



Motion 22.3246 s Mo. Graf Maya. Rechtsgrundlage für Triage-Entscheidungen beim Zugang zu intensivmedizinischen Behandlungen, insbesondere Sicherstellung, dass Menschen mit Behinderung nicht diskriminiert werden

Stellungnahme von Prof. Dr. iur. Bijan Fateh-Moghadam, Universität Basel

I. Soll die Triage-Entscheidung auf Gesetzesstufe geregelt sein?

1. Wie lebensrettende intensivmedizinische Ressourcen im Falle einer Ressourcenknappheit verteilt werden *sollen*, kann die Medizin nicht beantworten – es handelt sich dabei um eine normative, d.h. ethische und rechtliche Frage. Die normative Natur von Verteilungsentscheidungen wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Transplantationsgesetz (TxG) intensiv diskutiert. In der Botschaft zum TxG stellt der Bundesrat fest:

«Es geht darum, den individuellen Nutzen zu mehren, Schaden zu vermeiden, die Bedürftigen gleich zu behandeln und einer Ungleichheit an Chancen entgegenzuwirken. Es handelt sich immer um reine Wertentscheidungen. Die These, die Verteilung erfolge nach medizinischen Kriterien, ist insofern falsch: die Zuteilung geschieht nach ethischen Prinzipien.»¹

2. Triage-Entscheidungen beim Zugang zu intensivmedizinischen Behandlungen berühren wesentliche Grundrechtspositionen von betroffenen Patient*innen, namentlich das Grundrecht auf chancengleiche Teilhabe an lebensrettenden Ressourcen der Intensivmedizin (Art. 10 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1, Art. 7 und Art. 12 BV). Die wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen über die Gewährleistung von Gesundheitsgrundrechten müssen in einem demokratischen Rechtsstaat in Gesetzesform erlassen werden (Art. 164 Abs. 1 BV). Dies gilt insbesondere dann, wenn die Zuteilung der Ressourcen, wie im Falle der Intensivmedizin, bereits faktisch durch generell-abstrakt formulierte Richtlinien gesteuert wird. Die Notwendigkeit einer Festlegung von Verteilungskriterien auf Gesetzesstufe wurde ebenfalls in der Botschaft zum TxG reflektiert:

«Die Festlegung der Kriterien und des Verfahrens für die Zuteilung ist Sache des Gesetzgebers, sie kann nicht Sache der Ärztinnen und Ärzte sein. Dies ergibt sich (...) unmittelbar aus der Verfassung, weil im Allokationsprozess eine Entscheidung über grundrechtlich geschützte Güter der Patientinnen und Patienten getroffen wird (...). Der Gesetzgeber muss zumindest einen Rahmen vorgeben für die massgebenden Zuteilungskriterien und für das Verfahren. Die weitere Konkretisierung soll in der Verordnung vorgenommen werden.»²

3. Triage-Entscheidungen sind mit einem hohen Risiko verbunden, dass Patient*innen wegen einer Behinderung, ihrer Gebrechlichkeit oder ihres Alters diskriminiert werden.³ Dieses Risiko wird durch die Triage-Richtlinien der SAMW⁴, welche die gegenwärtige Praxis steuern, nicht gemindert, sondern verstärkt.

¹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl 2002 29, 111.

² Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl 2002 29, 112 f.

³ Zu den Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage vgl. die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20.

⁴ «Triage in der Intensivmedizin bei ausserordentlicher Ressourcenknappheit. Hinweise zur Umsetzung Kapitel 9.3. der SAMW-Richtlinien Intensivmedizinische Massnahmen (2013)», aktualisierte Version 4 vom 23. September 2021.



a) Mit der sog. *vorsorglichen Triage* und der sog. *nachträglichen Triage* empfehlen die Richtlinien der SAMW eine rechtswidrige und strafbare Praxis. Danach sollen Patient*innen mit zwar schlechteren, aber gleichwohl realistischen Erfolgsaussichten schon zu einem Zeitpunkt von der intensivmedizinischen Versorgung ausgeschlossen werden, zu dem die Ressourcen noch nicht vollständig ausgeschöpft sind (sog. vorsorgliche Triage). Selbst bereits intensivmedizinisch behandelte Patient*innen müssen damit rechnen, dass ihre Behandlung abgebrochen wird, weil die Behandlung anderer Patient*innen statistisch einen besseren Erfolg verspricht (sog. nachträgliche Triage). Ein solcher fremdnütziger Behandlungsabbruch lässt sich strafrechtlich nicht rechtfertigen. Die Richtlinien der SAMW ergänzen das geltende Straf- und Verfassungsrecht nicht, sondern missachten es.

b) Die massgeblich über das Alter und die Gebrechlichkeit definierten Nichtaufnahmekriterien der SAMW-Richtlinien diskriminieren behinderte, gebrechliche und ältere Menschen (Art. 8 Abs. 2 BV).

