

AbilityWatch e. V.

Vorgangsnummer: Referentenentwurf eines Gesetzes zur
Änderung des Infektionsschutzgesetzes

Referat 316 – Gesundheitsrecht, Patientenrechte,
Patientensicherheit

Bundesministerium für Gesundheit
Unter den Linden 21
10117 Berlin

Telefon:
E-Mail: kontakt@abilitywatch.de
Internet: www.abilitywatch.de
Twitter: [@abilitywatch](https://twitter.com/abilitywatch)
Facebook: [/abilitywatch](https://facebook.com/abilitywatch)

Datum: 18.10.2022

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit für ein Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes

Vorbemerkung

AbilityWatch e. V. versteht sich als Teil einer modernen Behindertenbewegung in Deutschland. Als Aktionsplattform begleiten wir Politik kritisch, werfen Fragen auf und versuchen, das soziale Modell von Behinderung zu etablieren. AbilityWatch e. V. fordert die Vertretung für Menschen mit Behinderung von Menschen mit Behinderungen. Als DPO (Disabled People's Organisation) organisieren wir Demonstrationen, betreiben Öffentlichkeitsarbeit, nehmen politisch Stellung und werden weiterhin mit provokanten Aktionen auf die fehlende Gleichberechtigung und mangelnde Einhaltung der UN-Behindertenrechtskonvention hinweisen.

AbilityWatch e. V. hat die Verfassungsbeschwerde, welche zum jetzt vorgelegten Gesetzentwurf führte, maßgeblich unterstützt. Mehrere der Beschwerdeführer sind bei AbilityWatch e. V. aktiv.

Stellungnahme

Vorab ist festzuhalten, dass das Gesetzesvorhaben nicht aus eigenem Antrieb des Gesetzgebers oder der Regierung entstanden ist. Im Gegenteil: als Menschen mit Behinderung im Frühjahr 2020 die Gefahr sahen, durch die Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften für den Fall einer Ressourcenknappheit im Rahmen der Covid-19 Pandemie benachteiligt zu werden, waren fast alle Stimmen in der Politik - einschließlich Ethikrat - der Auffassung, es bestehe kein Problem; eine gesetzliche Regelung sei nicht nötig.

Das daraufhin von den Betroffenen eingeschaltete Bundesverfassungsgericht sah dies bekanntermaßen anders und entschied am 16.12.2021 (- 1 BvR 1541/20 -), dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, Menschen mit Behinderung für den Fall der Ressourcenknappheit „wirksam vor Benachteiligung wegen ihrer Behinderung auch durch Dritte zu schützen“.

Es ist also festzuhalten, dass einzig der vom Bundesverfassungsgericht angemahnte Schutz von Menschen mit Behinderung Grund für den vorliegenden Gesetzesentwurf ist. Dies merkt man dem Papier indes nicht an.

1. Kriterium der kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit

Im vorliegenden Entwurf hat man sich dazu entschieden, die „kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ zum einzig relevanten Entscheidungskriterium bei der Verteilung von knappen Ressourcen zu erheben.

a. Abschaffung des Prinzips der Lebenswertindifferenz

Das Kriterium der kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit wird an keiner Stelle legal definiert.

Verfassungsrechtlich unbedenklich wäre es einzig, wenn die kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit dahingehend verstanden wird, dass Personen nur dann keine intensivmedizinische Behandlung mehr erhalten, wenn sie gar keine Überlebenschance mehr haben, es also an einer Behandlungsindikation fehlt.

In weiten Teilen der Politik und der Ärzteschaft wird die kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit allerdings wesentlich weiter verstanden, nämlich im Sinne eines Vergleiches von prognostizierten Chancen verschiedener Patienten, die akute Erkrankung zu überleben. Von einem solchen Vergleich von Wahrscheinlichkeiten ist indes auch im Urteil des Bundesverfassungsgerichts nichts zu lesen.

Solange der Gesetzgeber sich nicht bemüht sieht, hier eine Klarstellung vorzunehmen, ist davon auszugehen, dass auch der vorliegende Entwurf jene weite Interpretation meint oder jedenfalls zulässt, die den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Lebenswertindifferenz aushebelt. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass keine anderweitige Regelung des Vorgehens enthalten ist für den Fall, dass es mehrere Personen gibt, die allesamt Überlebenschancen haben. Das Gesetz würde damit seinen Hauptanwendungsfall nicht regeln. Geht man also davon aus, dass der Gesetzgeber hier tatsächlich nach einem Lebenschancenvergleich aufgrund menschengemachter Prognosen entscheiden will, fragt sich gleichwohl, was passiert, wenn Patient*innen dieselbe Überlebenswahrscheinlichkeit besitzen. Je größer die Zahl der wartenden Patient*innen, desto wahrscheinlicher sind Annäherungen in der kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit, bei denen – wie vom BVerfG aufgezeigt – die subjektive Wahrnehmung den minimalen Ausschlag zur Prognostizierung eben jener Überlebenswahrscheinlichkeit gibt. Spätestens an dieser Stelle, bei (nahezu) gleicher Überlebenswahrscheinlichkeit, müsste auf weitere Prinzipien, wie Randomisierung, Dringlichkeit oder zeitliches Eintreffen abgestellt werden (s. u.). Doch davor drückt sich der Gesetzgeber.

