Erfolgsaussicht: Ein „geeignetes“ Triagekriterium?

Wie der neue Gesetzesentwurf die Frage mittelbarer Diskriminierung umgeht

Tim Reiß

21.07.2022 doi: 10.17176/20220721-113449-0

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur sogenannten Triage – Priorisierung bei pandemiebedingter Knappheit an überlebenswichtigen Behandlungenressourcen – ist in der medialen und politischen Öffentlichkeit überwiegend als Erfolg der Verfassungsbeschwerde wahrgenommen worden. Die Fachwelt hat das Urteil dagegen teilweise heftig kritisiert und als enttäuschend eingeschätzt (Huster, Lehner), und zwar vor allem deshalb, weil der Beschluss die rechtsethische Akzeptabilität und verfassungsrechtliche Zulässigkeit des in der Fachdiskussion durchaus umstrittenen Kriteriums der kurzfristigen Erfolgsaussicht einfach voraussetzt. Dies hat zur Folge, dass der Beschluss zwar einerseits den Gesetzgeber verpflichtet, Vorkehrungen gegen eine mögliche Benachteiligung behinderter Menschen bei der Zuteilung von Behandlungsressourcen zu treffen, andererseits das Problem einer möglichen *mittelbaren* Diskriminierung ausblendet. Eine solche mittelbare Diskriminierung könnte sich nämlich infolge einer Priorisierung nach dem Kriterium der Erfolgsaussicht einstellen, und zwar auch dann, wenn der Begriff der Erfolgsaussicht in einem engen, auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit bezogenen Sinn verstanden wird. Aus diesem Grund ist das Priorisierungskriterium in der ethischen und verfassungsrechtlichen Diskussion alles andere als unumstritten (ausführlicher dazu hier). In dem nun vorliegenden neuen Gesetzesentwurf wird die in dem Beschluss ausgeklammerte kontroverse Frage, ob das Kriterium kurzfristiger Erfolgsaussicht selbst mittelbar diskriminierende Effekte hat, durch begriffliche Mehrdeutigkeiten zu umgehen versucht beziehungsweise sprachlich verschleiert. Das Problem einer möglichen mittelbaren Diskriminierung behinderter Menschen wird hier, wie ich zeigen möchte, durch semantische Tricks umschifft.

Erfolgsaussicht - ein mehrdeutiges und umstrittenes Kriterium

Das Kriterium ‚klinischer Erfolgsaussicht‘ – hier verstanden als unmittelbare Überlebenswahrscheinlichkeit – hat zunächst eine große suggestive Evidenz. Diese ist allerdings bereits seiner begrifflichen Mehrdeutigkeit geschuldet. So kann man den Begriff der Erfolgsaussicht in dem Sinn verstehen, dass überhaupt irgendeine Erfolgsaussicht der Behandlung besteht. Als solches ist das Kriterium unstrittig. Es lässt sich sogar argumentieren, dass das Kriterium der Erfolgsaussicht, in diesem Sinn verstanden, bereits durch das Kriterium der Dringlichkeit impliziert ist: Eine aussichtslose Behandlung kann nicht dringlich sein. Das Kriterium unmittelbarer Erfolgsaussicht lässt sich aber auch in einem komparativen Sinn verstehen: Patient:in X hat im Vergleich zu Patient:in Y eines höhere Überlebenswahrscheinlichkeit. Die Akzeptabilität eines solchen komparativ verstandenen Kriteriums der Erfolgsaussicht ist allerdings umstritten.

