

Inklusion in Zeiten der Katastrophen-Medizin

BODY'S-Stellungnahme zur gegenwärtigen Triage-Debatte, in der behinderte Menschen hintenangestellt werden sollen

Gerade einmal 11 Jahre ist die UN-Behindertenrechtskonvention (UN BRK) in Deutschland in Kraft und kaum sind die Schulen wegen der Corona-Pandemie geschlossen – da ist ihr Name verhallt. Recht, zumal Menschenrecht, scheint in diesen hektischen Zeiten des medizinischen Krisenmanagements überhaupt aus dem Blickfeld zu geraten. Dabei enthalten die Menschenrechte gerade in Katastrophen-Zeiten einen wichtigen Fahrplan, den es zu beachten gilt, wenn die Errungenschaften des Rechtsstaats nicht insgesamt abhandeln kommen sollen. Das wird der Preis sein, wenn es privaten Fachgesellschaften der Medizin anheimgestellt wird, Leitlinien über die Frage, wessen Leben gerettet werden soll, aufzustellen. Die Empfehlungen der „Deutschen interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI)“ zu ethischen Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie gehören dazu. Sie verstoßen gegen die Menschenrechte unserer Verfassung, namentlich der Menschenwürdegarantie und der Diskriminierungsverbote.

Hintergrund: Empfehlungen der DIVI

In ihren Empfehlungen¹ zur Triage spricht sich die Deutsche interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) für eine Behandlungspriorisierung aus, die auf den Grundsätzen des Behandlungsbedarfs und der Ressourcenknappheit basiert. Der Behandlungsbedarf sei demnach in einem mehrschrittigen Verfahren zu ermitteln, dessen Ergebnis zu Aufnahme bzw. Abbruch einer intensivmedizinischen Behandlung führt. Entscheidend sei die *Erfolgsaussicht* der Behandlung in Bezug auf Überlebenswahrscheinlichkeit und Lebenszeiterwartung. Diese sei für jeden Patienten individuell festzustellen und dann gegen die Erfolgsaussichten anderer Intensiv-Patienten abzuwägen.

Als Kriterien seien neben dem Schweregrad der akuten Erkrankung zusätzlich *Komorbiditäten*, also weitere Grunderkrankungen, und der Grad der Gebrechlichkeit heranzuziehen. Beides ist jedoch höchst problematisch. Die Erfolgsaussicht an bestimmten Komorbiditäten festzumachen, verkennet, dass die Überlebenswahrscheinlichkeit im Einzelfall nicht vorhersagbar ist. Sondern beispielsweise von der Qualität der Intensivbehandlung abhängt. Eine Abwägung entlang der Lebenszeiterwartung verschlechtert zudem von vornherein die Aussicht auf Behandlung für viele Menschen mit chronischen Erkrankungen.

Das Kriterium der *Gebrechlichkeit* bezieht sich auf (altersbedingte) verminderte Belastbarkeit und körperliche Funktionalität und wird entlang einer Skala (Clinical Frailty Scale – CFS) gemessen. Rechtsanwalt für Medizinrecht Dr. Oliver Tolmein führt dazu aus: „Clinical Frailty Scale [ist] ein Instrument, das auch bei Auswahl-Entscheidungen in der Transplantationsmedizin eine Rolle spielt und das 9 Stadien unterscheidet: von 1

¹ Deutsche interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) (2020), Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie. Klinisch-ethische Empfehlungen, online: https://dynamic.faz.net/download/2020//COVID-19_Ethik_Empfehlung_Endfassung_2020-03-25.pdf?_ga=2.118345609.1206587639.1585153435-1714784802.1582443029.

