

### Stellungnahme an das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1541/20: Eingereicht am 14. Dezember 2020

Bernot, Sabine; Kroworsch, Susann

Veröffentlichungsversion / Published Version

Stellungnahme / comment

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Bernot, S., & Kroworsch, S. (2020). *Stellungnahme an das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1541/20: Eingereicht am 14. Dezember 2020*. (Amicus-Curiae-Stellungnahme / Deutsches Institut für Menschenrechte). Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte, Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-82858-6>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

#### Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>



Deutsches Institut  
für Menschenrechte

Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention

*Amicus Curiae*

**Stellungnahme an das  
Bundesverfassungsgericht im Rahmen  
der Verfassungsbeschwerde  
1 BvR 1541/20**

**Eingereicht am 14. Dezember 2020**

## Inhalt

<b>Vorbemerkungen</b>	<b>3</b>
<b>Zusammenfassung</b>	<b>5</b>
<b>1 Aktuelle Rechtslage (Frage 4-6)</b>	<b>7</b>
<b>2 Kriterien für die Auswahlentscheidung (Frage 7)</b>	<b>8</b>
2.1 Empfehlungen der DIVI (Frage 7 Teil 1)	8
2.2 Menschenrechtliche Vorgaben	10
2.3 Mögliche Kriterien (Frage 7 Teil 2)	14
<b>3 Parlamentsvorbehalt (Frage 9)</b>	<b>17</b>
3.1 Wesentlichkeitsprinzip	17
3.2 Schutzpflicht	17
3.3 Diskriminierungsschutz durch Verfahren	19
3.4 Entscheidungskorridor	20

## Vorbemerkungen

Das Deutsche Institut für Menschenrechte dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme als sachverständige Dritte nach § 27a BVerfGG, § 22 Abs. 5 GOBVerfG im oben bezeichneten Verfahren.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte ist die unabhängige Nationale Menschenrechtsinstitution Deutschlands (§ 1 DIMR-Gesetz). Es ist gemäß den Pariser Prinzipien der Vereinten Nationen akkreditiert (A-Status). Zu den Aufgaben des Instituts gehören Politikberatung, Menschenrechtsbildung, Information und Dokumentation, anwendungsorientierte Forschung zu menschenrechtlichen Themen sowie die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen. Es wird vom Deutschen Bundestag finanziert. Das Institut ist zudem mit dem Monitoring der Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention und der UN-Kinderrechtskonvention betraut worden und hat hierfür entsprechende Monitoring-Stellen eingerichtet.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte befasst sich seit Beginn der Pandemie auch mit den Fragen des diskriminierungsfreien Zugangs zu Diensten und Einrichtungen gesundheitlicher Versorgung, der für alle gleichermaßen zu gewährleisten ist.<sup>1</sup> Auch in seinem aktuellen Menschenrechtsbericht stellt es mit Blick auf eine mögliche Triage-Situation bei der Verteilung lebensnotwendiger Ressourcen fest, dass parlamentarische Debatten aufgrund der grund- und menschenrechtlichen Relevanz wünschenswert und notwendig wären.<sup>2</sup>

Im Zuge der Corona-Pandemie sind die Menschen einerseits mit noch nie zuvor persönlich erlebten Situationen konfrontiert, andererseits wirkt die Pandemie wie ein Brennglas auf bestehende Problemfelder, lässt sie deutlich zu Tage treten und verstärkt sie zudem. Es zeigte sich bereits vor der Corona-Krise, dass Menschen mit Behinderungen spezifischen Hürden beim Zugang zu gesundheitlichen Diensten und Einrichtungen begegnen, die auf eine strukturelle Benachteiligung im Gesundheitswesen hinweisen. COVID-19 verschärft die Barrieren und Benachteiligungen nun aufgrund knapper werdender Ressourcen und führt gleichzeitig dazu, dass sich Menschen mit Behinderungen in einer besonderen Gefährdungslage befinden. Sie sind teilweise aufgrund ihrer Beeinträchtigungen, aber gerade auch aufgrund diskriminierender struktureller Bedingungen im Gesundheitswesen einem größeren Risiko ausgesetzt, schwerer an COVID-19 zu erkranken und gar zu sterben.

Nach dem Antrag der Beschwerdeführenden betrifft die Verfassungsbeschwerde „die staatlichen Maßnahmen zur Bewältigung der durch das COVID-19 ausgelösten Pandemie und die Untätigkeit der Bundesregierung, Vorkehrungen zu treffen, um die Beschwerdeführenden vor Benachteiligungen wegen ihrer Behinderung und in

---

<sup>1</sup> DIMR (2020): Das Recht auf gesundheitliche Versorgung von Menschen mit Behinderungen in der Corona-Pandemie; DIMR (2020): Menschenrechte Älterer auch in der Corona-Pandemie schützen. Beide Stellungnahmen sind abrufbar unter: <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/aktuelles/detail/pressemitteilung-zur-corona-pandemie-gesundheitliche-versorgung-von-menschen-mit-behinderungen-sicherstellen> (zuletzt besucht am 10.12.2020).

<sup>2</sup> Deutsches Institut für Menschenrechte (2020): Entwicklung der Menschenrechtssituation in Deutschland Juli 2019 – Juni 2020. Bericht an den Deutschen Bundestag gemäß § 2 Absatz 5 DIMRG, S. 6. Abrufbar unter: [https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Menschenrechtsbericht/Menschenrechtsbericht\\_2020.pdf](https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Menschenrechtsbericht/Menschenrechtsbericht_2020.pdf) (zuletzt besucht am 10.12.2020).

Zusammenhang mit ihrem Alter im Rahmen der gesundheitlichen Versorgung zu schützen“.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte widmet sich in seiner Stellungnahme den Fragen 4 bis 7 sowie 9.

## Zusammenfassung

Als im Frühjahr 2020 in einzelnen europäischen Nachbarländern die Möglichkeiten der gesundheitlichen Versorgung knapp wurden und mitunter Menschen nicht behandelt werden konnten, musste schnell über die Verteilung der medizinischen Ressourcen entschieden werden. Mangels einer gesetzlichen Regelung kamen in den verschiedenen Ländern unterschiedliche Überlegungen zum Tragen, in den meisten Fällen griff man auf die bestehenden Überlegungen der Notfall- und Intensivmedizin zurück. In Deutschland, in dem bisher ausreichend Beatmungsplätze zur Verfügung standen, kann es jedoch auch zu Engpässen kommen, so dass auch hier die Frage relevant wird, welche Kriterien einer Verteilungsentscheidung zu Grunde zu legen sind. Eine gesetzliche Regelung für diese Situation gibt es bislang nicht. Lediglich die Empfehlungen von medizinischen Fachgesellschaften enthalten Kriterien für eine Entscheidung über die Zuteilung von Ressourcen. Diese Empfehlungen sind jedoch nicht verbindlich und bei genauerer Betrachtung können sie diskriminierend für Menschen mit Behinderungen und ältere Menschen wirken. Als Kriterien werden Patientenwille, Erfolgsaussicht und Dringlichkeit genannt. Zur Einschätzung der Erfolgsaussicht werden aktuelle Erkrankungen, Komorbiditäten und der allgemeine Gesundheitszustand herangezogen. Der Gesundheitszustand kann dann anhand der sogenannten Gebrechlichkeitsskala weiter bewertet werden, wobei die Skala neun Stufen von „sehr fit“ bis „todkrank“ enthält; die Nutzung von Assistenz und Hilfsmitteln führt zu einer schlechteren Bewertung. Daher erhalten Menschen mit Behinderungen sowie ältere Menschen an dieser Stelle eine schlechtere Einstufung aufgrund ihrer Beeinträchtigung oder ihres Alters.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte kommt zu dem Schluss, dass der deutsche Gesetzgeber aufgrund höchster verfassungs- und menschenrechtlicher Relevanz aus dem Vorbehalt des Gesetzes verpflichtet ist, Allokationsentscheidungen von lebensnotwendigen Ressourcen gesetzlich zu regeln. Die staatliche Pflicht zum legislatorischen Handeln leitet sich aus der Pflicht zum Diskriminierungsschutz ab. In menschenrechtlicher Hinsicht ergibt sich ein Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu medizinischer Versorgung aus dem Recht auf Leben, dem Recht auf das höchste erreichbare Maß an Gesundheit und dem Recht auf Nichtdiskriminierung und Gleichberechtigung.

Es bedarf einer gesetzlichen Regelung, in der der Gesetzgeber festlegt, welche Erwägungen für die Patient\_innenauswahl jedenfalls keine Rolle spielen dürfen. Bei derzeit geltenden, unverbindlichen Regelungen besteht unter Anwendung des Kriteriums der klinischen Erfolgsaussicht die Gefahr der Diskriminierung von älteren Menschen und Menschen mit Behinderungen.