Warum ist das Kriterium komparativer Erfolgsaussicht so kontrovers? Eine naheliegende Möglichkeit der Begründung dieses Kriteriums liegt im Rückgriff auf ein Maximierungsgebot: „Maximiere die Anzahl Überlebender!“ Unter Voraussetzung der Gültigkeit dieses Maximierungsgebots ist es zwingend, nach komparativer Erfolgsaussicht zu priorisieren. Eine erste Schwierigkeit liegt nun aber darin, dass dann, wenn das Maximierungsgebot tatsächlich uneingeschränkt gelten sollte, nicht nur nach komparativer Erfolgsaussicht, sondern folgerichtig ebenso nach komparativer Ressourcenintensität der Behandlung priorisiert werden müsste). Die Orientierung am Maximierungsgebot lieferte zudem auch Gründe für die Durchführung einer *ex post*-beziehungsweise Verlaufs-

triage, weil auch diese gegebenenfalls die Anzahl Überlebender maximiert. Das heißt im Umkehrschluss, dass dann, wenn man eine Verlaufstriage – den möglichen Abbruch einer weiterhin indizierten überlebenswichtigen Behandlung zugunsten der Behandlung einer Dritten mit besserer Erfolgsaussicht – und eine Priorisierung nach Höhe der Behandlungskosten ablehnt, das Maximierungsgebot zumindest nicht uneingeschränkt gültig sein kann.

Es kommt hinzu, dass die (rechts-)ethische Begründbarkeit des Maximierungsgebot ganz grundsätzlich strittig ist. Dieses Gebot ist zwar einerseits im Rahmen einer utilitaristischen Ethik hoch plausibel, die auf die Optimierung eines über Personengrenzen hinweg aggregierten Gesamtnutzens verpflichtet. Es spricht allerdings vieles dafür, dass eine solche unmittelbar utilitaristische Begründung mit dem ‚deontologischen Verfassungskern' des Grundgesetzes unvereinbar ist. Eine grundrechtsgewährleistende Verfassungsordnung schützt primär die Rechte einzelner Personen und setzt damit einem auf eine personenübergreifende Gesamtheit bezogenen Nutzenoptimierungsgebot strenge Grenzen. Kantisch gesprochen: Die unbedingte Verpflichtung auf Achtung der Selbstzwecklichkeit jeder einzelnen Person verbietet kategorisch eine Instrumentalisierung Einzelner zugunsten Dritter, auch zugunsten einer großen Anzahl Dritter.

Es gibt nun zwar Versuche, das Kriterium komparativer Erfolgsaussicht alternativ, das heißt ohne unmittelbaren Rückgriff auf einen utilitaristisch begründeten Maximierungsimperativ zu verteidigen. Ihre Plausibilität ist allerdings wiederum hochumstritten. Dabei lassen sich grob zwei argumentative Strategien unterscheiden. Die erste Strategie besteht darin, das Maximierungsgebot selbst nochmals kontraktualistisch zu begründen beziehungsweise das utilitaristische Nutzenmaximierungsprinzip kontraktualistisch zu unterfangen: In bestimmten Situationen sei nämlich die Maximierung im Interesse einer jeden Person. Es lasse sich demzufolge ein *ex ante*-Konsens über eine Maximierungsregel annehmen, weil dies – bei Unkenntnis der Risikoverteilung – die Überlebenswahrscheinlichkeit jeder einzelnen Person steigere. Die Überzeugungskraft einer solchen *ex ante*-Fiktion hinter dem Rawlsschen „Schleier des Nichtwissens" ist allerdings im Hinblick auf die im Falle der Triage berührten existentiellen (Überlebens-)Interessen der Beteiligten fraglich. Die zweite Argumentationsstrategie besteht darin, das Kriterium der Erfolgsaussicht unmittelbar kontraktualistisch zu begründen, das heißt ohne den ‚Umweg' über eine kontraktualistische Begründung des Maximierungsimperativs. Das Kriterium komparativer Erfolgsaussicht lasse sich danach, so Adriano Mannino in seinem 2021 erschienen Buch „Wen rette ich – und wenn ja, wie viele?" (siehe auch die Stellungnahme eines Autorenkollektivs), alleine durch einen Vergleich der Stärke der individuellen Ansprüche auf Behandlung begründen, weil für Personen mit höheren Erfolgsaussichten – so Mannino – mehr „auf dem Spiel steht". Diejenige Person sei damit bedürftiger, der durch Nichtbehandlung ein höherer Nutzen vorenthalten würde.

