

Mark-Anthony Schwestermann / Christa Tobler

Altersdiskriminierung bei medizinischer Ressourcenknappheit?

Rechtliche Überlegungen zur Rolle des Alters in den Triagerichtlinien für die COVID-19-Pandemie

Die Stiftung Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften und die Vereinigung Schweizerische Gesellschaft für Intensivmedizin haben vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie die Richtlinien «Intensivmedizinische Massnahmen» mit Bezug auf den Umgang mit knappen Ressourcen präzisiert. Bei der Entscheidung über die Vergabe von solchen Ressourcen spielt u.a. das Alter eines Patienten eine Rolle. Dies erscheint aus dem Blickwinkel des Diskriminierungsrechts als problematisch. Anstelle des Alters sollten die vom jeweiligen Gesundheitszustand abhängigen Überlebenschancen berücksichtigt werden.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Gleichheit aller Menschen; Grundrechte

Zitiervorschlag: Mark-Anthony Schwestermann / Christa Tobler, Altersdiskriminierung bei medizinischer Ressourcenknappheit?, in: Jusletter 14. April 2020

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Der Begriff der Altersdiskriminierung im Allgemeinen
3. Die Triagerichtlinien müssen mit den Grundrechten vereinbar sein
4. Das Verbot der Altersdiskriminierung
 - 4.1. Völkerrechtliche Ebene
 - 4.2. Nationale Ebene: Art. 8 BV
5. Altersdiskriminierung in den Triagerichtlinien?
 - 5.1. Allgemeines zu den Triagekriterien
 - 5.2. Das Kriterium des Alters: direkte oder indirekte Berücksichtigung?
 - 5.3. Altersdiskriminierung?
 - 5.3.1. Einleitende Bemerkungen
 - 5.3.2. Liegt eine benachteiligende Ungleichbehandlung von vergleichbaren Fällen vor, die sich direkt oder indirekt auf das Alter stützt?
 - 5.3.3. Kann die Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden?
 - 5.3.4. Falls ein Rechtfertigungsgrund vorliegt: Ist die Ungleichbehandlung verhältnismässig?
6. Schlussbemerkungen

1. Einleitung

[1] Ursprünglich ausgehend von der chinesischen Stadt Wuhan breitet sich seit Dezember 2019 das neuartige Coronavirus (SARS-Cov-2) aus. Beim Menschen löst es die COVID-19-Infektion aus. In immer zahlreicheren Fällen kommt es dabei zu Atemwegserkrankungen, die einen schweren Verlauf nehmen und intensivmedizinisch behandelt werden müssen. Die rapide steigende Zahl von Neuansteckungen führte auch in der Schweiz zur Gefahr einer Überlastung der Gesundheitsversorgung. Vor diesem Hintergrund rief der Bundesrat gestützt auf das Epidemien-gesetz¹ die ausserordentliche Lage aus² (siehe hierzu BERNARD).³ Ebenfalls mit Blick auf eine mögliche Verknappung der Ressourcen haben die Stiftung Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) und die Vereinigung Schweizerische Gesellschaft für Intensivmedizin (SGI) die medizin-ethischen Richtlinien «Intensivmedizinische Massnahmen» aus dem Jahr 2013 überarbeitet (im Folgenden: «Triagerichtlinien»). Im vorliegenden Beitrag geht es um die Version vom 24. März 2020⁴ – die Triagerichtlinien erwähnen, dass sie, wenn es die Erfahrungen in der Praxis und neue wissenschaftliche Erkenntnisse erfordern, jeweils angepasst werden sollen.

[2] Die aus der erwähnten Anpassung resultierende Präzisierung zum Punkt «Ressourcenknappheit und Triage» wird in dieser Ausgabe des Jusletter von PETER aus dem Blickwinkel von verschiedenen Triageoptionen besprochen.⁵ PETER legt dar, dass die Triagerichtlinien Kriterien für die Aufnahme und den Verbleib auf der Intensivstation und Intermediärstationen bei Ressour-

¹ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz, EpG, SR 818.101).

² Medienmitteilung des Bundesamts für Gesundheit vom 16. März 2020, abrufbar unter: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-78454.html> (zuletzt besucht am 6. April 2020).

³ FRÉDÉRIC BERNARD, *La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus*, Jusletter 30. März 2020.

⁴ Triagerichtlinien «Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit» der Stiftung Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften und der Vereinigung Schweizerische Gesellschaft für Intensivmedizin, Version vom 24. März 2020, abrufbar unter: <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Intensivmedizin.html> (zuletzt besucht am 6. April 2020).

⁵ CHRISTIAN PETER, *Die Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit*, Jusletter 14. April 2020.

cenknappheit formulieren, um so für die Ärzteschaft eine Entscheidungsgrundlage zu bilden, anhand derer sie ihr Handeln rechtfertigen können. Die Triagerichtlinien unterscheiden zwei Szenarien: Stufe A, in der noch begrenzt Betten für die Intensivpflege verfügbar sind, und Stufe B, in der keine solchen Betten mehr vorhanden sind. Für diese zweite Stufe erscheint das Alter in den Triagerichtlinien als ein Kriterium, auf dessen Basis ein Patient oder eine Patientin nicht auf die Intensivstation eingewiesen wird.

[3] Vor diesem Hintergrund richtet sich der vorliegende Beitrag aus rechtlicher Sicht auf eine Frage, die u.a. in den Schweizer Medien gestellt worden ist, nämlich ob die Triagerichtlinien in der Version vom 24. März 2020 die Gefahr einer Altersdiskriminierung in sich bergen. In der Sendung «Echo der Zeit» von Radio srf lautete die Antwort eines an der Formulierung des Textes der Triagerichtlinien beteiligten Experten klar und deutlich: «Nein, das Alter ist kein direktes Kriterium.»⁶ Wie der vorliegende Beitrag zeigt, muss eine Analyse des Wortlautes der Richtlinien allerdings zu einer differenzierten Antwort führen. Der Beitrag beginnt mit einigen allgemeinen Hinweisen zum Begriff der Altersdiskriminierung (unten 2.). Anschliessend wird dargelegt, weshalb die Triagerichtlinien der SAMW und SGI Grundrechte wie das Verbot der Altersdiskriminierung beachten müssen (unten 3.). Dem folgen einige allgemeine Ausführungen zum Verbot der Altersdiskriminierung in der Schweiz (unten 4.). Vor diesem Hintergrund wird sodann analysiert, ob im Falle der Triagerichtlinien von Altersdiskriminierung gesprochen werden kann (unten 5.). Einige Schlussbemerkungen mit Handlungsempfehlungen runden den Beitrag ab (unten 6.).