In der Diskussion um mögliche positive Regelungen der Allokationskriterien sind einerseits die grundlegenden Wertentscheidungen des Grundgesetzes zu achten, andererseits ist Artikel 3 Absatz 3 GG im Lichte des menschenrechtlich dynamisierten Diskriminierungsschutzes auszulegen. Zu beachten ist, dass die UN-Behindertenrechtskonvention die Vertragsstaaten verpflichtet, positive Maßnahmen zu treffen, um die Benachteiligungen auszugleichen, die Menschen mit Behinderungen erfahren, und substantielle Gleichheit herzustellen.

---

Wie die gesetzliche Lage konkret verfahrens- und materiellrechtlich auszugestalten ist, insbesondere im Hinblick auf menschenrechtsbasierte Kriterien, ist in einem partizipativen Verfahren unter Beachtung der völkerrechtlichen Vorgaben zum Diskriminierungsschutz unter Einbindung aller relevanten Akteure, vor allem älterer Menschen und Menschen mit Behinderungen, zu entwickeln.

## 1 Aktuelle Rechtslage (Frage 4-6)

Eine deutsche Gesetzesnorm, die explizit die Patient\_innenauswahl und bei einer großen Anzahl von gleichzeitig Hilfebedürftigen die Allokation begrenzter Rettungsmittel (vorliegend vor allem Beatmungsgeräte und intensivmedizinische Infrastruktur) regelt, existiert weder im Zivilschutzgesetz des Bundes noch in den Katastrophenschutzgesetzen und Rettungsdienstgesetzen der Länder, ebenso wenig in den auf ihrer Basis erlassenen Rechtsverordnungen.<sup>3</sup> Für eine Triage-Situation bei einer Pandemie existiert weder eine positive Regelung zur Verfahrensweise noch gibt der Gesetzgeber eine (negative) Beschreibung der Kriterien vor, die in Situationen von klinischen Engpässen (nicht) angewendet werden dürfen.<sup>4</sup>

Aktuell sind lediglich auf untergesetzlicher Ebene Empfehlungen von Fachgesellschaften und dem Deutschen Ethikrat ausgesprochen worden. Diese sind jedoch nicht rechtlich verbindlich und stehen im Übrigen auch nicht im Einklang mit den Grund- und Menschenrechten, da sie nicht geeignet sind, einen diskriminierungsfreien Zugang zu gesundheitlicher Versorgung zu gewährleisten (siehe unten 2. zu Frage 7).

Nach der gegenwärtigen Rechtslage entscheiden die Ärzt\_innen darüber, welche\_r Patient\_in behandelt wird, wenn die Ressourcen nicht für alle erkrankten Personen ausreichen (Triage). Dabei wird weiter differenziert: Bei der sogenannten ex-ante-Konkurrenz ist die Zahl der unbesetzten Beatmungsplätze kleiner als die Zahl der Patient\_innen, die sie akut benötigen. Bei der ex-post-Konkurrenz hingegen sind alle verfügbaren Beatmungsplätze belegt und es müsste die lebenserhaltende Behandlung einer\_s Patient\_in beendet werden, um mit dem dafür erforderlichen medizinischen Gerät das Leben einer\_s anderen zu retten.<sup>5</sup> Die (straf-)rechtliche Bewertung ist höchst umstritten, auch in Bezug darauf, ob es einen kategorischen Unterschied zwischen Ex-ante- und Ex-post-Triage gibt oder nicht.<sup>6</sup>

Ebenfalls ungeklärt ist die Frage, inwieweit Ärzt\_innen bei ihrer Entscheidung über die Verteilung von Ressourcen und damit Überlebenschancen an die Grund- und Menschenrechte, insbesondere das Diskriminierungsverbot, gebunden sind. Die Auffassungen reichen von einer Bindung der Ärzt\_innen, die in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, wie beispielsweise einer Universitätsklinik, tätig sind, über

<sup>3</sup> Anders bei der Organverteilung in der Transplantationsmedizin, vgl. Artikel 12 Absatz 3 Transplantationsgesetz.

<sup>4</sup> Näher Taupitz (2020): „Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise – Wer darf überleben?“, in: MedR 2020, 440 ff..

<sup>5</sup> Deutscher Ethikrat (2020): „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ – Ad-hoc-Empfehlung, in: Medizinrecht (MedR) 2020, S. 466–471 (468), auch online verfügbar: Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrats vom 27.03.2020: <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/2020/solidaritaet-und-verantwortung-in-der-corona-krise/> (aufgerufen am 02.12.2020).

<sup>6</sup> Eine strafrechtlich strikt unterschiedliche Bewertung nehmen u.a. vor: Merkel/Augsberg (2020): „Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen“, in: JuristenZeitung (JZ) 75/2020, 704–714; Lindner (2020): „Die ‚Triage‘ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte“, in: Medizinrecht (MedR) 2020, S. 723–728;

Argumente dagegen führen u.a. an: Taupitz, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, in: Medizinrecht (MedR) 2020, S. 440–450; Hoven (2020): „Die ‚Triage‘-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft“, in: JuristenZeitung (JZ) 75/2020, S. 449–454; Gaede/Kubicel/ Saliger/ Tsambikakis (2020): „Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Situation“, in: Zeitschrift für Medizinstrafrecht (medstra) 3/2020, S. 129–137; Jäger/Gründel (2020): „Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage“, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2020, S. 151–163; Ast, Stephan (2020): „Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht“, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2020, S. 268–274.



eine mittelbare Bindung der Ärzt\_innen aufgrund der Drittwirkung der Grundrechte<sup>7</sup> bis zu der wohl herrschenden Ansicht, dass gegenwärtig keine Grundrechtsbindung bestünde.<sup>8</sup>

Als Zwischenfazit lässt sich feststellen, dass gravierende Rechtsunsicherheiten bestehen, bisweilen ist von einem rechtsfreien Raum die Rede.<sup>9</sup> Dies birgt für die behandelnde Ärzt\_innen, die in Grenzsituationen belastende Entscheidungen treffen müssen, verschiedene rechtliche Risiken hinsichtlich zivil-, straf- und berufsrechtlicher Konsequenzen. Gleichzeitig erscheint das Verfahren für Patient\_innen intransparent, ruft Willkür-Ängste hervor und ist mit existenziellen Unsicherheiten belastet. Die bisherige „legislatorische Enthaltensamkeit“<sup>10</sup> verschiebt die erhebliche rechtliche Unsicherheit in die Situation, in der es für die betroffenen Personen um das Überleben geht.

## 2 Kriterien für die Auswahlentscheidung (Frage 7)

### 2.1 Empfehlungen der DIVI (Frage 7 Teil 1)

Orientierungshilfe bieten derzeit allein die angesichts der Corona-Krise veröffentlichten, rechtlich unverbindlichen klinisch-ethischen Empfehlungen zur Entscheidung über die Zuteilung von Ressourcen der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) vom 25. März 2020<sup>11</sup>, die Ad hoc-Empfehlungen „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ des Deutschen Ethikrats vom 27. März 2020<sup>12</sup> sowie die Stellungnahme der Bundesärztekammer<sup>13</sup>. Dabei beschränkt sich der Deutsche Ethikrat in seinen Empfehlungen auf den Verweis, die grundrechtlichen Direktiven würden im Wesentlichen negativ „den Bereich des nicht mehr Zulässigen“<sup>14</sup> beschreiben, und überlässt die Frage im Übrigen den medizinischen Fachgesellschaften, während die DIVI darüber hinausgeht und vorschlägt, Patient\_innen nach Maßgabe des Kriteriums der klinischen Erfolgsaussicht zu priorisieren.<sup>15</sup>

<sup>7</sup> Lindner (2020): „Die ‚Triage‘ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte“, in: Medizinrecht (MedR) 2020, S. 723–728 (S. 725ff.).

<sup>8</sup> Gelinsky (2020): „Brauchen wir ein Triage-Gesetz? Zur Verteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen“, in: Konrad-Adenauer-Stiftung, S. 6, online verfügbar: <https://www.kas.de/de/einzelitel/-/content/brauchen-wir-ein-triage-gesetz> (aufgerufen am 02.12.2020).

<sup>9</sup> Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis (2020): „Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Situation“, in: Zeitschrift für Medizinstrafrecht (medstra) 3/2020, S. 129–137 (130); Engländer/Zimmermann (2020): „Rettungstötungen in der Corona-Krise“, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2020, S. 1398–1402 (1402).

<sup>10</sup> Gelinsky (2020): „Brauchen wir ein Triage-Gesetz? Zur Verteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen“, S. 6.

<sup>11</sup> Richtlinien der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI): „Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie. Version 2. Klinisch-ethische Empfehlungen.“ 2. überarbeitete Fassung vom 17.04.2020, <https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/200417-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-2.pdf>.

