.g. Beschluss zu 1. (Seite 3) auch bereits ausgeführt wird.“⁷¹

i.) Kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Am 8. April nimmt der Parlamentarische Staatssekretär Dr. Thomas Gebhart für das Bundesgesundheitsministerium zu einer Anfrage der behindertenpolitischen Sprecherin der Grünen Corinna Rüffer. Frau Rüffer wollte in der schriftlichen Frage mit der Arbeitsnummer 3/514 wissen:

„Frage Nr. 3/514

Teilt die Bundesregierung die vom Deutschen Ethikrat in seiner Ad hoc Empfehlung "Solidarität und Verantwortung in der Corona Krise" vom 27. März 2020 (vgl. <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlungen-corona-krise.pdf>) vertretene Auffassung, es sei sinnvoll, unterschiedliche Ebenen normativer Konkretisierung zu verbinden, weil die medizinischen Fachgesellschaften (die am 26. März 2020 einen Kriterienkatalog veröffentlicht haben, anhand dessen Ärztinnen, Ärzte und Pflegepersonal gemeinsam entscheiden sollen, welche Patientinnen und Patienten im Falle nicht für alle ausreichender Intensivkapazitäten behandelt werden (vgl. <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1540-covid-19-ethik-empfehlungen-v2/file>)) in ihrer Funktion weniger als der Staat durch das Verfassungsrecht begrenzt sind und Orientierungshilfen geben sollten, „welche inhaltlich über das hinausgehen, was staatlicherseits zulässig wäre“ und wenn nein, welchen gesetzgeberischen Handlungsbedarf sieht sie mit

⁷⁰ https://bit.ly/G-BA_Trugend_Notfallvers

⁷¹ Schreiben des BMG an den Gemeinsamen Bundesausschuss, 3. April 2020, online: https://www.g-ba.de/downloads/40-268-6490/2020-03-27_Not-Kra-R_Ausnahmeregelung-Beatmung_BMG.pdf (zuletzt aufgerufen am 2. Mai 2020).

Blick auf die Frage, nach welchen Kriterien Allokationsentscheidungen in Situationen getroffen werden sollten, in denen aufgrund zu knapper Ressourcen nicht alle Behandlungsbedürftigen behandelt werden können?

Staatssekretär Dr. Gebhart antwortet, dass zu diesen „medizinethischen Fragen“ kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe.

Beweis: Schreiben von StS Dr. Thomas Gebhart an MdB Frau Corinna Rüffer vom 8. April 2020 zur Schriftlichen Fragen im Monat März, Arbeitsnummer 3/514 als **Anlage VB 20**

Am 10. April 2020 gibt es in Deutschland 113.525 laborbestätigte COVID-19-Fälle, die an das RKI übermittelt wurden, darunter 2373 Todesfälle in Zusammenhang mit COVID-19-Erkrankungen. 86 Prozent der gestorbenen Menschen und 16 Prozent aller infizierten Menschen sind 70 Jahre und älter. Zu diesem Zeitpunkt sind dem RKI zufolge 18.669 Intensivbetten registriert, von denen 11.060 (50 Prozent) belegt sind. Gleichzeitig vermeldet das RKI 2204 Menschen mit COVID-19 bedingten Erkrankungen in intensivmedizinischer Behandlung von denen 1810 (79 Prozent) beatmet sind. 2475 intensivmedizinische Behandlungen sind zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen, 733 der behandelten Menschen (also 30 Prozent) sind verstorben.⁷²

Im April verstärken sich in der Bundesrepublik die Forderungen nach Lockerungen des sogenannten Shut-Down, sowohl Politiker*innen als auch Vertreter*innen der vom Shut-Down betroffenen Unternehmen und von Bürgerrechtsgruppen verlangen, dass das soziale und gesellschaftliche Leben wieder begonnen werden kann.

Am 15. April fasst die Bundesregierung zusammen mit den Bundesländern Beschlüsse, die einerseits den Eindämmungskurs bis zum 3. Mai fortschreiben, andererseits dazu führen, dass bestimmte Maßnahmen aus der strikten Shut-Down in den Bundesländern wieder gelockert oder sogar aufgehoben werden: Geschäfte bis 800 qm Größe können geöffnet werden, wenn sie mit Maßnahmen sicherstellen, dass die Kontaktbeschränkungen in den Geschäften umgesetzt werden, Schulen werden teilweise für die Abiturprüfungen, aber dann auch für den Unterricht einzelner Klassenstufen ab dem 27. April wieder geöffnet, auch das Krankenversorgungssystem soll wieder in eine „neue Normalität“ überführt werden. Am 17. April verkündet Bundesgesundheitsminister Spahn: „Wir wollen ab Mai ca. 25-30% der Intensivbetten für Covid19-Behandlungen vorbehalten.“⁷³ Am 21. April gibt das Bundesgesundheitsministerium bekannt, dass es einen Fachbeirat gegründet hat, der überprüft, wie die Maßnahmen des „COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetzes“ sich auf die wirtschaftliche Lage der Krankenhäuser auswirken.

⁷² Alle Zahlen nach „Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)

⁷³ <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/chronik-coronavirus.html>

2. Die Gegenwärtige Lage

Die gegenwärtige Lage ist geprägt von zum Teil sehr weitgehenden Lockerungen, mit denen das öffentliche Leben wieder in Gang gebracht wird um wirtschaftliche und soziale Härten abzufedern und zu entspannen, aber auch um den niedrigeren Infektionszahlen und deutlichen Verbesserungen der Ansteckungsziffern Rechnung zu tragen. Die medizinische Versorgungssituation wird dabei offenbar optimistischer gesehen, was seinen Ausdruck auch in der avisierten Rückkehr der Krankenhäuser in eine „neue Normalität“ findet.

Gleichwohl ist die Möglichkeit einer raschen Veränderung auch der medizinischen Versorgungslage gegeben. Nicht zuletzt deswegen haben die medizinischen Fachgesellschaften ihre Empfehlungen zu „Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie“ mit Stand vom 17. April auf eine Version 2 aktualisiert⁷⁴, die nun auch von einer weiteren Fachgesellschaft (der Deutschen Gesellschaft für Neurointensiv- und Notfallmedizin (DGNI) mitgetragen wird. Die aktualisierte Fassung wurde zudem in Form einer medizinischen S-1-Leitlinie, die von einer Expertengruppe im informellen Konsens erarbeitet wurde, verabschiedet, die für April 2021 zur Überprüfung vorgesehen ist.

Beweis: Leitlinien-Detailansicht, Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen..., Registernummer 040-013, Klassifikation: S1 als **Anlage VB 21**

Die Bearbeitung der „Klinisch-ethischen Empfehlungen“ als S1-Leitlinie unterstreicht, dass auch in der medizinischen Fachwelt weiterhin konkreter Bedarf für Regelungen gesehen wird, da dramatische Versorgungsengpässe angesichts einer Pandemie auch für die Zukunft als realistische Entwicklung beurteilt werden. Zudem wird dadurch hervorgehoben, dass die Empfehlungen das Versorgungsgeschehen auch dauerhaft bestimmen soll und nicht nur als aktuelle Reaktion auf eine zugespitzte Versorgungssituation zu verstehen ist.

Entwicklungen an einzelnen Infektionshotspots in Deutschland, wie beispielsweise der Fleischindustrie, aber auch Brennpunkt-Quartiere wie in Göttingen zeigen, die zu einem offiziellen Lockdown in Gütersloh und Warendorf⁷⁵ und zu einem Quasi-Lockdown mit einer zwangsweise durchgesetzten Quarantäne für Wohnblöcke in Göttingen geführt haben⁷⁶, unterstreichen die anhaltende Brisanz der Situation.

⁷⁴ <https://bit.ly/Triage-LeitlinieS10420>

⁷⁵ Vgl. Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in Regionen mit besonderem Infektionsgeschehen (Coronaregionalverordnung – CoronaRegioVO) des Ministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 23. Juni 2020.

⁷⁶ Quarantäne für Göttinger Wohnkomplex läuft um Mitternacht aus, <https://www.goettingen.de/aktuelles/quarantaene-fuer-goettinger-wohnmplex-laeuft-um-mitternacht-aus-2020-06-25.html> (zuletzt aufgesucht am 27. Juni 2020).

Der Virologe Christian Drosten warnt deswegen auch, wie andere Experten, vor der Gefahr einer zweiten Welle:

„Ich bin nicht optimistisch, dass wir in einem Monat noch eine so friedliche Situation haben wie jetzt, was die Epidemietätigkeit angeht. In zwei Monaten, denke ich, werden wir ein Problem haben, wenn wir nicht wieder jetzt alle Alarmsensoren anschalten“⁷⁷

Eine Regelung, die eine eventuell erforderliche Verteilung lebensrettender und lebenserhaltender medizinischer Ressourcen auf Basis von derzeit nicht gesetzlich vorgegebenen Kriterien normiert, ist – so weit ersichtlich – weiterhin nicht geplant.

B. Die rechtliche Lage: Normen zur Verteilung zu knapper Ressourcen existieren nur im Transplantationsrecht

Das medizinische Versorgungssystem in Deutschland ist derzeit grundsätzlich und auch im Bereich der Intensivmedizin darauf ausgelegt, ausreichend Behandlungsplätze zur Verfügung zu stellen. Für Priorisierungsentscheidungen bei indizierten lebenserhaltenden und lebensrettenden Behandlungen gibt es derzeit keine spezifische Rechtsgrundlage. (dazu unter 1.).

Die Bundesregierung und der Bundestag halten es, ebenso wie die Medizinischen Fachgesellschaften, aber auch weitere Teile der Gesellschaft einschließlich der Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer, aber konkret im Rahmen dieser Pandemie für möglich, dass solche Priorisierungs-Entscheidungen getroffen werden müssen. Dennoch ist für diese drohenden Priorisierungs-Entscheidungen aber kein Gesetzgebungsverfahren in die Wege geleitet (dazu unter 2.).

1.) Die rechtlichen Rahmenbedingungen für möglicherweise lebensrettende, medizinische Behandlungsmaßnahmen sehen keine Priorisierung vor.

a.) Sozialrecht: SGB V (in Verbindung mit SGB I)

Der Zugang des Individuums zu medizinischen Behandlungen, insbesondere zu Behandlungen im Krankenhaus, wird in Deutschland überwiegend über die krankenversicherungsrechtlichen Ansprüche, sowie entsprechende spezielle Normen – beispielsweise des Beihilferechts, des Rechts der truppenärztlichen Versorgung oder auch des Sozialhilferechts – geregelt.

Allerdings ist eine allgemeine staatliche Verantwortung für die stationäre Krankenversorgung verfassungsrechtlich in der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und im

⁷⁷ NDR, (C50) Coronavirus-update: Das Virus kommt wieder, Sendeatum 23.06.2020, 14:24 (Transkript des Senders), https://www.ndr.de/nachrichten/info/50-Coronavirus-Update-Das-Virus-kommt-wieder_podcastcoronavirus228.html (zuletzt aufgesucht am 27.6.2020).

Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) sowie durch den aufgabenrechtlichen Gehalt der Kompetenzvorschrift in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 a GG konstituiert.⁷⁸

Für die Beschwerdeführenden, die, wie etwa 73 Millionen von 83 Millionen Menschen in Deutschland⁷⁹, Mitglieder in gesetzlichen Krankenversicherungen sind, ist leistungrechtlich das SGB V einschlägig.

In der GKV herrscht grundsätzlich das Bedarfsprinzip⁸⁰ mit einer „Leistungsbereitstellungsgarantie“.⁸¹ Bei Feststellung einer behandlungsbedürftigen Krankheit wird die erforderliche Behandlung grundsätzlich gewährt. Ausnahmen bilden die in § 34 SGB V ausgeschlossenen Arznei-, Heil- und Hilfsmittel. Der Ausschluss betrifft einerseits Mittel, deren Verordnung dem Wirtschaftlichkeitsgebot (§§ 2 Abs. 1, 12 Abs. 1) zuwiderlaufen würde, andererseits Mittel, bei denen die Kostentragung dem Versicherten zumutbar erscheint und in seiner Eigenverantwortung liegen soll.⁸² Lebenserhaltende oder lebensrettende Behandlungen fallen nicht in diese Gruppe.

§ 39 Absatz 1 Satz 2 SGB V sieht vor:

„Versicherte haben Anspruch auf vollstationäre oder stationsäquivalente Behandlung durch ein nach § 108 zugelassenes Krankenhaus, wenn die Aufnahme oder die Behandlung im häuslichen Umfeld nach Prüfung durch das Krankenhaus erforderlich ist (...).“

Im Krankenhaus haben Versicherte „im Rahmen des Versorgungsauftrages“ Anspruch auf „alle Leistungen, die im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit... notwendig sind.“ (§ 39 Abs 1 Satz 3 SGB V). Der Anspruch der Versicherten korrespondiert mit einer Verpflichtung der zugelassenen Krankenhäuser. Nach § 109 Abs 4 S 2 SGB V ist das nach § 108 SGB V zur stationären Krankenhausbehandlung zugelassene Krankenhaus „im Rahmen seines Versorgungsauftrages zur Krankenhausbehandlung (§ 39) der Versicherten verpflichtet“. Ein Teil der Krankenhausplanung im Rahmen des Versorgungsauftrages betrifft auch die in § 136c Abs 4 SGB V geregelte Notfallversorgung, für die der G-BA Richtlinien entwickelt hat, die zuletzt am 27. März 2020 überarbeitet wurden. Die Erfüllung der Anforderungen der Richtlinie ist Voraussetzung für gestaffelte Zuschläge, die die Krankenhäuser für die Notfallversorgung erhalten. In den § 15 und 20 der Richtlinie ist geregelt, dass im Rahmen der erweiterten bzw. umfassenden Notfallversorgung die mindestens 10 bzw. mindestens 20 Betten-Stationen auch für beatmungspflichtige Intensivpatienten innerhalb von 60 Minu-

⁷⁸ Igl/Welti, GesundheitsR, § 20 Krankenhäuser Rn. 7, München 3. A. 2018.

⁷⁹ Verband der Ersatzkassen, Daten zum Gesundheitswesen: Versicherte, stand 23.4.2020, online: https://www.vdek.com/presse/daten/b_versicherte.html (zuletzt aufgesucht 26.4.2020).

⁸⁰ Vgl. § 11 Abs 1 Nr. 4 iVm. § 27 Abs 1 S 1 SGB V.

⁸¹ So das BSG, BSG, Urteil vom 28.06.1983 – 8 RK 22/81, BSGE 55,188. Vgl. auch Brech, Triage und Recht, Berlin 2008, S. 154.

⁸² Vgl. Becker/Kingreen/Axer, 6. Aufl. 2018, SGB V § 34 Rn. 1-3

ten nach Krankenhausaufnahme eine Aufnahmebereitschaft hergestellt ist. Diese Anforderung ist für die Zeit vom 1. April 2020 bis zum 31. Mai 2020 durch die Anforderung einer „schnellstmöglichen Aufnahmebereitschaft“ ersetzt worden.⁸³

Allerdings stehen die Leistungen des Dritten Kapitels des SGB V – zu denen auch § 39 SGB V gehört, der dort im Fünften Abschnitt zu finden ist – nach § 2 Abs 1 SGB V unter dem Vorbehalt des Wirtschaftlichkeitsgebotes (§ 12 SGB V), sie „müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten.“ Konkretisiert wird diese Einschränkung durch § 137c Abs 1 SGB V, der dem G-BA die Aufgabe zuweist, Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, die zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen einer Krankenhausbehandlung angewandt werden oder angewandt werden sollen, daraufhin zu überprüfen, ob sie für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse erforderlich sind. Nicht erforderliche Methoden der Krankenhausbehandlung sind in der „Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschuss zu Untersuchungs- und Behandlungsmethoden im Krankenhaus“ aufgeführt, die zuletzt am 16. Januar 2020 geändert und in dieser Fassung⁸⁴ am 9. April 2020 in Kraft getreten ist. In Anlage I sind zudem Untersuchungs- und Behandlungsmethoden aufgeführt, die nach Bewertung als für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten erforderlich angesehen wurden. Diese Liste ist aber nicht abschließend, sondern führt ausschließlich die vom G-BA in Verfahren nach § 137c SGB V bewerteten Methoden dar (vgl. § 1 Abs 3 Richtlinie).

