



**Deutsches Institut
für Menschenrechte**

Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention

Stellungnahme

**Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
– Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur
Änderung des Infektionsschutzgesetzes**

BT-Drucksache 20/3877

Oktober 2022

Inhalt

1	Vorbemerkung	3
2	Einleitung	3
3	Menschenrechtlicher Rahmen	3
4	Diskriminierungskategorien	6
5	Materielle Entscheidungskriterien	6
5.1	Aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit	6
5.2	Ex-Post-Triage	8
5.3	Randomisierung	9
6	Verfahrenssicherungen	10
6.1	Mehraugenprinzip	10
6.2	Dokumentations- und Meldepflicht für Überprüfung durch externe Prüfstelle	11
6.2.1	Dokumentations- und Meldepflicht	11
6.2.2	Unabhängige Prüfstelle	11
6.3	Verfahrensanweisungen der Krankenhäuser	12
7	Sanktionen	12
8	Barrierefreie Kommunikation	12
9	Medizinische Aus- und Fortbildung	13
10	Diskriminierungsverbot in der Gesundheitsversorgung	14

1 Vorbemerkung

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.

2 Einleitung

In Krisenzeiten, in denen es zu einer Knappheit an lebensrettenden Ressourcen kommen kann, stellt sich die Frage, wie diese Ressourcen in einer den Grund- und Menschenrechten verpflichteten Gesellschaft zu verteilen sind. Bisher gibt es keine gesetzliche Regelung zu den Kriterien der Verteilungsentscheidungen in einer solchen Situation. In der Pandemie wurde auf die fachlichen Empfehlungen der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) Bezug genommen. Dort ist das zentrale Kriterium die klinische Erfolgsaussicht. Mit Beschluss vom 16. Dezember 2021 hat das Bundesverfassungsgericht (Aktenzeichen 1 BvR 1541/20) entschieden, dass bei der Anwendung dieses Kriteriums die Gefahr besteht, dass Menschen mit Behinderungen bei einer Verteilungsentscheidung aufgrund ihrer Beeinträchtigung benachteiligt werden. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, Menschen mit Behinderungen vor einer (drohenden) Benachteiligung durch Dritte wirksam zu schützen.

Der vorliegende Gesetzentwurf hat sich zum Ziel gesetzt, die vom Bundesverfassungsgericht festgestellte Schutzpflicht aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 Grundgesetz (GG) umzusetzen und eine Benachteiligung aufgrund einer Behinderung bei der Zuteilung pandemiebedingt nicht ausreichender überlebenswichtiger, intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten zu verhindern. Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung des Schutzauftrages einen weiten Gestaltungsspielraum, er ist dabei jedoch an die Grund- und Menschenrechte gebunden. Bei der Überarbeitung des Referentenentwurfs hin zum Gesetzentwurf wurden kleinere Verbesserungen vorgenommen, insgesamt begegnet der Gesetzentwurf gleichwohl aus verfassungs- und insbesondere menschenrechtlicher Sicht gewichtigen Bedenken.

3 Menschenrechtlicher Rahmen¹

Die Grund- und Menschenrechte sind der Maßstab für jegliches staatliche Handeln. Die UN-Behindertenrechtskonvention ist gemäß Artikel 59 Absatz 2 GG im Rang eines Bundesgesetzes in die deutsche Rechtsordnung inkorporiert. Damit hat sie innerstaatlich zwar nicht den Rang von Verfassungsrecht, jedoch „besitzt sie

¹ Siehe hierzu Deutsches Institut für Menschenrechte (2020): Amicus Curiae Stellungnahme an das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1541/20.

verfassungsrechtliche Bedeutung als Auslegungshilfe für die Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes.² Das Grundgesetz begründet in Artikel 3 Abs. 3 Satz 2 GG einen Auftrag an den Gesetzgeber, Menschen mit Behinderungen vor Benachteiligungen durch Dritte zu schützen.³ Dieses Recht ist im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention auszulegen.

Die UN-BRK garantiert in Artikel 10 das Recht auf Leben für alle Menschen mit Behinderungen. Artikel 10 UN-BRK bekräftigt den Inhalt von Artikel 6 des Internationalen Paktes 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. Artikel 10 IPbpR schützt alle Menschen, einschließlich älterer Menschen. Das Recht auf Leben gilt für alle Menschen gleichermaßen, also etwa auch Menschen mit Behinderungen im höheren Alter. Die Pflicht, das Recht auf Leben zu sichern, impliziert auch positive Präventivmaßnahmen im Sinne eines umfassenden Diskriminierungsschutzes.⁴