Kann es aber überzeugen, dass die Bedürftigkeit an den komparativen Nutzen einer Behandlung gekoppelt wird? Dadurch wird die Erfolgsaussicht beziehungsweise der Nutzen der Behandlung selbst zu einem Faktor der Bestimmung der Bedürftigkeit. Ist es einleuchtend, dass eine Person, die bei Behandlung voraussichtlich eine höhere Überlebenswahrscheinlichkeit hat, „mehr zu verlieren" hat als eine Person mit geringerer Überlebenswahrscheinlichkeit? Die Überzeugungskraft beider argumentativer Verteidigungsstrategien, die zeigen sollen, dass sich Erfolgsaussicht als Kriterium ohne unmittelbar utilitaristische Prämisse begründen lässt, bleibt somit fraglich.

Erfolgsaussicht und mittelbare Diskriminierung

Bereits der Beschluss des Verfassungsgerichts verengt das Diskriminierungsproblem in einer entscheidenden Hinsicht. Der Beschluss verpflichtet den Gesetzgeber dazu, hinreichende Vorkehrungen zu treffen, um der Gefahr zu begegnen, dass Personen wegen oder aufgrund einer Behinderung bei der Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen benachteiligt werden. Es ist zunächst wohl unstrittig, dass eine unzulässige Diskriminierung dann vorliegt, wenn behinderte Menschen absichtlich und allein aufgrund ihrer Behinderung in der Zuteilung knapper Behandlungsressour-

cen benachteilig würden (intentionale Diskriminierung). Eine Priorisierung nach dem Kriterium der Erfolgsaussicht birgt nun die Gefahr einer weniger offenkundigen Diskriminierung. Auch diese Gefahr thematisiert der Beschluss: Eine Benachteiligung kann sich ergeben, wenn das Kriterium der Erfolgsaussicht extensiv ausgelegt und so verstanden wird, dass darunter nicht nur die unmittelbare Überlebenswahrscheinlichkeit, sondern auch die „längerfristig erwartbare Überlebensdauer“ (Rn 117, 119) fällt. Aus dem gleichen Grund müsse, so der Beschluss, verhindert werden, dass in das Kriterium der Erfolgsaussicht eine Bewertung der prognostizierten Lebensqualität einfließe. Schließlich sieht der Beschluss eine Diskriminierungsgefahr darin, dass Stereotypisierungen dazu führen könnten, dass Behinderungen pauschal mit Komorbiditäten und schlechteren Erfolgsaussichten in Verbindung gebracht werden (Rn 113, 118), was zu Fehleinschätzungen in Bezug auf die Erfolgsaussicht führen kann. Dem Beschluss zufolge ist das Kriterium der unmittelbaren Erfolgsaussicht aber unter den beiden Voraussetzungen, (a) dass es allein im Sinn der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit verstanden wird und (b) hinreichend sichergestellt ist, dass Prognosen nicht durch stereotypisierende Fehlannahmen beeinträchtigt werden, verfassungsrechtlich unbedenklich (Rn. 116, 118). Damit ist nun die entscheidende Streitfrage umgangen: Droht nicht eine *mittelbare* Diskriminierung behinderter Menschen, wenn anzunehmen ist, dass es *tatsächliche* (und nicht nur auf Vorurteilen beruhende) Korrelationen zwischen bestimmten Behinderungen und Vorerkrankungen und der aktuellen Überlebenswahrscheinlichkeit gibt?

Was heißt ‚geeignet‘?

Das Problem mittelbarer Diskriminierung, das im Beschluss ausgeblendet wird, umgeht der vorliegende Gesetzesentwurf (Referentenentwurf des BMG vom 2.6.2022) durch einen begrifflichen Trick. So heißt es dort: „Insbesondere sind eine Behinderung, das Alter, die verbleibende mittel- oder langfristige Lebenserwartung, die Gebrechlichkeit und die Lebensqualität keine *geeigneten* Kriterien, um die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit zu beurteilen.“ (Hervorhebung hinzugefügt). Was bedeutet hier *geeignet*?