<sup>12</sup> Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrats „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ vom 27.03.2020, <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/2020/solidaritaet-und-verantwortung-in-der-corona-krise/>.

<sup>13</sup> Bekanntmachung der Bundesärztekammer (BÄK) „Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels im Deutschen Ärzteblatt vom 15.05.2020, [www.bundesaerztekammer.de/corona-pandemie/](http://www.bundesaerztekammer.de/corona-pandemie/).

<sup>14</sup> Deutscher Ethikrat, S. 4.

<sup>15</sup> DIVI, S. 4.

Entscheidend sei die Erfolgsaussicht der Behandlung in Bezug auf Überlebenswahrscheinlichkeit und Lebenszeiterwartung. Diese sei für jede\_n Patientin\_en individuell festzustellen und im Folgenden gegen die Erfolgsaussichten anderer Intensiv-Patient\_innen abzuwägen. Als Kriterien seien neben dem Schweregrad aufgrund der aktuellen, schweren COVID-19-Erkrankung zusätzlich vorhandene Vorerkrankungen (Komorbiditäten), die den Erfolg der intensivmedizinischen Behandlung erheblich erschweren, und der Grad der Gebrechlichkeit heranzuziehen.<sup>16</sup>

Die DIVI geht bei ihren Erwägungen grundsätzlich vom Gleichheitssatz aus. Nach Maßgabe der deutschen Rechtsordnung dürften weder kalendarisches Alter noch soziale Kriterien, eine bestimmte Grunderkrankungen oder Beeinträchtigung das „alleinige“ Kriterium für die Bereitstellung von medizinischen Ressourcen sein.<sup>17</sup>

Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass die DIVI-Empfehlungen – zwar zu keinen ausdrücklichen, aber – zu verdeckten beziehungsweise mittelbaren Diskriminierungen führen.

Denn die für geringe Erfolgsaussichten benannten Kriterien Lebenszeiterwartung, Komorbiditäten oder „Gebrechlichkeit“ umfassen auch körperliche Beeinträchtigungen, so dass es bei der Anwendung der Empfehlungen zu einer Benachteiligung von Menschen mit entsprechenden Beeinträchtigungen führen kann. Das gilt insbesondere für neuronale Muskelerkrankungen wie spinale Muskelatrophie, aber auch für Herzerkrankungen oder für gravierende Mehrfachbehinderungen. Bei der Gebrechlichkeitsbewertung nach der Clinical Frailty Scale<sup>18</sup>, die hierbei zur Anwendung kommt, 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. Die von der DIVI verwendeten Kriterien stellen zudem speziell für ältere Menschen mit und ohne Behinderungen eine mittelbare Diskriminierung dar, da sie von beiden Kriterien signifikant häufiger betroffen sind als jüngere Gruppen. Hinter der scheinbar objektiven und medizinisch unter Heranziehung dieser Scores bestimmbaren Erfolgsaussichten versteckt sich die Bewertung von Leben und man gerät in materielle Abwägungsprozesse, die mit der Würde des Menschen unvereinbar und deshalb verfassungswidrig sind.<sup>19</sup>

Eine solche Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen, aber auch von älteren Menschen, ist weder mit dem Grundgesetz noch mit den internationalen Menschenrechten vereinbar. Sowohl Artikel 3 Absatz 3 GG als auch Artikel 5 UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK), dessen Heranziehung als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte verfassungsrechtlich geboten ist<sup>20</sup>, verbieten auch die mittelbare Diskriminierung.<sup>21</sup> Eine mittelbare Diskriminierung ist dadurch gekennzeichnet, dass eine formal nicht differenzierende Maßnahme regelmäßig die deutliche Benachteiligung einer durch ein Diskriminierungsverbot geschützten Personengruppe zur Folge hat. So dürfen bei der Verteilung medizinischer Güter nach dem Kriterium der Erfolgsaussicht die (vermeintlich) reduzierten Erfolgsaussichten von Menschen mit Behinderungen und/oder höherem Lebensalter nicht herangezogen werden. Fraglich ist sogar, ob hier

<sup>16</sup> Die DIVI-Empfehlungen enthalten zudem Verfahrensvorschläge. Entscheidungen sollen die Verantwortlichen im Mehr-Augen-Prinzip treffen. Ein Prüfungsschema („Flussdiagramm“) soll ihnen helfen, den Prüfprozess zu durchlaufen und zu entscheiden. Zusätzlich steht eine Dokumentationshilfe im Ankreuzmodus zur Verfügung.

<sup>17</sup> DIVI, S. 5.

<sup>18</sup> [www.divi.de/images/Dokumente/200331\\_DGG\\_Platat\\_A4\\_Clinical\\_Frailty\\_Scale\\_CFS.pdf](http://www.divi.de/images/Dokumente/200331_DGG_Platat_A4_Clinical_Frailty_Scale_CFS.pdf)

<sup>19</sup> Die Anwendung der Clinical Frailty Scale für Allokationsentscheidungen ist durch die implizite Bewertung von Leben per se nicht mit der Menschenwürdegarantie nach Artikel 1 Absatz 1 GG vereinbar, vgl. BVerfG, Urteil vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 –, Rn. 132.

<sup>20</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. März 2011, 2 BvR 882/09, Rn. 52.

<sup>21</sup> BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 2020, 2 BvR 1005/18; BVerfG, Beschluss 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.

eine versteckte, aber direkte Diskriminierung vorliegt, da letztlich nur ein anderer Begriff statt „Behinderung“ gewählt wird. Da der UN-Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen auf der Rechtfertigungsebene keine Unterschiede macht,<sup>22</sup> kann diese Frage hier aber dahinstehen. Entscheidender ist vielmehr, dass keine Rechtfertigung für eine zum Nachteil von Menschen mit Behinderungen getroffene Priorisierungsentscheidung ersichtlich sein kann, da diese mit großer Wahrscheinlichkeit tödlich wäre.<sup>23</sup>

Die drohenden Benachteiligungen stellen im Fall ihrer Verwirklichung – wenn das Menschenleben des\_r einen zur Rettung eines anderen Menschenlebens geopfert wird – einen Verstoß gegen die Menschenwürdegarantie, das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung und auch gegen das Grundrecht auf Leben, auf körperliche Unversehrtheit in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot (Artikel 1 Absatz 1 GG, Artikel 2 Absätze 1 und 2, Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 i.V.m. Artikel 20 Absatz 1 GG) dar.<sup>24</sup>

## 2.2 Menschenrechtliche Vorgaben

Die UN-BRK garantiert in Artikel 10 das Recht auf Leben für alle Menschen mit Behinderungen. Der Schutz des Rechts auf Leben umfasst eine "negative" Komponente, nämlich das Recht jedes Menschen, nicht willkürlich oder unrechtmäßig durch den Staat oder dessen Organe des Lebens beraubt zu werden, und eine "positive", nämlich die Verpflichtung des Staates, Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, jedem Menschen das Leben zu ermöglichen.<sup>25</sup> Artikel 10 UN-BRK bekräftigt den Inhalt von Artikel 6 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR, Zivilpakt), mit besonderem Schwerpunkt auf der Notwendigkeit, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen Menschen in den Genuss dieses Rechts kommen. Die Pflicht, das Recht auf Leben zu sichern, impliziert auch positive Präventivmaßnahmen im Sinne eines umfassenden Diskriminierungsschutzes.<sup>26</sup>

Gemäß Artikel 25 UN-BRK erkennen die Vertragsstaaten das Recht von Menschen mit Behinderungen auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung an.<sup>27</sup> Die Vertragsstaaten sind insbesondere verpflichtet, „den Angehörigen der Gesundheitsberufe die Verpflichtung auf[zuerlegen], Menschen mit Behinderungen eine Versorgung von gleicher Qualität wie anderen Menschen angedeihen zu lassen“ (lit. d).<sup>28</sup> Darüber hinaus haben sie die Schutzpflicht, „die diskriminierende Vorenthaltung von Gesundheitsversorgung oder -leistungen (...) aufgrund von Behinderung“ zu verhindern (lit. f). Die letztgenannte Regelung verbietet, Gesundheitsversorgung und -dienste aufgrund einer Behinderung

<sup>22</sup> Cera, Article 2, in: Della Fina/Cera/Palmisano (Hrsg.) (2017), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities – A Commentary*, S. 112.

<sup>23</sup> BVerfG, Urteil vom 15. Februar 2006, – 1 BvR 357/05, Rn. 121.

<sup>24</sup> Das gilt sowohl quantitativ als auch qualitativ. Der Staat darf nicht das Leben Weniger zugunsten des Lebens Vieler opfern. Selbst die ohnehin verloren scheinenden Menschen dürfen nicht aus utilitaristischen Erwägungen geopfert werden; BVerfG, vom 15. Februar 2006, 1 BvR 357/05, Rn. 124.