Von besonderer Bedeutung ist weiterhin Artikel 12 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR; Sozialpakt). Dort wird das Recht eines jeden Menschen, einschließlich älterer Menschen, auf das erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit anerkannt. Das Zurückhalten oder Verweigern der medizinischen Behandlung aufgrund einer Altersgrenze oder des sozialen Wertes ist nach den internationalen Menschenrechtsvorschriften verboten.⁵ Artikel 25 UN-BRK konkretisiert das Recht auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit für Menschen mit Behinderungen. Die Vertragsstaaten sind danach 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).⁶ 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 zu verwehren und geht auf die Besorgnis ein, dass Menschen mit Behinderungen der Zugang zu diesen in einer Weise verweigert wird, die die Gesundheit direkt einschränkt oder gar das Recht auf Leben verletzt. Älteren Menschen mit Behinderungen droht diese Diskriminierung bei der Bereitstellung von medizinischer Versorgung noch häufiger.⁷

² Bundesverfassungsgericht (2020): Beschluss vom 30. Januar 2020, Az: 2 BvR 1005/18 (Assistenzhunde), Rn. 40.

³ Bundesverfassungsgericht (2021): Beschluss vom 16. Dezember 2021, Az.: 1 BvR 1541/20 (Triage), Rn. 96ff..

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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).

⁷ 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..

Auch Artikel 11 UN-BRK ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen. Er 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 unterstreicht, dass Menschen mit Behinderungen auch in Risikosituationen Träger unveräußerlicher Menschenrechte sind. Einer der Gründe, warum es wichtig war, die Rechte von Menschen mit Behinderungen in Zeiten von Konflikten und Notlagen auch in der UN-BRK ausdrücklich zu formulieren, ist, dass negative Einstellungen gegenüber Menschen mit Behinderungen in diesen Zeiten – auch unbewusst – entstehen oder sich steigern können.⁸ Gerade in diesen Zeiten, zu denen auch die Pandemie gehört, ist es erforderlich, dem erhöhten Risiko der Diskriminierung entgegenzutreten.⁹

Durch die UN-BRK hat ein Paradigmenwechsel stattgefunden: Menschen mit Behinderungen sind nicht mehr Bittsteller*innen oder Fürsorgeobjekte, sondern Träger*innen von Menschenrechten. 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. Der mit der UN-BRK geschaffene Ansatz einer inklusiven Gleichberechtigung adressiert 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. 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.¹⁰

Im Hinblick auf ältere Menschen ist der Paradigmenwechsel – sicherlich auch aufgrund des fehlenden ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutzes für ältere Menschen und in Ermangelung einer UN-Konvention für die Rechte älterer Menschen – oft noch nicht vollzogen. Auch wenn alle Grund- und Menschenrechte unabhängig vom Lebensalter gelten, sind gerade alte Menschen oft mit negativen Stereotypen belegt und werden daher auch anders behandelt, insbesondere oft bevormundet, da sie vorrangig als schutzbedürftig angesehen werden. Das medizinische Bild von älteren Menschen kann – wie das gesellschaftlich verbreitete Bild von ihnen – dazu führen, dass alte Menschen nicht vorrangig als Träger von Grund- und Menschenrechten verstanden werden und ihrer

⁸ 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>.

⁹ Bundesverfassungsgericht (2021): BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2021, Az.: 1 BvR 1541/20, Rn. 105.

¹⁰ vgl. DIMR (2020): *Amicus Curiae Stellungnahme an das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1541/20*.

Selbstbestimmung bzw. ihrem Recht auf Leben nicht das gleiche Gewicht zugemessen wird wie dem jüngeren Menschen.

Vor diesem Hintergrund ist die Zielrichtung des Gesetzentwurfs aus grund- und menschenrechtlicher Perspektive zwar im Grundsatz zu begrüßen, sie bleibt jedoch hinter den Anforderungen zurück. Laut der Gesetzesbegründung dient der Gesetzentwurf dazu, „das Risiko einer Benachteiligung insbesondere aufgrund einer Behinderung bei der Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten zu reduzieren“. Der Gesetzgeber muss den Anspruch haben und sollte deshalb als Ziel entsprechend klar formulieren, dass es darum geht, Diskriminierungsrisiken nicht nur zu reduzieren, sondern zu verhindern – wie es auch im Referentenentwurf so noch benannt war. Das Bundesverfassungsgericht fordert, wie die Bundesregierung selbst auf S. 1 des Gesetzesentwurfs schreibt, dass eine gesetzliche Regelung wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung bewirken muss und nicht nur das Diskriminierungsrisiko reduziert wird. Die Verhinderung von Diskriminierung ist auch der menschenrechtliche Maßstab, an dem dieses Gesetz zu messen ist.