Diese Einschränkungen betreffen aber jeweils alle in gesetzlichen Versicherungen krankenversicherten Patient*innen, sie dienen auch nicht einer Allokation einer jeweils knappen Ressource im Gesundheitssystem, sondern sollen verhindern, dass die Versicherungsgemeinschaft (und damit auch die jeweiligen Versicherten) durch die Kosten für nicht erforderliche Behandlungen belastet werden.

Auch von diesem Grundsatz gibt es eine Ausnahme, die auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Dezember 2005, den sogenannten Nikolausbeschluss⁸⁵, zurückgeht. Absatz 1a des § 2 SGB V sieht für Versicherte mit einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung, für die eine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Leistung nicht zur Verfügung steht, einen Anspruch auf eine vom allgemein anerkannten Standard abweichende Leistung vor, „wenn eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.“ Diese Entscheidung reagiert darauf, dass die Rechtsprechung in der Vergangenheit das gesetzlich normierte Leistungsrecht des SGB V weiterentwickelt und dadurch Konstellationen geschaffen hat, in denen Versicherte im Rahmen des SGB V für ihre lebensbedrohlichen Erkrankung keine Behandlung erhielten, weil anerkannte Methoden nicht

⁸³ BAnz AT 09.04.2020 B6, online: <https://www.g-ba.de/beschluesse/4225/> (zuletzt aufgesucht am 2. Mai 2020)

⁸⁴ BAnz AT 08.04.2020 B2

⁸⁵ BVerfGE 115, 25 (06.12.2005 - 1 BvR 347/98)

zur Verfügung standen oder nicht wirkten, Methoden, die vielleicht Aussicht auf Erfolg gehabt hätten, aber nicht anerkannt und deren Erbringung im Rahmen des Leistungsanspruchs auch nicht vorgesehen war.⁸⁶

In der Entscheidung heißt es:

„Die Gestaltung des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung hat sich an der objektiv-rechtlichen Pflicht des Staates zu orientieren, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des GG Art 2 Abs 2 S 1 zu stellen (vgl BVerfG, 1977-10-16, 1 BvQ 5/77, BVerfGE 46, 160 <164> und 2004-03-19, 1 BvR 131/04, NJW 2004, 3100). Dies gilt insbesondere in Fällen der Behandlung einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung.“

Und weiter:

„Übernimmt der Staat mit dem System der gesetzlichen Krankenversicherung Verantwortung für Leben und körperliche Unversehrtheit der Versicherten, so gehört die Vorsorge in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung unter den genannten Voraussetzungen zum Kernbereich der Leistungspflicht und der von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geforderten Mindestversorgung.“⁸⁷

Damit ist – wenn auch in anderem Zusammenhang – die besondere Bedeutung der Versorgung von Patientinnen und Patienten mit Behandlungsmöglichkeiten bei lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankungen festgehalten. Dagegen ist eine Begrenzung des Leistungsanspruchs gerade in solchen Konstellationen nirgendwo festgehalten.

Im Gegenteil: Das SGB I verpflichtet in § 17 Abs 1 die Leistungsträger darauf hinzuwirken, dass jeder Berechtigte, die ihm zustehenden Sozialleistungen in zeitgemäßer Weise, umfassend und zügig erhält, sowie die zur Ausführung von Sozialleistungen erforderlichen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen. Als Leistungsträger werden in § 12 SGB I die in §§ 18 bis 29 genannten Körperschaften, Anstalten und Behörden bestimmt. In § 21 werden die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung definiert, zu denen in § 21 Nr. 2 d) auch die Krankenhausbehandlung zählt. § 31 SGB I formuliert hinsichtlich der Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen den Vorbehalt des Gesetzes – was sich auch auf Einschränkungen der Rechte formulierten Rechte bezieht.⁸⁸

⁸⁶ Vgl. Jousen, § 2 Abs. 1a SGB V – Die Umsetzung des Nikolausbeschlusses des BVerfG, SGB 2012, 625-630.

⁸⁷ BVerfG, Beschluss vom 06. Dezember 2005 – 1 BvR 347/98 –, BVerfGE 115, 25-51

⁸⁸ Vgl. BeckOK SozR/Gutzler, 56. Ed. 1.3.2020, SGB I § 31 Rn. 10.

b) Zivilrecht

Zivilrechtlich wird das Verhältnis von behandelndem Arzt und Patienten durch die §§ 630a ff. geprägt. Das gilt nach einhelliger Meinung auch für gesetzlich krankenversicherte Patienten. Es trifft auch für die Beziehung zwischen dem gesetzlich krankenversicherten Patienten und einem aufnehmenden Krankenhaus zu⁸⁹. Zwischen Patient und behandelndem Arzt wird ein Behandlungsvertrag geschlossen, mit dem vertrags-typische Pflichten begründet werden, die in § 630a geregelt sind. Die im Vertrag erwähnte „medizinische Behandlung“ hat dabei nach „allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen.“ Was genau die Behandlung umfasst, muss vom Behandelnden und der Patientin oder dem Patienten, in der Regel auf Basis einer medizinischen Indikation, nach einer umfassenden Aufklärung über „sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände“ (§ 630e BGB) vereinbart werden. Durchgeführt werden darf eine Behandlung nur, nachdem der oder die Behandelnde die Einwilligung des Patienten oder ggf. auch eines hierzu Berechtigten eingeholt hat (§ 630d Abs 1 BGB).⁹⁰

Damit haben Patientinnen und Patienten (oder ihre Vertreterinnen oder Vertreter, ggf. unter den Voraussetzungen der § 1904 Abs 2, 4 BGB) durchaus die Möglichkeit in eine indizierte und möglicherweise lebensrettende intensivmedizinische Behandlung nicht einzuwilligen und stattdessen keine Behandlung oder eine Palliativversorgung in Anspruch zu nehmen.

Das Krankenhaus kann aus den Regelungen der §§ 630a ff. BGB aber keine Berechtigung herleiten, anstelle der medizinisch indizierten möglicherweise lebensrettenden Behandlung ohne bzw. gegen den Willen nur eine andere, das Leben nicht rettende, Behandlung anzubieten. Das unterstreicht auch § 136c SGB V, der zumindest für die in die Krankenhausplanung aufgenommenen Kliniken eine Rechtsgrundlage für die Schaffung von Qualitätsindikatoren liefert, die die Behandlungsqualität an die oben dargestellten Anforderungen des SGB V anbindet.⁹¹

Wenn allerdings im Notfall die Beatmungsplätze einer Klinik belegt und auch sonst keine Beatmungsgeräte zur Verfügung stehen und die Anforderungen der vom Bundesgesundheitsminister genehmigten Richtlinie (und etwaiger Änderungsregelungen) erfüllt werden⁹², kann eine intensivmedizinische Beatmungs-Behandlung neu in der Klinik ankommender Patienten unmöglich sein und daher (zumindest zeitweise) nicht

89 Laufs/Katzenmeier/Lipp, III. Der Behandlungsvertrag Rn. 1, Arztrecht, 7.A. München 2015,

90 Vgl. hierzu auch Laufs/Katzenmeier/Lipp, III. B. Die Parteien des Behandlungsvertrages, Rn. 11, Arztrecht, 2015

91 Umgekehrt kann vom Krankenhaus – insbesondere in Zusammenhang mit haftungsrechtlichen Auseinandersetzungen – nicht verlangt werden, dass es mehr einsetzt, als an Ressourcen zur Verfügung gestellt wird. Vgl. Quaas/Zuck/Clemens, Quaas § 14, Rn. 131 f, München 4. A. 2018.

92 Die gegenwärtig (Stand 4. Mai 2020) keine Bereitstellung eines Beatmungsplatzes innerhalb einer bestimmten Zeit mehr vorsehen, sondern nur noch innerhalb des relativ zu bestimmenden Zeitraumes „schnellstmöglich“.

durchgeführt werden. Die vertragsrechtlichen Grundlagen des Verhältnisses von Patient und Krankenhaus stellen aber (ebensowenig wie die sozialrechtlichen Regelungen) eine Rechtsgrundlage dar, die ermöglichen eine nach wie vor indizierte Behandlung eines Patienten abubrechen, um den Beatmungsplatz einem anderen Patienten zur Verfügung zu stellen. Gleiches dürfte – bei grundsätzlich gleicher Dringlichkeit der Behandlung und bei in beiden Fällen gegebener Indikation – gelten, wenn für einen später aufgenommenen Patienten ebenfalls ein Beatmungsplatz benötigt wird: das Kriterium „schnellstmöglich“ setzt an der zeitlichen Dimension an, es bietet keinen Ansatzpunkt für qualitative Differenzierungen.

Daran ändert auch das Vorliegen der Klinisch-Ethischen Empfehlungen „Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie Version 2“ nichts, die die Form einer S-1-Leitlinie hat.⁹³

Die Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF) unterscheidet zwischen Leitlinien der Klassifikationsstufen S 1 (Handlungsempfehlungen von Expertengruppen mit Konsensfindung in einem informellen Verfahren), S 2k (Konsensbasierte Leitlinie, bei der ein repräsentatives Gremium eine strukturierte Konsensfindung vorgenommen hat), S 2e (Evidenzbasierte Leitlinie, der eine systematische Recherche, Auswahl und Bewertung der Literatur zugrunde liegt) sowie S 3 (Evidenz- und konsensbasierte Leitlinie, für die ein repräsentatives Gremium eine systematische Recherche durchgeführt und eine strukturierte Konsensfindung betrieben hat).⁹⁴

Ärztliche Behandlungsleitlinien der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften sind zwar Instrumente der Qualitätsentwicklung im Gesundheitswesen. Gleichzeitig sollen sie nachvollziehbar machen, wie Ärztinnen und Ärzte ihre Therapien planen und Behandlungsentscheidungen treffen. Evidenzbasierte Leitlinien können zur Harmonisierung des Rechts, insbesondere des Haftungs- und Sozialrechts beitragen.⁹⁵ Gleichzeitig handelt es sich bei Leitlinien aber um private Normen, da den Fachgesellschaften als privatrechtlich organisierten Vereinen weder originäre, noch vom Staat verliehene Rechtssetzungskompetenz zusteht.⁹⁶ Im Sozialrecht hat der Gesetzgeber dem G-BA und dem IQWiG (§§ 137ff, 137e, 139a SGB V) entsprechende Aufgaben erteilt, wobei hier die gesundheitsökonomischen Aspekte eine herausragende Rolle spielen. Im Haftungsrecht kommt die entscheidende Rolle dem medizinischen Standard zu⁹⁷, für dessen Feststellung den Leitlinien – insbesondere den evidenz- und konsens-basierten S3-Leitlinien – ggf. indizielle Bedeutung zukommt.

93 AWMF-Registernummer 040-013, S1-Leitlinie „Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie – Klinisch-ethische Empfehlungen“, Stand 30.4.2020, gültig bis 30.4.2021, online: <https://www.awmf.org/leitlinien/detail/ll/040-013.html> (zuletzt aufgesucht 20. Juni 2020).

94 Vgl. AWMF online, P&O Stufenklassifikation, online: <https://www.awmf.org/leitlinien/awmf-regelwerk/ll-entwicklung/awmf-regelwerk-01-planung-und-organisation/po-stufenklassifikation.html> (zuletzt aufgesucht am 2.5.2020).

95 So Mengel, Sozialrechtliche Rezeption ärztlicher Leitlinien, Baden-Baden 2004, S. 67.

96 Mengel, Sozialrechtliche..., S. 93.

97 Vgl. BGH, Urteil vom 15.4.2014 – VI ZR 382/12.

Der medizinische Standard ist der jeweilige Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Praxis bewährt hat. Der medizinische Standard ist für die behandelnden Ärzte verbindlich und ist damit ein rechtlich relevanter Standard.⁹⁸ Auswahlentscheidungen, wie sie die Klinisch-Ethischen Empfehlungen der Medizinischen Fachgesellschaften in die Diskussion gebracht haben, geben aber nicht in erster Linie einen Stand naturwissenschaftlicher Erkenntnis wieder, den einzubeziehen die Erreichung eines Behandlungsziels ermöglicht oder erleichtert, sie setzen vielmehr ein normatives Ziel, nämlich einen ggf. wegen Ressourcenknappheit erforderliche Priorisierung von Patienten am Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht zu orientieren.⁹⁹

c) Strafrecht

Auch das Strafrecht liefert keine Rechtsgrundlagen, die klären nach welchen Kriterien intensivmedizinische Ressourcen in einer dilemmatischen Mangelsituation zugeteilt werden sollen. Allenfalls verbietet es bestimmte Vorgehensweisen und stellt sie unter Strafe, wobei die Tat- und Täter-Orientierung des Strafrechts, die sich mit Fragen der Schuld einzelner zu befassen hat, angesichts der hier streitbefangenen Fragen der Verteilungsgerechtigkeit schon systematisch weder befriedigenden Antworten zu geben noch zuverlässige Klärungen vorwegzunehmen vermag.

Für die strafrechtliche Beurteilung von Zuteilungs-Entscheidungen sind zwei Grundkonstellationen zu unterscheiden, die Triage bei Ex-ante-Konkurrenz und die Triage bei Ex-post-Konkurrenz.¹⁰⁰ Die Triage bei Ex-ante-Konkurrenz bezeichnet Konstellationen, in denen die Zahl der unbesetzten Beatmungsplätze kleiner ist als die Zahl der Patienten, die ihrer akut bedürfen. Die Ex-post-Triage ist hingegen dadurch charakterisiert, dass es nicht um die Verteilung noch freier Kapazitäten geht, sondern in bereits begonnene Behandlungen eingegriffen wird, um Behandlungsmöglichkeiten für neue Patienten zu schaffen, die nach Triage-Kriterien Priorität genießen sollen.¹⁰¹

Die innerhalb dieses Rahmens in Frage kommenden ärztlichen Entscheidungen, eine medizinisch indizierte Behandlung entweder gar nicht erst aufzunehmen oder aber eine bereits begonnene Behandlung abubrechen, erfüllen jeweils den Tatbestand eines Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts, wenn der Patient als zurechenbare Folge der Entscheidung verstirbt oder an der Gesundheit geschädigt wird.¹⁰²

98 Muche-Borowski, Kopp, Medizinische und rechtliche Verbindlichkeit von Leitlinien, Z Herz-Thorax-Gefäßchir 2015, 29:116-120.

99 In diese Richtung argumentieren auch Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? – Die COVID-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, NJW 2020, 1398: „Handlungsanweisungen bei Lebensnotstands-Dilemmata sind auch in medizinischen Katastrophenfällen zuvörderst eine normative Problematik.“

100 Vgl. Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise – Ad-Hoc-Empfehlung, Berlin, 2020, S. 4.

101 Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404); Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, 1398.