Auf den ersten Blick lässt sich das als empirische (und damit potentiell falsifizierbare) Behauptung verstehen: Behinderung ist kein empirisch zuverlässig oder prognostisch valides Instrument zur Einschätzung der aktuellen Überlebenswahrscheinlichkeit im Einzelfall. Diese Deutung wird durch die Gesetzesbegründung gestützt, in der es heißt, die Einzelfallentscheidung müsse „unter Berücksichtigung der aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse zur evidenzbasierten Einschätzung der kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit getroffen werden.“ Was wäre nun aber, wenn sich zeigen ließe, dass zwischen bestimmten Behinderungen und der kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit tatsächlich empirisch eine starke und prognostisch valide Korrelation besteht?

Der Satz scheint zugleich sagen zu wollen, dass Behinderung und Gebrechen keine geeigneten Kriterien im normativen Sinn, das heißt keine zulässigen Kriterien sind. Es ist wohl kein Zufall, dass hier in der Schwebe bleibt, ob die Aussage, dass Behinderung und Gebrechlichkeit keine geeigneten Kriterien sind, normativ oder empirisch verstanden werden soll. Dass sie keine geeigneten Kriterien im faktischen Sinn darstellen, kommt einer Wunschbehauptung gleich, weil unter dieser Voraussetzung die eigentlich umstrittene Frage umgangen werden kann. Denn laut Gesetzesentwurf dürfen „Komorbiditäten“ berücksichtigt werden, „soweit sie [...] die auf die aktuelle Krankheit bezogene kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich verringern.“ Es ist aber nicht grundsätzlich garantiert, dass sich nicht herausstellen kann, dass bestimmte Behinderungen typischerweise mit genau solchen prognostisch validen Komorbiditäten assoziiert sind. Auch dass zwischen dem Alter und der Überlebenswahrscheinlichkeit eine erhebliche Korrelation besteht, erscheint alles andere als abwegig. Die ungeklärte und hier durch eine begriffliche Mehrdeutigkeit maskierte Frage ist, ob nicht eine (mittelbare) Diskriminierung behinderter Menschen *auch* vorliegen kann, wenn die Einschätzung einer durch die Behinderung bedingten geringeren Erfolgsaussicht nicht das Ergeb-

nis stereotypisierender Überverallgemeinerung ist, sondern dieser Zusammenhang tatsächlich besteht und man hinreichend sicher („Stand der Wissenschaft“) um ihn weiß. Der Gesetzesentwurf umgeht dieses Problem durch das Ausnutzen einer begrifflichen Ambivalenz („geeignet“) und durch eine begriffliche Differenzierung (Komorbiditäten vs. Behinderung), von der fraglich ist, ob sie angesichts des normativen Gewichts, das sie tragen soll, hinreichend trennscharf plausibilisiert werden kann.

Welche Rolle spielen Indikation und Dringlichkeit?

Eine weitere normative Achillesferse des Entwurfs liegt in folgendem: Der Entwurfstext nennt als einziges zulässiges Zuteilungskriterium die „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“. Das Bestehen einer Indikation dagegen und insbesondere die Dringlichkeit der Behandlung – sowie ein entsprechender Patient:innenwille – tauchen als Kriterien der Zuteilung nicht im Gesetzestext auf. Sie werden in der Begründung als „Grundvoraussetzung“ einer Zuteilungsentscheidung bezeichnet.

Dazu zwei Anmerkungen: Es erscheint zwar grundsätzlich als selbstverständlich, dass Voraussetzung einer Behandlung beziehungsweise Zuteilungsentscheidung das Bestehen einer Indikation ist. Allerdings ist hier darauf zu achten, dass dieses Kriterium nur solange unproblematisch und unstrittig ist, solange für das Bestehen einer Indikation nicht mehr als eine wenigstens geringe Erfolgsaussicht vorausgesetzt wird (Minimalnutzenschwelle). Die Indikationsstellung muss dabei strikt auf die einzelne Person bezogen sein und darf weder auf die komparative Erfolgsaussicht noch die komparative Ressourcenintensität der Behandlung Bezug nehmen. Es besteht sonst die Gefahr, dass ein graduell beziehungsweise komparativ verstandenes Kriterium der Erfolgsaussicht bereits in die Indikationsstellung einfließt. Das würde bedeuten, dass Zuteilungsentscheidungen – also normative Entscheidungen – als sachlich-medizinische Feststellungen maskiert und der Diskussion so entzogen würden. Es ist also darauf zu achten, dass Zuteilungsentscheidungen nicht in verdeckter Form getroffen werden, indem der Indikationsbegriff semantisch flexibilisiert wird. Aus diesem Grund sind auch alle Konzepte einer an der (kollektiven bzw. durchschnittlichen) Erfolgsaussicht orientierten Gruppenindikation zurückzuweisen.

