

Rechtsanwalt Prof. Dr. Oliver Tolmein | Am Pflug 13 | 22765 Hamburg

Bundesgesundheitsministerium

22.07.2022

Akte Nr. 20/000070/Triage - Verfassungsbeschwerde

**Stellungnahme zum Referentenentwurf „Entwurf eines Gesetzes zur  
Änderung des Infektionsschutzgesetzes“ in zur Stellungnahme freige-  
gebenen Fassung ohne Datumsangabe**

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. Oliver Tolmein, Fachanwalt für Medizinrecht, Hono-  
rar-Professor an der Georg-August-Universität Göttingen, Menschen und Rechte -  
Assoziation freier Rechtsanwält\*innen, Hamburg

**I. Vorbemerkung:**

Der Gesetzentwurf regelt ein „Verfahren im Falle pandemiebedingt nicht ausrei-  
chender überlebenswichtiger, intensivmedizinischer Behandlungskapazität“ in § 5c  
InfSchG . Der Versuch, der drohenden Ausnahmesituation, in der überlebenswich-  
tige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten nicht mehr in ausreichender  
Menge bereitstehen könnten, durch die Einführung einer einzelnen untergeordne-  
ten Vorschrift im InfSchG zu begegnen, scheitert an den komplexen Regelungser-  
fordernissen. Er nimmt zwar durch den gewählten Standort der Neuregelung im In-  
fektionsschutzrecht Bezug auf die (scheinbar) unmittelbare Ursache der „nicht aus-  
reichenden überlebenswichtigen, intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten“,  
blendet zugleich aber durch radikale Reduktion den komplexen rechtlichen Zusam-  
menhang, der hier zu klärenden Fragen aber aus.

Rechtsanwalt  
Prof. Dr. Oliver Tolmein  
Fachanwalt für Medizinrecht

Am Pflug 13  
22765 Hamburg

Telefon 0151.40 360 111  
Telefax 040.399 060 53

ot@menschenundrechte.de  
www.menschenundrechte.de

Bankverbindung  
Hamburger Sparkasse  
DE77 2005 0550 1043 2195 81  
HASPDEHHXXX

22.07.2022

Akte Nr. 20/000070 /Triage - Verfassungsbeschwerde

Bei dem zu klärenden Verfahren sind jedoch strafrechtliche, antidiskriminierungsrechtliche, vertragsrechtliche, sozialrechtliche und medizinrechtliche Fragen zu berücksichtigen. Das gilt insbesondere, als ausweisliche der Begründung des Referenten-Entwurfes alle „intensivmedizinischen Behandlungsbedarfe – auch von Patientinnen und Patienten , die nicht wegen einer SARS\_CoV-2-Infektion intensivmedizinisch behandlungsbedürftig sind“ zu berücksichtigen sind. Diese Prämisse unterstreicht, dass es hier um Entscheidungen geht, die vom Gesetzeszweck des Infektionsschutzgesetzes nicht abgedeckt sind. Dessen Zweck ist es ausweislich des § 1 Abs 1 InfSchG:

„übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern.“

2 | 12

Die Regelungen des Infektionsschutzgesetzes sollen dagegen nicht alle mit einem Infektionsgeschehen in irgendeinem Zusammenhang stehenden Rechtsprobleme lösen. Dazu ist das Infektionsschutzgesetz, das historisch mit dem Polizeirecht eng verknüpft ist, nicht geeignet – und zwar weder wenn man es als ein im Kern gefahrenabwehrrechtlich konzipiertes Regelwerk sieht (so Poscher in: Huster/Kingreen, Handbuch Infektionsschutzrecht, Kapitel 4, Rn 3-9, 2. A. 2022) oder als „Rahmengesetz für epidemiologische Fachlichkeit, das einem Präventionsgedanken folgt, in dessen Kontext ein Meldewesen etabliert wird und gleichzeitig die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten als Tätigkeitsfelder definiert werden, sowie die dazu dienenden Interventionen, die oftmals den Charakter von „Zwangmaßnahmen“ haben (so Rixen, Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzrechts, in: Kloepfer, Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, 2011, S. 70f.).