2. Der Begriff der Altersdiskriminierung im Allgemeinen

[4] Das Alter ist nicht bloss ein messbares chronologisches und biologisches Phänomen, es ist vielmehr auch als gesellschaftliche Konstruktion zu begreifen. Die Gesellschaft bestimmt, wer alt und wer jung ist und welchem Lebensalter welche Verallgemeinerungen anhaften.⁷ Die Kategorie «jung» beziehungsweise «alt» wird mit der Zuweisung stereotyper Eigenschaften (Gebrechlichkeit, Ausdauer, Erfahrung etc.) etikettiert. Das Alter ist somit Stellvertreterkriterium für Eigenschaften, die gemeinhin mit dem Alter in Verbindung gebracht werden, faktisch aber nicht immer zutreffen müssen.⁸ Der englischsprachige Raum prägte dazu den Begriff «Ageism».⁹

[5] Es ist für die Verwendung von Alterskriterien typisch, dass es letztlich nicht um das Alter als solches geht. Vielmehr steht das Alter als Chiffre für eine Annahme oder Tatsache, die mit ihm in Zusammenhang gebracht wird (z.B. «Piloten über 60 Jahre sind im Allgemeinen nicht

⁶ So Prof. Dr. med. DANIEL SCHEIDEGGER, in: «Wer wird behandelt, wenn es auf der Intensivstation eng wird?», Echo der Zeit 21. März 2020, Radio srf.

⁷ IRMHILD SAAKE, Zum Umgang mit Unterschieden und Asymmetrien – Essay, in: Aus Politik und Zeitgeschichte/bpb.de, 26. Februar 2016, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/apuz/221590/zum-umgang-mit-unterschieden-und-asymmetrien?p=all> (zuletzt besucht am 6. April 2020).

⁸ ELISABETH HOLZLEITHNER, Wurzeln des Verbots der Altersdiskriminierung, in: Thomas Eilmansberger/Michael Holoubek et al., Alter und Recht, WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Wien 2012, S. 35 ff., S. 36; COLM O'CONNOR, Age discrimination and European Law, Themenbericht für die Europäische Kommission, Luxemburg 2005, S. 6.

⁹ ANN NUMHAUSER-HENNING/JENNY JULÉN VOTINIUS/ANIA ZBYSEWSKA, Equal treatment and age discrimination – inside and outside working life, in: Ann Numhauser-Henning (Hrsg.), *Elder Law, Evolving European Perspectives*, Cheltenham & Massachusetts 2017, S. 151 ff., S. 153 f.; CHRISTA TOBLER, «Altersdiskriminierung im EG-Recht», in: Astrid Epiney/Markus Wyssling (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007*, Bern/Zürich/Basel/Genf 2007, S. 283 ff., S. 284.

mehr in der Lage, die Berufsanforderungen zu erfüllen»), oder für eine statistische Tatsache (z.B. «Demenz ist eine typische Alterskrankheit»). Über den Einzelfall sagt eine solche Chiffre, selbst wenn sie statistisch zutreffen sollte, jedoch nichts aus.

[6] Stereotypen haftet eine Scheingenauigkeit an, mit der zugunsten einer (vermeintlich) effizienten Selektion eine Komplexitätsreduktion auf Kosten der jeweiligen Altersgruppen betrieben wird. Vordergründig mag man dies zwar aus Gründen der Effizienz rechtfertigen. Gleichzeitig kann die Verwendung von Alterskriterien aber zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung aufgrund des Alters und somit zur Altersdiskriminierung führen. Vor diesem Hintergrund setzen das Völkerrecht und die in der Schweizer Bundesverfassung garantierten Grundrechte einem fehlgeleiteten Pragmatismus Grenzen, die es einzuhalten gilt – insbesondere dort, wo über Leben und Tod entschieden wird.

3. Die Triagerichtlinien müssen mit den Grundrechten vereinbar sein

[7] Es gilt an dieser Stelle zwei Fragen auseinanderzuhalten: Einerseits die Frage, ob das individuelle Handeln der Ärztinnen und Ärzte den für sie geltenden rechtlichen Vorgaben und ethischen Grundsätzen entspricht, und andererseits, ob die SAMW und SGI als privatrechtliche Akteure bei der Formulierung der Triagerichtlinien die verfassungsmässigen Grundrechte, einschliesslich des Verbots der Altersdiskriminierung, zu beachten haben.

[8] Gemäss Art. 7 lit. a Medizinalberufegesetz (MedBG) ist den Studierenden der Medizinalberufe die ethische Dimension ihres beruflichen Handelns und ihre Verantwortung gegenüber Individuum, Gesellschaft und Umwelt im Rahmen des Studiums zu vermitteln.¹⁰ Sodann gehört zu den ärztlichen Pflichten die sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung unter Wahrung der Rechte der Patienten (Art. 40 lit. a und c MedBG). Der vorliegende Beitrag richtet sich bewusst nicht auf die Verantwortung der Ärzteschaft für individuelles Handeln. Ärztinnen und Ärzte müssen in Krisensituationen regelmässig äusserst anspruchsvolle Entscheidungen treffen und dabei Triage vornehmen. Umso wichtiger sind deshalb die Leitlinien, die ihnen dafür an die Hand gegeben werden.

[9] Gemäss Art. 35 Abs. 2 BV ist an die Grundrechte gebunden, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt. Nach Abs. 3 sorgen die Behörden dafür, «dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden». Die Schweiz verfügt bislang nicht über ein Bundesgesetz über die Altersdiskriminierung, das auch privatrechtliche Akteure binden würde. Im vorliegenden Zusammenhang ist deshalb entscheidend, ob die SAMW und/oder die SGI bei der Formulierung der Triagerichtlinien eine Staatsaufgabe wahrgenommen haben.¹¹

[10] Auf einer übergeordneten Ebene setzt sich der Bund dafür ein, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält (Art. 41 Abs. 1 lit. b BV). Dieses Sozialziel wird konkretisiert, indem Bund und Kantone für eine ausreichende, *allen* zugängliche medizinische Grundversorgung von hoher Qualität zu sorgen haben (Art. 117a Abs. 1 BV). Diese Verpflichtung geht über die auf die konkreten Umstände des Einzelfalls zugeschnittene, minimale Hilfe in medizinischer

¹⁰ Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (Medizinalberufegesetz, MedBG, SR 811.11).

¹¹ Vgl. RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014, Art. 35 Rn. 34.