(sehr fit) bis 9 (sterbend). Stadium 4 ist ‚vulnerabel‘: keine tägliche Hilfe durch andere nötig, aber ‚verlangsam‘ oder ‚müde während des Tages‘, Stadium 7 ist ‚sehr gebrechlich‘: wegen einer körperlichen oder geistigen Beeinträchtigung vollständig abhängig von persönlicher Unterstützung, aber stabil und nicht gefährdet, während der nächsten 6 Monate zu sterben. Im Zusammenspiel mit den anderen Faktoren ergibt sich klar, dass neben alten Menschen auch Menschen mit körperlichen und geistigen Beeinträchtigungen im Zweifelsfall in die Gruppe der nicht zu behandelnden Patienten eingestuft werden können.“² Tolmein weist darauf hin, dass es bei der Anwendung der CFS nicht nur um Dilemmata gehe, wie sie typischerweise illustriert werden: Soll der 79-Jährige mit einer mittelgradigen Ausprägung von Demenz behandelt werden oder die 44-jährige Mutter von drei Kindern? Der Algorithmus der „Empfehlungen“ bevorzuge im Ergebnis aber auch den 51-jährigen Familienvater ohne Beeinträchtigungen vor dem 49-jährigen Familienvater, der an Multipler Sklerose erkrankt ist und einen hohen Assistenzbedarf hat, und vor der 17-jährigen jungen Frau mit Down-Syndrom und einem leichten Herzfehler.

In Bezug auf eine Ressourcenknappheit infolge der Corona-Krise sieht die DIVI es im Übrigen als nicht vertretbar an, die Entscheidungsfindung allein auf die Gruppe der COVID-19-Erkrankten anzuwenden, sondern auf alle Intensivpatient*innen.

Schutz der Menschenwürde statt utilitaristischer Abwägung

Es verletzt die Menschenwürde und die Diskriminierungsverbote unserer Verfassung, wenn Menschenleben der einen zur Rettung anderer Menschenleben geopfert werden. Das gilt sowohl quantitativ als auch qualitativ. Der Staat darf nicht das Leben Weniger zugunsten des Lebens Vieler opfern. So hat es das Bundesverfassungsgericht im Fall des Abschusses eines entführten Flugzeugs, das in eine Wohnsiedlung gelenkt wird, entschieden. Selbst die ohnehin verloren scheinenden Insassen dürfen nicht aus utilitaristischen Erwägungen geopfert werden.³ Auch Alter, Behinderung, sozialer Status oder andere Eigenschaften dürfen nicht zur Abwägung, wessen Leben gerettet werden soll, herangezogen werden. Das verbieten die Diskriminierungsverbote in Art. 3 GG, speziell heißt es in Abs. 3 „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“ Das BVerfG hat mehrfach entschieden, dass die UN BRK zur Auslegung des Grundgesetzes herangezogen werden muss.⁴ Die UN BRK garantiert in Art. 10 das Recht auf Leben für alle behinderten Menschen und sagt in Art. 25, dass behinderte Menschen ein Recht auf diskriminierungsfreie Gesundheitsversorgung haben und namentlich Staaten verpflichtet sind, „die diskriminierende Vorenthaltung von Gesundheitsversorgung oder -leistungen oder von Nahrungsmitteln und Flüssigkeiten aufgrund von Behinderung“ zu verhindern. Und in Art. 11 UN BRK heißt es: „Die Vertragsstaaten ergreifen (...) alle erforderlichen Maßnahmen, um in Gefahrensituationen, einschließlich (...) humanitärer Notlagen und Naturkatastrophen, den Schutz und die Sicherheit von Menschen mit Behinderungen zu gewährleisten.“

Menschen mit Behinderungen vor Diskriminierung schützen

Die DIVI-Empfehlungen zeichnen sich durch Nichtbeachtung dieser Menschenrechtsquellen aus. Sie erwähnen zwar den Gleichheitssatz ausführlich und bekennen, dass nach Maßgabe unserer Rechtsordnung weder

² <https://www.tolmein.de/bioethik/details/artikel/triage-oder-inklusive-intensivmedizin-1373.html>

³ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 –, Rn. 124.