In der Bewertung des Entwurfs ist also zugrunde zu legen, dass er somit – in § 5c des Infektionsschutzgesetzes, nach den Regelungen über Schutzmasken in der nationalen Reserve – en passant das grundlegende Verfassungsprinzip der Lebenswertindifferenz abschaffen soll, welches gerade zum Schutz der Schwächsten einer Gesellschaft besteht. Die Entscheidung, ob eine Person ihre Chance auf Leben nutzen darf oder nicht, soll künftig einzig nach dem Prinzip des „survival of the fittest“, dem Recht des Stärkeren, getroffen werden.

Wie hierdurch der Schutz von Menschen mit Behinderung vor Benachteiligung sichergestellt werden soll, ist nicht nachzuvollziehen.

b. Komorbiditäten als zulässiges Kriterium

Es wird zwar proklamiert, dass Behinderung und Gebrechlichkeit (neben anderen) keine geeigneten Kriterien sind, um die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit zu bestimmen. Zugleich aber werden Komorbiditäten als Kriterium zugelassen, sofern sie die Überlebenswahrscheinlichkeit senken. Viele Behinderungen sind jedoch mit genau solchen Begleiterkrankungen verbunden, sodass einer mittelbaren Diskriminierung Tür und Tor geöffnet wird.

Es ist gleich, ob ich eine Person mit Trisomie 21 nicht behandle, weil sie diese Behinderung hat oder weil der typischerweise damit verbundene Herzfehler die Wahrscheinlichkeit, die akute Erkrankung zu überleben, senkt. Es spielt keine Rolle, ob ich eine Person mit Muskelerkrankung aufgrund dieser Behinderung nicht behandle, oder weil das als Folge der Muskelerkrankung reduzierte Atemvolumen von 30 % die Überlebenschance senkt. Wenn aufgrund der Behinderung eine geringere Überlebenswahrscheinlichkeit besteht, werden über den Kunstgriff der

Begründung „Komorbidität“ weiterhin aufgrund der Behinderung kollektiv Ressourcen nicht zur Verfügung gestellt.

Eine solche mittelbare Diskriminierung wird durch die Regelung, Komorbiditäten als zulässiges Kriterium zu behandeln, nicht verhindert, sondern gerade legitimiert.

c. Vorurteile und Stereotype

Der vorgelegte Gesetzentwurf begegnet weder dem für jedermann geltenden grundsätzlichen Problem fehlerhafter ärztlicher – weil menschlicher – Prognosen, noch dem vom Bundesverfassungsgericht erkannten Problem der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung aufgrund von (auch unbewussten) Vorurteilen bei der Prognostizierung von Überlebenswahrscheinlichkeiten im Speziellen. Allein das Vier-Augen-Prinzip, also die Entscheidung durch zwei gleich oder ähnlich sozialisierter Mediziner*innen, löst diesen Konflikt nicht auf. Auch die Leitlinien der Fachgesellschaften enthielten das Vier-Augen-Prinzip. Gleichwohl sah das Verfassungsgericht in den Leitlinien ein Einfallstor für Diskriminierung.

d. Keine Befassung mit weiteren Verfahren der Zuteilungsentscheidung

Wenn das Bundesverfassungsgericht in Randziffer 123 des o.g. Urteils ausführt, dass sicherzustellen ist, dass „allein nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ entschieden wird, so ist dies – aus dem Kontext zweifelsfrei erkennbar – in Abgrenzung zur langfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit im Sinne von Restlebenserwartung u. ä. gemeint und nicht etwa – wie vom Bundesgesundheitsministerium in einer Besprechung am 10.06.2022 ausgeführt – als allein zulässiger Weg, eine Entscheidung zur Ressourcenverteilung zu treffen.