<sup>25</sup> Bruno, Article 10, in: Della Fina/Cera/Palmisano (Hrsg.) (2017), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities – A Commentary*, S. 243.

<sup>26</sup> Ibid., S. 250.

<sup>27</sup> Das Prinzip der Nicht-Diskriminierung im Gesundheitssektor – eines der vier "interrelated elements", die das Recht auf Gesundheit definieren – wurde vom General Comment No. 14 des UN-Sozialpaktausschusses zum Recht auf Gesundheit wie folgt spezifiziert: "Non-discrimination: health facilities, goods and services must be accessible to all, especially the most vulnerable or marginalized sections of the population, in law and in fact, without discrimination on any of the prohibited grounds.", E/C.12/2000/4, para 12 (b).

<sup>28</sup> Siehe auch United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2014), General Comment No. 2 on Accessibility, CRPD/C/GC/2, para 2 (c).

zu verwehren und geht auf die Besorgnis ein, dass Menschen mit Behinderungen der Zugang zu diesen in einer Weise verweigert wird, die das Wohlbefinden direkt einschränkt oder gar das Recht auf Leben verletzt. Älteren Menschen mit Behinderungen droht diese Diskriminierung bei der Bereitstellung von medizinischer Versorgung noch häufiger.<sup>29</sup>

Mit Bezug auf Artikel 12 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskr; Sozialpakt), der das Recht eines jeden Menschen, einschließlich älterer Menschen, auf das erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit anerkennt, und in Verbindung mit Artikel 2 des Paktes, wonach sich die Vertragsstaaten verpflichten, die in dem Pakt anerkannten Rechte im Rahmen ihrer verfügbaren Mittel ohne jegliche Diskriminierung, einschließlich aufgrund des Alters, zu verwirklichen, stellt die Unabhängige Expertin für die Rechte Älterer klar, dass die Vertragsstaaten als Pflichtenträger sicherstellen müssen, dass die Gesundheitspolitik keine diskriminierende oder altersdiskriminierende Praxis gegenüber älteren Menschen etabliert.<sup>30</sup> Das Zurückhalten oder Verweigern der medizinischen Behandlung aufgrund einer Altersgrenze oder des sozialen Wertes ist nach den internationalen Menschenrechtsvorschriften verboten. Die Staaten müssen sicherstellen, dass medizinische Dienstleistungen auf nichtdiskriminierender Basis zur Verfügung stehen, auch während Lockdown-Zeiten.<sup>31</sup>

Artikel 11 UN-BRK verpflichtet die Vertragsstaaten, „alle erforderlichen Maßnahmen [zu ergreifen], um in Gefahrensituationen, einschließlich (...) humanitärer Notlagen und Naturkatastrophen, den Schutz und die Sicherheit von Menschen mit Behinderungen zu gewährleisten“, und stellt durch die Anerkennung von Menschen mit Behinderungen auch in Risikosituationen als Träger unveräußerlicher Menschenrechte eine wesentliche Weiterentwicklung des Menschenrechtsschutzes im Vergleich zu anderen Menschenrechtsverträgen dar.<sup>32</sup> Einer der Gründe, warum es wichtig war, die Rechte von Menschen mit Behinderungen in Zeiten von Konflikten und Notlagen zu formulieren, ist, dass negative Einstellungen gegenüber Menschen mit Behinderungen in diesen Zeiten – auch unbewusst – entstehen oder sich steigern können.<sup>33</sup> Der UN-Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen hat die Notwendigkeit betont, gesetzgeberische und politische Maßnahmen zu ergreifen, die umfassende Pläne zur Vorbereitung und zum Katastrophenrisikomanagement sowie zur Reduzierung des Katastrophenrisikos vorsehen, die Menschen mit Behinderungen einschließen.<sup>34</sup>

Durch die UN-BRK hat ein Paradigmenwechsel stattgefunden: Während früher das medizinisch-defizitäre Verständnis von Behinderung im Vordergrund stand und

---

<sup>29</sup> Weller, Article 25, in: Bantekas Ashley Stein/Dimitris Anastasiou (Hrsg.) (2018), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, S. 732 f..

<sup>30</sup> UN, *Impact of the coronavirus disease (COVID-19) on the enjoyment of all human rights by older persons (2020)*, Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Claudia Mahler, A/75/20520, <https://undocs.org/A/75/205>, para. 33.

<sup>31</sup> Ebd., Rn. 81.

<sup>32</sup> Bruno, Article 11, in: Della Fina/Cera/Palmisano (Hrsg.) (2017), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities – A Commentary*, S. 254.

<sup>33</sup> Motz, Article 11, in: Bantekas Ashley Stein/Dimitris Anastasiou (Hrsg.) (2018), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, S. 319, siehe auch OHCHR (2020): *Joint Statement: Persons with Disabilities and COVID-19 by the Chair of the United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, on behalf of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities and the Special Envoy of the United Nations Secretary-General on Disability and Accessibility*. Verfügbar unter: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25765&LangID=E>.

<sup>34</sup> OHCHR (2020).

Menschen mit Behinderungen von der Politik als Bittsteller\_innen wahrgenommen wurden, ist es durch die UN-BRK gelungen, einen menschenrechtlichen Ansatz zu etablieren: Menschen mit Behinderungen sind Träger\_innen von Menschenrechten und der Staat ist in der Pflicht, die Rechte von Menschen mit Behinderungen zu achten, zu gewährleisten und zu schützen. Die UN-BRK hat die Sichtweise auf Gleichstellung und Nichtdiskriminierung von Menschen mit Behinderungen verstärkt und erweitert. Die UN-BRK verlangt, bestehende Vorurteile über Menschen mit Behinderungen zu überwinden und die behindernde Wirkung von Gesetzen und Praktiken zu erkennen und zu beseitigen. Um tatsächliche Gleichberechtigung zu erreichen, kann es erforderlich sein, die Unterschiedlichkeit von Menschen zu ignorieren oder aber anzuerkennen.<sup>35</sup> Der mit der UN-BRK geschaffene Ansatz einer inklusiven Gleichberechtigung adressiert folglich nicht nur unmittelbare, mittelbare und strukturelle Diskriminierung, sondern macht auch verschiedene Dimensionen von Gleichberechtigung deutlich, zu denen beispielsweise die Bekämpfung von Stigmata, Stereotypen und Vorurteilen und vor allem die volle Anerkennung der Menschlichkeit durch gesellschaftliche Inklusion gehört.<sup>36</sup> Daher dürfen Kriterien, die potenzielle Abwertungen von alten Menschen oder Menschen mit Behinderungen, Stereotypen und Vorurteile gegenüber Menschen mit Behinderungen befördern können, in einer Antwort auf die Frage nach dem Umgang mit knappen Ressourcen nicht zur Anwendung kommen.

Die Empfehlungen und Richtlinien der medizinischen Fachgesellschaften reflektieren nicht den dargestellten grund- und menschenrechtlichen Rahmen, in dem sie sich bewegen, insbesondere findet keine Rückbindung an die UN-BRK oder andere menschenrechtliche Normen statt. Altersdiskriminierende oder auf schwere Behinderungen bezogene Stereotype, die mindestens als unbewusste Voreingenommenheit („unconscious bias“) wirken können, liegen nicht fern, wie aus der Forschung zu rassistischer oder geschlechterbezogener Diskriminierung bekannt ist.<sup>37</sup> Erfahrungen in der Corona-Krise zeigen, dass auch bei den besten Absichten „eine Art Triage im Kopf“ stattfinden kann.<sup>38</sup>

Der medizinischen Expertise ist inhärent, dass sie sich am defizitorientierten medizinischen Modell von Behinderung orientiert. Der menschenrechtsbasierte Ansatz der UN-BRK, der Behinderung als Teil der menschlichen Vielfalt zu versteht, findet bei medizinisch indizierten Entscheidungen keine (hinreichende) Berücksichtigung. Es ist nicht sichergestellt, dass das soziale Modell von Behinderung, das der UN-BRK zugrunde liegt und wonach Behinderung durch gesellschaftliche Rahmenbedingungen wie physische Barrieren und durch das mangelnde Bewusstsein von Menschen für die Perspektive von Menschen mit Behinderungen entsteht, Eingang in Bewertungen allein durch Mediziner\_innen findet. Dadurch besteht die Gefahr von vorurteilsbehafteter und verdeckter Diskriminierung.

Hinzu kann kommen, dass sich – im Hinblick auf die DIVI-Empfehlungen– vor allem das Alter der in Rede stehenden Person zusätzlich nachteilig auf ihre Behandlungschancen auswirkt. Die Situation, in der mehrere Gründe zusammenkommen und gleichzeitig so zusammenwirken, dass sie untrennbar sind

---

<sup>35</sup> 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. 10.