⁴ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 23. März 2011 – 2 BvR 882/09 –, Rn. (52), online: http://www.bverfg.de/e/rs20110323_2bvr088209.html.

kalendarisches Alter noch soziale Kriterien das „alleinige“ Kriterium für Allokationsentscheidungen sein dürfen.⁵ Jedoch wird mittelbar gegen behinderte und alte Menschen diskriminiert, wenn auf Faktoren wie Gebrechlichkeit und Komorbidität abgestellt wird. Bei der Gebrechlichkeitsbewertung nach der CFS führen auch Faktoren wie Assistenz- oder Hilfsmittelbedarfe automatisch zu einer niedrigeren Score-Bewertung, d.h., diese Personen haben allein deshalb eine geringere Chance auf eine Notfall- bzw. intensivmedizinische Behandlung. Wie RA Dr. Oliver Tolmein zusammenfasst: „Dafür muss niemand eine Empfehlung formulieren, dass Menschen mit Behinderungen keine Behandlung erhalten sollen – die Benachteiligung hier ergibt sich mittelbar aus den normierten Kriterien.“ Das aber ist weder mit unserer Verfassung noch mit den internationalen Menschenrechten vereinbar. Sowohl Art. 3 Abs. 3 GG als auch die UN BRK (Art. 5) verbieten auch die mittelbare Diskriminierung.⁶

Auch die Weltgesundheitsorganisation warnt inzwischen vor einer Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen bei der Bekämpfung der COVID-19-Pandemie: Menschen mit Behinderungen befinden sich in doppeltem Maße in Lebensgefahr – einerseits werden sie als Angehörige einer Risikogruppe in hohem Maße durch das Virus selbst gefährdet, gleichzeitig droht ihnen, dass sie durch triage-ähnliche Entscheidungen einmal infiziert nicht ausreichend behandelt werden.⁷

Die Anwendung der CFS für Allokationsentscheidungen impliziert zudem eine Bewertung ihres Lebens, die mit der Menschenwürdegarantie nach Art. 1 Abs. 1 des GG nicht vereinbar ist. „Menschliches Leben und menschliche Würde genießen ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen gleichen verfassungsrechtlichen Schutz“, sagt das BVerfG unmissverständlich.⁸

Glücklicherweise sind die Empfehlungen der DIVI kein geltendes Recht, sondern sie wollen „Entscheidungsunterstützung“ für verantwortliche Akteur*innen sein. Ihre Kommentierung ist ausdrücklich erwünscht und Aktualisierungen werden angekündigt.⁹

Haltung des Ethik-Rats zur Triage schwächt die Menschenrechte

Der Nationale Ethikrat hat zu Recht darauf hingewiesen, dass der Staat nicht darüber entscheiden darf, wessen Leben als schützenswert zu betrachten ist und wessen Leben geopfert werden soll. „Jede unmittelbare oder mittelbare staatliche Unterscheidung nach Wert oder Dauer des Lebens und jede damit verbundene staatliche Vorgabe zur ungleichen Zuteilung von Überlebenschancen und Sterbensrisiken in akuten Krisensituationen ist unzulässig. Jedes menschliche Leben genießt den gleichen Schutz. Damit sind nicht nur Differenzierungen etwa aufgrund des Geschlechts oder der ethnischen Herkunft untersagt. Auch eine Klassifizierung anhand des Alters, der sozialen Rolle und ihrer angenommenen ‚Wertigkeit‘ oder einer prognostizierten Lebensdauer muss seitens des Staates unterbleiben.“¹⁰ Er hat jedoch zu Unrecht diese Entscheidung in die

⁵ DIVI (2020), S. 4.

⁶ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 18. Juni 2008 – 2 BvL 6/07 –, Rn. 49; United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2018), General Comment No 6 on equality and non-discrimination, CRPD/C/GC/6, para. 18.

⁷ World Health Organization (2020), Disability considerations during the COVID-19 outbreak, WHO/2019- nCoV/Disability/2020.1, online: https://www.who.int/health-topics/disability#tab=tab_1.

⁸ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 –, Rn. 132.

⁹ DIVI (2020), S. 3.