Hinsicht hinaus, welche die Bundesverfassung im Rahmen des Rechts auf Nothilfe garantiert (Art. 12 BV).¹²

[11] Auch aus völkerrechtlicher Sicht ist die Schweiz verpflichtet, den Zugang zu medizinischen Einrichtungen und zu ärztlicher Betreuung im Krankheitsfall für *alle* sicherzustellen (Art. 12 Abs. 2 lit. b UNO-Pakt I).¹³ Der Schutz der Gesundheit gehört ganz generell zu den wichtigsten Aufgaben des Staats.¹⁴ Konkret muss der Staat *Rahmenbedingungen* schaffen, so dass die medizinische Grundversorgung ausreichend gewährleistet ist.¹⁵ Dies bringt nach hier vertretener Meinung konsequenterweise mit sich, dass der Staat auch Vorgaben machen muss, anhand derer sich der Umgang mit knappen medizinischen Ressourcen bestimmt: Mit den vorhandenen Mitteln muss eine Nutzenmaximierung zum Gesamtwohl der Gesellschaft generiert werden (Utilitarismus). Nur so kann sich der Staat in einer Lage der Verknappung dem in der Bundesverfassung gesetzten Sozialziel sowie seiner völkerrechtlichen Verpflichtung annähern bzw. diesen gerecht werden.

[12] Die Triagerichtlinien bewegen sich im Bereich dieser Staatsaufgabe, denn sie formulieren Leitlinien für die Verteilung knapper medizinischer Ressourcen. Anders als in der Humanforschung¹⁶ besteht im Bereich des Medizinalberufs allerdings keine direkt durch das Bundesgesetz eingesetzte Ethikkommission, die verbindliche ethische Standards für den Umgang mit knappen medizinischen Ressourcen festlegen würde. Vielmehr hat der Staat diese Aufgabe an die SAMW delegiert. Die SAMW wird vom Bund subventioniert, und es existiert zwischen dem Bund und der SAMW eine Leistungsvereinbarung. Diese nennt bei den Grundaufgaben der SAMW u.a. die «Klärung ethischer Fragen im Zusammenhang mit medizinischen Entwicklungen und deren Auswirkungen auf die Gesellschaft». Die SAMW soll hierzu Stellungnahmen, Empfehlungen oder Richtlinien erarbeiten.¹⁷

[13] Die SAMW nimmt deshalb mit der Formulierung der Triagerichtlinien eine vom Staat übertragene und im öffentlichen Interesse stehende Aufgabe wahr. Daraus ist im Rahmen von Art. 35 Abs. 2 BV zu schliessen, dass die Triagerichtlinien zur Verwirklichung der Grundrechte beitragen und sich an ihre Vorgaben halten müssen. Die Triagerichtlinien selber bestätigen zudem diese Position, indem sie ausdrücklich von einer Bindung an die Grundrechte ausgehen und insbes. das Verbot der Altersdiskriminierung anerkennen (vgl. die unter 5.2. zitierte Textpassage).

¹² Botschaft zur Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin», BBl. 2011 7553 ff., S. 7577.

¹³ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 und in der Schweiz in Kraft seit 18. September 1992 (UNO Pakt I, SR 0.103.1).

¹⁴ Vgl. MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014, Art. 41 Rn. 35.

¹⁵ Vgl. THOMAS GÄCHTER, Medizinische Grundversorgung (Art. 117a BV) / Was ist «medizinische Grundversorgung»? in: Hardy Landolt et al. (Hrsg.), Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie, Pflegerecht 2015, S. 101–103.

¹⁶ Art. 45 Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 30. September 2011 (Humanforschungsgesetz, HFG, SR 810.30).

¹⁷ Vgl. Ziff. A.4. zur Leistungsvereinbarung zwischen der Stiftung Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) und der Schweizerischen Eidgenossenschaft einschliesslich Anhang vom 12. bzw. 16. Mai 2017 (abrufbar unter: <https://www.samw.ch/de/Portraet/Grundlagendokumente.html>).

4. Das Verbot der Altersdiskriminierung

4.1. Völkerrechtliche Ebene

[14] Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters ist auf völkerrechtlicher Ebene z.B. in Art. 14 EMRK¹⁸ und in Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I verankert. Es handelt sich dabei um so genannte akzessorische Diskriminierungsverbote, die nur in Zusammenhang mit einem von der jeweiligen Konvention geschützten Recht angerufen werden können. Zwar sieht das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK vor, das in Art. 14 EMRK statuierte Diskriminierungsverbot könne auch unbeschrieben von weiteren Konventionsrechten selbständig geltend gemacht werden. Doch gilt das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK nicht für die Schweiz, da die Schweiz dieses nicht ratifiziert hat.¹⁹

[15] Die Berufung auf völkerrechtliche Normen ist insbesondere dort von Bedeutung, wo die Anwendung von Bundesgesetzen zu einer Diskriminierung führen kann. Dies deshalb, weil Art. 190 BV die Anwendung von Bundesgesetzen vorschreibt, und zwar unabhängig von deren Verfassungswidrigkeit. In solchen Fällen kann gestützt auf das die Schweiz bindende Völkerrecht die Anwendung verfassungswidriger Bundesgesetze versagt werden, soweit der Normenkonflikt nicht mit einer völkerrechtskonformen Auslegung des Bundesgesetzes aufgelöst werden kann.²⁰

[16] Vorliegend jedoch geht es nicht um die Beurteilung der Konformität eines Bundesgesetzes mit der Bundesverfassung, sondern um die Verwirklichung einer Staatsaufgabe in Form der Triarichtlinien. Der völkerrechtliche Aspekt spielt somit eine eher untergeordnete Rolle (und würde zudem den Rahmen dieses Beitrags sprengen). Die nachstehenden Ausführungen beschränken sich deshalb auf das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV.

4.2. Nationale Ebene: Art. 8 BV

[17] Das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV muss vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 8 Abs. 1 BV gesehen werden. Danach sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Dieses Gebot der rechtsgleichen Behandlung muss in sämtlichen staatlichen Handlungen berücksichtigt werden. Das Bundesgericht legt es in ständiger Rechtsprechung so aus, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist. Damit steht die Vergleichbarkeit der Fälle im Zentrum der Bestimmung. Sie ist anhand von Umständen zu beurteilen, die für die fragliche Thematik wesentlich bzw. relevant sind. Im Rahmen von Art. 8 Abs. 1 BV genügen ernsthafte, sachliche Gründe, um eine Differenzierung zu legitimieren. Das Bundesgericht stellt hierbei darauf ab, ob eine Unterscheidung getroffen wird, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Ver-

¹⁸ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 und in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (EMRK, SR 0.101).

¹⁹ Vgl. EYLEM DEMIR, Die internationale Dimension des Arbeitsrechts, in: Kurt Pärli et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, S. 7 ff., Rn. 206, 223 und 256 f.