4 Diskriminierungskategorien

Der Schutz vor Diskriminierung in § 5c Absatz 1 IfSG-E ist ausdrücklich zu begrüßen. Danach ist eine Benachteiligung aufgrund „einer Behinderung, des Grades der Gebrechlichkeit, des Alters, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Geschlechts oder der sexuellen Identität“ verboten. Das Institut empfiehlt jedoch, entsprechend dem grund- und menschenrechtlichen Diskriminierungsverbot an dieser Stelle auch ausdrücklich das Verbot einer Benachteiligung aus rassistischen Gründen aufzunehmen.

Besonders zu begrüßen ist auch das mittelbare Diskriminierungsverbot in § 5c Absatz 2 IfSG-E, wonach „eine Behinderung, das Alter, die verbleibende mittel- oder langfristige Lebenserwartung, der Grad der Gebrechlichkeit und die Lebensqualität bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nicht berücksichtigt werden dürfen.

5 Materielle Entscheidungskriterien

5.1 Aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit

Das im Gesetzentwurf in § 5c Absatz 2 IfSG-E vorgesehene Kriterium der „aktuellen, kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ begegnet grundsätzlichen menschenrechtlichen Bedenken. Zunächst ist es problematisch, dass der Begriff „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ nicht eindeutig definiert ist. So ist nicht bestimmt, auf welchen Zeitraum sich die ärztliche Bewertung der Überlebenswahrscheinlichkeit beziehen darf. Gleichmaßen ist es unklar, wie sichergestellt wird, dass die Beurteilung der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ anders erfolgen wird als die bisherige Einschätzung der „Erfolgsaussicht“. Insofern ist zwar ausdrücklich zu begrüßen, dass die Heranziehung von „Kriterien, die sich auf die aktuelle und kurzfristige

Überlebenswahrscheinlichkeit nicht auswirken, wie insbesondere eine Behinderung, das Alter, die verbleibende mittel- oder langfristige Lebenserwartung, der Grad der Gebrechlichkeit und die Lebensqualität" im Gesetzestext ausdrücklich für unzulässig erklärt werden. Gleichwohl soll nach dem Gesetzentwurf die Berücksichtigung von Komorbiditäten unter engen Umständen weiterhin möglich sein, was äußerst problematisch ist, weil die Trennung von einer Beeinträchtigung oder höherem Alter nicht in allen Fällen eindeutig möglich ist. Das Bundesverfassungsgericht hat insofern ausgeführt, dass eine Orientierung an der Überlebenswahrscheinlichkeit für sich genommen keinen Bedenken begegne, dann jedoch betont, dass „doch auch hier das Risiko bestehe, dass die Überlebenswahrscheinlichkeit nicht eindeutig nur auf die aktuelle Krankheit bezogen werde.“¹¹ Dieses Risiko besteht nach dem Gesetzentwurf jedoch fort, sofern die Komorbiditäten berücksichtigt werden dürfen. Es ist schon unklar, wo und wie die Trennung im Einzelfall gezogen werden sollte. Ebenfalls in ganz praktischer Hinsicht ist zu bedenken, dass das Kriterium der Überlebenswahrscheinlichkeit, weil es auf statistischen Daten beruht, keine auf das Individuum bezogene Prognose ermöglicht. Eine feingliedrige, genaue Abstufung ist in der Praxis kaum zu treffen. Auch kann eine mittelbare Diskriminierung bei diesem Kriterium nicht wirksam ausgeschlossen werden. Neben der Fehlbarkeit der Prognosen ist es zudem nicht möglich auszuschließen, dass bei einer Entscheidung subjektive Erfahrungen und Einstellungen einfließen. Die Gefahr, dass in einer zeitlich angespannten Situation unbewusste Stereotypen einfließen, ist besonders hoch, da keine Zeit für die Reflektion der Entscheidung besteht. Mediziner*innen sind – wie alle fehlbaren Menschen – aufgrund der auch hierzulande bestehenden ableistisch und ageistisch geprägten Dominanzkultur nicht davor gefeit, solche Stereotype verinnerlicht zu haben. Denn ableistische und ageistische Stereotype wirken auf jede*n Einzelnen ein und dies wirkt sich dann wiederum auf alle privaten und beruflichen Lebensbereiche aus, einschließlich des Gesundheitssektors. Die gesellschaftliche Bewusstseinsbildung, wie sie auch von Artikel 8 UN-BRK gefordert ist, betrifft alle, und der gesamtgesellschaftliche Bewusstseinswandel steht noch aus. Dies gilt gleichermaßen für negative Altersbilder beziehungsweise Stereotype, die das höhere Lebensalter betreffen.