¹⁰ Deutscher Ethikrat (2020), Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-hoc-Empfehlungen, S. 3, online: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>.

Hände medizinischer Fachgesellschaften gelegt. „Aus dem Verbot einer eigenen staatlichen Bewertung folgt nicht, dass entsprechende Entscheidungen nicht akzeptiert werden können“¹¹, so der Ethikrat, der sodann auf „Fachgesellschaften“ verweist, „die im Rahmen der vorgenannten Grundvorgaben wichtige Orientierungshilfen geben können und sollten, welche inhaltlich über das hinausgehen, was staatlicherseits zulässig wäre.“¹² Mit einer solchen Stellungnahme befördert der Nationale Ethikrat eine Haltung des „Not kennt kein Gebot“, mit der die Errungenschaften des Menschenrechtsstaates entwertet werden. In Zeiten der Krise, sind es aber gerade die Menschenrechte, die Halt bieten. Sie stellen nicht nur Visionen für eine freie und gleichberechtigte Zukunft dar, sie enthalten auch die Mindeststandards einer humanen Gesellschaft, die Sicherheit und Schutz für alle Menschen bieten.

Die Schutzpflicht des Staates einfordern

Wenn also unsere Rechtsordnung die Triage-Empfehlungen der DIVI verbietet, weil sie utilitaristische und diskriminierende Entscheidungen erlauben, was ist zu tun? Ärztliches und pflegendes Personal in den Krankenhäusern mit der Frage – und damit verbundenen traumatischen Entscheidungen – alleine zu lassen, ist mit Sicherheit der falsche Weg. Auch scheinbar neutrale algorithmische Entscheidungshilfen, das zeigen die jüngsten wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Künstlichen Intelligenz, sind nicht die Lösung, weil Lernende Systeme oft diskriminierende Vorstellungen übernehmen und nicht selten verschärfen.¹³ Bei der Priorisierung bzw. Allokation begrenzter oder unzureichender Ressourcen in der Notfall- oder Intensivmedizin ist dies allemal anzunehmen.

Der Staat hat eine Schutzpflicht gegenüber behinderten Menschen wie gegenüber anderen Risikogruppen in Bezug auf Diskriminierung und Exklusion. Das gilt ganz besonders, wenn es um den Schutz des Grundrechts auf Leben (Art. 2 Abs. 1 GG) geht.¹⁴ Die UN BRK fordert zu einem Paradigmenwechsel vom medizinischen Modell zu einem menschenrechtlichen Modell von Behinderung auf. Der Staat muss dafür sorgen, dass dieser Paradigmenwechsel auch in der Katastrophenmedizin vollzogen wird.

Leitlinien an Verfassung und Menschenrechten orientieren

Das bedeutet konkret, – zeitlich befristete – an den Menschenrechten orientierte Leitlinien in einem rechtsstaatlichen Verfahren zu generieren. Behinderung darf weder unmittelbar noch mittelbar ein Kriterium für die Vorenthaltung oder Einstellung medizinischer Versorgung sein. Wenn der Staat diskriminierende Empfehlungen von Fachgesellschaften stillschweigend akzeptiert, macht er sich zum Komplizen dieser Diskriminierung.¹⁵ Der Vorbehalt des Gesetzes, eines der wesentlichen Prinzipien unseres Rechtsstaates, gebietet zudem, dass die wesentlichen grundrechtsrelevanten Maßnahmen der Gesellschaft vom Gesetzgeber selbst

¹¹ Deutscher Ethikrat (2020), S. 4.

¹² Deutscher Ethikrat (2020), S. 4.

¹³ Zuiderveen Borgesius, Frederik (2018), Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making, ed. by Directorate General of Democracy © Council of Europe, online: <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73>.

¹⁴ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15 –, Rn. 70, online: http://www.bverfg.de/e/ls20160726_1bvl000815.html.