<sup>36</sup> Ibid., para. 11.

<sup>37</sup> Kersten/Rixen (2020): Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 79.

<sup>38</sup> Becker et al., Der Spiegel (46/7.11.2020), Allokation von Rettungskräften, S. 267 f.

und die Betroffenen dadurch besonderen Formen der Benachteiligung und Diskriminierung ausgesetzt sind, stellt eine intersektionale Diskriminierung<sup>39</sup> dar, durch die sich benachteiligende Wirkungen verstärken können.

In den vergangenen Monaten haben sich auf internationaler Ebene viele Akteur\_innen zur Menschenrechtsdimension von Triage-Kriterien geäußert.<sup>40</sup> Die Generalversammlung der Vereinten Nationen fordert in ihrer Resolution „Umfassende und abgestimmte Reaktion auf die Pandemie der Coronavirus-Krankheit (COVID-19)“ die Mitgliedstaaten auf, „für den Schutz der am stärksten Betroffenen, [...] Menschen mit Behinderungen [...] ältere Menschen, zu sorgen, jegliche Form der Diskriminierung zu verhüten, insbesondere in Bezug auf den raschen, allgemeinen, inklusiven, gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Zugang zu sicherer, hochwertiger, wirksamer und erschwinglicher Gesundheitsversorgung sowie zu medizinischen Versorgungsgütern und medizinischer Ausrüstung, einschließlich Diagnostika, Therapeutika, Medikamenten und Impfstoffen, und niemanden zurückzulassen, in dem Bestreben, auf der Grundlage der Würde des Menschen und im Sinne der Grundsätze der Gleichheit und Nichtdiskriminierung diejenigen zuerst zu erreichen, die am weitesten zurückliegen“<sup>41</sup> sowie „die unverhältnismäßig schweren Auswirkungen der Pandemie auf ältere Menschen zu verhüten, zu überwachen und anzugehen, einschließlich der besonderen Risiken, denen sie bei der Inanspruchnahme von Sozialschutz und Gesundheitsdiensten ausgesetzt sind, und sicherzustellen, dass ältere Menschen betreffende Entscheidungen in der Gesundheitsversorgung ihre Würde achten und ihre Menschenrechte fördern, einschließlich des Rechts auf das für sie erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit.“<sup>42</sup> Das UN-Menschenrechtsbüro/die Hochkommissarin für Menschenrechte zeigt sich besorgt über selektive medizinische Richtlinien, die die Diskriminierung, der Menschen mit Behinderungen bei der Gesundheitsversorgung ausgesetzt sind, noch verstärken können. Solche Protokolle offenbarten bisweilen medizinische Voreingenommenheit gegenüber Menschen mit Behinderungen hinsichtlich ihrer Lebensqualität und ihres sozialen Wertes. Zu diesen problematischen Instrumenten gehörten Triage-Richtlinien für die Zuteilung knapper Ressourcen, deren Ausschlusskriterien für die Versorgung auf der Grundlage bestimmter Arten von Beeinträchtigungen, hohem Unterstützungsbedarf für das tägliche Leben, "Gebrechlichkeit", Chancen auf "therapeutischen Erfolg" sowie Annahmen über "verbleibende Lebensjahre", falls sie überleben sollten, beruhten.<sup>43</sup> Jede Form einer medizinischen Voreingenommenheit müsse verhindert werden. Die

<sup>39</sup> Siehe United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2016), General Comment No 3 on women and girls with disabilities, CRPD/C/GC/3; 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. 19.

<sup>40</sup> Weitere internationale Stimmen zur Gewährleistung der Nichtdiskriminierung bei der Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen: United Nations (2020): Policy Brief: A Disability-Inclusive Response to COVID-19. Verfügbar unter: [https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg\\_policy\\_brief\\_on\\_persons\\_with\\_disabilities\\_final.pdf](https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg_policy_brief_on_persons_with_disabilities_final.pdf); OHCHR (2020): Joint Statement: Persons with Disabilities and COVID-19 by the Chair of the United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, on behalf of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities and the Special Envoy of the United Nations Secretary-General on Disability and Accessibility. Verfügbar unter: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25765&LangID=E>; World Health Organization (2016): Guidance for managing ethical issues in infectious disease outbreaks. World Health Organization. Verfügbar unter: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/250580>; Light for the World (2020): Erwägungen zum Thema Behinderung während des COVID-19 Ausbruchs. Verfügbar unter: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332015/WHO-2019-nCoV-Disability-2020.1-ger.pdf>

<sup>41</sup> A/RES/74/306, Abs. 21.

<sup>42</sup> Ibid, Abs. 23.

<sup>43</sup> United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner (2020): COVID-19 and the Rights of Persons with Disabilities: Guidance. Verfügbar unter: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/COVID-19\\_and\\_The\\_Rights\\_of\\_Persons\\_with\\_Disabilities.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/COVID-19_and_The_Rights_of_Persons_with_Disabilities.pdf).

UN-Sonderberichterstatterin für die Rechte von Menschen mit Behinderungen betont, dass Menschen mit Behinderungen die Gewissheit verdienen, dass ihr Überleben eine gleich hohe Priorität wie bei Menschen ohne Behinderungen habe, und fordert die Staaten nachdrücklich auf sicherzustellen, dass bei knappen medizinischen Ressourcen der Zugang zur Gesundheitsversorgung, einschließlich lebensrettender Maßnahmen, Menschen mit Behinderungen nicht diskriminiere.<sup>44</sup> Der Menschenrechtsrat fordert die Staaten auf, Bedingungen zu schaffen, die im Krankheitsfall die medizinische Versorgung und medizinische Hilfe für alle gewährleisten.<sup>45</sup> In der bisherigen Diskussion kaum Beachtung fanden die Studie des Hochkommissars für Menschenrechte zu Artikel 11 UN BRK aus dem Jahre 2015<sup>46</sup> und die auch von Deutschland unterzeichnete Charter on Inclusion of Persons with Disabilities in Humanitarian Action von 2016<sup>47</sup>, die die Notwendigkeit des diskriminierungsfreien und behinderungssensiblen Katastrophenschutzes betonen.

### 2.3 Mögliche Kriterien (Frage 7 Teil 2)

Da die Empfehlungen der DIVI, der Bundesärztekammer und des Ethikrats aufgrund ihrer potenziell diskriminierenden Wirkung nicht zur Anwendung kommen dürfen, bleibt zu prüfen, nach welchen Kriterien in ausweglosen Situationen abgewogen und entschieden werden sollte<sup>48</sup>, welche Anforderungen also an eine gesetzliche Regelung zu stellen sind.

Das Kriterium der Erfolgsaussicht, auf das die medizinischen Fachgesellschaften abstellen, darf durch die verwendeten Scores wie oben dargestellt nicht zu einem materiellen, verfassungswidrigen Abwägungsprozess führen. „Erfolgsaussicht“ darf man daher nur sehr eng und im negativen Sinn verstehen: Nur der/demjenigen Patient\_in, die/der nach medizinischer Einschätzung mit hoher Wahrscheinlichkeit die intensivmedizinische Behandlung nicht überleben wird, darf die Behandlung/das medizinische Gerät zugunsten einer anderen Person mit in dieser Hinsicht besseren Erfolgsaussichten vorenthalten werden.

Stellt man auf ein eng verstandenes Erfolgskriterium ab, wird es häufig dazu kommen, dass mehrere Patient\_innen mit gleichen Erfolgsaussichten auf die vorhandenen Ressourcen verteilt werden müssen. Insbesondere deswegen, weil die Einschätzung der Überlebenschance eine mit Unsicherheit behaftete Prognose ist, bei der im Zweifel das Überleben zu unterstellen ist. Man benötigt also über das Kriterium des (Überlebens-)Erfolgs hinaus zusätzliche Kriterien, nach denen eine Allokations-Entscheidung unter mehreren Patient\_innen mit gleicher Überlebenschance erfolgen kann.

<sup>44</sup> OHCHR (2020): COVID-19: Who is protecting the people with disabilities? – UN rights expert. Verfügbar unter <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25725>.

<sup>45</sup> United Nations (2020): Report of the Human Rights Council. A/75/53 (44/2). New York: United Nations. <https://undocs.org/A/75/53>.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> Vgl. <http://humanitariandisabilitycharter.org/>.

<sup>48</sup> Siehe auch 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.

Ziel muss es sein, Entscheidungsspielräume diskriminierungsfrei festzulegen und menschenrechtlich und verfassungsrechtlich begründete Prinzipien als Grundlage von Priorisierungs-Entscheidungen zu entwickeln.