Das wichtigste Argument gegen das Kriterium der aktuellen, kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit ist, dass es nicht mit dem menschen- und verfassungsrechtlichen Grundsatz der Lebenswertindifferenz zu vereinen ist. In der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz stellte das Bundesverfassungsgericht fest: „Menschliches Leben und menschliche Würde genießen ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen gleichen verfassungsrechtlichen Schutz.“ Sie dürfen also nicht bewertet werden und sind gleich wertvoll. Dabei ist der Grund- und Menschenrechtsschutz individualistisch, also auf den einzelnen Menschen ausgerichtet und lässt eine Abwägung von Leben gegen Leben gerade nicht zu – auch nicht von mehreren Leben gegen eines: Nach der Wertentscheidung des Grundgesetzes darf zahlenmäßig nicht aufgewogen werden; eine Vielzahl von Menschenleben ist eben nicht mehr wert als ein Menschenleben. Eine utilitaristische Regelung, die – wie der im Gesetzentwurf formulierte § 5c Absatz 2 IfSG-E – eine überlebensentscheidende Auswahl nach der Maxime legitimiert, möglichst viele Menschenleben zu retten, und es für rechtmäßig erklärt, gezielt

¹¹ Bundesverfassungsgericht (2021): Beschluss vom 16. Dezember 2021 (Triage), Az.: 1 BvR 1541/20 -, Rn. 1-131 (118).

Menschen auszusortieren, die nach dieser Maxime weniger schutzwürdig sein sollen, ist mit dem Verfassungsgrundsatz der Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens nicht zu vereinbaren. Selbst das sichere Wissen um den Tod bestimmter Menschen in sehr naher Zukunft erlaubt es nicht, das Leben anderer Menschen, die längere Lebensaussichten haben, zu priorisieren, und seien diese in der Mehrzahl.¹²

Sollte sich der Gesetzgeber dessen ungeachtet dafür entscheiden, das Kriterium der „aktuellen, kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ beizubehalten, so sind jedenfalls die Begriffe im Einzelnen vom Gesetzgeber klarzustellen. Es wäre dann zu definieren, welcher Zeitraum mit „kurzfristig“ gemeint sein soll, ansonsten besteht hier das Risiko divergierender Maßstäbe in der Anwendung im Ernstfall. Es darf nur darum gehen, ob die aktuelle Krankheit bei intensivmedizinischer Behandlung überhaupt überlebt werden kann, also nur um die medizinische Indikation einer intensivmedizinischen Behandlung. Es ist sicherzustellen, dass das Kriterium der „aktuellen, kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ in der Praxis nur dahingehend verstanden wird, dass es um das „Ob“ des Überlebens der gerade aktuellen lebensbedrohlichen Erkrankung geht. Nur bei dieser Frage, ob eine intensivmedizinische Behandlungsindikation gegeben ist, handelt es sich um eine rein medizinische Frage. Die Folgefrage hingegen, wie zu knappe Ressourcen bei mehreren intensivpflichtigen Personen mit medizinischer Behandlungsindikation zuzuteilen sind, ist keine medizinische, sondern eine ethische Frage. Die Auflösung dieses ethischen Dilemmas kann daher schon aus fachlichen Gründen nicht allein den Ärzt*innen überlassen bleiben oder auf diese abgewälzt werden. Im grund- und menschenrechtlichen Diskurs werden insoweit bei gleicher Dringlichkeit insbesondere zeitliche Priorität („first come, first served“) und Randomisierung diskutiert.

5.2 Ex-Post-Triage

Nach § 5c Absatz 1 Satz 2 IfSG-E sind „bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten (...) von der Zuteilungsentscheidung ausgenommen“. Dies wird ausdrücklich begrüßt. Die ex-post-Triage ist mit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren. Wenn eine lebensrettende Behandlung zugunsten einer anderen Person mit vermeintlich besseren Chancen abgebrochen wird, wird die betroffene Person zum Mittel zum Zweck gemacht. Die ganze Problematik des Kriteriums der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ tritt bei der Diskussion um die ex-post-Triage besonders deutlich zu Tage, weil hier sogar der Person, die bereits einen Behandlungsplatz innehatte, dieser jederzeit wieder entzogen werden könnte. Damit würden Entscheidungen dann nur noch nach einem streng utilitaristischen Prinzip erfolgen, ohne dass die Würde der Individuen geachtet wird. Dieses Vorgehen ist schließlich auch für Ärzt*innen und medizinisches Personal unzumutbar, die einer Person bei fortbestehender Behandlungsindikation und Behandlungsplan die weitere Behandlung versagen müssen und zwar jedes Mal, wenn eine Person mit einer vermeintlich besseren „Überlebenswahrscheinlichkeit“ eingeliefert wird. Zudem ist zu berücksichtigen, dass das Vertrauen in eine einmal begonnene Behandlung schützenswert ist.¹³

¹² Bundesverfassungsgericht (2006): Urteil vom 15. Februar 2002 (Luftsicherheitsgesetz), Az.:1 BvR 357/05.

¹³ Siehe hierzu auch Bundestag-Drucksache 20/3953.