²⁰ Vgl. BENJAMIN SCHINDLER/TOBIAŠ TŠHUMI, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014, Art. 5 Rn 71 ff.; KURT PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Arbeitsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht, in: Kurt Pärli et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, Rn 1076 – 1081; BGE 139 I 16, E.5.1. mit weiteren Hinweisen auch betreffend die Schubert-Praxis und die Unanwendbarkeit der Lex-posterior-Regel bei Normenkonflikten zwischen Völkerrecht und Bundesgesetz.

hältnissen nicht ersichtlich ist bzw. ob eine Unterscheidung unterlassen wird, obwohl sie sich sachlich aufdrängt.²¹ In der Lehre ist deshalb auch von einem «Gebot der sachlichen Gleich- bzw. Ungleichbehandlung» die Rede.²²

[18] Ergänzend zum allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 8 Abs. 1 BV besteht Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz.²³ Er führt exemplarisch und damit nicht abschliessend eine Anzahl verpönter Diskriminierungsgründe auf. Dazu gehört neben Merkmalen wie die Rasse, das Geschlecht oder die Herkunft explizit auch das Alter.²⁴ In der Nennung solcher Merkmale liegt zugleich eine wichtige Konkretisierung, nämlich die, dass solche Gründe für sich allein nicht herangezogen werden können, um auf eine rechtlich relevante Ungleichheit bzw. eine fehlende Vergleichbarkeit zu schliessen. Vielmehr gelten Personen unterschiedlichen Geschlechts, Alters usw. als grundsätzlich vergleichbar, weshalb sie – wenn auch unter dem Vorbehalt einer Rechtfertigung und der Verhältnismässigkeit der getroffenen Massnahme – gleich behandelt werden müssen.²⁵ Mit den Worten des Bundesgerichts:

«Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Personen ausmachen [...]. Die Verfassungsbestimmung fällt allgemein in Betracht, wenn eine mehr oder weniger bestimmbare Gruppe von gesellschaftlicher Herabwürdigung und Abwertung oder Ausgrenzung nach stereotypen Vorurteilen bedroht ist [...]»²⁶

[19] Im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 BV muss zwischen verschiedenen Formen der Diskriminierung unterschieden werden. Wird unmittelbar an ein verpöntes Merkmal geknüpft, dann ist das Vorliegen einer so genannten *direkten* Diskriminierung zu prüfen. Es ist aber auch dann das Vorliegen einer Diskriminierung zu prüfen, wenn vordergründig nicht auf ein verpöntes Merkmal Bezug genommen wird, im Ergebnis aber dennoch eine geschützte Gruppe in besonderer Weise benachteiligt wird (so genannte *indirekte* Diskriminierung).²⁷

[20] Diskriminierungen können u.U. gerechtfertigt werden. Soweit eine im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 BV besonders geschützte Gruppe betroffen ist, bedarf es einer qualifizierten Rechtfertigung, der höhere Anforderungen beizumessen sind als jener für den allgemeinen Gleichheitssatz. Ein bloss sachlicher Grund genügt nicht; vielmehr muss die Massnahme ein gewichtiges und legi-

²¹ Vgl. RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014, Art. 8 Rn. 19 ff., mit Hinweisen zur Bundesgerichtsrechtsprechung. In der neueren Rechtsprechung siehe etwa BGer 2C_489/2017, Urteil vom 28. Juli 2017, E.5.3.

²² MATTHIAS OESCH, Differenzierung und Typisierung. Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Bern 2008, S. 83.

²³ Zum Ganzen BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003.

²⁴ Vgl. EVA MARIA BELSER/CHRISTINE KAUFMANN et al., Menschenrechte im Alter, Ein Überblick über die menschenrechtliche Situation älterer Personen in der Schweiz, Bern 2017, S. 20.

²⁵ Grundsätzlich hierzu SANDRA FREDMAN, Discrimination Law, 2. Aufl., Oxford 2011, S. 9.

²⁶ BGE 141 I 241 E.4.3.2.

²⁷ Hierzu SCHWEIZER (Fn. 21), Art. 8 Rn. 50 f., mit Hinweisen zur Bundesgerichtsrechtsprechung. In der neueren Rechtsprechung siehe etwa BGer 2C_489/2017, Urteil vom 28. Juli 2017, E.5.4.

times öffentliches Interesse verfolgen.²⁸ Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellen Diskriminierungsgründe wie Geschlecht, Rasse und Religion solche, so genannte Anknüpfungstatbestände dar. In diesen Fällen ist eine an sie geknüpfte Differenzierung im Prinzip unzulässig und bedarf einer besonderen Rechtfertigung.

[21] Gemäss der Rechtsprechung gehört das Alter jedoch nicht zur Kategorie der privilegierten Diskriminierungsgründe, bei denen im Falle einer Ungleichbehandlung eine qualifizierte Rechtfertigung verlangt wird.²⁹ Das Bundesgericht begründet dies damit, das Alter knüpfe anders als die übrigen verpönten Merkmale nicht an eine historisch schlechtergestellte oder politisch ausgegrenzte Gruppe an. Es sei insofern ein atypisches Differenzierungsmerkmal.³⁰ Für die Rechtfertigung bedeutet dies, dass sich der Tatbestand der Altersdiskriminierung laut Bundesgericht «in der praktischen Anwendung dem allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV nähert».

[22] Um dennoch dem mit Art. 8 Abs. 2 BV gewollten höheren Schutz Rechnung zu tragen, muss im Fall der Altersdiskriminierung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung im Vergleich zu den privilegierten Diskriminierungsgründen «ein etwas strikterer Massstab» gelten.³¹ Generell gilt, dass die auf eine Rechtfertigung gestützte Massnahme verhältnismässig sein muss. Dies bedeutet, dass sie einerseits geeignet und erforderlich sein muss, um das verfolgte Ziel zu erreichen. Andererseits ist die Ziel-Mittel-Relation zu wahren. Letzteres ist dann nicht der Fall, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff gewahrt werden könnte.³²

[23] Schematisch stellt sich die rechtliche Situation deshalb wie folgt dar:

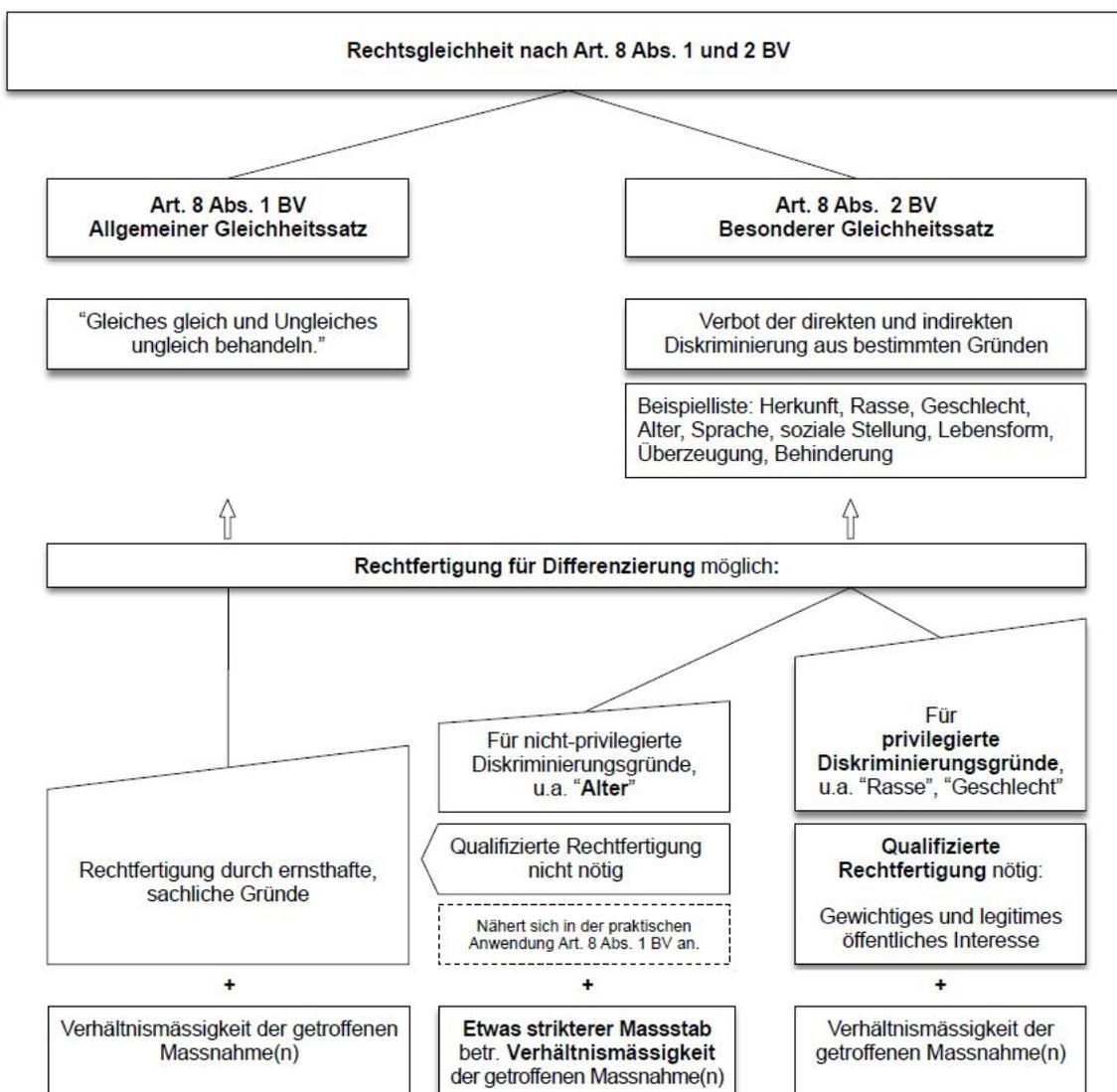
²⁸ Ibid, Art. 8 Rn. 54, mit Hinweisen zur Bundesgerichtsrechtsprechung. In der neueren Rechtsprechung siehe etwa BGE 139 I 169 E.7.2.4. und BGE 135 I 49, E.6.1.

²⁹ BGE 138 I 265 E.4.3.

³⁰ Die besondere Natur des Alters als Diskriminierungsgrund ist in der Literatur anerkannt – umstritten sind dagegen die rechtlich daraus zu ziehenden Folgen; statt vieler FREDMAN (Fn. 25), S. 111 ff.

³¹ BGE 138 I 265, E.4.3.

³² Vgl. BGE 138 I 265, E.5.2.2., der bzgl. Anforderungen an die Verhältnismässigkeit auf BGE 136 I 87, E.3.2. verweist.



5. Altersdiskriminierung in den Triage Richtlinien?

5.1. Allgemeines zu den Triagekriterien

[24] Wie im Beitrag von PETER beschrieben, wollen die Triage Richtlinien der Ärzteschaft Kriterien an die Hand geben, anhand welcher sie im Notfall darüber entscheiden können soll, «wer leben und wer sterben soll» (so die NZZ).³³ Wo im Normalfall die Selbstbestimmung der Patientinnen und Patienten im Zentrum steht, kann bzw. soll dies in der Ausnahmesituation nicht mehr im gleichen Mass der Fall sein: Aus ethischer Sicht geht es «jetzt nicht mehr primär um die Gesundheit jedes Einzelnen, sondern um die Gesundheit der Bevölkerung. Das Paradigma hat sich also

³³ «Was bis vor kurzem unvorstellbar war, könnte auch in der Schweiz eintreten: Werden die Ressourcen knapp, muss der Arzt entscheiden, wer leben und wer sterben soll», NZZ 28. März 2020.

geändert.» – so der Medizinethiker Porz. Hier sollen u.a. die Richtlinien der SAMW helfen, «vor allem dann, wenn es schnell gehen muss».³⁴

[25] Im Einklang mit diesen Aussagen heben die Triagerichtlinien den Patientenwillen für denjenigen Fall hervor, wo auf den Einsatz von intensivmedizinischen Massnahmen verzichtet wird. Für diese Fälle muss eine umfassende *palliative care* gewährleistet sein. Für andere Fälle soll bei vollständiger Überlastung der Intensivkapazitäten die kurzfristige Prognose entscheidend sein. Höchste Priorität geniessen demnach diejenigen Personen, die am meisten von der Intensivbehandlung profitieren, also jene, deren Prognose im Hinblick auf das Verlassen des Spitals mit Intensivbehandlung gut, ohne diese aber ungünstig ist (II.3. Triagerichtlinien). In den Medien ist in diesem Zusammenhang illustrativ – und wohl auch etwas plakativ – vom «survival of the fittest» die Rede.³⁵

[26] Zur Beurteilung der kurzfristigen Prognose nennen die Triagerichtlinien konkrete Kriterien sowohl mit Blick auf die Aufnahme auf die Intensivstation (sog. initiale Triage) als auch mit Blick auf die Fortsetzung bzw. den Abbruch der Behandlung auf der Intensivstation (Triage während des Intensivpflegeaufenthalts). Für den ersten Fall (initiale Triage) handelt es sich um Nicht-Aufnahmekriterien und im zweiten Fall um Kriterien für die Entlassung aus der Intensivstation. In beiden Situationen muss zwischen der in der Einleitung zu diesem Beitrag erwähnten Stufe A (es sind noch begrenzt Betten für die Intensivpflege verfügbar) und der Stufe B (es gibt keine solchen Betten mehr) unterschieden werden (II.4. Triagerichtlinien). Liegt ein Nichtaufnahmekriterium vor, so «wird der Patient nicht auf die Intensivstation eingewiesen» (II.4.3. Triagerichtlinien). Liegt eines der für die Triage während des Intensivaufenthalts genannten Kriterien vor, so hat dies «zur Folge, dass ein Fortführen der intensivmedizinischen Therapie nicht mehr angezeigt ist und der Patient palliativ betreut wird» (II.4.4. Triagerichtlinien).