Nach den Richtlinien der SAMW sollen das Alter, eine Behinderung oder Demenz zwar «per se» keine Kriterien sein, die zur Anwendung gelangen dürfen. Über das Kriterium der *relativ besseren kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit* erhalten indessen genau diese Kriterien entscheidende Bedeutung. Die SAMW-Richtlinien ziehen nicht nur das Alter und die altersbedingte Gebrechlichkeit als massgebliche Faktoren zur prognostischen Bestimmung der Überlebenswahrscheinlichkeit heran, sondern berücksichtigen auch bei Menschen mit Behinderungen *Komorbiditäten, die direkt mit ihrer Behinderung zusammenhängen*.⁵

Neben der systematischen indirekten Diskriminierung über das Kriterium der relativ besseren Erfolgsprognose diskriminieren die in den Richtlinien formulierten sog. Nichtaufnahmekriterien gebrechliche und ältere Menschen auch direkt. So werden über 65-Jährige vom Zugang zur Intensivmedizin pauschal ausgeschlossen, wenn sie eine mittlere Gebrechlichkeit (Clinical Frailty Scale (CFS) Stufe 6) aufweisen; über 75-Jährige bereits dann, wenn sie leicht gebrechlich sind (CFS Stufe 5).⁶ Eine solche direkte Anknüpfung an ein bestimmtes Lebensalter und einen bestimmten Gebrechlichkeitsgrad für eine Entscheidung über Leben und Tod ist verfassungswidrig (Art. 8 Abs. 2 BV).

4. Vor diesem tatsächlichen Hintergrund einer durch Richtlinien fehlgesteuerten Praxis trifft den Gesetzgeber eine grundrechtliche Schutzpflicht, Vorkehrungen zu treffen, die eine weitere Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen sowie von älteren Menschen und Menschen mit Vorerkrankungen verhindern (Art. 8 Abs. 2 und 4, Art. 35 BV). Dieser Schutzpflicht sollte der Gesetzgeber durch eine Regelung der Triage auf Gesetzesstufe nachkommen.

5. Ein Gesetzgebungsverfahren zur Regelung der Triage gewährleistet die gebotene breite gesellschaftliche Diskussion über die Gerechtigkeit der Verteilung von Überlebenschancen bei einer pandemiebedingten Ressourcenknappheit und mündet in demokratisch legitimierte Vorgaben für die Triage in der Intensivmedizin. Die Verankerung von gesetzlichen Vorgaben für

⁵ «Triage in der Intensivmedizin bei ausserordentlicher Ressourcenknappheit. Hinweise zur Umsetzung Kapitel 9.3. der SAMW-Richtlinien Intensivmedizinische Massnahmen (2013)», aktualisierte Version 4 vom 23. September 2021, S. 5. Hierbei handelt es sich um Vorgaben, die mit der gesetzlichen Regelung der Triage in Deutschland in § 5c Infektionsschutzgesetz nicht vereinbar wären.

⁶ «Triage in der Intensivmedizin bei ausserordentlicher Ressourcenknappheit. Hinweise zur Umsetzung Kapitel 9.3. der SAMW-Richtlinien Intensivmedizinische Massnahmen (2013)», aktualisierte Version 4 vom 23. September 2021, S. 7 f.



eine gerechte Verteilung von lebensrettenden medizinischen Ressourcen hat sich im Anwendungsbereich des TxG bewährt.

II. Wie kann man sicherstellen, dass bei solchen Entscheidungen Menschen nicht aufgrund ihrer Behinderung diskriminiert werden?

1. Um einen effektiven Schutz vor Diskriminierung zu gewährleisten, müsste eine gesetzliche Regelung der Verteilung knapper intensivmedizinischer Ressourcen vor allem negativ festlegen, welche Zuteilungskriterien *nicht* berücksichtigt werden dürfen.

2. Das in den SAMW-Richtlinien massgebliche Kriterium der relativ besseren Überlebenswahrscheinlichkeit ist mit einer gerechten, diskriminierungsfreien Zuteilung von Intensivressourcen nicht vereinbar. Die einseitige Orientierung an der relativ besseren Erfolgsaussicht führt zu einer systematischen Schlechterstellung von Menschen mit Behinderung. In der Diskussion über die gerechte Verteilung von Organen zu Transplantationszwecken hat man das Spannungsverhältnis von Nutzenmaximierung und Gerechtigkeit erkannt; hinter diesen Stand der Diskussion sollte man heute nicht zurückfallen:

«Konsequent angewendet würde das Prinzip der Nutzenmaximierung zur Folge haben, dass Risikopatientinnen und -patienten (...) und alte Patientinnen und Patienten bei der Zuteilung nicht oder entsprechend weniger berücksichtigt werden. Als vorrangiges oder gar alleiniges Allokationskriterium wäre dieses Prinzip deshalb äusserst problematisch.»⁷

3. Aufgabe einer gesetzlichen Regelung der Triage wäre es daher, ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Ziel eines nutzenorientierten, effizienten Einsatzes der Intensivmedizin einerseits und dem konkurrierenden Ziel einer gerechten und chancengleichen Verteilung dieser Ressourcen andererseits herzustellen.⁸ Wie dieses Spannungsverhältnis konkret aufzulösen ist, sollte gerade Gegenstand der parlamentarischen Beratungen sein und soll hier nicht abschliessend vorgegeben werden. Weil jedes Leben gleich viel wert ist und für jede*n Patient*in, unabhängig vom Grad der Erfolgswahrscheinlichkeit, gleich viel auf dem Spiel steht, darf eine gesetzliche Verteilungsordnung jedenfalls niemanden chancenlos stellen.

⁷ Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl 2002 29, 113.

⁸ Vgl. dazu auch Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl 2002 29, 113.