Die ex-post-Triage ist aus verfassungs- und menschenrechtlicher Sicht aufgrund der Menschenwürde abzulehnen und die entsprechende gesetzliche Klarstellung, dass „bereits zugewiesene überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten (...) von der Zuteilungsentscheidung ausgenommen (sind)“, ist zwingend beizubehalten.

5.3 Randomisierung

Statt einer Triage-Entscheidung sind andere Möglichkeiten der Entscheidung in Betracht zu ziehen, um den Grundsatz der Lebenswertindifferenz tatsächlich zu achten. Eine Möglichkeit, um dem Diskriminierungsschutz aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention gerecht zu werden und vor Diskriminierung aus Gründen des Alters und weiterer Diskriminierungskategorien zu schützen, ist die Randomisierung.

Jede*r Patient*in, der*die überhaupt eine Überlebenschance hat, muss den gleichen Anspruch und die gleiche Chance auf eine Behandlung mit knappen Ressourcen in der COVID-19-Pandemie erhalten. Dieser verfassungsrechtlich gebotenen Logik folgend, stellt ein am Zufallsprinzip orientiertes Verfahren eine bessere Alternative zu einem auf medizinischen Wahrscheinlichkeitsprognosen gründenden Triage-System für die Zuteilung von knappen Ressourcen dar, weil sie das Risiko einer Nicht-Behandlung auf alle gleich verteilt und damit die Chancengleichheit aller dringend behandlungsbedürftigen Patient*innen – die alle einen absolut gleichrangigen Anspruch auf das zu verteilende Gut erheben können – wahrt. Aufgrund der „Statusblindheit“ einer zufallsbasierten Auswahlentscheidung erhalten sie so die Garantie der unparteiischen Gewährung der Zugangs- und Chancengleichheit. Das Zufallsprinzip respektiert damit die Würde aller Menschen und ihren Anspruch auf Gleichbehandlung.

Eine Randomisierung gewährleistet demnach jeder*m Patient*in am ehesten ein gleiches Recht auf Zugang zur Behandlung, ungeachtet von Diskriminierungsmerkmalen. Es gibt dabei verschiedene Verfahren, die weiter zu diskutieren sind. Eine Möglichkeit besteht in einem Losverfahren. Im medizinischen Bereich gab es früher in den 1960er Jahren auch Losverfahren bei der damals kostspieligen Dialyse oder der sogenannten „Eisernen Lunge“.¹⁴

Ein zufallsbasiertes Verfahren bietet in komplexen Situationen eine gerechte Entscheidungsmöglichkeit. Es garantiert im Fall der Triage-Situation auch, dass keine Bewertung von Leben der Entscheidung zugrunde gelegt wird und dass die Entscheidung nicht in unzulässiger Weise in Ansehung der Personen, über die entschieden wird, durchgeführt wird. Randomisierung ist mithin eine Möglichkeit, tatsächlich diskriminierungsfrei zu entscheiden.

Dass eine Entscheidung per Zufall kein akzeptierter medizinischer Standard sein kann und deshalb aus ärztlicher Sicht zunächst befremdlich wirkt, ist verständlich, jedoch im Hinblick auf die mit dem beabsichtigten Gesetz zu lösende Kernfrage unschädlich: Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei der eigentlichen Auswahlentscheidung

¹⁴ Immun! Die Geschichte des Impfens. Doku & Reportage. 2022. Online verfügbar: <https://www.ardmediathek.de/video/doku-und-reportage/immun-die-geschichte-des-impfens/hr-fernsehen/Y3JpZDovL2hyLW9ubGluZS8xMjk1MzA>

nicht mehr um einen medizinischen, sondern um einen ethischen Sachverhalt. Ihn rechtlich auch als solchen zu behandeln, würde auch die beteiligten Ärzt*innen entlasten und ihnen Rechtssicherheit geben, da nicht sie in diesem Fall entscheiden, sondern der Zufall, und sie der per Zufall getroffenen Entscheidung im Anschluss – unter Einsatz all ihres Fachkönnens – lediglich Folge leisten.

6 Verfahrenssicherungen

Im Falle einer gesetzlichen Festlegung von Randomisierung muss die Absicherung, dass bundeseinheitliche Verfahren eingehalten werden, grundsätzlich neu gedacht werden.

Für den Fall, dass der Gesetzgeber trotz der dargestellten gravierenden menschen- und verfassungsrechtlichen Bedenken die „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ als materielles Entscheidungskriterium beibehält, sind die Verfahrenssicherungen insgesamt zu stärken. Die verfahrensrechtliche Flankierung des Diskriminierungsschutzes dient der Gewährleistung der tatsächlichen Umsetzung der Regelungen und ist im gegenwärtigen Entwurf noch zu schwach ausgestaltet. Gerade wenn die „aktuelle Überlebenswahrscheinlichkeit“ als materielles Kriterium beibehalten werden sollte, ist es umso wichtiger, dass starke Verfahrensregelungen für die Transparenz und Einheitlichkeit der Verteilungsentscheidungen sorgen.