102 Die Schwierigkeiten in so einem Fall eine Kausalität und einen entsprechenden Vorsatz nachzuweisen, können allerdings unter Umständen erheblich sein. Vgl. dazu den Göttinger

Bei der Nichtaufnahme einer indizierten Behandlung wird der Tatbestand dabei durch (unechtes) Unterlassen verwirklicht, sofern der Garantenpflicht des Arztes die verweigerter Einwilligung des Patienten oder dessen mutmaßlicher Wille entgegenstehen.¹⁰³

Wie der Abbruch einer intensivmedizinische Behandlung, insbesondere einer invasiven Behandlung rechtlich im Einzelnen bewertet wird, ob als Handeln oder als Unterlassen, ist im Einzelnen umstritten. Ob darin ein aktives Tun oder ein Unterlassen (sog. Unterlassen durch Tun) zu sehen ist, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt¹⁰⁴; der BGH hat das Abschalten eines Beatmungsgeräts (Respirators) in seiner Entscheidung zur Sterbehilfe als aktives Tun eingeordnet, die Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen dann aber im Kontext der Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch für unerheblich erklärt¹⁰⁵. Auf die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen kommt es allerdings erst auf der Rechtfertigungs- und nicht schon auf der Tatbestandsebene an.

Auf der Rechtfertigungsebene sind die Konstellationen der Ex-ante-Triage und Ex-post-Triage unterschiedlich zu bewerten.

Bei der Ex-ante-Triage kommt eine Rechtfertigung durch die gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsfigur der rechtfertigenden Pflichtenkollision in Betracht. Deren Kerngedanke lautet, dass die Rechtsordnung von einem Menschen, den zwei kollidierende Handlungspflichten treffen, die aber nur alternativ und nicht kumulativ erfüllbar sind, nichts Unmögliches verlangen darf. Demgemäß entfällt die Rechtswidrigkeit, wenn bei Kollision verschiedenwertiger rechtlicher Pflichten die höherwertige Pflicht, oder bei Kollision gleichwertiger Pflichten eine der Pflichten, erfüllt wird. Bezogen auf die Ex-ante-Triage wäre demnach die unterlassene Behandlung eines Patienten, also die Tötung eines Menschen durch Unterlassen bei gleichzeitiger Rettung eines anderen Menschen, gerechtfertigt, wenn keine Möglichkeit besteht beide zu retten.¹⁰⁶ Voraussetzung ist allerdings auch, dass die Behandlung des geretteten Patienten im Zeitpunkt des Beginns der rettenden Behandlung in gleichem Maße dringlich ist, wie bei dem nicht geretteten Patienten, da es ansonsten an der Gleichwertigkeit der kollidierenden Rettungspflichten fehlt.¹⁰⁷ Das dürfte aber bei akut beatmungspflichtigen Personen oftmals der Fall sein. Allerdings ist auch ein Geschehen vorstellbar bei dem

Leberallokationsskandal (bei dem allerdings Zuteilungskriterien vorlagen): BGH, Urteil vom 28.6.2017 – 5 StR 20/16, NJW 2017, 3249. Vgl. auch Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, 1398.

¹⁰³ Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, 1398 (1399). Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404).

¹⁰⁴ Für ein aktives Tun: Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, 1398 (1401), m.w.N.; Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (405 f.); für ein Unterlassen: Gaede, Kubiciel, Saliger, Tsambikakis, medstra 2020, 129.

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09 = BGHSt 55, 191 = NJW 2010, 2963.

¹⁰⁶ Gaede, Kubiciel, Saliger, Tsambikakis, medstra 2020, 129; Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404).

¹⁰⁷ Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, (1401f.); Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404 f.)

auf einer Intensivstation dem noch nicht so dringlichem behandlungsbedürftigem Patienten eine Beatmungsbett gibt, dessen Behandlung besonders aussichtsreich erscheint, weil man befürchtet, dass am nächsten Tag angesichts der eskalierenden Infektionssituation kein Bett mehr bereitstehen könnte und man vermeiden möchte, dann einen Patienten zu extubieren, wenn man den aussichtsreichen Patienten retten möchte.

Gänzlich unerheblich ist aus strafrechtlicher Sicht hingegen, nach welchen Kriterien und aus welcher Motivation der Garant in der Situation der rechtfertigenden Pflichtenkollision (wenn diese angenommen werden kann) seine Auswahlunterscheidung trifft. Auch moralisch höchst verwerfliche Motive lassen die Rechtfertigung, ungeachtet der Vorgaben des Art. 3 GG und des Art 25 UN-BRK (dazu unten), nicht entfallen.¹⁰⁸ Die Auswahlentscheidung findet strafrechtlich betrachtet in einem „nicht-justiziablen“¹⁰⁹ Raum statt – allerdings nur solange es keine spezielleren rechtlichen Regelungen gibt.

Hinsichtlich der Ex-post-Triage wird die Frage der Rechtfertigung hingegen unterschiedlich beurteilt. Ausgehend davon, dass es sich beim Behandlungsabbruch, anders als in der Situation der Ex-ante-Triage, um eine Tötung durch aktives Tun handelt, geht eine Ansicht davon aus, dass eine Kollision von Unterlassungs- und Handlungspflicht vorliegt und die aktive Tötung daher nur unter den Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB) und nicht durch die Figur der rechtfertigenden Pflichtenkollision gerechtfertigt werden kann.¹¹⁰ Der rechtfertigende Notstand aber setzt stets voraus, dass das zu schützende Rechtsgut das beeinträchtigte Rechtsgut wesentlich überwiegt. In der Situation der Ex-post-Triage müsste das Leben des neuankommenden Patienten also das Leben des bereits in Behandlung befindlichen Patienten überwiegen. Da das Leben nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch kraft der Menschenwürdegarantie jeder Abwägung entzogen ist, also keine Abwägung Leben gegen Leben stattfindet¹¹¹, scheidet eine Rechtfertigung nach § 34 StGB aus.¹¹² Ein entschuldigender Notstand nach § 35 StGB kommt ebenfalls nicht in Betracht, wenn nicht zufällig ein besonderes Näheverhältnis zwischen dem entscheidenden Arzt und der Person, die durch den Behandlungsabbruch gerettet werden soll, besteht. Ebenso fehlt es an den Voraussetzungen des in Analogie zu § 35 StGB entwickelten übergesetzlichen Notstands.¹¹³

Nach anderer Ansicht sind Ex-ante-Triage und Ex-post-Triage gleich zu behandeln, was damit begründet wird, dass alleine der phänotypische Unterschied von Unterlassung (Nichtanschluss an Beatmungsgerät) und Tun (Abnahme vom Beatmungsgerät)

108 Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, 1398 (1401f.); Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404).

109 Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise NJW 2020, 1398 (1401f.).

110 Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, 1398 (1402); Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (405 f.).

111 BVerfGE 115, 118 = NJW 2006, 751.

112 Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (405 f.); Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, 1398 (1402).

113 Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (405 f.); Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, 1398 (1400f.).

keine Unterscheidung rechtfertigt. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass auch der Behandlungsabbruch ein Unterlassen darstellt, also auch in der Situation der Ex-post-Triage zwei Handlungspflichten miteinander kollidieren und die Tötung daher vermittels der rechtfertigenden Pflichtenkollision gerechtfertigt werden kann.¹¹⁴

Es zeigt sich, dass auch das Strafrecht für die Triage-Situation allenfalls lückenhafte normative Vorgaben bereithält, die weder für die Entscheidungsträger Rechtssicherheit bieten noch den betroffenen Patienten Schutz und Sicherheit bieten können. In der Konstellation der Ex-ante-Triage lassen sich dem Strafrecht keine weiteren Kriterien für die Auswahlentscheidung entnehmen, als dass eine rechtfertigende Pflichtenkollision gegeben sein muss.

Nur wenn man annimmt, dass eine Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs (Situation der Ex-post-Triage) ausscheidet, bietet das Strafrecht für diesen Teil der Triage-Fälle eine insoweit klare normative Vorgaben. Für die Praxis ist damit wenig gewonnen, da zumindest für den Fall, dass Lehre und Anwaltschaft in dieser Frage uneins bleiben, auch den Ex-Post-Triagierenden Ärzten (richtigerweise) der Weg in den Verbotsirrtum offenstehen dürfte. Zudem schafft eine auf Auslegung nicht spezifischer Regelungen beruhende Rechtspraxis in diesem Bereich die unbefriedigende und nicht akzeptable Situation, dass diejenigen, die hier tätig sind unter Umständen strafrechtlich dafür sanktioniert werden, dass sie Handlungsmöglichkeiten in einer extremen Lage gesucht haben, in der der Gesetzgeber trotz der evidenten Konflikte und Probleme seinerseits nicht gehandelt und geregelt hat.

d.) Besonderes Verwaltungsrecht (Infektionsschutz-Gesetz, Katastrophenschutzgesetze des Bundes und der Länder)

Das Infektionsschutzgesetz ist Gefahrenabwehrrecht. Es dient der Vorbeugung von übertragbaren Krankheiten beim Menschen, soll ermöglichen, dass entsprechende Infektionen möglichst frühzeitig erkannt werden und ihre Weiterverbreitung in der Bevölkerung verhindert wird. Zwar regelt das Infektionsschutzgesetz auch die Vornahme medizinischer Maßnahmen bei Individuen, beispielsweise die Anordnung einer verpflichtenden Teilnahme an Schutzimpfungen (vgl. § 20 Abs 6 S. 1 InfSchG) – Heilbehandlungen oder die Verteilung nicht ausreichender medizinischer Ressourcen im Rahmen der Behandlung an individuelle Patienten werden im InfSchG nicht geregelt.

Das „Gesetz über den Zivilschutz und die Katastrophenhilfe des Bundes (Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz - ZSKG)“ dürfte im Fall einer Pandemie, der ja kein militärischer Konflikt zugrundeliegt, nicht einschlägig sein. Auch die in § 12 geregelte Katastrophenhilfe wird im Einzelnen im Rahmen der materiellen Rechtsgrundlagen der Länder durchgeführt werden. Auch hier ist aber, ebenso wie in entsprechenden Rechtsverordnungen kein Verteilungskonzept für zu kappe medizinische Güter enthalten.

¹¹⁴ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129

Allerdings führt das 2004 begründete Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe, das als Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums des Inneren, für Bau und Heimat tätig ist, Sichtungskonsens-Konferenzen durch, die – soweit ersichtlich – zuletzt 2019 unter Hinzuziehung von Expert*innen aus verschiedenen Bereichen, Fachgesellschaften und Kliniken eine „möglichst national einheitliche Vorgehensweise im Bereich der Sichtung etablieren sollten.“¹¹⁵ Sichtung ist mit dem Konzept der Triage eng verwandt aber nicht deckungsgleich. Der Begriff wird in DIN 13050 (Begriffe im Rettungswesen) verwandt und ist dort definiert als „ärztliche Beurteilung und Entscheidung über die Priorität der Versorgung von Patienten hinsichtlich Art und Umfang der Behandlung sowie Zeitpunkt, Art und Ziel des Abtransportes.“¹¹⁶

Das Sichtungskonzept ist zwar auf Initiative einer oberen Bundesbehörde entstanden. Es hat aber nicht den Charakter einer Rechtsnorm. Bemerkenswert erscheint immerhin, dass es Sichtungskategorien von I (rot) „akute vitale Bedrohung“ mit der Konsequenz „Sofortbehandlung“ bis IV (schwarz) „Ohne Überlebenschance“ aber auch „Tote“ mit der Konsequenz „Betreuende (abwartende) Behandlung“ bzw. „Kennzeichnung“ enthält, also eher ein an Dringlichkeit orientiertes Konzept, für allerdings Katastrophen und Notfall-Situationen in denen ein Transport erforderlich ist. Auch die Kontroverse auf der Sichtungskonferenz erscheint charakteristisch. Das Protokollbeschreibt sie folgendermaßen:

„Bei der Diskussion des Problems der Zuordnung zur Sichtungskategorie IV konnten die differenten konträren Stellungnahmen einzelner Teilnehmer nicht angenähert werden. Einmal sollten in diese Gruppe Schwerverletzte und Schwerekrankte mit wenig Überlebenaussichten eingeordnet werden, während andere in diese Gruppe nur Sterbende oder klinisch Tote eingruppierten wollten.“¹¹⁷

Im Ergebnis enthält auch das besondere Verwaltungsrecht auf Bundes- und Länderebene keine Regelung, nach welchen normativen Konzepten bei Konflikten um zu knappe Ressourcen in Epidemien und Pandemien zu verfahren ist.

e) Transplantationsgesetz

Dem Transplantationsgesetz kommt für die Frage einer Triage besondere Bedeutung zu, weil es das einzige vom Gesetzgeber beschlossene Regelwerk im deutschen Medizinrecht ist, dass neben anderem die Verteilung einer in vielen Fällen lebensnotwendigen, aber nicht ausreichend vorhandenen medizinischen Ressource normiert.

¹¹⁵ Vgl. Protokoll der 8. Sichtungskonferenz 2019, S. 2. Online unter:

https://www.bbk.bund.de/SharedDocs/Downloads/BBK/DE/Downloads/GesBevS/8_Sichtungskonsens-Konferenz.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt aufgesucht am 3.5.2020).

¹¹⁶ Zit. nach Sefrin, (Massen-)Notfallmedizin: Sichtung als ärztliche Aufgabe, DÄBl. 2005; 102 (20): A-1424-1428.

¹¹⁷ Vgl. Protokoll der 8. Sichtungskonferenz 2019.

Ein erster Entwurf des Transplantationsgesetz (BT-Drs. 8/2681 vom 16. März 1979) scheiterte im Bundestag wegen erheblicher Meinungsverschiedenheiten über die Voraussetzungen der Organentnahme.¹¹⁸ Ein zweiter, interfraktioneller Gesetzentwurf von CDU/CSU, SPD und FDP wurde 17 Jahre später in den Bundestag eingebracht und dort mit großer Mehrheit verabschiedet. Neben dem Ziel der Transplantationsmedizin bundesweit gleiche rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen und damit auch für alle Beteiligten Rechtssicherheit herzustellen, war die Definition des Todes, als dem wichtigsten Entnahmezeitraum, von besonderer Bedeutung. Aber auch die gerechte Zuteilung der Organe war im Gesetzgebungsverfahren ein wichtiger Aspekt. Im Entwurf heißt es dazu:

„Die Organvermittlung ist keine zwingende Staatsaufgabe. Der Gesetzgeber muss allerdings durch Rechtsvorschriften die Gewähr für eine sachgerechte Verteilung der knappen Spenderorgane an geeignete Empfänger im Rahmen der Möglichkeiten des gesundheitlichen Versorgungssystems schaffen.“¹¹⁹

Die schließlich am 1. Dezember 1997 in Kraft getretene Fassung sieht hier rudimentäre Regelungen vor. Im Zentrum steht dabei § 12 TPG, der in der aktuell geltenden Fassung den Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Bundesärztekammer und die Deutsche Krankenhausgesellschaft verpflichtet für die Vermittlung der vermittlungspflichtigen Organe eine „geeignete Einrichtung“ zu errichten oder zu beauftragen. Diese Stelle muss Gewähr dafür bieten, dass die Organvermittlung nach den Vorschriften des TPG erfolgt.

Die Vermittlung hat allerdings den Charakter einer Zuteilung, da es sich bei transplantablen Organen um eine (äußerst) knappe Ware handelt, der Bedarf daher weitaus höher ist als das Angebot. § 10 Abs 2 Nr. 1 TPG verlangt daher von den Transplantationszentren die Einrichtung und Führung von Wartelisten der zur Übertragung von vermittlungspflichtigen Organen angenommenen Patienten. Nur Patienten, die auf der Warteliste eingetragen sind, können von der Vermittlungsstelle ein Organ zugeteilt bekommen – die Aufnahme auf die Warteliste begründet andererseits aber keine Zusicherung, auf jeden Fall ein Organ zu erhalten.