¹⁵ Kees, Alexander (2011), Responsibility of States for Private Actors, Max Planck Encyclopedia for International Law, Rn. 3, 9.

geregelt werden muss. Er darf dies nicht Privaten – selbst, wenn es medizinische Fachgesellschaften sind –, manchmal nicht einmal der Exekutive überlassen.¹⁶

Auch das Deutsche Institut für Menschenrechte weist in seiner Erklärung zur Corona-Krise auf die wichtige Funktion der Legislative sowohl als Kontroll- als auch als eigenständiges Handlungsorgan in der Notstandssituation hin. Inhalt und Grenzen solcher Leitlinien müssten sich an der Verfassung und den internationalen Menschenrechten orientieren.

Neben den vom Deutschen Institut für Menschenrechte genannten Standards im Zusammenhang mit der Corona-Krise¹⁷ sind aus behinderungsrechtlicher Perspektive in diesem Zusammenhang neben der UN BRK als zentraler Rechtsquelle weitere wichtige Dokumente zu nennen, die in der bisherigen Diskussion noch kaum Beachtung fanden. Dazu gehört die Studie des Hohen Kommissars für Menschenrechte zu Art. 11 UN BRK aus dem Jahre 2015,¹⁸ die auch von Deutschland unterzeichnete *Charter on Inclusion of Persons with Disabilities in Humanitarian Action* von 2016¹⁹ sowie das Sendai-Rahmenwerk für Katastrophenvorsorge 2015–2030.²⁰ Sie alle betonen die Notwendigkeit des diskriminierungsfreien und behinderungssensiblen Katastrophenschutzes. Sie verweisen auch auf die Pflicht des Staates, dafür Sorge zu tragen, dass eine Triage-Situation nicht eintritt. Sollte sie eintreten, sind diejenigen Prinzipien heranzuziehen, die in der bisherigen Debatte bereits angeführt wurden: Patient*innen, die mit Erfolgsaussicht behandelt werden können, müssen gleichberechtigte Chancen erhalten. Sowohl das Prioritätsprinzip (wer war zuerst da?), das Dringlichkeitsprinzip (wer braucht die Behandlung am notwendigsten?) als auch letztlich das Zufallsprinzip erfüllen diese Voraussetzung.²¹

In diesen Tagen wird zurecht viel über die Chancen des Wandels diskutiert, die mit der Corona-Krise verbunden sind. Sorgen wir dafür, dass der Wandel eine Chance für alle bleibt und nicht zur Gefahr für einige von uns wird, weil rechtsstaatliche Errungenschaften wie die UN BRK über Bord geworfen werden.

Redaktionsschluss: 14.04.2020

¹⁶ U.a. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 9. Februar 2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09 –, Rn. 136; BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 6. Dezember 1972 – 1 BvR 230/70 und 95/71 –, Rn. 109.

¹⁷ Deutsches Institut für Menschenrechte (2020), Stellungnahme Corona-Krise: Menschenrechte müssen das politische Handeln leiten, S. 4–6.

¹⁸ Thematic study on the rights of persons with disabilities under article 11 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, on situations of risk and humanitarian emergencies, UN. Doc. A/HRC/31/30, distributed 30 November 2015.

¹⁹ Vgl. <http://humanitariandisabilitycharter.org/>.

²⁰ United Nations, Sendai-Rahmen für Katastrophenvorsorge 2015–2030, A/Res/69/283, online: <https://www.un.org/depts/german/gv-69/band3/ar69283.pdf>.

²¹ Forum behinderter Juristinnen und Juristen (FbJJ) (2020), Stellungnahme zu den Empfehlungen der Fachverbände im Fall einer Triage, online: <https://abilitywatch.de/wp-content/uploads/2020/04/FbJJ-Stellungnahme-Triage-2020.pdf>; s. auch Till Zimmermann (2020), Ärzte in Zeiten von Corona: Wer stirbt zuerst?, in: Legal Tribune Online vom 23.03.2020, online: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/>; s. auch Tonio Walter (2020), Corona-Krise: Lasst das Los entscheiden!, in ZEIT vom 02.04.2020.