6.1 Mehraugenprinzip

Empfehlung: Die Rolle der fachkundigen dritten Person nach § 5 c Absatz 3 Satz 4 IfSG-E sollte gestärkt werden.

Begründung: Im gegenwärtigen Gesetzentwurf ist vorgesehen, dass zwei Ärzt*innen mit intensivmedizinischer Qualifikation gemeinsam nach dem Vier-Augen-Prinzip entscheiden. Nur wenn sie zu keiner Einigkeit kommen, dann soll ein*e weitere*r Ärzt*in hinzugezogen werden. Zu begrüßen ist, dass die beiden Ärzt*innen unabhängig voneinander die Begutachtung durchführen und dass gemäß § 5c Absatz 3 Satz 4 IfSG-E eine fachkundige dritte Person hinzugezogen werden muss, wenn Menschen mit einer Beeinträchtigung oder Vorerkrankung von der Zuteilungsentscheidung betroffen sind. Ältere Menschen sind an dieser Stelle nicht mit einbezogen, obwohl es auch für diesen Fall einer besonderen Expertise bedarf. Allerdings darf diese, auch medizinisch fachkundige dritte Person nicht mitentscheiden, sondern wird nur angehört. Es wäre jedoch wegen der spezifischen Qualifikation der dritten Person zum wirksamen Schutz der Grund- und Menschenrechte der Patient*innen sachgerecht, dass der Expertise dieser Person gebührend Gewicht bei der Entscheidung beigemessen wird. Zudem wird empfohlen, im Falle von älteren Menschen ein*e spezifisch geriatrische*r vorgebildete*r Expert*in hinzuzuziehen.

Ausdrücklich zu begrüßen ist die Streichung der im Referentenentwurf zunächst vorgesehenen Ausnahme für den Fall der Dringlichkeit.

6.2 Dokumentations- und Meldepflicht für Überprüfung durch externe Prüfstelle

6.2.1 Dokumentations- und Meldepflicht

Empfehlung: Die Dokumentations- und Berichtspflichten sollten erweitert werden. Um die Einhaltung der Dokumentations- und Meldepflicht sicherzustellen, wird angeregt, ordnungsrechtliche Sanktionen einzuführen.

Begründung: Zu begrüßen ist, dass die bestehende ärztliche Dokumentationspflicht um die Darstellung der maßgeblichen Umstände für die getroffene Entscheidung erweitert werden soll. Dies beinhaltet im Sinne einer guten Transparenz insbesondere auch den Patientenwillen, die Indikation der Intensivtherapie sowie die der Zuteilungsentscheidung zugrunde gelegten Umstände, insbesondere die Begründung der klinischen Erfolgsaussicht der jeweiligen intensivmedizinischen Versorgung bzw. deren Nichtvorliegen. Für den Fall, dass Menschen mit Behinderungen von der Zuteilungsentscheidung betroffen sind oder Komorbiditäten die Einbeziehung einer Person nach Absatz 3 Satz 4 erfordern, ist laut Gesetzesbegründung sowohl die Einschätzung dieser Person als auch die Berücksichtigung der Einschätzung zu dokumentieren (S. 23). Dies wird ausdrücklich begrüßt. Dazu sollten jedoch noch weitere Informationen in die Dokumentation verpflichtend aufgenommen werden, namentlich die wesentlichen Parameter der übrigen Personen, die in die Auswahlentscheidung mit aufgenommen wurden. Hierbei sind unter anderem auch die möglichen Diskriminierungskategorien, also etwa Alter, Geschlecht, Vorerkrankung, Behinderung, ethnischer Hintergrund, etc. zu notieren. Die erforderlich gewordenen Triage-Entscheidungen sind sodann bei einer – noch zu bestimmenden – unabhängigen Prüfstelle zu melden. Dies ist notwendig, um die Praxis bundesweit überblicken zu können und etwaigen Fehlentwicklungen entgegensteuern zu können und den Gesetzeszweck der Transparenz zu befördern. Zu den meldepflichtigen Daten sind dann in einem einzigen Vorgang die Akten der Patient*innen, die aufgrund fehlender intensivmedizinischer Ressourcen nicht behandelt werden konnten, zusammen mit den Akten der Patient*innen, die aufgrund der gleichen Entscheidung behandelt wurden, zu übermitteln.

Für den Fall, dass der Dokumentationspflicht nicht zeitnah nachgekommen wird, sollte es ordnungsrechtliche Sanktionen des Krankenhauses aufgrund seiner Organisationspflicht geben.