Der Rechtscharakter der Aufnahme von Patienten auf die Warteliste ist ungeklärt. Während Vertreter der einen Position davon ausgehen, dass es sich bei der Aufnahme auf die Warteliste um eine hoheitliche Maßnahme handelt, gehen andere davon aus, dass die Ärztin oder der Arzt, die über die Aufnahme auf die Warteliste entscheiden, damit einer ärztlichen Verpflichtung im Rahmen des Behandlungsvertrages nachkommen.¹²⁰ Daher existiert in diesem Bereich auch die ungewöhnliche Situation, dass in Verfahren, die die Nicht-Aufnahme auf die Warteliste zum Gegenstand haben sowohl

¹¹⁸ So Scholz/Middel, Transplantationsgesetz, in: Spickhoff, Medizinrecht 3. A. 2018, Rn 4.

¹¹⁹ BT-Drs. 13/4355, S. 14, re Sp. unten.

¹²⁰ Vgl. Scholz/Middel, §10 TPG Rn 4 mwN, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. A. 2018.

der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten, als auch der zu den Zivilgerichten als eröffnet angesehen wurde.¹²¹

Über die Aufnahme in die Warteliste ist nach Regeln zu entscheiden, die dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Notwendigkeit und Erfolgsaussicht einer Organübertragung.

Welchen Charakter diese „Regeln“ haben bleibt dabei offen. Schon der Wortlaut verdeutlicht, dass es sich hierbei nicht allein um wissenschaftliche Erkenntnisse handelt, die gemeinhin nicht als „Regeln“ bezeichnet werden. „Regeln“ haben einen normativen Gehalt, sie werden, anders als Erkenntnisse und Wissen gesetzt und müssen eingehalten werden.

Materiell und systematisch eng verbunden mit der Bildung und Führung der Wartelisten ist die tatsächliche Zuteilung der Organe, im TPG geregelt in § 12 Abs 3 TPG und als „Vermittlungsentscheidung“ bezeichnet. Die Vermittlung erfolgt ebenfalls nach Regeln, „die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patienten.“ Die Formulierung offenbart bereits das Dilemma: Dringlichkeit und Erfolgsaussichten stehen oft in einem Spannungsverhältnis zueinander, denn gerade bei Patienten, die eines Organs besonders dringlich bedürfen, sind die Erfolgsaussichten oft nicht besonders gut.¹²²

§ 16 Abs 1 TPG soll die „Regeln“ näher bestimmen:

„Die Bundesärztekammer stellt den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien fest für (...) 2. Die Regeln zur Aufnahme in die Warteliste nach § 10 Abs 2 Nr. 2 einschließlich der Dokumentation der Gründe für die Aufnahme oder die Ablehnung der Aufnahme. (...) Nr. 5: die Regeln zur Organvermittlung nach § 12 Abs 3 Satz 1“.

In der Umsetzung dieser Anforderungen ist mittlerweile durch die Richtlinien zur Organtransplantation gem. § 16 TPG in den Allgemeinen Grundsätzen für die Vermittlung postmortal gespendeter Organe beispielsweise für den Bereich der Herz- und der Herz-Lungen-Transplantation unter II.1. c.) ergänzend festgehalten, dass die Vermittlung auch „dem Grundsatz der Chancengleichheit“ entsprechen muss, der unter f)

¹²¹ VG München, Urteil vom 26.6.2014 – M 17 K 13.808 (NJW 2014, 3467, beck-online), BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 6.7.2016 – 1 BvR 1705/15 (NJW 2017, 545, beck-online); LG Gießen Beschl. v. 19.9.2014 – 3 O 290/14, BeckRS 2014, 19527; OLG Frankfurt, Beschluss vom 5.3.2015 – 16 U 192/14.

¹²² so auch Gutmann, § 12 TPG in: Schroth/König / Gutmann/ Oduncu, Transplantationsgesetz (TPG), Rn. 24, 2005.

konkretisiert wird. Dabei verdient das Ziel besondere Beachtung, dass „schicksalhafte Nachteile“ möglichst ausgeglichen werden sollen.

„Dem dienen unter anderem die Berücksichtigung der Wartezeit und die relative Bevorzugung von Patienten mit einer seltenen Blutgruppe oder bestimmten medizinischen Merkmalen wie seltene Gewebeeigenschaften und Unverträglichkeiten.“¹²³

Dieser Ansatz kann als Übernahme des Konzepts der „Angemessenen Vorkehrung“ nach Art 2 UN-BRK gesehen werden – auch wenn es überzeugende Kritik daran gibt, dass die Bundesärztekammer mit diesen Modifikationen die ihr gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen überschreitet.¹²⁴

Die Vermittlungsentscheidung ist für jedes Organ unter Angabe der Gründe zu dokumentieren und unter Verwendung der Kenn-Nummer dem Transplantationszentrum und der Koordinierungsstelle zu übermitteln. Diese Verpflichtung dient allerdings offenbar weniger der Kontrolle der Vermittlungsentscheidung. Das Gesetz nennt als Grund vielmehr, dass eine lückenlose Rückverfolgung der Organe ermöglicht werden soll.

Dass es bei den „Richtlinien“, auch wenn dem „Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft“ eine zentrale Rolle zugewiesen wird, nicht lediglich um eine Zusammenfassung des medizinischen Wissen-Standes gehen kann¹²⁵ und geht, wird auch durch die Zusammensetzung des Kreises deutlich, der die Richtlinien erarbeiten soll und dem neben den Sachverständigen der betroffenen Fach- und Verkehrskreise auch unabhängige Mitglieder angehören sollen, darunter Ärzte, die nicht an der Entnahme oder Übertragung von Organen beteiligt sind, Personen mit der Befähigung zum Richteramt und Personen aus dem Kreis der Patienten, sowie Personen aus dem Kreis der Angehörigen von Organspendern.

Vielfach wurde Kritik daran geübt, dass die Bundesärztekammer nicht demokratisch legitimiert sei, Richtlinien zur Zuteilung der knappen Ressource Organe aufzustellen,

¹²³ Richtlinien zur Organtransplantation gem. § 16 TPG Richtlinie gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 Nrn. 2 u. 5 TPG für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Herz- und Herz-Lungen-Transplantation, in Kraft getreten am 10.12.2019, online: <https://www.bundesaerztekammer.de/richtlinien/richtlinien/transplantationsmedizin/richtlinien-fuer-die-wartelistenfuhrung-und-die-organvermittlung/> (zuletzt aufgesucht am 28.5.2020)

¹²⁴ So Höfling, § 12 in: Höfling (Hg.), Transplantationsgesetz – Kommentar, 2. völlig neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, Berlin 2013, Rn. 32f.

¹²⁵ So auch Gutmann: „Medizin als Wissenschaft ist ein deskriptives, kein in sich normatives Unternehmen“, Gutmann, Organisierte Verantwortungslosigkeit – die Hässlichkeit des deutschen Transplantationssystems, in: Haarhoff (Hg'in), Organversagen – die Krise der Transplantationsmedizin in Deutschland, Frankfurt a.M 2014, 143 (146).

da es hier nicht um Selbstregulierung der Ärzteschaft gehe, sondern um Fremdverwaltung der Grundrechte und Lebenschancen betroffener Patienten.¹²⁶ Dem wurde seitens des Gesetzgebers 2013 in § 16 Abs 3 TPG durch die Schaffung eines Genehmigungsvorbehalts für das Bundesministerium der Gesundheit begegnet.

Im Ergebnis hat der Gesetzgeber, bei aller Kritik, die nach wie vor an den (Verteilungs-) Regelungen des TPG angebracht erscheint, weil sie vom Gesetzgeber unzureichend konkretisiert und spezifiziert sind, weil Bestimmungen zum Rechtsschutz fehlen und weil die Kommission, die sie ausarbeitet nicht ausreichend demokratisch legitimiert und divers genug besetzt ist, auf den Mangel an Organen schließlich durch eine Normierung von Verteilungsregelungen reagiert, die dem Wesentlichkeitsgrundsatz Rechnung trägt und die überdies auf parlamentarischem Wege kontrolliert und angepasst wird und weiterhin werden kann.

2.) Die Rahmenbedingungen die die Medizinischen Fachgesellschaften und die BÄK schaffen wollen

Die deutsche Ärzteschaft ist angesichts der fatalen Entwicklungen in Frankreich und Italien, die die Wahrnehmung von COVID-19 über einen gewissen Zeitraum bestimmt haben, in hohem Maße bemüht eine solche Situation, die einerseits durch Knappheit geprägt war, aber auch durch das Unvorbereitet sein der Ärzteschaft darauf, nicht entstehen zu lassen. Von dieser Motivation getragen, sollen die Klinisch-Ethischen-Empfehlungen „den für die Entscheidungen verantwortlichen Akteuren durch medizinisch und ethisch begründete Kriterien und Verfahrensweisen eine Entscheidungsunterstützung bieten.“ Die Empfehlungen dienen also nicht nur einem fachwissenschaftlichen Diskurs oder einer Selbstvergewisserung der Ärzteschaft – sie sind auf konkrete Außenwirkung hin formuliert worden und sollen in so einer Situation die Handlungen der Ärzteschaft prägen.

a) Medizinische Fachgesellschaften

Federführende Fachgesellschaft der „klinisch-ethischen Empfehlungen“ ist die Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) mit etwa 2300 Mitgliedern, weiterhin beteiligt sind die Deutsche Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin e.V. (DGAI), die Deutsche Gesellschaft für Internistische Intensivmedizin und Notfallmedizin (DGIIN), die Deutsche Gesellschaft für Neurointensiv- und Notfallmedizin (DGNI), die Deutsche Gesellschaft für Pneumologie und Beatmungsmedizin e.V. (DGP), die Deutsche Gesellschaft für Palliativmedizin (DGP) und die Akademie für Ethik in der Medizin e.V. (AEM).

¹²⁶ So Gutmann, Organisierte Verantwortungslosigkeit, 2014, S. 143 (149). In diese Richtung auch Höfling, § 16, in: Höfling (Hg.), Transplantationsgesetz – Kommentar, 2. Völlig neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, Berlin 2013, Rn. 18ff.

Die Bedeutung der DIVI für die Notfallversorgung ist daran zu ersehen, dass sie das DIVI-Intensivregister aufgebaut hat, in das zu Beginn der Pandemie die Krankenhausstandorte freiwillig ihre Intensivversorgungskapazitäten und deren tägliche Veränderung gemeldet haben. Durch die Verordnung zur Aufrechterhaltung und Sicherung intensivmedizinischer Krankenhauskapazitäten (DIVI Intensivregister-Verordnung) des BMG vom 08. April 2020¹²⁷ sind alle zugelassenen Krankenhäuser, die im Rahmen ihres Versorgungsauftrags oder aufgrund einer Genehmigung der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde nach § 21 Absatz 5 Satz 1 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes intensivmedizinische Behandlungskapazitäten vorhalten, verpflichtet, sich in dem DIVI IntensivRegister der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI IntensivRegister) zu registrieren und die für die Kapazitätsermittlung erforderlichen Angaben zur Anzahl der verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten nach Absatz 2 und die Angaben nach Absatz 3 täglich bis 9:00 Uhr an das DIVI IntensivRegister zu übermitteln.

aa) Ausgangsüberlegung

Ausgangspunkt für die Fachgesellschaften im März war die Annahme, dass trotz bereits erfolgter Kapazitätserhöhungen bald nicht mehr ausreichend intensivmedizinische Ressourcen für alle Patienten zur Verfügung stehen würden, die ihrer bedürften. Die zu erwartenden Konflikte bei Entscheidungen über intensivmedizinische Behandlungen veranlassten Mitglieder der beteiligten Fachgesellschaften, die Empfehlungen zu erarbeiten. Ein weiteres, ausdrücklich benanntes Motiv war, der bestehende Mangel von Empfehlungen „durch hierfür legitimierte Institutionen.“¹²⁸

bb) Überindividuelle Perspektive

Nach Auffassung der Fachgesellschaften muss die individuelle, patientenzentrierte ärztliche Entscheidung, in der der medizinischen Indikation und der Einwilligung zentrale Bedeutung zukommt, bei Mittelknappheit durch eine überindividuelle Perspektive ergänzt werden.

„Wenn die Ressourcen nicht ausreichen – weder im eigenen Haus noch regional oder überregional –, muss unausweichlich entschieden werden, welche intensivpflichtigen Patienten intensivmedizinisch behandelt und welche nicht (oder nicht mehr) intensivmedizinisch behandelt werden sollen (...) In diesem Fall muss analog der Triage in der Katastrophenmedizin über die Verteilung der begrenzt verfügbaren Ressourcen entschieden werden. Es erfordert transparente, medizinisch und ethisch gut begründete Kriterien für die dann notwendige Priorisierung.“¹²⁹

¹²⁷ Banz AT 09.04.2020 V4

¹²⁸ DIVI, Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19 Pandemie, Klinisch-ethische Empfehlungen, Von den Fachgesellschaften verabschiedete Fassung vom 25.03.2020, S. 3.

¹²⁹ DIVI, Entscheidungen, Fassung 30.4.2020, S. 4.

Als Ziel der Fachgesellschaften wird benannt, mit den begrenzten Ressourcen

„möglichst vielen Patienten eine Teilhabe an der medizinischen Versorgung unter Krisenbedingungen zu ermöglichen.“¹³⁰

Deshalb wird als Kriterium die „klinische Erfolgsaussicht“ benannt.

„Dabei werden – wenn nicht anders vermeidbar – diejenigen Patienten nicht intensivmedizinisch behandelt, bei denen nur eine sehr geringe Aussicht besteht zu überleben. Vorrangig werden demgegenüber diejenigen Patienten intensivmedizinisch behandelt, die durch diese Maßnahmen eine höhere Überlebenschance haben.“¹³¹

Die Priorisierung soll dabei immer zwischen allen Patienten erfolgen, die der Intensivbehandlung bedürfen und zwar einerseits unabhängig davon ob sie sich zu dem Entscheidungszeitpunkt in der Notaufnahme befinden, auf einer Allgemeinstation oder bereits auf der Intensivstation. Des Weiteren soll die Priorisierung nicht nur innerhalb der Gruppe der COVID-19-Erkrankten erfolgen, sondern auch andere Patienten einbeziehen, die intensivmedizinisch behandelt werden müssen.

Das Kernstück der Empfehlungen ist dementsprechend auch die Nr. 3 der Empfehlungen, die „Verfahren und Kriterien für Priorisierungsentscheidungen bei Ressourcenknappheit“, die den Fall betreffen, dass die intensivmedizinischen Kapazitäten nicht für alle Patienten (bei denen die Behandlung indiziert ist und die in sie einwilligen würden oder sogar schon eingewilligt haben).

Dabei werden von den Fachgesellschaften zwei unterschiedliche Konstellationen betrachtet:

„1. Entscheidungen, bei welchen Patienten intensivmedizinische Maßnahmen begonnen werden; 2. Entscheidungen, bei welchen Patienten bereits eingeleitete intensivmedizinische Maßnahmen beendet werden.“¹³²

Beide Typen von Entscheidungen sollen möglichst nach dem „Mehr-Augen-Prinzip“ erfolgen, wobei beteiligt werden sollen: möglichst zwei intensivmedizinisch erfahrenen Ärzte, möglichst ein erfahrener Vertreter der Pflegenden, ggf. weitere Fachvertreter (z.B. Klinische Ethik). Die Entscheidungen sollen möglichst im Konsens getroffen

¹³⁰ DIVI, Entscheidungen, Fassung 30.4.2020, S. 4.