Inhalt einer solchen Regelung (siehe unten 3. zu Frage 9) müsste zunächst ein Negativkatalog sein. Der Staat muss Auswahlkriterien verbieten, in denen eine Abwägung von Leben gegen Leben (und eine damit verbundene Relativierung der egalitären Basisgleichheit) zum Tragen kommt. Aspekte wie Lebenswert, Lebensqualität, noch zu erwartende Lebensjahre oder Leistungen für die Gesellschaft dürfen daher ebenso wenig wie Alter<sup>49</sup> als Kriterium aufgestellt werden. Offensichtlich ist auch, dass der Gesetzgeber solche Auswahlkriterien verbieten muss, die einen Verstoß gegen absolute Differenzierungsverbote nach Artikel 3 Absatz 2 und 3 GG, zu denen das Verbot aufgrund einer Behinderung gehört, bedeuten würden. Zulässig ist lediglich das Unterlassen von Rettungsbemühungen bei Sicherung von palliativer Versorgung.

Auch diese weiteren Kriterien dürfen nicht von den Diskriminierungsverboten erfasst sein. Auch hier dürfen also nicht die zu erwartende Lebensqualität nach der intensivmedizinischen Behandlung, die voraussichtlich verbleibenden Lebensjahre, das Alter, der Familienstand etc. herangezogen werden.

Anforderungen an einen Positivkatalog gestalten sich ungleich schwieriger. Zulässig sind nur solche Allokationsregeln, die jeder\_m einzelnen eine gleichberechtigte Chance auf die rettende Behandlung bieten. Da die Entscheidung über Ressourcen-Zuteilung mit schwerwiegenden Grundrechtseingriffen verbunden ist, die bei der\_m nicht berücksichtigten Patient\_in regelmäßig zum Tode führen wird, sind an das Vorliegen sachlicher Differenzierungskriterien sehr strenge Anforderungen zu stellen.

Aus Gleichheitsgesichtspunkten kommen folgende Kriterien für die weitere Diskussion in Betracht:

### **Dringlichkeit**

Sofern eine intensivmedizinische Behandlung individuell nicht aussichtslos ist, gilt es, die Ressourcenallokation konsequent am Kriterium der medizinischen Dringlichkeit zu orientieren, wie es auch bei der Verteilung von lebensrettenden Organen geregelt ist (§ 12 Absatz 1 Satz 3 Transplantationsgesetz). Das heißt, vorrangig müssen bei dem hier in Rede stehenden Sachverhalt diejenigen Patient\_innen behandelt werden, die ohne Beatmung mit hoher Wahrscheinlichkeit sterben würden. Zwischen gleichermaßen dringlichen Patient\_innen können wiederum vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Postulats der Gleichwertigkeit jedes Lebens nur formelle Kriterien ohne Ansehung der Person, also etwa nach dem Prioritäts- oder dem Zufallsprinzip (siehe nachfolgend), zur Anwendung kommen.

### **Prioritätsprinzip**

Unter Gleichheitsaspekten kommt außerdem in Frage, konsequent auf das zeitliche Eintreffen der Patient\_innen („first come, first served“) und dadurch auf die Chancengleichheit aller überlebenschfähigen Patient\_innen abzustellen. Wer von

---

<sup>49</sup> Obwohl das Alter im Katalog von Artikel 3 Absatz 3 GG nicht als unzulässiges Kriterium enthalten ist, kann es wie oben dargestellt und unabhängig von den Schwierigkeiten, genetische, lebensweise- oder umweltbedingte Einflüsse bei der kategorischen Berücksichtigung des kalendarischen Alters unberücksichtigt zu lassen, nicht als Anknüpfungspunkt gelten, da damit älteren Menschen eine geringere Wertigkeit zugeschrieben und gegen die Menschenwürde verstoßen würde. Von der Grundrechteagentur gesammelten Daten zeigen, dass die Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten das Alter bei Triage-Entscheidungen nicht ausdrücklich als entscheidendes Kriterium festgelegt hat. Im Bulletin Nr. 1 wurde über einige wenige Ausnahmen berichtet, in denen Leitlinien zur Unterstützung von Ärzten bei der Entscheidung, welche Patienten für eine lebensrettende Behandlung prioritär behandelt werden sollten, das Alter eines Patienten als Schlüsselkriterium vorschlugen. In einigen Ländern (z.B. Slowenien, Schweden) wurden Berichte über ältere Menschen in stationärer Behandlung veröffentlicht, die Schwierigkeiten beim Zugang zu Gesundheitsversorgung und Behandlung in Krankenhäusern hatten, aus: FRA, Coronavirus Pandemic in the EU – Fundamental rights implications: with a focus on older people, Bulletin # 3 (May 2020), [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin-june\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin-june_en.pdf).



mehreren Patient\_innen mit gleicher Erfolgsaussicht die Notaufnahme zeitlich und tatsächlich zuerst erreicht oder sich dort befindet, erhält das nächste freiwerdende Beatmungsgerät und die dazugehörige intensivmedizinische Infrastruktur. Keiner\_m Patient\_in mit Überlebenschancen darf die intensivmedizinische Versorgung wieder entzogen werden, um sie einer\_m Patient\_in mit besseren Überlebenschancen zukommen zu lassen.

### Zufallsprinzip

Strukturell ähnlich, da ebenfalls auf eine Chancengleichheit aller abstellend, ist das Zufallsprinzip. Durch eine gesetzliche Vorgabe, die Patient\_innenauswahl solle nach dem Zufallsprinzip erfolgen, würde eine staatliche Bewertung von Leben und damit die Gefahr einer Missachtung der Menschenwürdegarantie und diskriminierenden Bewertungen vermieden. Ein am Zufallsprinzip orientiertes Verfahren hat für Patient\_innen, die im Hinblick auf die medizinische Behandlung einen absolut gleichrangigen Anspruch auf das zu verteilende Gut erheben können, das Argument der „Statusblindheit“. Sie erhalten die Garantie der unparteiischen Gewährung der Zugangs- und Chancengleichheit. Das Zufallsprinzip respektiert den Anspruch des Menschen auf Gleichbehandlung. Zu der Frage, wie das Instrumentarium des Zufallsprinzips, das für das – nicht existenznotwendige – Verfahren zur Studienplatzvergabe durch das Bundesverfassungsgericht keine Beanstandung gefunden hat, in Triage-Situationen rechtlich zu bewerten ist, gibt es bisher jedoch keine vertieften rechtlichen Untersuchungen.

Zudem stellen sich hier ebenso wie bei dem Kriterium des zeitlichen Eintreffens praktische Herausforderungen wie beispielsweise die Frage, ab welchem Zeitpunkt ein\_e Patient\_in zu berücksichtigen und in die Abwägung einzustellen ist. Unberücksichtigt sind zudem strukturelle Zugangsbarrieren im Gesundheitssystem, denen sich Menschen mit Behinderungen wie dargestellt häufiger ausgesetzt sehen.

Andere Kriterien<sup>50</sup> sind aus Gründen des Diskriminierungsschutzes problematisch.

Utilitaristische Konzepte wie das Schweizer Modell, wonach knappe medizinische Ressourcen derart verteilt werden, dass eine möglichst große Zahl betroffener Menschen gerettet werden kann, einschließlich der Verlaufstriage<sup>51</sup>, sind verfassungsrechtlich bedenklich; zumal sie auch ausblenden, dass Grund- und Menschenrechte Individualrechte sind. Die Garantie der Menschenwürde umfasst den Wert- und Achtungsanspruch eines jeden Menschen um seiner selbst willen. Eine „Verrechnung“ oder Quantifizierung von Menschenleben wäre damit nicht vereinbar. Die singuläre Stellung des menschlichen Lebens gebietet es, jedes Menschenleben gleich zu schützen. Selbst das sichere Wissen um den Tod bestimmter Menschen in sehr naher Zukunft erlaubt es nicht, das Leben anderer, die längere Lebensaussichten haben, zu priorisieren.<sup>52</sup>

Ähnlich problematisch ist das „Rettet die Retter“-Prinzip, wonach Personen, die nach ihrer Behandlung schnell zur Rettung weiterer Menschen zur Verfügung stehen, dass sie die Zahl der insgesamt Überlebenden erhöhen (Ärzt\_innen, Pfleger\_innen). Auch wenn gesamtgesellschaftlich betrachtet damit eine Verbesserung der

<sup>50</sup> Eine ausführliche Befassung mit in Frage kommenden Kriterien auch bei Brech (2008), S. 206-319.