6.2.2 Unabhängige Prüfstelle

Empfehlung: Es sollte eine externe und unabhängige Prüfstelle eingerichtet werden. Selbstvertretungsorganisationen sind in die Einrichtung und Tätigkeit der Prüfstelle partizipativ einzubinden.

Begründung: Um für Transparenz zu sorgen und etwaige negative Entwicklungen aufzudecken, sollte eine von den Krankenhäusern externe, zentrale, bundesweite und unabhängige Prüfstelle eingerichtet werden; sie könnte beispielsweise beim Patientenbeauftragten angesiedelt werden. An die Prüfstelle sind sodann die Fälle und Dokumentationen von Triage-Situationen zu melden. Die Prüfstelle sammelt diese Informationen, wertet sie aus, bereitet sie statistisch auf und veröffentlicht dies in einem jährlichen Bericht. Die Evaluation der Triage-Praxis sollte im Hinblick auf Artikel 4 Absatz 3 UN-BRK unter Einbeziehung der verschiedenen Stakeholder,

einschließlich von Menschen mit Behinderungen und älteren Menschen erfolgen. Hierfür ist ein entsprechendes Gremium einzurichten.

6.3 Verfahrensanweisungen der Krankenhäuser

Empfehlung: Die Verfahrensanweisungen der Krankenhäuser sollten um das Verfahren zur Feststellung der Behandlungsindikation und Zuteilungsentscheidung sowie um die barrierefreien Kommunikationsmöglichkeiten erweitert und unter Einbindung der Beauftragten für die Belange von Menschen mit Behinderungen erarbeitet werden. Zudem sollten die Verfahrensanweisungen ebenfalls zentral bei der unabhängigen Prüfstelle gesammelt und § 5c Absatz 5 IfSG-E um eine entsprechende Übermittlungs- und Auskunftspflicht ergänzt werden.

Begründung: Aus Gründen der Transparenz, Überprüf- und Vergleichbarkeit sollte es nicht in die alleinige Sphäre der Krankenhäuser fallen, die Einhaltung der gesetzlichen Regelungen sicherzustellen. Die Krankenhäuser sollten Verfahrensanweisungen entlang der gesetzlichen Verpflichtung gemeinsam mit den Beauftragten für die Rechte von Menschen mit Behinderungen von Bund und Ländern erarbeiten. Die Verfahrensanweisungen sollten sodann zentral bei der Prüfstelle gesammelt werden und bis zu einem Stichtag von den Krankenhäusern dort einzureichen sein. Wegen der Dringlichkeit, solche Verfahrensanweisungen einzuführen, sollte der Stichtag nicht mehr als drei Monate nach In-Kraft-Treten des Gesetzes liegen. Korrespondierend sollte die Prüfstelle ein entsprechendes Auskunftsrecht gegenüber den Krankenhäusern erhalten.

7 Sanktionen

Empfehlung: Es sollte ein wirksamer Sanktionsmechanismus eingerichtet werden, um die Befolgung und juristische Überprüfbarkeit des Diskriminierungsverbots sicherzustellen.

Begründung: Die gegenwärtige Regelung enthält keine Vorschrift darüber, was passiert, wenn Verfahrensregeln nicht eingehalten oder die Zuteilungsentscheidung entgegen § 5c Absatz 1 und 2 in diskriminierender Weise gefällt wird. Dies ist äußerst problematisch. Über die bisher bestehenden Regelungen im Ordnungswidrigkeiten- bzw. Strafrecht lässt sich dies nicht lösen. Daher muss der Gesetzgeber einen wirksamen Sanktionsmechanismus im Infektionsschutzgesetz selbst vorsehen, um zu gewährleisten, dass die Regelungen justiziabel sind.

8 Barrierefreie Kommunikation

Empfehlung: Die Krankenhäuser sollten verpflichtet werden, die barrierefreie Kommunikation mit den Patient*innen und die Einwilligung zu jedem Behandlungsschritt, erforderlichenfalls im Wege der unterstützten Entscheidungsfindung, sicherzustellen.

Begründung: Entscheidend ist, wie bei allen medizinischen Behandlungen, die freie und informierte Zustimmung zur Behandlung. Dies setzt ein barrierefreies, verständliches Aufklärungsgespräch voraus. Sollten Kommunikationsbarrieren

bestehen, so sind diese abzubauen. Artikel 9 UN-BRK, der die Barrierefreiheit normiert, nennt ausdrücklich auch medizinische Einrichtungen als Adressaten. Die Krankenhäuser müssen daher organisatorisch dafür sorgen, dass auch in dringenden Notfällen eine barrierefreie Kommunikation¹⁵ stattfinden kann, also beispielsweise Übersetzung in einfache Sprache oder in Leichte Sprache verfügbar ist oder Gebärdensprachdolmetschung oder erforderlichenfalls geeignete Mittel zur Unterstützten Kommunikation. Auch muss gemäß Artikel 12 UN-BRK gewährleistet sein, dass die Entscheidung frei von missbräuchlicher Einflussnahme ist, einschließlich der Maßgabe, dass auch kein informeller Druck ausgeübt werden darf.