¹³¹ DIVI, Entscheidungen, Fassung 30.4.2020,

¹³² DIVI, Entscheidungen, Fassung 30.04.2020, S. 5.. Diese Konstellationen werden in den Ad-hoc-Empfehlungen des Deutschen Ethikrates als „Triage bei Ex-ante-Konkurrenz“ (Nr. 1) und als „Triage bei ex-post-Konkurrenz“ (Nr. 2) bezeichnet: Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, S. 4.

werden, für den Dissens sollen auf Ebne der Kliniken „angemessene Vorgehensweisen“ festgelegt werden.

Weiterhin heißt es:

„Die Entscheidungen sollten in den berufs- und fachgruppenübergreifenden Teams getroffen, transparent gegenüber Patienten, Angehörigen (soweit möglich) und ggf. rechtlichen Stellvertretern kommuniziert und sachgerecht dokumentiert werden.“

Als „Kriterien für Priorisierungsentscheidungen“ wird unter 3.2. zuerst einmal die „bestmögliche verfügbare Informationsgrundlage“ genannt. Die unter Nr. 1 bis 6 erwähnten Fakten – die Liste ist allerdings offenbar nicht abschließend gemeint – sind dabei allesamt medizinischer Natur: Scores, Laborparameter, Erfassung von Komorbiditäten und Informationen zum Patientenwillen.

Unter 3.2.1. (Entscheidungen über die Aufnahme auf die Intensivstation) werden als Indikatoren für eine schlechte Erfolgsaussicht intensivmedizinischer Maßnahmen bestimmte „schwere Komorbiditäten“ genannt, wie beispielsweise weit fortgeschrittene neurologische Erkrankung, oder auch „Allgemeiner Gesundheitsstatus Erhöhte Gebrechlichkeit (z.B. Clinical Frailty Scale CFS)“ angeführt.¹³³

Die Priorisierungsentscheidung wird nach „Einschätzung der Erfolgsaussichten“ einer möglichen Intensivtherapie, „im Hinblick auf ein realistisch erreichbares, patientenzentriertes Therapieziel“ im Vergleich zu den Erfolgsaussichten der Intensivtherapie für andere Patienten getroffen. Als mögliches Ergebnis werden zwei Entscheidungen benannt: „Vorrangige Behandlung → Intensivtherapie“, „Nachrangige Behandlung → Keine Intensivtherapie, adäquate Versorgung einschl. palliativer Maßnahmen.“¹³⁴

Während diese Vorgehensweise sich wohl auf die sogenannte Triage bei Ex-ante-Konkurrenz bezieht, werden unter 3.2.2. „Entscheidungen über Therapiezieländerungen bei laufender intensivmedizinischer Behandlung (Re-Evaluation)“ geregelt. Eine Re-Evaluation soll nach der S-1-Richtlinie aus individualmedizinischen Gesichtspunkten erfolgen, wenn sich der Gesundheitszustand des Patienten ändert (positiv oder negativ), aber eben auch, wenn sich die Versorgungslage ändert. Auch hier soll eine Priorisierung der intensivmedizinischen Versorgung „auf Grundlage der Erfolgsaussichten der laufenden Intensivtherapie“ unter Berücksichtigung verschiedener medizinischer Faktoren und Entwicklungen „im Vergleich zu anderen Patienten mit intensivmedizinischem Bedarf“ vorgenommen werden. Die „nachrangige Behandlung“ heißt hier: „Beendigung der Intensivtherapie“ und anschließend „adäquate Versorgung einschl. palliativer Maßnahmen.“ Die Autoren der Leitlinie formulieren hier auch,

¹³³ DIVI, Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19 Pandemie, Klinisch-ethische Empfehlungen, AWMF Registernummer 040-013, Stand 30.4.2020, online: <https://www.awmf.org/leitlinien/detail/II/040-013.html> (zuletzt aufgesucht am 8.5.2020).

¹³⁴ DIVI, Entscheidungen, Stand 30.4.20, S. 7f.

dass sie verfassungsrechtliche und allgemein-strafrechtliche Grenzen ohne „spezifischen rechtlichen Regelungen“ nicht für zwingend halten:

„Aus Gerechtigkeitserwägungen sollten bei der Priorisierung alle intensivpflichtigen Patienten gleichermaßen berücksichtigt werden. In Deutschland mag dies bei der Beendigung intensivmedizinischer Maßnahmen im Kontext der Priorisierung an rechtliche Grenzen stoßen (vgl. die Ad-hoc-Stellungnahme des Deutschen Ethikrats zur Corona-Krise). Solche Entscheidungen müssen, da es zum aktuellen Zeitpunkt keine spezifischen rechtlichen Regelungen gibt, von den Akteuren vor Ort verantwortet werden.“¹³⁵

Um die Abläufe übersichtlicher zu machen ist den „Klinisch-ethischen Empfehlungen“ ein als Flussdiagramm aufbereitetes Ablaufschema beigelegt, das diese Überlegungen und Prüfungen verknüpft. Dazu gibt es eine zweite Seite: „Dokumentationshilfe zur Priorisierung bei Ressourcenknappheit.“ In diese Seite sollen auch Prognose-Scores eingetragen werden; hier werden aber auch der Patientenwillen und die Komorbiditäten durch Ankreuzen erfasst.

b.) Die Orientierungshilfe der BÄK

Auch die Bundesärztekammer (BÄK) hat sich anlässlich der SARS-CoV-2-Pandemie in einer Bekanntmachung¹³⁶ zu der Allokation medizinischer Ressourcen im Falle eines Kapazitätsmangels geäußert. Dabei bezieht sie sich auch auf die Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften.

Die BÄK unterstreicht den aus den Grundrechten folgenden Grundsatz, dass jedes menschliche Leben den gleichen Schutz genießt. Gleichwohl könne es aber zu Konfliktsituationen bei nicht ausreichenden Behandlungsmöglichkeiten kommen, in denen eine Entscheidung zwischen zwei oder mehreren Menschen getroffen werden müsse. Diese Entscheidung müsse nachvollziehbar und auf der Grundlage des aktuellen Standes der medizinischen Erkenntnisse begründet und dokumentiert werden. Es seien stets einzelfallbezogene Entscheidungen nach dem Prinzip der Gerechtigkeit auf der Basis von transparenten sowie ethisch und medizinisch-fachlich begründeten Kriterien geboten.

Auch die BÄK kommt für den Fall einer Ressourcenknappheit zu dem Ergebnis, dass dann für die erforderliche Zuteilungsentscheidung das Kriterium der klinischen Erfolgsaussichten maßgeblich sei, auf das auch die Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften abstellen. Auch in den weiteren Fragen folgt die BÄK den Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften, insbesondere geht auch sie davon

¹³⁵ DIVI, Entscheidungen, Stand 30.4.20, S. 8.

¹³⁶ „Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels“, abrufbar unter: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/BAEK_Allokationspapier_05052020.pdf

aus, dass alle Patient*innen in die Priorisierungsentscheidung einbezogen werden sollen, unabhängig davon, ob ihr Behandlungsbedarf auf einer infektiösen Erkrankung (SARS-CoV2) beruht, oder nicht. In Übereinstimmung mit den Empfehlungen der medizinischen Fachgesellschaften plädiert die BÄK zudem dafür, zwischen Ex-ante-Triage und Ex-post-Triage keinen Unterschied zu machen.

c.) Allgemeine Probleme der Anwendung

Die möglichen Auswirkungen des Einsatzes des in den Empfehlungen formulierten Zuteilungs-Algorithmus auf die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer sind im Detail nicht zuverlässig zu prognostizieren.

Allerdings ist zu erwarten, dass die S1-Leitlinie in der Praxis Anwendung finden wird. Zwar schafft, wie oben unter II. B. 1. b.) (Zivilrecht) dargelegt, eine Leitlinie nicht von sich aus einen verbindlichen Behandlungs- (bzw. Nicht-Behandlungs-)Standard und schon gar kein neues Recht. Wenn aber, wie hier, die maßgeblichen medizinischen Fachgesellschaften sich auf eine Leitlinie für eine Situation und Fragestellungen verständigt haben, für die es weiter keine konkreten Erfahrungen in Deutschland gibt, wenn gleichzeitig der hierzu berufene Gesetzgeber (dazu unten) erforderlich erscheinende konkrete Regelungen für eine solche Konstellation weder normiert hat, noch offensichtlich beabsichtigt zu normieren, das zuständige Fachministerium vielmehr in einem parlamentarischen Vorgang auf die Leitlinie verweist und erklärt, hierin seien nach Aussagen der Fachgesellschaften neue wissenschaftliche Erkenntnisse, praktische Erfahrungen sowie „eitere relevanten Entwicklungen“ eingeflossen und damit deutlich macht, dass es diese Leitlinie für hinreichend hält, ist anzunehmen (und wäre aus anwaltlicher Sicht jederzeit anzuraten), dass entsprechend dieser Empfehlungen bzw. dem Verständnis, dass die Ärztinnen und Ärzte davon gewinnen, auch gehandelt werden wird. Diese Annahme wird auch dadurch konkret gestützt, dass der Deutsche Ethikrat in seiner Ad-hoc-Empfehlung mit Blick auf die Fachgesellschaften (allerdings ohne ausdrücklich Bezug auf die zu diesem Zeitpunkt bereits vorgelegten klinisch-ethischen Empfehlungen) ausführt:

„Aus dem Verbot einer eigenen staatlichen Bewertung folgt nicht, dass entsprechende Entscheidungen nicht akzeptiert werden können. Es ist daher sinnvoll, unterschiedliche Ebenen normativer Konkretisierung zu verbinden. Das verweist auf die Funktion zum Beispiel der Fachgesellschaften, die im Rahmen der vorgenannten Grundvorgaben wichtige Orientierungshilfen geben können und sollten, welche inhaltlich über das hinausgehen, was staatlicherseits zulässig wäre.

Die damit hervorgehobene Primärverantwortung der Medizin für einzelne Entscheidungen und deren Umsetzung folgt aus den erwähnten Grenzen des staatlich Normierbaren, die dem Verfassungsrecht geschuldet sind. Doch sollte diese Verantwortung keinesfalls nur „am Krankenbett“, also im Rahmen der individuellen Arzt-Patienten-Beziehung, wahrgenommen werden. Schon aus Gründen der Gleichbehandlung, aber auch um der allgemeinen Akzeptanz willen bedarf es vielmehr weithin einheitlicher Handlungsmaximen für

den klinischen Ernstfall. In der Reaktion auf die aktuelle Krise sind, wie angedeutet, erste Empfehlungen medizinischer Fachgesellschaften erschienen.¹³⁷

Die Ergebnisse einer Umsetzung der Leitlinie sind gleichwohl schwer vorherzusagen. Auch wenn vorausgesetzt wird, dass bei einem der Beschwerdeführenden eine medizinische Indikation vorliegt und eine Einwilligung, bleiben zentrale Fragen offen. Das liegt zum einen daran, dass das Verhältnis der im Entscheidungsdiagramm unter „Schritt 4: Priorisierung im Mehr-Augen-Prinzip nach Prüfung von Kriterien für den Therapieerfolg und der Ressourcen“ bezeichneten „Kriterien für geringe Erfolgsaussichten bei Initial- oder Re-Evaluation“ vage bleiben. Ebenso bleibt unklar, wie die Erfolgsaussichten eigentlich miteinander auf entscheidungsrelevante Weise verglichen werden sollen – das gilt vor allem, wenn, wie es die Leitlinie für erforderlich hält, alle in Betracht kommenden Intensivpatienten vor Aufnahme und nach Behandlungsbeginn miteinander um die Behandlungsplätze konkurrieren sollen: ein nach einem Motorradunfall bewusstlos eingelieferter, seit vier Tagen behandelter 45-jähriger männlicher Patient ohne bekannte Vorerkrankungen, bei dem weder eine Patientenverfügung vorliegt, noch individualisierbare Informationen aus denen man einen mutmaßlichen Willen erschließen kann, mit einer 33-jährigen an COVID-19 erkrankten Frau, die Rollstuhlfahrerin ist und wegen einer mit Spinraza behandelten spinalen Muskelatrophie Typ 1b einen umfassenden Assistenzbedarf hat, die auch klar äußert in eine Intensivtherapie und Beatmung einzuwilligen, mit einem 62-jährigen im Anfangsstadium an Demenz erkrankten, sportlichen Mann, der auf der Clinical Frailty Scale in Stufe 2 (von 9 Stufen, wobei 9 die terminale Erkrankung ist) eingeordnet wird, bei dem die Erkrankung aber recht schnell gravierende Folgen gezeitigt hat, der sich selber nicht äußert, dessen Einwilligungsfähigkeit unklar ist und dessen bevollmächtigte Ehefrau des Deutschen nicht mächtig ist und nach Wahrnehmung der behandelnden Ärzt*innen widersprüchliche Angaben über den (mutmaßlichen) Willen Ihres Mannes macht.

Die Entscheidung für die „klinische Erfolgsaussicht“ als einziges Zuteilungskriterium für den Fall zu geringer Ressourcen erscheint, allgemeiner formuliert, jedenfalls dann problematisch, wenn – was nicht ungewöhnlich wäre – in einer Notfallkonstellation nicht einfach zwei Personen um ein Bett konkurrieren von denen eine Person evident äußerst gute Erfolgsaussichten hat, die zweite aber genauso eindeutig außerordentlich geringe, sondern wenn es beispielsweise vier Personen sind unter denen sich zwei befinden, über deren Erfolgsaussichten (zwei sagen mittel, einer sagt sehr niedrig, einer findet die Situation sei schwankend) Dissens herrscht, und einer, dem eine schlechte und eine, der eine geringfügig weniger schlechte Aussicht prognostiziert wird.

¹³⁷ Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung, S. 4.

Zwar sieht das Ablaufschema der Fachgesellschaften einen Prognose-Score vor, der „je nach Klinikstandard“ mit Hilfe von Instrumenten, die auf Intensivstationen Verwendung finden, ermittelt wird¹³⁸, daneben wird zudem auch ein Allgemeinzustands-score ermittelt¹³⁹ - aber auch hier ergibt sich kein klares Ergebnis, weil die Instrumente nicht aufeinander bezogen sind: wie verhalten sich ein guter Prognose-Score und ein schlechter Allgemeinzustand zueinander? Und wie ein guter Allgemeinzustand zu einem schlechten Prognose-Score – insbesondere, wenn die Konkurrentin um das letzte Beatmungsbett knapp mittlere Werte in beidem hat?