Der Gesetzentwurf lässt jedenfalls weitere Kriterien, insbesondere das Kriterium der Dringlichkeit, vermissen. Selbst wenn man den Vergleich der Überlebenswahrscheinlichkeit wählen würde, fehlte eine Auseinandersetzung mit der Frage, wonach entschieden werden soll, wenn gleiche oder ähnliche Überlebenswahrscheinlichkeiten prognostiziert werden. Die Frage der Randomisierung wird nicht angesprochen. Es verstört besonders, da im dedizierten Abschnitt zu Alternativen der vorgeschlagenen Regelungen nicht auf diese sehr wohl vorhandenen alternativen Konzepte eingegangen wird. Selbst wenn eine andere Rechtsauffassung bestünde, nämlich dass diese nicht mit dem Urteil des BVerfG vereinbar seien, müsste genau dies dort dargelegt werden.

Allerdings verwundert dies nicht, da bereits im bisherigen Diskussionsprozess keine Gelegenheit ausgelassen wurde, das einzige Prinzip, welches Ressourcen chancengleich und diskriminierungsfrei verteilen könnte, mit Umschreibungen wie „Los ziehen“ verächtlich zu machen. „First come, first serve“ unter Einschluss aller Patienten, die noch eine kurzfristige

Überlebenswahrscheinlichkeit haben und deren Behandlung gleich dringlich ist, wäre eine diskriminierungsfreie Verteilungsmöglichkeit. Der Zeitpunkt, der für diese Entscheidung festzulegen wäre, könnte etwa der Eintritt der Intensivpflichtigkeit oder aber (weniger manipulationsanfällig) auch die Aufnahme im Krankenhaus sein.

Bei einer großen Zahl an Patient*innen zur selben Zeit, wie in Italien geschehen, müsste durch Zufallsentscheidung im engeren Sinne randomisiert werden, was durch Computerprogramme möglich wäre (ärzteseits beispielsweise bei Randomisierung für Studien durchgeführt) – auch dieses Verfahren wäre indes gesetzlich zu regeln.

Es bleibt festzuhalten, dass mit der Festlegung auf die aktuelle kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit als einziges Kriterium der Entscheidung genau das Kriterium gewählt wurde, welches Menschen mit Behinderung benachteiligt.

2. Weitere Kritikpunkte

Neben der grundsätzlich fehlerhaften Richtungsentscheidung im Hinblick auf die Auswahl der kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit als Entscheidungskriterium leidet das Gesetz an etlichen weiteren Schwächen.

a. Richtervorbehalt und Strafbewährung

Es verwundert zutiefst, dass eine Entscheidung über Leben und Tod nicht der juristischen Überprüfung unterliegen soll. Selbst über die Frage, ob bei schutzbedürftigen Personen nachts zum Eigenschutz ein Bettgitter angebracht werden soll, muss ein*e Richter*in entscheiden. Hier aber ist für eine Entscheidung über Leben und Tod weder eine vorherige Zustimmung noch zumindest eine nachträgliche Überprüfung vorgesehen. Noch nicht einmal Angehörigen wird die Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung eingeräumt.

Es ist keinerlei Strafbewährung vorgesehen, sollten sich Mediziner nicht an die Vorgaben halten. Dies ist bei einer Entscheidung über Leben und Tod jedoch obligatorisch.

b. Streichung Facharzt bei Dringlichkeit

Soweit der Gesetzesentwurf in § 5c Abs. 3 S. 4 vorsieht, dass eine Person mit entsprechender Fachexpertise (besser noch wäre auf Wunsch des Betroffenen ein behandelnder Arzt seiner Wahl) hinzuzuziehen ist, sofern Menschen mit Behinderung von einer negativen Auswahlentscheidung betroffen sind, entwertet das Gesetz in Satz 5 diese Regelung zugleich wieder: in dringenden Fällen soll diese Schutzvorkehrungen entfallen dürfen. Hier stellt sich die Frage, wann genau eine Triage-Entscheidung nicht dringend sein soll. Satz 5 führt die gesamte

Regelung dermaßen ad absurdum, dass der Verdacht nahelegt, dass die Ausnahme lediglich als „Verhandlungsmasse“ in den Text eingefügt wurde, um Kompromissbereitschaft bei der Anpassung des Entwurfs an die Stellungnahmen zu demonstrieren.

c. Erfüllungsaufwand

Der Erfüllungsaufwand wurde sicherlich zutreffend berechnet. Schließlich wurden hierfür 7,5 von 18 Seiten verwendet. Erwägungen zu den menschenrechtlichen und verfassungsrechtlichen Dimensionen des Gesetzes sucht man indes vergeblich.

Fazit

„Der Gesetzgeber muss zur Umsetzung der aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG hier auch wegen der Bedeutung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgenden konkreten Schutzpflicht und im Lichte der Behindertenrechtskonvention dafür Sorge tragen, dass jede Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Verteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen hinreichend wirksam verhindert wird.“ (Rz. 130 des BVerfG – Urteils)
Dies hat der Gesetzgeber bis jetzt nicht getan und tut es auch dann nicht, wenn der vorliegende Entwurf beschlossen wird.