Auch während der Behandlung selbst ist zu jedem Zeitpunkt eine barrierefreie Kommunikation zu gewährleisten. Aktuelle Kontaktdaten zu Gebärdensprachdolmetschenden und weiteren Dolmetschenden sind in den Kliniken stets vorzuhalten.

9 Medizinische Aus- und Fortbildung

Empfehlung: Neben behinderungsspezifischen und altersspezifischen Besonderheiten sollten auch Barrierefreiheit, Diskriminierungsschutz und das menschenrechtliche Verständnis von Behinderung in die medizinischen Ausbildungscurricula aufgenommen werden.

Begründung: Die Monitoring-Stelle begrüßt, dass laut Gesetzesbegründung ausdrücklich vorgesehen ist, zeitnah die Approbationsordnung für Ärzt*innen (ÄApprO) um behinderungsspezifische Inhalte zu ergänzen und dass die neue Pflegeberufe-Ausbildungs- und Prüfungsverordnung (PflAPrV) nun Teilhabegesichtspunkte und Kommunikationsbarrieren berücksichtigt (S. 8). Begrüßt wird weiterhin, dass mit der Bundesärztekammer erörtert werden soll, wie die Vorgehensweise bei aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandenen überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten insbesondere in Fort- und Weiterbildungen zeitnah vermittelt werden kann (ebenfalls S.8). Diese Absicht, flächendeckende Maßnahmen zur Bewusstseinsbildung und Sensibilisierung sowohl in Aus- als auch in Weiterbildungen aufzunehmen, wird umfassend begrüßt. Allerdings wird dringend empfohlen, sofort konkrete gesetzliche Schritte einzuleiten. Dabei sollten neben behinderungsspezifischen Besonderheiten auch altersspezifische Besonderheiten im Lebensverlauf mit aufgenommen werden sowie die Überschneidung von Alter und Beeinträchtigung, wie beispielsweise die Besonderheiten von älteren Menschen mit demenziellen Erkrankungen. Gleichmaßen sollte der menschenrechtliche Ansatz vermittelt werden, um dem defizitorientierten, medizinischen Blick auf Behinderung und stereotypisierenden Sichtweisen entgegenzuwirken. Bei der Festlegung von Aus- und Fortbildungsinhalten sollten Selbstvertreter*innen als Expert*innen in eigener Sache beteiligt werden. Bei allen Themen, die Menschen mit Behinderungen betreffen, sei es direkt oder indirekt,

¹⁵ Nach Artikel 2 UAbs. 1 UN-BRK schließt Kommunikation ein: Sprachen, Textdarstellung, Brailleschrift, taktile Kommunikation, Großdruck, leicht zugängliches Multimedia sowie schriftliche, auditive, in einfache Sprache übersetzte, durch Vorleser zugänglich gemachte sowie ergänzende und alternative Formen, Mittel und Formate der Kommunikation, einschließlich leicht zugänglicher Informations- und Kommunikationstechnologie. Sprache wiederum meint gemäß Artikel 2 UAbs. 2 UN-BRK sowohl gesprochene Sprachen sowie Gebärdensprachen und andere nicht gesprochene Sprachen.

sind sie gemäß Artikel 4 Absatz 3 UN-BRK wirksam und vollumfänglich zu beteiligen.¹⁶

10 Diskriminierungsverbot in der Gesundheitsversorgung

Empfehlung: Über den Fall einer pandemischen Lage aufgrund einer übertragbaren Krankheit hinaus sollte auch für alle anderen Fälle der medizinischen Versorgung ein Diskriminierungsverbot für medizinische Behandlungsverträge im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verankert werden.

Begründung: Aus Gründen der verfassungsmäßig gebotenen Rechtsklarheit sollte im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz eindeutig klargestellt werden, dass – auch unabhängig von einer pandemischen Lage – alle medizinischen Behandlungsverträge unter das im AGG enthaltene Verbot einer Diskriminierung nach den dort genannten Diskriminierungskategorien fallen.

Impressum

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

KONTAKT: Dr. Sabine Bernot und Dr. Leander Palleit

LIZENZ: Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>
Mai 2021

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.

¹⁶ siehe mit weiteren Erläuterungen: UN, CRPD (2018): Allgemeine Bemerkung Nr. 7 über die Partizipation von Menschen mit Behinderungen einschließlich Kindern mit Behinderungen über die sie repräsentierenden Organisationen bei der Umsetzung und Überwachung des Übereinkommens.