Zudem erweist sich als eine möglicherweise folgenreiche Schwäche des Ablaufschemas und der Empfehlung der Fachgesellschaften insgesamt, dass sie durch ihre Wortwahl und Bezeichnung suggerieren, dass nur Patienten mit „geringen Erfolgsaussichten“ in die Gefahr liefen trotz gegebener Indikation bei Ressourcenknappheit nicht intensivmedizinisch behandelt bzw. weiterbehandelt zu werden¹⁴⁰. Wenn die Ressourcen knapp sind, kann es aber auch sein, dass Patient*innen mit guten bis sehr guten Chancen zu überleben um ein einziges Intensivbett mit Beatmungsmöglichkeiten konkurrieren – oder auch mehrere Patient*innen mit leidlichen Chancen.¹⁴¹

d.) Feststellungen bezogen auf die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer

Hinsichtlich der Beschwerdeführerinnen zu 2, 3, 7 und der Beschwerdeführer zu 4 und 8 ist festzustellen, dass es keine konkreten Anhaltspunkte und keinen Erkenntnisstand dafür gibt, dass aufgrund ihrer neurologischen Beeinträchtigungen (Spinale Muskelatrophie, Muskeldystrophie) grundsätzlich keine Indikation für eine intensivmedizinische Behandlung bei COVID-19 (oder auch einer anderen Erkrankung) einschließlich der dabei unter Umständen erforderlichen invasiven Beatmung vorliegt. Sie

¹³⁸ Erwähnt werden SOFA (Sepsis-related organ failure assessment score), Apache II (Acute Physiology And Chronic Health), der Score enthält auch eine Bewertung des Alters, und CRB-65 (Confusion, respiratory rate, blood pressure, Age 65 and more), der benutzt wird, um den Schweregrad einer erworbenen Pneumonie abzuschätzen und Aussagen machen zu können, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, daran zu versterben.

¹³⁹ Hier wird die Clinical Frailty Scale erwähnt, die ein geriatrisches Assessment Instrument ist, die allerdings stark auf Beeinträchtigungen fokussiert, die auch das Leben von Menschen mit Behinderungen beschreiben könnten; das zweite hier erwähnte Instrument ist ECOG (Eastern Co-operative Oncology Group), der aus der Onkologie stammt und von 0 (uneingeschränkte Aktivität) über 2 (gehfähig, aber nicht arbeitsfähig) und 4 (völlig pflegebedürftig; völlig an Bett oder Stuhl gebunden) bis 5 (Tod) reicht.

¹⁴⁰ „Dabei werden – wenn nicht anders vermeidbar – diejenigen Patienten nicht intensivmedizinisch behandelt, bei denen nur eine sehr geringe Aussicht besteht zu überleben. Vorrangig werden demgegenüber diejenigen Patienten intensivmedizinisch behandelt, die durch diese Maßnahmen eine höhere Überlebenschance haben.“ DIVI, Entscheidungen, Fassung Stand 30.4.2020, S. 4. Bemerkenswert ist in dieser Formulierung „dass die sehr geringe Aussicht zu Überleben“ absolut formuliert wird, während die „höhere Überlebenschance“ relativ formuliert ist.

¹⁴¹ Vgl. Lübke, Veralltäglichung der Triage?, Ethik Med (2001) 13:148-160, die auch darauf hinweist, dass in medizinischen Triage-Papieren oftmals eine sprachliche Glättung der schwierigen rechtlichen und ethischen Probleme stattfindet.

haben auch allesamt keine Patientenverfügung oder Vorsorgevollmacht verfasst, mit der sie bewirken wollten, dass eine intensivmedizinische Behandlung unterbleibt.

Allerdings ist anzunehmen, dass sie aufgrund ihrer neurologischen Beeinträchtigungen (spinale Muskelatrophie, Muskeldystrophie), die in den „Klinisch-ethischen Empfehlungen“ als fortgeschrittene neurologische Erkrankungen als Komorbiditäten qualifiziert werden, möglicherweise auch als schlechter allgemeiner Gesundheitsstatus qualifiziert werden könnten, wegen geringerer Erfolgsaussichten als sie Menschen ohne Behinderung haben, trotz medizinischer Indikation und Einwilligung, keine lebensrettende Behandlung erhalten würden, sondern lediglich eine nicht ihr Leben erhaltende, sondern ihr Sterben begleitende palliative Versorgung. Ob die Behinderungen die Überlebenschancen tatsächlich grundsätzlich deutlich verringern bzw. ob sie das im konkreten Fall tun, ist angesichts der begrenzten Kenntnisse über das Zusammenwirken von Virus und Beeinträchtigung, ebenfalls nicht zu klären.

Bei den Beschwerdeführern zu 1 und zu 6 liegen keine neurologischen Beeinträchtigungen vor. Allerdings haben beide Beschwerdeführer mehrere erhebliche Beeinträchtigungen und der Katalog der Komorbiditäten in den „Klinisch-ethischen Empfehlungen“ ist nicht abschließend formuliert. Im Fall des Beschwerdeführers zu 6 könnte insbesondere die Herzerkrankung bei Zuteilungsentscheidungen von Bedeutung sein und zu seiner nachrangigen Einbeziehung in Auswahlentscheidungen führen. Beim Beschwerdeführer zu 1 besteht die Befürchtung, dass die Kombination aus Epilepsie, Inkontinenz und kognitiver Beeinträchtigung, sowie umfassendem Assistenzbedarf sowohl bei der Bewertung des Allgemeinzustandes als auch bei der Prüfung von Komorbiditäten seine Aussichten auf einen Behandlungsplatz verschlechtern könnte.

Der Beschwerdeführer zu 5 hat ebenfalls keine neurologische Erkrankung, sondern eine schwere Form von Osteogenesis imperfecta. Die Deutsche Gesellschaft für Osteogenesis imperfecta (Glasknochen) Betroffene e.V. (DOIG) hat sich in einer offiziellen Stellungnahme kritisch mit den Empfehlungen der DIVI und anderer medizinischer Fachgesellschaften auseinandergesetzt, die nach ihrem Verständnis diskriminierend sind. Auch wenn Osteogenesis imperfecta nicht als unvereinbar mit einer Intensivbehandlung erscheint, weisen die Betroffenen doch auf bestimmte Probleme bei der Behandlung hin: so fördere ein punktuelleres Zufassen oder einseitige Belastung das Frakturrisiko. Auch das Lagern in bestimmten Positionen über einen längeren Zeitraum kann zu einem Ermüdungsbruch führen, wenn die Belastung auf den Knochen zu groß werden. Wenn sich Betroffene aber auf Grund einer Beatmung nicht mehr äußern und die Pflegekräfte nicht auf den richtigen Umgang hinweisen kann, steigt das Frakturrisiko. Eine Rippen- oder Wirbelfraktur unter Beatmung kann die Erfolgsaussicht einer Behandlung mindern und im schlimmsten Fall das Mortalitätsrisiko erhöhen.¹⁴² Außerdem ist das Lungenvolumen der OI-Patient*innen kleiner und einzelne Lungenabschnitte sind durch die Verformungen des Oberkörpers, sowie

¹⁴² Stellungnahme der DOIG zur aktuellen Diskussion über die Zuteilung von Ressourcen Triage in der Notfall- und Intensivmedizin bei Covid-19-Erkrankten, 20. April 2020. Online: <http://oi-gesellschaft.de/stellungnahme-der-doig-zur-triage/> (zuletzt aufgesucht am 24. Juni 2020).

durch die Schwäche der Atemmuskulatur minderbelüftet. So dass auch hier Ärztinnen und Ärzte zu der Auffassung gelangen könnten, hier liege ein deutliches Risiko vor, das auch eine Minderung der Erfolgsaussichten bewirke.

Beim Beschwerdeführer zu 9 gibt es den Faktor Alter, der nach den klinischen Empfehlungen der DIVI allein die Priorisierung nicht beeinflussen soll. Weiterhin mussten bei ihm wegen einer schwerwiegenden Herzerkrankung mehrere Stents eingebracht werden und er ist an Diabetes Mellitus Typ 2 erkrankt. Allein aufgrund des Alters wird sein Apache II Score um 6 Punkte erhöht, den höchsten erzielbaren Wert.

3.) Schutzpflichten

Der Staat hat gegenüber den Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführern Schutzpflichten für die Wahrung ihrer Menschenwürde und für den Erhalt ihres Lebens, die hier nicht direkt vom Staat gefährdet werden, sondern von Dritten, die Zuteilungsentscheidungen über zu knappe medizinische Ressourcen treffen und dabei, wenn das Kriterium der Erfolgsaussicht in den Zentrum gerückt wird, Menschen mit manchen Behinderungen wegen ihrer Behinderungen nicht berücksichtigen könnten.

Auch die Wahrung des Gleichbehandlungsanspruchs aus Art 3 Abs 3 Satz 2 GG ist von den staatlichen Schutzpflichten umfasst – und der Gleichbehandlungsanspruch ist, insbesondere wenn es um die Wahrung des Rechts auf gleichberechtigte Teilhabe an der gesundheitlichen, hier sogar lebensrettenden Behandlung geht, auch eng mit dem Anspruch auf Wahrung der Menschenwürde verknüpft: Wird ein Mensch mit Behinderung wegen einer vermeintlich geringeren Erfolgsaussicht als ein anderer Mensch ohne diese Behinderung nicht lebensrettend behandelt und stirbt er deswegen, ist mit seinem Tod auch eine gegen seine Menschenwürde verstoßende Benachteiligung als Mensch mit seiner Behinderung verbunden. Sein oder ihr Tod war medizinisch gesehen nicht unausweichlich. Mit der lebensrettenden Behandlung hätte er vermieden werden können. Dass die medizinische Behandlung nicht erfolgte, geschah auch nicht zufällig bzw. ohne Ansehen der Person: wäre sie nicht erfolgt, weil der Rettungswagen nicht rechtzeitig im Krankenhaus angelangte oder weil prinzipiell nach dem Grundsatz „wer zuerst kommt, wird zuerst behandelt“ entschieden worden wäre oder nach einer Losauswahl oder einem oder mehreren anderen, nicht an der Behinderung anknüpfenden Kriterien, wäre es als ein rein schicksalhaftes, zufälliges, wenn auch tragisches Geschehen zu sehen. Da mit dem Kriterium der Erfolgsaussicht, das als Ergebnis von Allgemeinzustand und Komorbiditäten, die im Fall der Beschwerdeführenden Ausdruck der Behinderungen sind, aber ein an das Diskriminierungsmerkmal anknüpfendes Kriterium gewählt worden ist und gleichzeitig die Lebensrettung ja nicht medizinisch ausgeschlossen ist, sondern nur nach Auffassung der Ärzte um einen gewissen Grad geringer ist, als bei den Konkurrenten um die Behandlung, stellt sich die Lage anders dar. Der Tod tritt ein, weil hier ein bestimmtes Ziel erreicht werden soll: effiziente Ausnutzung der Ressourcen dadurch, dass nur die Menschen mit den besten Erfolgsaussichten mit den knappen Ressourcen behandelt werden sollen. Damit dient aber die Nicht-Behandlung einem Zweck und das Leben

der im Ergebnis wegen ihrer Behinderung nicht behandelten Menschen wird aufgegeben bzw. nicht gerettet, weil es diesem Zweck, ein aufs Ganze gesehen effizientestes Ergebnis des Einsatzes der knappen Behandlungsressourcen zu bewirken, nicht dienen kann. Damit ist der Tod hier auch ein Verstoß gegen die Menschenwürde der betroffenen Menschen mit Behinderungen, weil mit der Nichtbehandlung auch ein Urteil über ihre personale Individualität, Identität und Integrität¹⁴³ gesprochen wurde, die in diesem entscheidenden Fall den Einsatz der medizinischen Ressourcen für einen anderen Menschen besser, weil effizienter erscheinen ließ. Die gegen den Behandlungswillen der betroffenen Menschen mit Behinderung erfolgende Nichtbehandlung, stellt sich so in gewisser Weise als Gegenstück zur gegen den Willen erfolgenden Behandlung von Menschen mit Behinderungen wegen ihrer Behinderungen dar.

Die Beschwerdeführer*innen haben aber – zumindest in Krankenhäusern, die in die Krankenhausplanung einbezogen sind – auch entsprechend ihrem gesetzlichen Behandlungsanspruch (siehe oben II. B. 1. a.)), den Anspruch und das Recht darauf, behandelt zu werden. Das gilt insbesondere im Fall eines schweren Verlaufs einer COVID-19-Infektion – vorausgesetzt es ist medizinisch indiziert – auch intensivmedizinisch und unter Einsatz invasiver Beatmung behandelt zu werden. Sollten die Ressourcen dafür nicht in ausreichendem Maß vorhanden sein und auch nicht beschafft werden können, umfassen die auf die Menschenwürde, den Gleichbehandlungsanspruch und das Grundrecht auf Leben bezogenen Schutzpflicht des Staates, dass die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer ohne Benachteiligung wegen ihrer Behinderung an einem Verteilungsverfahren teilhaben, so dass sie eine tatsächliche, gleichberechtigte Chance auf einen Intensivbehandlungsplatz mit invasiven Beatmungsmöglichkeiten erhalten.

a.) Rechtsgrundlage der Schutzpflichten

Diese Schutzpflichten resultieren aus den Grundrechten auf Achtung der Menschenwürde, auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art 1, Abs 1 GG, Art 2 Abs 2 S 1 GG) in Zusammenhang mit Art 3 Abs 3 S 2 GG. Diese Grundrechte gewähren nicht nur subjektives Abwehrrechte. Sie begründen auch staatliche Schutzpflichten¹⁴⁴.

Das Verbot der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen gemäß Art 3 Abs 3 S 2 GG ist Grundrecht und zugleich objektive Wertentscheidung. Untersagt sind damit alle Ungleichbehandlungen, die für Menschen mit Behinderungen zu einem Nachteil führen. Erfasst werden auch mittelbare Benachteiligungen, bei denen sich der Ausschluss von Betätigungsmöglichkeiten nicht als Ziel, sondern als Nebenfolge einer

¹⁴³ Vgl. BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 ua, NJW 2020, 905 (906).

¹⁴⁴ vgl. BVerfG, 25.02.1975, 1 BvF 1-6/74, BVerfGE 39, 1 (42); für den Schutz vor Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit siehe BVerfG, 14.01.1981, 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54 (78).

Maßnahme darstellt¹⁴⁵. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG beinhaltet außer einem Benachteiligungsverbot auch einen Förderauftrag. Er vermittelt einen Anspruch auf die Ermöglichung gleichberechtigter Teilhabe nach Maßgabe der verfügbaren finanziellen, persönlichen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten¹⁴⁶. Aus ihm folgt - über das sich aus dem Wortlaut unmittelbar ergebende Verbot der Benachteiligung hinaus - im Zusammenwirken mit speziellen Freiheitsrechten, dass der Staat eine besondere Verantwortung für behinderte Menschen trägt¹⁴⁷, die sich bei besonderen Bedrohungen zu einer Schutzpflicht verdichtet. Es reicht dann nicht nur aus, das auf das besondere Benachteiligungsverbot zu verweisen, es müssen Regelungen getroffen werden, die erlauben, dem Benachteiligungsverbot effektiv Geltung zu verschaffen und die Einhaltung zu überprüfen.¹⁴⁸

Aus dem Verbot der Benachteiligung wegen der Behinderung aus Art 3 Abs 3 S 2 GG ist auch in dessen Zusammenschau mit Art 25 UN-BRK eine Schutzpflicht abzuleiten. Art 25 UN-BRK erfordert, dass die Vertragsstaaten das Recht von Menschen mit Behinderungen auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung anerkennen. In Art 25 lit. f) UN-BRK wird zudem ausdrücklich die diskriminierende Vorenthaltung von Gesundheitsversorgung oder -leistungen aufgrund von Behinderungen untersagt. Damit wird zwar nicht ausdrücklich ein Fall geregelt, in dem eine Priorisierung von Leistungen wegen insgesamt zu knapper Ressourcen erforderlich ist. Die Regelung lässt sich aber auf diesen Fall anwenden: nicht die Vorenthaltung an sich, die in diesem Fall unter Umständen unabweisbar sein kann, ist Gegenstand der Regelung, sondern die diskriminierende Vorenthaltung – im Fall einer notwendigen Zuteilung nicht ausreichender Ressourcen also die kausal mit der Behinderung verknüpfte Nicht-Zuteilung einer Ressource. Das umfasst nicht nur die direkte Benachteiligung, sondern auch die mittelbare und nach Artikel 2 UN-BRK auch die Vorenthaltung angemessener Vorkehrungen.