[27] Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass die Liste der Kriterien abschliessend gemeint ist. Zusätzliche Kriterien – wie etwa die Priorisierung von Menschen mit hohem gesellschaftlichem Wert, «first come, first served» oder ein Losverfahren – sollen ausdrücklich nicht zur Anwendung gelangen dürfen (II.3. Triagerichtlinien). Im Folgenden richtet sich der Fokus spezifisch auf das Kriterium des Alters. Für die anderen Kriterien verweisen wir auf den Text der Triagerichtlinien.

5.2. Das Kriterium des Alters: direkte oder indirekte Berücksichtigung?

[28] Im soeben umrissenen Rahmen erscheinen Alterskriterien im Zusammenhang mit der initialen Triage (Aufnahme auf der Intensivstation) auf der Stufe B (keine verfügbaren Intensivpflegebetten) wie folgt (II.4.3. Triagerichtlinien):

- «- Alter > 85 Jahre
- Alter > 75 Jahre und mindestens ein Kriterium:
 - Leberzirrhose
 - Chronisches Nierenversagen Stadium III (KDIGO)
 - Herzinsuffizienz Stadium NYHA > I»

³⁴ «Entscheiden über Leben und Tod», NZZ 3. April 2020.

³⁵ Wiederum «Was bis vor kurzem unvorstellbar war, könnte auch in der Schweiz eintreten: Werden die Ressourcen knapp, muss der Arzt entscheiden, wer leben und wer sterben soll», NZZ 28. März 2020.

[29] Das Alter wird demnach hier zweimal ausdrücklich als relevant erklärt, und zwar auf unterschiedliche Weise: einmal für sich allein und einmal in Kombination mit weiteren Kriterien. Im ersten Fall (Alter > 85 Jahre für sich allein) erklärt eine Fussnote unter Verweis auf eine aus China stammende Studie:

«Gemäss der vorliegenden Daten ist das Alter ein Indikator für die Prognose, vgl. Zhou F. et. al. Clinical course and risk factors for mortality of adult inpatients with COVID-19 in Wuhan, China: a retrospective cohort study. Lancet 2020 Mar 11. pii: S0140-6736(20)30566-3. doi: 10.1016/S0140-6736(20)30566-3.»

[30] Im allgemeinen Teil der Triagerichtlinien über die Kriterien (II.3.) ist aber auch Folgendes zu lesen:

«**Das Alter** per se ist kein Kriterium, das zur Anwendung gelangen darf. Es misst älteren Menschen weniger Wert bei als jüngeren und verletzt in diesem Sinne das verfassungsrechtlich verankerte Diskriminierungsverbot. Das Alter wird jedoch indirekt im Rahmen des Hauptkriteriums kurzfristige Prognose berücksichtigt, denn ältere Menschen leiden häufiger unter Co-Morbiditäten. Im Zusammenhang mit Covid-19 ist das Alter ein Risikofaktor für die Sterblichkeit und muss daher berücksichtigt werden.»

[31] Bei allem Respekt für die wichtige Arbeit der Organisationen, die hinter den Triagerichtlinien stehen, halten wir doch fest, dass sich die Richtlinien in diesem Punkt selber widersprechen. Würde das Alter tatsächlich nur indirekt berücksichtigt, so würde es unter Ziff. 4.3. nicht als ausdrückliches Kriterium erscheinen. Eine indirekte Berücksichtigung ergäbe sich etwa daraus, dass gewisse der gewählten Kriterien – wenngleich formal vom Alter unabhängig – Menschen einer besonderen Altersgruppe in besonderem Mass betreffen, weil sie in dieser Gruppe öfter vorkommen. Tatsächlich wird das Alter in den Triagerichtlinien aber nicht nur indirekt berücksichtigt, sondern an den oben zitierten Stellen ausdrücklich als Kriterium genannt. Daran ändert nichts, dass ein Alter über 85 Jahren laut der ebenfalls zitierten Fussnote als «Indikator für die Prognose» verstanden werden soll, weil «ältere Menschen häufiger unter Co-Morbiditäten leiden». Entscheidend ist vielmehr, dass das Vorliegen solcher Co-Morbiditäten (also formal nicht auf das Alter gestützter, die Behandlungschancen beeinträchtigender Elemente) im Einzelfall – für den die Triagerichtlinien ja gedacht sind – nicht nachgewiesen zu sein braucht, sondern schlicht stereotyp angenommen wird.

[32] Allerdings sagt der Befund einer direkten Verwendung von Alterskriterien noch nichts darüber aus, ob aus rechtlicher Sicht eine Altersdiskriminierung vorliegt. Darum geht es im nun folgenden Teil.

5.3. Altersdiskriminierung?

5.3.1. Einleitende Bemerkungen

[33] Zur Thematik der Diskriminierung führen die Triagerichtlinien im Zusammenhang mit dem ethischen Grundprinzip der Gerechtigkeit Folgendes aus (II.2. Triagerichtlinien):

«**Gerechtigkeit:** Zur Verfügung stehende Ressourcen sind ohne Diskriminierung zu verteilen, also ohne nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung nach Alter, Geschlecht, Wohnort, Nationalität, religiöser Zugehörigkeit, sozialer Stellung, Versicherungsstatus oder chronischer Behinderung. Das Allokationsverfahren muss fair, sachlich begründet und transparent sein. Durch die Einhaltung von Fairness im Allokationsverfahren können insbesondere Willkürentscheidungen vermieden werden.»

[34] Hier definieren die Triagerichtlinien die Altersdiskriminierung im vorliegenden Zusammenhang zutreffend als «nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung». Dabei wird offensichtlich impliziert, dass sich die Ungleichbehandlung nachteilig auswirkt. Ob die Verwendung von Alterskriterien in den Richtlinien aus diskriminierungsrechtlicher Sicht problematisch ist, muss anhand der weiter oben erwähnten, rechtlichen Kriterien geprüft werden, nämlich 1) Liegt eine benachteiligende Ungleichbehandlung von vergleichbaren Fällen vor, die sich direkt oder indirekt auf das Alter stützt? Wenn ja: 2) Kann diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden? Und 3): Ist die Ungleichbehandlung verhältnismässig?

5.3.2. Liegt eine benachteiligende Ungleichbehandlung von vergleichbaren Fällen vor, die sich direkt oder indirekt auf das Alter stützt?

[35] Wie bereits ausgeführt, geht es bei den Triagerichtlinien darum, im Notfall darüber entscheiden zu können, wem eine Intensivbehandlung verweigert wird. Es ist deutlich, dass es sich hierbei um einen Nachteil für jene Personengruppen handelt, welche die in den Richtlinien dafür definierten Kriterien erfüllen.