Auch das Kriterium der Dringlichkeit wird im Gesetzestext nicht (mehr) als Kriterium der Zuteilung genannt, sondern nur in der Gesetzesbegründung als eine der Voraussetzungen einer Zuteilungsentscheidung. Das ‚Verschwinden‘ des Dringlichkeitskriteriums ist bereits scharf kritisiert worden: Dies habe „dramatische Folgen“ und stelle „einen unverantwortlichen wie weitreichenden Bruch mit bisherigen anerkannten medizinethischen Grundsätzen“ dar. Dass das Kriterium der Dringlichkeit im Gesetzestext nicht mehr auftaucht, ist nur in einer Hinsicht nachvollziehbar: Die Frage nach Kriterien der Zuteilung überlebenswichtiger Behandlungsressourcen geht ja von der Annahme aus, dass die Behandlung gleichermaßen dringlich („überlebenswichtig“) ist. In diesem Sinn verstanden dürfte das Kriterium der Dringlichkeit weithin unstrittig sein. Es gibt allerdings, jedenfalls in der medizinethischen Diskussion, eine durchaus kontroverse Diskussion, wie der Begriff der Dringlichkeit verstanden werden kann. Ist damit beispielsweise (a) die Überlebenswahrscheinlichkeit bei *Unterlassen* einer Behandlung (je geringer, desto dringlicher) gemeint, (b) die Überlebenswahrscheinlichkeit bei *Durchführung* einer Behandlung oder (c) die Differenz zwischen beiden, also die relative *Erhöhung* der Überlebenswahrscheinlichkeit? Versteht man Dringlichkeit in dem zweiten oder dritten Sinn, dann koppelt man den Begriff der Dringlichkeit wiederum an die Erfolgsaussicht der Behandlung und/oder ihren potentiellen Nutzen. Wenn die Dringlichkeit indirekt über den potentiellen Nutzen der Behandlung bestimmt wird, dann heißt dies, dass das (strittige) Kriterium der Erfolgsaussicht in das (eigentlich unstrittige) Kriterium der Dringlichkeit gewissermaßen eingeschleust wird. Ein graduell verstandenes Kriterium der Dringlichkeit, wonach sich die Dringlichkeit nach der potentiellen Erfolgsaussicht bestimmt, verliert offenkundig gegenüber dem Kriterium der Erfolgsaussicht seine Eigenständigkeit. Es sollte deshalb im Gesetzestext selbst klargestellt werden, dass mit ‚Dringlichkeit‘ als

Voraussetzung einer Zuteilungsentscheidungen hier gemeint ist, dass Zuteilungsentscheidungen nur innerhalb der Gruppe der Patient:innen mit *gleichermaßen höchster Dringlichkeit* getroffen werden dürfen.

AUTOR*IN

Tim Reiß

Tim Reiß ist Lehrkraft für besondere Aufgaben an der Katholischen Hochschule für Sozialwesen Berlin und dort wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für christliche Ethik und Politik (ICEP).

EMPFOHLENE ZITATION

Reiß, Tim: Erfolgsaussicht: Ein „geeignetes“ Triagekriterium?: Wie der neue Gesetzesentwurf die Frage mittelbarer Diskriminierung umgeht, Verfassungsblog, 21.07.2022, doi: 10.17176/20220721-113449-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20220721-113449-0.