Völkervertragliche Bindungen haben innerstaatlich zwar nicht den Rang von Verfassungsrecht¹⁴⁹. Der UN-Behindertenrechtskonvention hat der Bundesgesetzgeber mit-

¹⁴⁵ Vgl. Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 537; Nußberger, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 311.

¹⁴⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 08.10.1997 - 1 BvR 9/97 - BVerfGE 96, 288 (308); Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 - 2 BvC 62/14 -, Rn. 56 m.w.N.)

¹⁴⁷ Vgl. BVerfGE 96, 288 (303 f); BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 2020 - 2 BvR 1005/18.

¹⁴⁸ Vgl. Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 537: Ist Diskriminierung so systemisch und massiv, dass sie strukturell Exklusion bewirkt oder gar in Gewalt umschlägt, reicht sie über den Einzelfall hinaus; weil individueller Rechtsschutz – auch mit der mittelbaren Drittwirkung des Diskriminierungsverbots – insoweit nicht greift, kann sich auch dieses zur Schutzpflicht verdichten. Da Art 3 Abs. 3 S. 1 GG gerade strukturelle Ungleichheit adressiert, die oft tief verwurzelt, lange tradiert und als Normalität akzeptiert ist, weshalb Abs. 2 S. 2 ausdrücklich „bestehende Nachteile“ nennt, liegt das hier nicht so fern wie sonst.

¹⁴⁹ vgl. für die EMRK: BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04 - BVerfGE 111, 307 (317); für die UN-BRK: BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 2020 - 2 BvR 1005/18 -, Rn. 40.

tels förmlichen Gesetzes gemäß Art. 59 Abs. 2 GG zugestimmt. Innerhalb der deutschen Rechtsordnung steht sie damit im Rang eines Bundesgesetzes¹⁵⁰. Gleichwohl besitzt sie verfassungsrechtliche Bedeutung als Auslegungshilfe für die Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 142, 313 <345 Rn. 88>). Ihre Heranziehung ist Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, das einer Einbindung der Bundesrepublik Deutschland in inter- und supranationale Zusammenhänge sowie deren Weiterentwicklung nicht entgegensteht, sondern diese voraussetzt und erwartet. Deutsche Rechtsvorschriften sind nach Möglichkeit so auszulegen, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entsteht

Diese Schutzpflichten sind im vorliegenden Fall auch einschlägig.

b.) Priorisierung und Gleichheitsgebot

Allerdings stellen die Klinisch-ethischen Empfehlungen der Fachgesellschaften ausdrücklich fest, dass:

„eine Priorisierung aufgrund des Gleichheitsgebotes (...) nicht zulässig (ist) und nicht zulässig (ist) aufgrund des kalendarischen Alters, aufgrund sozialer Merkmale oder aufgrund bestimmter Grunderkrankungen oder Behinderungen.“¹⁵¹

Diese Formulierung bezieht sich aber offensichtlich nur auf eine direkte Benachteiligung: die Empfehlungen zielen nicht darauf Menschen mit Behinderungen zu benachteiligen, gerade weil sie eine Behinderung haben. Allerdings werden durch das zentrale Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht und die dafür verwendeten Indikatoren „Komorbiditäten“ und „Allgemeinzustand“, die jeweils als Anhaltspunkt für geringe Erfolgsaussichten behandelt werden, Menschen mit bestimmten Behinderungen im Fall zu knapper Ressourcen faktisch von der Zuteilung ausgeschlossen oder jedenfalls in eine äußerst schlechte Ausgangsposition gebracht – und damit benachteiligt. Kompensierende Mechanismen werden weder erwogen noch gewährt. Untersagt sind durch Art 3 Abs 3 S 2 aber alle Ungleichbehandlungen, die für Menschen mit Behinderungen zu einem Nachteil führen. Erfasst werden auch mittelbare Benachteiligungen, bei denen sich der Ausschluss von Betätigungsmöglichkeiten nicht als Ziel, sondern als Nebenfolge einer Maßnahme darstellt¹⁵².

c.) Mittelbare Benachteiligung

So ist es hier. Ausweislich der Begründung zielen die Fachgesellschaften nicht auf die Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen. Die Benachteiligung erfolgt statt-

¹⁵⁰ BVerfG, Urteil vom 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 502/16 – BVerfGE 149, 293 (329 f.).

¹⁵¹ DIVI, Entscheidungen, Fassung 30.04.2020, S. 5.

¹⁵² BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 2020 – 2 BvR 1005/18 –, juris.

dessen mittelbar und ohne Absicht: scheinbar neutrale Aspekte wie die klinische Erfolgsaussicht, Komorbiditäten und Allgemeinzustand bewirken, dass insbesondere Menschen mit bestimmten Behinderungen von lebensrettenden Behandlungen ausgeschlossen werden – bzw. ihnen sogar droht, dass eine begonnene lebensrettende Behandlung wieder abgebrochen werden könnte, wenn eine Kandidatin oder ein Kandidat mit besseren Erfolgsaussichten die Ressource beansprucht¹⁵³

Da bei dieser Gruppe von Menschen, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen gerade der Grund für ihre Teilhabe-Einschränkungen sind (in besonderem Maße gerade im Bereich der Gesundheitsversorgung), lassen sich hier auch Behinderung und Krankheit nicht voneinander trennen. Es handelt sich also nicht um eine – von Art 3 Abs 3 S 2 GG nicht erfasste - Benachteiligung wegen einer Krankheit.¹⁵⁴ Die zugrundeliegende „Komorbidität“ – beispielsweise die fortgeschrittene neurologische Erkrankung - ist vielmehr als Beeinträchtigung kausal für eine Einschränkung an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft. Gleiches gilt für den von den Fachgesellschaften herangezogenen Indikator „Allgemeiner Gesundheitsstatus“, der ebenfalls kausal mit einer Behinderung verknüpft sein kann.

Dass die Benachteiligung hier nicht alle Menschen mit Behinderungen betrifft,¹⁵⁵ sondern diejenigen, deren Behinderung mit den als risikobehaftet wahrgenommenen Komorbiditäten einhergeht oder dem nur für ältere Menschen konkretisierten, aber nicht nur auf sie bezogenen „schlechten Allgemeinzustand“, erscheint nicht ungewöhnlich: auch der ausschließliche Gebrauch von Lautsprache oder Schriftsprache diskriminiert jeweils nicht alle Menschen mit Behinderungen, sondern nur gehörlose und schwer hörende bzw. nur sehbehinderte oder blinde Menschen. Auch die Benachteiligung durch – beispielsweise - die Verweigerung einer (medizinischen) Begutachtung mithilfe einer computergestützten statt einer direkten mündlichen Kommunikation¹⁵⁶ betrifft nicht alle Menschen mit Behinderung (sondern im konkreten vom BSG entschiedenen Fall Asperger Autisten).

¹⁵³ Zu diesem Fall der ex-post-Konkurrenz deutlich ablehnend: Merkel, Beatmung in der Medizin – eine Frage von Recht und Ethik, faz.net 3.4.2020. online: <https://www.faz.net/-fsf-9v676> (zuletzt aufgesucht am 2.5.2020).

¹⁵⁴ Die Benachteiligung wegen einer Krankheit könnte möglicherweise allerdings auch als Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Artikel 3 Abs 1 GG verboten sein.

¹⁵⁵ “Critiques of evidence-based triage err by treating people with disabilities as a monolith”: Persad, Why Disability Law Permits Evidence-Based Triage in a Pandemic, University of Denver Sturm College of Law, Legal research Paper Series, Working Paper 20-10, Last revised 19-May-20, p. 3; online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3571139## (zuletzt aufgesucht 22.5.2020). Anders Hellman/Nicholson, Rationing and Disability in a State of Crisis, University of Virginia School of Law, Public Law and Legal Theory Paper Series 2020-33, April 2020; online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3570088 (zuletzt aufgesucht am 24.5.2020).

¹⁵⁶ Vgl. BSG, Beschluss vom 14. November 2013 – B 9 SB 5/13 B –, juris

d.) Keine Rechtfertigung der Benachteiligung

Die Benachteiligung ist unter Berücksichtigung von Art 3 Abs 3 S 2 GG nicht sachlich gerechtfertigt. Zwar kann das Benachteiligungsverbot des Art.3 Abs.3 Satz 2 GG nicht ohne jede Einschränkung gelten. Eine rechtliche Schlechterstellung Behinderter ist danach jedoch nur zulässig, wenn zwingende Gründe dafür vorliegen.¹⁵⁷Die nachteiligen Auswirkungen müssen unerlässlich sein, um behinderungsbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen.¹⁵⁸

aa.) Effizienz der Behandlung als Zuteilungskriterium

Die nachteilige Auswirkung für Menschen mit entsprechenden Behinderungen ist hier, dass sie keine lebenserhaltende Intensivbehandlung erhalten, also trotz medizinischer Indikation und damit (gewisser) Aussichten der Behandlung versterben werden. Dem voran geht der Verlust einer Chance auf Zuteilung einer lebenserhaltenden Behandlung. Der Verlust des Lebens und auch der vorangehende Verlust einer Zuteilungschance für lebenserhaltende Behandlung soll hier hingenommen werden, weil, so die Zuteilungs-Leitlinie von DIVI und anderen Fachgesellschaften, mit den begrenzten medizinischen Ressourcen möglichst vielen Patienten eine Teilhabe an der medizinischen Versorgung unter Krisenbedingungen ermöglicht würde.

Durch den Ausschluss bestimmter behandlungsbedürftiger Menschen von der medizinischen Versorgung werden die Behandlungskapazitäten allerdings nicht erhöht. Was anderes als „Behandlung“ mit „Teilhabe an der medizinischen Versorgung“ gemeint sein sollte, wird nicht deutlich.

Vorstellbar wäre allenfalls, dass die Fachgesellschaften hier davon ausgehen, dass die Behandlung eines Menschen mit Behinderungen Beatmungsgeräte längere Zeit beanspruchen könnte – und deswegen über einen gewissen Zeitraum bei lebensrettender medizinisch indizierter Versorgung auch von Menschen mit Behinderungen mit intensivmedizinischen Angeboten insgesamt weniger Menschen mit den (zu) knappen Ressourcen versorgt werden könnten, als wenn Menschen, bei denen eine länger währere Behandlung möglich oder gar wahrscheinlich erscheint, von diesen Behandlungen ausgeschlossen werden würden.

Entscheidendes Kriterium wäre dann aber nicht, wie in dem Papier an anderer Stelle ausgeführt, die „Erfolgsaussicht“ von Behandlungen, sondern deren „Effizienz“, definiert als: eine unterschiedlich lange Behandlungsdauer ist erforderlich um annähernd das gleiche Ziel zu erreichen.¹⁵⁹

¹⁵⁷ BVerfGE 99, 341 (357f.) (19.01.1999 - 1 BvR 2161/94)

¹⁵⁸ vgl. BTDrucks 12/8165, S.29. So auch v. Mangoldt/Klein/Starck/Baer/Markard, 7. Aufl. 2018, GG Art. 3 Rn. 544, 545.

¹⁵⁹ Vgl. Hellmann/ Nicholson, Rationing and Disability in a State of Crisis, S. 4 . Minnesota Dept. of Health, Emergency Preparedness und Response, Mechanical Ventilation – Strategies

Diese Zielsetzung – Erreichen einer effizienteren Behandlung – erscheint in mehrerlei Hinsicht problematisch: zum einen wird die Zielsetzung nicht klar (und damit überprüfbar) formuliert und es erscheint zweifelhaft, dass hier eine ausreichende Bestimmtheit der Kriterien vorliegt. Auch ob – mit Blick auf die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer – ausreichend konkrete Erkenntnisse vorhanden sind um zuverlässig prognostizieren zu können, wessen Behandlung effizient sein würde und wessen nicht, erscheint höchst ungewiss.

Vor allem aber widerspricht dieser Ansatz, das Recht auf lebensrettende Behandlung dem Grundsatz der Effizienz unterzuordnen, dem egalitären Gehalt des Grundrechts auf Leben.¹⁶⁰ Menschliches Leben und menschliche Würde genießen ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen gleichen verfassungsrechtlichen Schutz. Wer dies leugnet oder in Frage stellt, verwehrt denjenigen, die sich in einer für sie alternativlosen Notsituation befinden, gerade die Achtung, die ihnen um ihrer menschlichen Würde willen gebührt.¹⁶¹ Eine Differenzierung von mehr oder weniger lebenswertem Leben oder auch die zuteilungsrelevante Bewertung einzelner Leben nach ihrer Qualität oder mutmaßlichen Dauer zwingend ausgeschlossen. Das todgeweihte oder zumindest scheinbar unrettbar verlorene Menschenleben ist kein Rechtsgut geringerer Schutzwürdigkeit als das nicht vom unabwendbaren Untergang bedrohte Leben.¹⁶²

Dieser Einwand gilt insbesondere, weil Voraussetzung dafür überhaupt in die Gruppe derer zu gelangen, die überhaupt die Möglichkeit einer Zuteilung knappe intensivmedizinischer Ressourcen haben, ist, dass eine medizinische Indikation angenommen wird. Patientinnen und Patienten dagegen, deren Behandlung von vornherein das Ziel, dass die Therapie erfolgreich verlaufen soll, gar nicht erreichen können, werden (richtigerweise) schon auf der ersten – individualmedizinischen – Stufe ausgeschlossen, weil eine nicht-indizierte intensivmedizinische Behandlung mit invasiver Beatmung auch für sie als Übertherapie unzutraglich wäre.

bb.) Anzahl vermeidbarer Todesfälle minimieren

Die weitere in den „Empfehlungen“ erwähnte Zielsetzung ist „die Anzahl vermeidbarer Todesfälle durch die Ressourcenknappheit zu minimieren.“ Dieses Ziel erscheint vordergründig einleuchtend – kann bei konkreter Betrachtung allerdings zumindest in rechtlicher Hinsicht nicht individuell handlungsleitend sein.

for Scarce Resource Situations, V. 6.0, May 2020, S. 6.2. Online: <https://www.health.state.mn.us/communities/ep/surveillance/crisis/standards.pdf> (zuletzt aufgerufen 26. Juni 2020)

¹⁶⁰ So auch Fateh-Moghadam/ Gutmann, Gleichheit vor der Triage: Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, VerBlog, 2020/4/30, <https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/> (zuletzt aufgesucht am 25. Mai 2020)

¹⁶¹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006 - 1 BvR 357/05 -, Rn. 132.

¹⁶² Brech, Triage und Recht, S. 264 mwN.