[36] Gemäss den Triagerichtlinien soll unter bestimmten Umständen auf das Alter abgestellt werden. Dabei ist für das Alter über 85 Jahren ohne Weiteres klar, dass es sich hier um ein direkt auf eine bestimmte Altersgruppe gerichtetes Kriterium geht. Auch der oben zitierte Hinweis in Fussnote 15 der Triagerichtlinien auf ein erhöhtes Vorkommen von Co-Morbiditäten führt nicht dazu, dass keine direkt auf das Alter gestützte, benachteiligende Situation vorliegen würde. Nochmals: Laut Triagerichtlinien genügt – völlig unabhängig von etwaigen Co-Morbiditäten – alleine das Überschreiten des 85. Lebensjahrs, um von einer intensivmedizinischen Behandlung ausgeschlossen zu werden. Dies kann Personen treffen, die tatsächlich kein weiteres Kriterium aus dem Katalog der Triagerichtlinien aufweisen. In solchen Fällen entscheidet faktisch einzig das Alter darüber, ob eine Intensivbehandlung angeordnet oder davon abgesehen wird. Weiter sei daran erinnert, dass im Rahmen des Verbots der Altersdiskriminierung ein Altersunterschied als solcher nicht dazu führen darf, dass die Fälle als nicht vergleichbar betrachtet werden dürften (siehe oben 4.2.).

[37] Als etwas weniger deutlich könnte die Lage mit Bezug auf das Alter über 75 Jahren empfunden werden, weil hier das Alter nicht als Kriterium für sich allein, sondern vielmehr nur in Kombination mit anderen, medizinischen Kriterien relevant sein soll. Aus rechtlicher Sicht ändert dies jedoch nichts daran, dass letztlich auch hier direkt auf das Alter abgestellt wird: Werden z.B. zwei Corona-Patienten mit Leberzirrhose ins Spital eingeliefert, von denen einer bis zu 75 und der andere über 75 Jahre alt ist, so entscheidet das Alter darüber, wem die Intensivbehandlung

gewährt wird.³⁶ Dieses Beispiel zeigt auch, dass in dieser Konstellation nicht etwa argumentiert werden kann, die Fälle seien nicht vergleichbar: Beide Patienten leiden unter Leberzirrhose und werden unabhängig von anderen, allfällig vorliegenden Co-Morbiditätsfaktoren unterschiedlich behandelt. Anders würde sich die Lage aus diskriminierungsrechtlicher Sicht aber wohl dann darstellen, wenn der ältere Patient tatsächlich ein weiteres, nach den Triagerichtlinien relevantes Kriterium aufweisen würde. In diesem Fall würde es in einem im vorliegenden Zusammenhang relevanten Punkt an der Vergleichbarkeit fehlen, was rechtlich eine Diskriminierung ausschliessen würde. Nicht zulässig wäre aber auch hier, das Vorliegen solcher Faktoren einzig gestützt auf das Alter anzunehmen; sie müssten nachweislich vorliegen.

[38] Abgesehen von dieser letzterwähnten Konstellation, ergibt sich als Zwischenergebnis der rechtlichen Analyse die Feststellung einer benachteiligenden Ungleichbehandlung von vergleichbaren Fällen, die sich direkt auf das Alter stützt. Der Befund einer von Art. 8 Abs. 2 BV verbotenen, direkten Altersdiskriminierung kann somit nur dann vermieden werden, wenn diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann und die getroffene Massnahme verhältnismässig ist.

5.3.3. Kann die Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden?

[39] Die Frage nach der Rechtfertigung ist zugleich die Frage nach den Gründen für die zur Diskussion stehende Regelung bzw. im vorliegenden Fall die Triagerichtlinien. Wie bereits erwähnt, sollen die in der Triagerichtlinie definierten Kriterien dafür sorgen, dass diejenigen Patientinnen und Patienten eine Intensivbehandlung erhalten, die am meisten davon profitieren (II.3. Triagerichtlinien). Das Leitmotiv der Triagerichtlinien ist somit die Maximierung des Nutzens der Intensivbehandlung, also ein utilitaristischer Ansatz (vgl. oben 3.).

[40] Zum Vergleich: Dieselbe Argumentation zeigt sich in den in Italien geltenden Empfehlungen:³⁷

«Può rendersi necessario porre un **limite di età** all'ingresso in TI [gemeint ist: Terapia Intensiva]. Non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha in primis **più probabilità di sopravvivenza** e secondariamente a chi può avere **più anni di vita salvata**, in un'ottica di **massimizzazione dei benefici** per il **maggior numero** di persone. [...]» (Hervorhebungen im Original. Eigene Übersetzung: «Es kann notwendig sein, eine Altersgrenze für den Eintritt auf die Intensivstation festzulegen. Dabei geht es nicht darum, rein wertende Entscheidungen zu treffen, sondern potentiell knappste Ressourcen erstens für jene zu reservieren, die mit grösserer Wahrscheinlichkeit überleben werden, und

³⁶ Zur Frage, welches Kriterium in konkreten Fällen die rechtlich relevante Grundlage für eine bestimmte Behandlung bildet, siehe CHRISTA TOBLER, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Habilitation thesis (University of Basel), Antwerpen/Oxford 2005, S. 334 ff.

³⁷ In Italien hat die Vereinigung *Società Italiana di Anestesia e di Analgesia Rianimazione et Terapia Intensiva* (SIAARTI) Empfehlungen für den Umgang mit knappen Ressourcen herausgegeben, welche in der Version vom 6. März 2020 die COVID-19-Pandemie im Titel nicht wörtlich erwähnen, wohl aber graphisch darauf hinweisen; SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi et la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità et risorse disponibili*, Version 6. März 2020, abrufbar unter: <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf> (zuletzt besucht am 6. April 2020), Punkt 3.

zweitens für jene, denen möglicherweise mehr Lebensjahre gerettet werden, um so den Nutzen für die grösstmögliche Anzahl von Menschen zu maximieren. [...]

[41] Die Maximierung des Behandlungsnutzens im Falle der Knappheit stellt eine Motivation dar, welche als solche – d.h. *abstrakt* betrachtet – einleuchtet und auch rechtlich ohne Weiteres akzeptabel erscheint.

[42] Das Problem liegt nun aber darin, dass die Verwendung von Alterskriterien in den erwähnten Dokumenten nicht auf Fakten zum *konkreten Einzelfall* – über den ja im Notfall anhand der Richtlinien gerade entschieden werden soll – beruht, sondern vielmehr auf blossen, verallgemeinernden Annahmen. EVANS bemerkt zu Recht:

«Age is a number derived from a birth certificate and cannot be a cause of anything (apart from prejudice). Poorer outcomes from health care interventions, where these are not attributable to poorer treatment, are due to physiological impairments that may or may not be present in a particular individual even if the probability of their presence, when nothing else is known about the individual, rises with his or her age. If one knows enough about the physiological condition of the patient, age should drop off the end of the predictive equation for outcome.»³⁸

[43] Allerdings könnte argumentiert werden, dass es im Notfall schnell gehen muss und u.U. keine Zeit für Abklärungen bleibt, so dass verallgemeinernde Annahmen einen Zeitgewinn im Selektionierungsprozess versprechen. Die Triagerichtlinien nennen aber den Zeitgewinnungsfaktor nicht als sachlichen Grund für das Heranziehen der Altersgrenzen. Zudem wäre nicht einzusehen, weshalb man sich bei jüngeren Personen die Zeit für tatsächliche Abklärungen über Vorerkrankungen nehmen will, nicht aber bei solchen von bestimmten, höheren Alterskategorien.