<sup>51</sup> Die aktuellen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Wissenschaften fordern explizit, dass mindestens alle 48 Stunden anhand einer detaillierten klinischen Kriterienliste zu überprüfen ist, bei welchen Patient\_innen ein Erfolg ihrer Beatmung inzwischen unwahrscheinlich erscheint. In solchen Fällen sei die Intensivtherapie abzubrechen, um den Platz für einen anderen Schwerstkranken mit besseren Aussichten frei zu machen. Eine Beendigung der Intensivtherapie einer\_s Patientin\_en mit dem Risiko des krankheitsbedingten Versterbens sehen auch die Empfehlungen der Österreichische Gesellschaft für Anästhesiologie, Reanimation und Intensivmedizin ausdrücklich vor, sofern ein\_e anderer Patient\_in ein besseres Ergebnis zu erwarten hätte, vgl. Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) gemeinsam mit der Schweizerischen Gesellschaft für Intensivmedizin (2020), Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit sowie Österreichische Gesellschaft für Anästhesiologie, Reanimation und Intensivmedizin (2020), Allokation intensivmedizinischer Ressourcen aus Anlass der Covid-19-Pandemie vom 17.03.2020.

<sup>52</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05.

Rettungschancen aller einhergeht, verstößt das Abstellen auf soziale Wertigkeit gegen die Menschenwürde und den Gleichheitsgrundsatz.

### 3 Parlamentsvorbehalt (Frage 9)

#### 3.1 Wesentlichkeitsprinzip

Die interpersonelle Verteilung von knappen medizinischen Ressourcen kann die Medizin in ihrer Eigenschaft als Naturwissenschaft nicht selbst lösen, sie ist dabei auf normative Vorgaben angewiesen.<sup>53</sup> Gerade in einem existenziellen Dilemma, also einer Situation, in der nicht alle berechtigten existenziellen Interessen von Grundrechtsträger\_innen befriedigt werden können, erlangen die einer Entscheidung zugrunde zu legenden Kriterien eine besondere Bedeutung.

Aus dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gemäß Artikel 20 Absatz 3 GG folgt, dass es Aufgabe des Gesetzgebers ist, grundrechtlich wesentliche Belange selbst im parlamentarischen Verfahren zu regeln. Der parlamentarische Gesetzgeber ist verpflichtet, „wesentliche, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst zu treffen und nicht anderen Normgebern oder der Exekutive zu überlassen.“<sup>54</sup> „Untergesetzlichen Normgebern darf von Verfassungs wegen nicht die Kompetenz eingeräumt werden, den parlamentsgesetzlichen Katalog durch selbst entwickelte Auswahlkriterien zu ergänzen oder zu erweitern. Der zur Regelung dieser für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Frage allein demokratisch legitimierte Gesetzgeber darf hier seine Regelungsverantwortlichkeit nicht auf Dritte delegieren, sondern muss die Art der Auswahlgrundlagen abschließend regeln.“<sup>55</sup>

Die generell hohe Grund- und Menschenrechtsrelevanz und intensive individuelle Betroffenheit der\_s Einzelnen sowie gesamtgesellschaftliche Bedeutung zwingen zu einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber.<sup>56</sup> Der Gesetzgeber darf sich dieser Diskussion nicht entziehen und die Frage nach den Kriterien auch nicht der Rechtsprechung überlassen oder gar Fachgesellschaften zuweisen, die Betroffene und andere wichtige Perspektiven nicht (hinreichend) mit einbeziehen.

#### 3.2 Schutzpflicht

Der Staat ist verpflichtet, die Grund- und Menschenrechte zu achten, zu gewährleisten und zu schützen (sogenannte Pflichtentrias). Die Schutzpflicht kann sich in Kernbereichen der Grund- und Menschenrechte hin zu einem Anspruch auf staatliches Handeln durch legislatorische Maßnahmen verdichten.

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist im vorliegenden Kontext das Sozialstaatsgebot aus Artikel 20 Absatz 1 GG und der Gleichheitssatz aus Artikel 3 Absatz 3 GG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 2 GG grundlegend. Da es sich beim Sozialstaatsprinzip um eine Staatszielbestimmung handelt, ist sein justiziabler Gehalt

<sup>53</sup> Taupitz (2020): „Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise – Wer darf überleben?“, in: *Medizinrecht (MedR)* 2020, S. 440 (442).

<sup>54</sup> BVerfG, Urteil vom 19. Dezember 2017, 1 BvL 3/14, Rz. 116.

<sup>55</sup> BVerfG, Urteil vom 19. Dezember 2017, 1 BvL 3/14, Rz. 119.

<sup>56</sup> Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung betonen auch: Taupitz (2020): „Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise – Wer darf überleben?“, in: *Medizinrecht (MedR)* 2020, S. 440 (442); Engländer/Zimmermann, S. 1402; Gaede/ Kubicieł/ Saliger/ Tsambikakis (2020): „Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Situation“, in: *Zeitschrift für Medizinstrafrecht (medstra)* 3/2020, S.129 -137.

auf ein Minimum begrenzt. Gleichwohl fußen darauf wesentliche Grundsätze des Staates und prägen auch die staatlichen Verpflichtungen. Das Sozialstaatsgebot bedingt zum einen, dass den Staat die Pflicht zur Daseinsfürsorge trifft; mit der gesetzlichen Krankenversicherung übernimmt der Staat im Bereich der gesundheitlichen Versorgung<sup>57</sup> auch Verantwortung für Leben und körperliche Unversehrtheit der Versicherten<sup>58</sup>. Zum anderen verstärkt der Gleichheitssatz das Sozialstaatsprinzip in wesentlichen Fällen zu einer Schutzpflicht, die eine Pflicht zum Tätigwerden des Gesetzgebers zur Folge hat.

In völkerrechtlicher Hinsicht ist zwar zu berücksichtigen, dass den Vertragsstaaten bei der Umsetzung der Menschenrechte ein gewisser Gestaltungsspielraum zukommt und die Menschenrechte aufgrund ihrer Geltung für viele Staaten mit unterschiedlichen Rechtssystemen einen hohen Abstraktionsgrad aufweisen; in Kernbereichen bestehen jedoch unbedingte Verpflichtungen. Das Diskriminierungsverbot zählt zu den Kernbereichen des internationalen Menschenrechtsschutzes. Zum einen darf der Staat selbst nicht diskriminieren und zum anderen muss er vor Diskriminierungen durch private Akteure schützen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf das Recht auf Leben als auch in Bezug auf einen gleichberechtigten Zugang zu medizinischer Versorgung.

Artikel 6 Absatz 1 Satz 2 des Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr; Zivilpakt) normiert, dass dieses Recht auf Leben gesetzlich zu schützen ist. Es muss unterschiedslos geachtet und gewährleistet werden. Der rechtliche Schutz des Rechts auf Leben muss für alle gleichermaßen gelten und wirksamen Schutz gegen alle Formen von Diskriminierung, einschließlich Mehrfachdiskriminierungen und intersektionaler Diskriminierungen, gewährleisten.<sup>59</sup> Das Recht auf Leben umfasst auch die Pflicht das Leben zu schützen und positive präventive Maßnahmen zu treffen. Hierzu zählt auch eine Rechtsordnung, die das menschliche Leben schützt und für die Einhaltung entsprechender Gesetze sorgt.<sup>60</sup>

Nach Artikel 2 des Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR; Sozialpakt) ist jeder Staat verpflichtet, unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem gesetzgeberischen Maßnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen. Dabei verpflichten sich die Staaten, zu gewährleisten, dass die in diesem Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status ausgeübt werden. Dabei fallen Alter<sup>61</sup> und Behinderung unter den Begriff des „sonstigen Status“. Das Diskriminierungsverbot im Sozialpakt ist ein akzessorisches Diskriminierungsverbot,<sup>62</sup> das Recht auf das höchste erreichbare Maß an Gesundheit ist in Artikel 12 IPwskR

<sup>57</sup> Für den gesamten Bereich der sozialen Rechte ist in § 33c SGB I verankert, dass bei ihrer Inanspruchnahme niemand aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung benachteiligt werden darf.

<sup>58</sup> BVerfG, Beschluss vom 06. Dezember 2005, 1 BvR 347/98, Rz. 65.

<sup>59</sup> Human Rights Committee (2018): General comment No. 36 on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, CCPR/C/GC/36, para 61.

<sup>60</sup> Bruno, Article 10, in: Della Fina/Cera/Palmisano (Hrsg.) (2017): The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities – A Commentary, S. 250.

<sup>61</sup> CESCR General Comment No. 6: The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons Adopted at the Thirteenth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 8 December 1995 (Contained in Document E/1996/22), para 12.