Denn es ist schon unklar, wie aus prognostischer Sicht vermeidbare von unvermeidbaren Todesfällen zu unterscheiden sein sollen. Unvermeidbar wird jedenfalls bei der überwiegenden Zahl der Patientinnen und Patienten der Tod derer sein, die trotz ihres jeweiligen aktuellen Bedarfs keine Beatmungsplätze erhalten können: Wenn eine Intensivstation mit 20 Beatmungsplätzen 30 Patientinnen und Patienten mit einem akuten Bedarf, jeweils einer medizinischen Indikation und dem Willen, sich behandeln zu lassen, versorgen soll, ist der Tod von 10 Menschen statistisch gesehen unvermeidbar, wenn auch in unmittelbarer Nähe, in der Region und in Deutschland insgesamt keine entsprechenden freien Ressourcen mehr gemeldet werden. Für jeden einzelnen dieser Menschen wäre der Tod allerdings – bei guter Annahme der Behandlung möglicherweise vermeidbar, auch bei Patienten mit Komorbiditäten und einem aus Sicht der Intensivmediziner weniger guten Allgemeinzustand. Dies ergibt sich schon daraus, dass diesen Patienten im ersten Schritt bescheinigt wird, bei intensivmedizinischer Behandlung eine (zumindest gewisse) Erfolgsaussicht zu haben. Auch für die 20 Patienten könnte der Tod vermeidbar sein, die (Beatmungs-) Plätze auf der Intensivstation erhalten.

Die Zahl vermeidbarer Todesfälle zu reduzieren ist in der konkreten Situation ein auf die Allgemeinheit bezogenes statistisches Ziel. Behandelt wird aber nicht die Allgemeinheit, behandelt werden auch nicht Statistiken, behandelt werden bedürftige, lebensbedrohlich erkrankte Individuen. Diesen Individuen darf die Chance auf eine ihnen jeweils rechtlich zustehende (vgl. oben unter B 1 a.) möglicherweise lebensrettende Behandlung nicht mit Verweis auf ein statistisches Ziel, das zu erreichen vielen wünschenswert erscheinen mag, zunichte gemacht werden. Eine hierfür erforderliche rechtliche Regelung fehlt. Da die „vermeidbaren Todesfälle“ hier zudem eine zahlenmäßig unbestimmte statistische Größe sind, stehen insoweit auch keine individuellen Rechte gegeneinander.

cc.) Behandlung nach Erfolgsaussichten priorisieren

Dem Flussdiagramm „Entscheidungsfindung bei nicht ausreichenden Intensiv-Ressourcen“ zufolge, sind die klinischen Erfolgsaussichten das entscheidende Kriterium für die Zuteilung beziehungsweise im Re-Evaluations-Fall die Wegnahme von möglicherweise lebensrettenden intensivmedizinischen Ressourcen wenn medizinische Indikation und Einwilligung, aber auch der Knappheitsfall gegeben sind.

Unter Punkt 3.2.1. „Entscheidung über die Aufnahme auf die Intensivstation“ wird erläutert, dass im 2. Schritt – nachdem im 1. Schritt die intensivmedizinische Behandlungsnotwendigkeit abgeklärt wurde – eine „Einschätzung“ der individuellen Erfolgsaussicht des Patienten erfolgen soll. Die „individuelle Erfolgsaussicht“ wird bestimmt als „die Wahrscheinlichkeit, die aktuelle Erkrankung durch Intensivtherapie zu überleben.“¹⁶³ In Schritt 4 wird der Vorgang der in dieser Beschwerdeschrift als Zuteilungen bezeichneten „Priorisierung“ dargestellt, die so erfolgen soll:

¹⁶³ DIVI u.a., Empfehlungen, Stand: 30.4.2020, S. 6.

- „nach Einschätzung der Erfolgsaussichten der möglichen Intensivtherapie,
- im Hinblick auf ein realistisch erreichbares, patientenzentriertes Therapieziel,
 - im Vergleich zur Erfolgsaussicht der Intensivtherapie für andere Patienten,
 - unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Kapazitäten.“

Unter Punkt 3.2.2. „Entscheidungen über Therapiezieländerung bei laufender intensivmedizinischer Behandlung (Re-Evaluation)“ wird ausgeführt, dass eine Re-Evaluation bereits intensivmedizinisch behandelter Patientinnen und Patienten – neben der Überprüfung der medizinischen Indikation – bei Veränderungen des Gesundheitszustandes und „bei Veränderungen der Versorgungslage“ erfolgen soll.¹⁶⁴ Wenn in Schritt 1 die patientenzentrierte Prüfung der Intensivtherapie nicht zu dem Ergebnis kommt, dass die Patientin oder der Patient entlassen werden kann oder eine Therapiezieländerung angezeigt ist, weil der Behandlungsversuch „mit zuvor festgelegten Erfolgskriterien nach Ablauf des vereinbarten Zeitraums gescheitert (ist)“¹⁶⁵, soll in Schritt 2 erneut eine Priorisierung der intensivmedizinischen Versorgung vorgenommen werden. Das dort als relevant erachtete Kriterium ist wieder die Erfolgsaussicht der laufenden Intensivtherapie unter Berücksichtigung weiterer medizinischer Kriterien, zu denen

- „u.a. Organfunktion unter Intensivtherapie, Verlauf der Grunderkrankung, Ansprechen auf bisherige Therapie
- Im Vergleich zu anderen Patienten mit intensivmedizinischem Bedarf
 - Unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Ressourcen“¹⁶⁶

gehören. Das Ergebnis der Re-Evaluation ist entweder die Fortsetzung der Intensivtherapie oder deren Beendigung (trotz fortbestehender Indikation und weiterhin vorhandener Erfolgsaussichten, die aber geringer sind, als die anderer neu hinzugekommener Patientinnen).

„Erfolgsaussicht“ ist ein individualisiertes Konzept, das nicht mit Mutmaßungen über hohe oder niedrige Lebensqualität bestimmter Gruppen von Menschen operiert. Es wird mit dem Kriterium der „Erfolgsaussicht“ ein neutraler Maßstab angelegt - zu-

¹⁶⁴ Zur Auffassung der Autoren, dass das geltende Recht u.U. nur eingeschränkt berücksichtigt werden muss s.o. unter II. B. 2. A.) bb.)

¹⁶⁵ Diese Option wirft, was hier nur am Rande ein Thema sein kann, einige Fragen auf, denn es stellt sich die Frage, ob eine Indikation vorgelegen hat und ggf. noch vorliegt, warum der zuvor vereinbarten Versuchszeitraum nicht verlängert werden kann und wie der Patient bzw. dessen gesetzliche Vertreter sich zu einem solchen Abbruch der Behandlung positionieren. Im Ergebnis erscheint eine solche Vereinbarung nur rechtmäßig und sinnvoll, wenn die Indikationslage und Prognose von Erfolgsaussichten weniger klar ist, als es sonst in der Stellungnahme möglich erscheint.

¹⁶⁶ DIVI u.a., Empfehlungen, Stand: 30.4.2020, S. 9.

mindest wenn mit „Erfolg“, wie in der DIVI-Leitlinie, der unmittelbare Behandlungserfolg gemeint ist, also das Überleben der Intensivbehandlung und damit der behandelten COVID-19-Erkrankung, nicht aber z.B. eine länger andauernde Überlebenszeit oder ein im herrschenden Verständnis besonders „qualitätsreiches“ Weiterleben.

Dieser Erfolg ist aber für die bei denen er erreicht wird, damit auch individuell gleich: es macht keinen Unterschied, ob die Aussicht darauf bei Behandlungsbeginn 30 Prozent war oder 70 Prozent. Und umgekehrt: unabhängig davon ob die Wahrscheinlichkeit des Misserfolgs der Behandlung 10 Prozent oder 90 Prozent beträgt – für das betroffene Individuum hat der Misserfolg, wenn er sich realisiert unabhängig davon wie wahrscheinlich das war, immer die gleiche fatale Konsequenz: es stirbt. Aus der rechtlich relevanten Perspektive des individuellen, mit einem Rechtsanspruch auf die Behandlung versehenen Patienten, der sich bei vorhandener Indikation und erfolgter Einwilligung nach ausreichender Aufklärung für die Behandlung entschieden hat, gibt es daher keinen Grund und erst recht keine Pflicht, sich zugunsten eines anderen Patienten mit etwas oder auch gravierend besseren Erfolgsaussichten aufzuopfern. Es geht in der Behandlung stets um ein Leben und das ganze Leben.

Die Zielsetzung einer Zuteilung von Behandlungsressourcen unter Zugrundelegung des Unterscheidungsmerkmals „Erfolgsaussicht“ ist – ähnlich wie unter Heranziehung des Effizienz-Kriteriums – allenfalls eine gesellschaftliche: für die Gesellschaft als Ganzes mag es vorteilhaft und wichtig sein, wenn der Einsatz der vorhandenen Ressourcen tatsächlich möglichst dort erfolgt wo die Erfolgsaussichten besonders gut sind. Auch das ist aber nicht zwingend: es kann für die Gesellschaft insgesamt auch besser sein, wenn die Zuteilung der vorhandenen, zu knappen Ressourcen möglichst chancengleich erfolgt.

Das gilt insbesondere dann, wenn die Zugangskriterien für die Triage nicht äußerst zuverlässig sind. Auch eine stets drohende Re-Evaluation der Zuteilung lebensrettender intensivmedizinischer Ressourcen an Patientinnen und Patienten, die dadurch Gefahr laufen, die zugeteilte Ressource zu verlieren, obwohl die Behandlung bei ihnen nach wie vor aussichtsreich sein könnte, kann die gesellschaftliche Akzeptanz dieser Art von medizinischer Versorgung unterminieren.

Jenseits dessen sind gegen die allein auf Erfolgsaussicht beruhende Zuteilung lebensrettender medizinischer Ressourcen rechtlich Einwände zu erheben: In der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz hat das BVerfG, verweisend auf die Entscheidung Schwangerschaftsabbruch I festgestellt, dass jedes menschliche Leben als solches gleich wertvoll ist.¹⁶⁷ Allerdings formulieren die Autoren der DIVI-Empfehlungen, dass die Priorisierungen ausdrücklich nicht in der Absicht erfolgten, Menschen oder Menschenleben zu bewerten, sondern mit der Zielsetzung möglichst vielen Menschen eine Teilhabe an der medizinischen Versorgung unter Krisenbedingungen zu ermöglichen¹⁶⁸. Die den Empfehlungen folgende Entscheidung ist aber qualitativ begründet –

¹⁶⁷ BVerfGE 115, 118; BVerfGE 39, 1 [59]

¹⁶⁸ DIVI u.a., Empfehlungen, Stand: 30.4.2020, S. 4.

und so wie sie mittelbar Menschen mit bestimmten Behinderungen benachteiligt, behandelt sie ihr Leben auch als weniger wertvoll, indem sie es nicht zu retten versucht, weil die Erfolgsaussichten zwar vorhanden, aber geringer sind, als bei anderen.

5.) Gebotene Handlungspflichten

In das Grundrecht auf Gleichheit und das Grundrecht auf Leben, das im Zuge einer Triage-Entscheidung verletzt werden würde, kann nur auf der Grundlage eines förmlichen Parlamentsgesetzes eingegriffen werden.¹⁶⁹ Dass die Bundesregierung die Zuteilung knapper Ressourcen für ein medizinisches Problem hält, das durch ärztliche Leitlinien gelöst werden kann und für das auch kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe, erscheint angesichts dessen nicht nachvollziehbar. Mit Blick auf die Triage wird eine solche Regelung des Gesetzgebers von der Fachöffentlichkeit auch seit längerem und aktuell dringlich gefordert und für erforderlich gehalten.¹⁷⁰

Dass der Gesetzgeber möglicherweise durch die verfassungsrechtlichen Vorgaben nur einen engen Handlungsraum hat, wie der Deutsche Ethikrat in seiner Ad-hoc-Stellungnahme anmerkt, ändert an dem Vorbehalt des Gesetzes nichts. Es kann jedenfalls nicht sein, dass aufgrund des hohen Schutzniveaus, das die Verfassung für menschliches Leben setzt, überhaupt kein besonderer Schutz durch das Gesetz gewährleistet wird.

Wie der Gesetzgeber handelt ist offen und ihm überlassen. Angesichts der Tatsache, dass eine Triage nach allem was wir wissen, wenn dann bundesweit oder jedenfalls länderübergreifend erforderlich sein wird – ansonsten wären ja beispielsweise die Nutzung von Ressourcen anderer Bundesländer möglich, da das SGB V-System zwar auch eine auf Bundesländer bezogene Dimension hat, aber grundsätzlich eine bundesweite Regelung darstellt – erscheint allerdings eine bundesweite Regelung erforderlich, aber auch möglich. Regelungen können insbesondere im SGB V Platz finden, wo ja heute schon über § 136c SGB V auf Bundesebene planungsrelevante Qualitätsindikatoren entwickelt und über die Vereinbarung von Sicherstellungszuschlägen Vorgaben für die Krankenhäuser auf Länderebene umgesetzt werden können. Im allgemeinen Teil könnte in einem § 2c SGB V zumindest für die gesetzlich Versicherten, eine

¹⁶⁹ BVerfG, Urteil vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 –, BVerfGE 115, 118; BVerfGE 22, 180 [219],

¹⁷⁰ Hellwig, Wenn Mediziner über Leben und Tod entschieden müssen, Interview mit Bremer Ärztekammer Präsidentin Gitter, Weserkurier, 1.4.2020; Engländer/Zimmermann, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? – Die COVID-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, NJW 2020, 1398; Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404); Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, medstra 3/2020; Brech, Triage und Recht, Berlin 2008, 384; Höfling, Rationierung von Gesundheitsleistungen, in: Feuerstein/Kuhlmann (Hrsg.), Rationierung im Gesundheitswesen, 1998, S. 143 ff. (151); a.A.: Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, Ad-hoc-Empfehlung, 2020.

Blatt 76
Akte Nr
27.06.2020

Verfassungsbeschwerde

Regelung für den Fall zu knapper Ressourcen geschaffen werden, die die Verteilung von Leistungen in den wesentlichen Grundzügen regelt.

Der Bundesgesetzgeber hätte auch die Möglichkeit – möglicherweise in Abstimmung mit den Landesgesetzgebern – über eine Grundgesetzänderung eine zusätzliche Bundesgesetzgebungskompetenz vergleichbar Art 74 Abs 1 Nr. 26 zu schaffen, die ihm die Schaffung eines Triage-Gesetzes ermöglicht. Unter Umständen wäre auch – zumindest für den besonders relevanten Fall der Pandemien – im Infektionsschutzgesetz eine entsprechende Regelung denkbar, auch wenn das Infektionsschutzgesetz im Kern dem Zweck dient übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern. Es erscheint zumindest vorstellbar, die Verteilung von anderswo inhaltlich geregelten medizinischen Versorgungsleistungen für den Fall einer „Epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ nach § 5 InfSchG als Bestandteil der Pandemiebekämpfung in das InfSchG zu integrieren.

Für die Beschwerdeführenden brächte ein solches Gesetz gegenüber der aktuellen Situation eine erhebliche Verbesserung mit sich, auch wenn dessen Ausgestaltung dem Gesetzgeber nicht vorgeschrieben werden kann und sie daher natürlich ein Stück weit ungewiss ist. Schon dass es eine Möglichkeit gibt, auf das Gesetzgebungsverfahren durch Stellungnahmen, Beteiligung an Anhörungen und Kommunikation mit dem Gesetzgeber Einfluss zu nehmen, erscheint insoweit wichtig. Gegen ein Gesetz oder dessen Umsetzung gibt es zudem – selbst für den Fall, dass das, wie im TPG, wider Erwarten nicht ausdrücklich vorgesehen sein sollte, Rechtsschutzmöglichkeiten, die bei einer medizinischen Leitlinie naturgemäß nicht gegeben sind. Durch eine gesetzliche Regelung wird auch sichergestellt, dass sie – auch das anders als bei der gegenwärtigen Situation, in der im Wesentlichen eine von Medizinerinnen und Medizinern gefertigte Leitlinie – die Grundrechte der betroffenen Personen fördert und absichert.

Rechtsanwalt