[44] Nach der hier vertretenen Meinung können Gründe wie die Maximierung des Behandlungsnutzens oder der Zeitgewinn nur dann als akzeptable Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden, wenn sie im konkreten Einzelfall auch wirklich begründet sind. Nur dann kann von ernsthaften und v.a. auch *sachlichen* Gründen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Rede sein. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Je nach der faktischen Konstellation bergen die in der Schweiz geltenden Triagerichtlinien deshalb die Gefahr einer Altersdiskriminierung in sich.

5.3.4. Falls ein Rechtfertigungsgrund vorliegt: Ist die Ungleichbehandlung verhältnismässig?

[45] Für den Fall, dass entgegen der hier vertretenen Haltung doch ein Rechtfertigungsgrund angenommen wird, sei auf den für Altersdiskriminierungen strengeren Massstab für die Verhältnismässigkeit erinnert. Dies betrifft die Eignung und die Erforderlichkeit der Massnahme ebenso wie die Ziel-Mittel-Relation.

³⁸ SIR JOHN GRIMLEY EVANS, «Implications of the Ageing Process», in: Sandra Fredman/Sarah Spencer (Hrsg.), *Age as an Equality Issue*, Oxford and Portland, Oregon 2003, S. 11 ff., S. 19f.

[46] Auch hier ergeben sich Bedenken, die insbesondere die Eignung der Triagerichtlinien zur Sicherstellung der Maximierung des Behandlungsnutzens betreffen. So würden z.B. gemäss diesen Richtlinien jüngere, an Diabetes erkrankte über 85-jährigen Personen ohne Diabetes vorgezogen, obwohl Art. 10b der COVID-19-Verordnung 2³⁹ des Bundesrats Diabetes ausdrücklich als Gefährdungselement nennt. Die Triagerichtlinien stehen zudem in diesem Punkt nicht im Einklang mit der von ihnen selbst angeführten chinesischen Studie, die Diabetes als den im Zusammenhang mit COVID-19 zweitwichtigsten Co-Morbiditätsfaktor Risikofaktor hervorhebt.⁴⁰

6. Schlussbemerkungen

[47] Die Ärzteschaft leistet heute mehr denn je Grosses. Die wegen der COVID-19-Pandemie drohende Ressourcenverknappung im Medizinalbereich bürdet ihr Entscheide auf, die sie nicht nur an die Grenzen des ethisch Vertretbaren, sondern auch an die des menschlich Erträglichen führen: Zwei Patienten, aber nur ein einziges Beatmungsgerät, was möglicherweise eine Entscheidung über Leben und Tod erfordert. Hier wollen medizin-ethische Richtlinien Hilfestellung bieten.

[48] Die in der Schweiz für die COVID-19-Pandemie formulierten Triagerichtlinien bergen indessen die Gefahr einer Altersdiskriminierung in sich. Im Idealfall müssen sie nie angewendet werden. Was aber ist zu empfehlen, wenn es doch dazu kommen sollte? Für diesen Fall erinnern wir daran, dass die Triagerichtlinien in sich widersprüchlich sind. Statt sich auf den Wortlaut von II.4.3. mit den Alterskriterien zu stützen, sollte sich die Ärzteschaft am Geist des Dokuments gemäss II.3. orientieren: «Das Alter per se ist kein Kriterium, das zur Anwendung gelangen darf.» Anstelle des Alters sollten die vom jeweiligen Gesundheitszustand abhängigen Überlebenschancen berücksichtigt werden, die für alle gleich abgeklärt werden sollten.

[49] Aus diesem Grund empfehlen wir weiter, den Teil II.4.3. der Triagerichtlinien zu ändern und die Alterskriterien zu streichen. Als positives Beispiel des Umgangs mit dem Alter in der Corona-Krise seien an dieser Stelle die Richtlinien der *British Medical Association* (BMA) des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Nordirland erwähnt. Sie betonen ebenfalls die Maximierung des Behandlungsnutzens («maximising overall benefit in terms of reduced mortality and morbidity») und erwähnen zudem den Zeitfaktor («decisions about who should receive treatment must be made immediately»). Trotzdem äussern sie sich zum Alter ganz anders als die italienischen oder die schweizerischen Richtlinien:⁴¹

«We know that current data about COVID-19 show a strong correlation between older age and mortality. Although work has not been done yet to establish whether this reflects an actual effect of age, or simply a correlation between age and co-morbidities that will affect survival rates, it is likely that the most challenging triage decisions

³⁹ Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (COVID-19-Verordnung 2, SR 818.101.24).

⁴⁰ FEI ZHOU et al., Clinical course and risk factors for mortality of adult inpatients with COVID-19 in Wuhan, China: a retrospective cohort study, *The Lancet* 2020, volume 395, issue 10229, S. 1054 ff., S. 1056 f.; abrufbar unter: <https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2820%2930566-3> (zuletzt besucht am 6. April 2020).

⁴¹ BMA, COVID-19 – ethical issues. A guidance note, London 2020, S. 4; abrufbar unter: <https://www.bma.org.uk/media/2226/bma-covid-19-ethics-guidance.pdf> (zuletzt besucht am 6. April 2020).

will be made for these groups. If they become necessary, these decisions must not be solely based on age. Ethically, triage requires identification of clinically relevant facts about individual patients and their likelihood of benefiting from available resources. Younger patients will not automatically be prioritised over older ones.»

lic. iur. MARK-ANTHONY SCHWESTERMANN, Advokat, wissenschaftlicher Mitarbeiter Universität Basel, Doktorand für das vom Schweizerischen Nationalfonds (SNF) geförderte Projekt «Altersdiskriminierung im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht – eine rechtsvergleichende Betrachtung des Schweizer Rechts und des EU-Rechts».

Prof. Dr. CHRISTA TOBLER, LL.M., Universität Leiden/Universität Basel. Christa Tobler hat ihre Habilitationsschrift zum Diskriminierungsrecht verfasst. Sie ist Expertin in einem Netzwerk der Europäischen Kommission, das sich u.a. mit Altersdiskriminierung befasst.

Mit Dank an Jacques Beglinger, Rechtsanwalt, Zürich, für die Erstellung der schematischen Darstellung im Teil 4.2.