<sup>62</sup> UN, Sozialpakt Ausschuss (2009): Allgemeine Bemerkung Nr. 20 (Nichtdiskriminierung bei den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten), UN Doc. E/C.12/GC/20 vom 02.07.2009, Absatz 7.

normiert, mithin diskriminierungsfrei zu gewährleisten. Artikel 12 lit. c) IPwskR verpflichtet die Vertragsstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zur Vorbeugung, Behandlung und Bekämpfung epidemischer Krankheiten zu unternehmen; gemäß Artikel 12 lit. d) IPwskR sind die Voraussetzungen zu schaffen, die für jedermann im Krankheitsfall den Genuss medizinischer Einrichtungen und ärztlicher Betreuung sicherstellen. Der Sozialpaktausschuss verdeutlicht hinsichtlich der staatlichen Verpflichtungen nach Artikel 2 Absatz 1 Satz 1 IPwskR, dass in manchen Fällen der Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen unabdingbar ist, hierzu zählt beispielsweise auch der Bereich der gesundheitlichen Versorgung.<sup>63</sup>

Mit der Ratifikation der UN-Behindertenrechtskonvention hat sich Deutschland zur Achtung, der Gewährleistung und dem Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen bekannt. Zentral ist dabei die Nichtdiskriminierung, die als allgemeiner Grundsatz in Artikel 3 lit. b) UN-BRK und als Recht in Artikel 5 UN-BRK normiert ist und sich in den einzelnen Rechten durch den Passus „*on an equal basis with others*“ wiederfindet. Artikel 4 UN-BRK verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, alle geeigneten Maßnahmen einschließlich gesetzgeberischer Maßnahmen zur Änderung oder Aufhebung bestehender Gesetze, Verordnungen, Gepflogenheiten und Praktiken zu treffen, die eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen darstellen (lit. b)); weiterhin tragen die Staaten Sorge dafür, dass die staatlichen Behörden und öffentlichen Einrichtungen im Einklang mit der Konvention handeln (lit. d)); und ergreifen alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderung durch Personen, Organisationen oder private Unternehmen (lit. e)). Da Artikel 25 UN-BRK den Vertragsstaaten auferlegt, die Angehörigen der Gesundheitsberufe zu verpflichten, Menschen mit Behinderungen eine Versorgung von gleicher Qualität wie anderen Menschen angedeihen zu lassen (lit. d)), und Maßnahmen treffen, die eine diskriminierende Vorenthaltung von Gesundheitsversorgung oder -leistungen verhindern (lit. f)), besteht eine Verpflichtung zum gesetzgeberischen Tätigwerden.

### 3.3 Diskriminierungsschutz durch Verfahren

Zudem ist zu beachten, dass die Vertragsstaaten in Gefahrensituationen und humanitären Notlagen (Artikel 11 UN-BRK) die aktive Partizipation von sowie die Koordinierung und wirksame Konsultation mit Organisationen von Menschen mit Behinderungen sicherstellen müssen, einschließlich mit Organisationen aller Ebenen, die Frauen, Männer und Kinder mit Behinderungen aller Altersstufen repräsentieren. Dies erfordert die aktive Einbeziehung von Organisationen von Menschen mit Behinderungen bei der Entwicklung, Umsetzung und Überwachung von notfallsituationsbezogenen Rechtsvorschriften und politischen Konzepten sowie die Festlegung von Prioritäten bei der Hilfeverteilung nach Artikel 4 Absatz 3 UN-BRK.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> CESCR General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant) Adopted at the Fifth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 14 December 1990 (Contained in Document E/1991/23), Rz 3: „The means which should be used in order to satisfy the obligation to take steps are stated in article 2 (1) to be “all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures”. The Committee recognizes that in many instances legislation is highly desirable and in some cases may even be indispensable. For example, it may be difficult to combat discrimination effectively in the absence of a sound legislative foundation for the necessary measures. In fields such as health, the protection of children and mothers, and education, as well as in respect of the matters dealt with in articles 6 to 9, legislation may also be an indispensable element for many purposes.“

<sup>64</sup> UN-Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (2018): Allgemeine Bemerkung Nr. 7 (2018) über die Partizipation von Menschen mit Behinderungen einschließlich Kindern mit Behinderungen über die sie repräsentierenden Organisationen bei der Umsetzung und Überwachung des Übereinkommens, CRPD/C/GC/7, Rz. 78; vgl. zur Anforderung der Einbeziehung von Menschen mit Behinderungen in alle

Aus alledem folgt, dass die Grund- und Menschenrechte dazu verpflichten, vor möglichen Diskriminierungen beim Zugang zu gesundheitlicher Versorgung wirksam zu schützen. Dabei sind Menschen mit Behinderungen gemäß dem Partizipationsgebot aktiv in den Entscheidungsprozess, wie dies gelingen kann, einzubeziehen.

### 3.4 Entscheidungskorridor

Die im Hinblick auf das grund-/mensenrechtliche Gleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot in Betracht kommenden, oben dargelegten Kriterien (siehe oben 2.3) beinhalten viele noch zu klärende Fragestellungen.

Aufgrund von Artikel 2 Absatz 2 GG i.V.m. Artikel 3 Absatz 3 GG bedarf es einer gesetzlichen Regelung, in der der Gesetzgeber festlegt, welche Erwägungen für die Patient\_innenauswahl jedenfalls keine Rolle spielen dürfen. Mit der Formulierung von Kriterien des Nichtzulässigen würde der Gesetzgeber explizit Bewertungsverbote aufstellen, die nicht von dem Verbot eigener staatlicher Bewertung erfasst wären. Grundlegende Bewertungsverbote garantieren jedem Einzelnen eine elementare Basisgleichheit und sichern so seine dem staatlichen Zugriff entzogene Subjektstellung.

Rechtliche Vorgaben sind dann wiederum durch die Feststellung des Standes der medizinischen Wissenschaft unter breiter Partizipation der betroffenen Disziplinen und Interessenvertretungen zu diskutieren und fachlich auszufüllen. Insbesondere muss dort sichergestellt werden, dass nicht doch wieder materielle Kriterien der Erfolgsaussicht hineininterpretiert werden können. In der Diskussion um mögliche positive Regelungen der Allokationskriterien sind einerseits die grundlegenden Wertentscheidungen des Grundgesetzes zu achten, insbesondere die Verpflichtung zur individuellen Achtung des Wertes, „der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins, zukommt“.<sup>65</sup> Zum anderen ist Artikel 3 Absatz 3 GG im Lichte des menschenrechtlich dynamisierten Diskriminierungsschutzes auszulegen. Artikel 5 UN-BRK verpflichtet die Vertragsstaaten, positive Maßnahmen zu treffen, um die Benachteiligungen auszugleichen, die Menschen mit Behinderungen erfahren. Mögliche Maßnahmen sind dabei insbesondere angemessene Vorkehrungen (*reasonable accommodations*) und besondere Maßnahmen (*affirmative actions*), deren Ziel es ist, eine *de facto* beziehungsweise substantielle Gleichheit herzustellen. Menschenrechtsbasierte Kriterien sind in einem partizipativen Verfahren unter Beachtung der völkerrechtlichen Vorgaben zum Diskriminierungsschutz zu entwickeln.

Schließlich sind vom Gesetzgeber verfahrensrechtliche Vorgaben zu bestimmen. So ist zu berücksichtigen, dass -wie es weithin gegenwärtig auch Praxis ist- zuerst zu prüfen ist, ob andere Einrichtungen noch freie Kapazitäten haben, bevor eine Triage-Situation angenommen wird. Zusätzlich sind verfahrensrechtliche Flankierungen gesetzlich zu verankern (u.a. Organisations- und Verfahrensregeln, Mehr-Augen-Prinzip, gegebenenfalls unter Hinzuziehung einer ad hoc-Ethikgruppe).

---

Phasen der Politikgestaltung und Entscheidungsfindung in Verbindung mit der Bekämpfung und Überwindung von COVID-19: Resolution der UN-Generalversammlung verabschiedet am 11. September 2020, A/RES/74/306, Rz. 24.

<sup>65</sup> BVerfG, Urteil vom 15. Februar 2006 - 1 BvR 357/05 -, Rz. 121.

## Impressum

Deutsches Institut für Menschenrechte  
- Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention -  
Zimmerstraße 26/27, 10969 Berlin  
Tel.: 030 25 93 59-0  
info@institut-fuer-menschenrechte.de  
www.institut-fuer-menschenrechte.de

AUTORINNEN: Dr. Sabine Bernot, Dr. Susann Kroworsch

LIZENZ: Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0)  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>  
Dezember 2020

## Das Institut

Das Deutsche Institut für Menschenrechte ist die unabhängige Nationale Menschenrechtsinstitution Deutschlands. Es ist gemäß den Pariser Prinzipien der Vereinten Nationen akkreditiert (A-Status). Zu den Aufgaben des Instituts gehören Politikberatung, Menschenrechtsbildung, Information und Dokumentation, anwendungsorientierte Forschung zu menschenrechtlichen Themen sowie die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen. Es wird vom Deutschen Bundestag finanziert. Das Institut ist zudem mit dem Monitoring der Umsetzung der UN-Behindertenkonvention und der UN-Kinderrechtskonvention betraut worden und hat hierfür entsprechende Monitoring-Stellen eingerichtet.