Die Zuteilung von nicht ausreichend vorhandenen überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten dient, auch wenn dieser Mangel im Verlauf und in Zusammenhang mit der Pandemie auftritt weder der Verhütung noch der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten. Er wehrt die Gefahr nicht präventiv ab, hilft auch nicht sie durch koordinierte Maßnahmen in den Griff zu bekommen und stellt auch sonst keine Schutzmaßnahme für die betroffenen Patientinnen und Patienten dar.

Insbesondere wird durch die Regelung eines Verfahrens, das (wenn auch nur rudimentär) regelt, wie und unter welchen Voraussetzungen Patientinnen und Patienten die für sie überlebenswichtige, medizinisch indizierte intensivmedizinische Behandlung vorenthalten und die Ressource anderen Kranken zugewiesen werden kann, die gesundheitliche Versorgung der Bevölkerung nicht sichergestellt, sondern lediglich in groben Zügen angewiesen, unter welchen Voraussetzungen eine Ungleichbehandlung von Schwerkranken legalisiert wird.

Das betrifft aber nicht in erster Linie infektionsschutzrechtliche Fragen. Insofern unterscheidet sich der § 5c InfSchG-E auch in systematischer Hinsicht von den §§ 5, 5a und 5b InfSchG.

22.07.2022

Akte Nr. 20/000070 /Triage - Verfassungsbeschwerde

Infektionsschutzrechtlich wäre in erster Linie zu regeln, welche speziellen Maßnahmen zu ergreifen und zu koordinieren sind, damit verhindert werden kann, dass zu irgendeinem Zeitpunkt einer Pandemie überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten nicht in ausreichender Menge vorhanden sind. In allgemeiner und unspezifischer Weise sind solche Regelungen im InfSchG vorhanden (z.B. in Form von Verordnungsermächtigungen für das BMG in § 5 oder durch Regelungen für Schutzimpfungen gegen das Coronavirus in § 20b InfSchG).

Als gezielte Maßnahmen, die die Überlastung intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten durch Ergreifen notwendiger Schutzmaßnahmen verhindern sollen, sind sie in § 28a Abs 3 mit Verweis auf § 28a Abs 1 und § 28 Abs 1 InfSchG geregelt.

3 | 12

Gezielte Maßnahmen, die in bestimmten Gefährdungssituationen eine Ausweitung insbesondere der überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten ermöglichte und erlaubte sind im geltenden InfSchG nicht ausdrücklich vorgesehen und sind auch de lege lata soweit ersichtlich nicht geplant – jedenfalls werden sie im vorliegenden Gesetzentwurf nicht angesprochen.

Der geplante § 5c InfSchG-E dient also weder den konkreten und rechtspolitisch klar fassbaren, überschaubaren Zielen einer infektionsschutzrechtlichen Koordinierung, noch der Verhütung oder Bekämpfung einer übertragbaren Erkrankung.

Er wird aber zugleich auch den wesentlich weiter reichenden und schwerer fassbaren Anforderungen nicht ansatzweise gerecht, die an eine solche, elementare Gleichbehandlungsfragen aufwerfende, Regelung gestellt werden müssen, die den Grundsatz einer Krankenversorgung in Frage stellt, in der die Solidargemeinschaft (§ 1 Satz 1 SGB V) eine konstitutive Rolle spielt und daneben grundsätzlich das Bedarfsprinzip mit einer „Leistungsbereitstellungsgarantie“ gilt (BSGE 55, 188 = BeckRS 1983, 5857; vgl. Tolmein, Die Zuteilung von Lebenschancen in der Pandemie – Medizinische Kriterien und die Rechte der Patienten, NJW 2021, 270f.).

Wie gravierend diese – wenn auch aus der Not geborene - Versagung einer medizinisch indizierten überlebensnotwendigen Versorgung ist, wird deutlich, wenn man sich den Leitsatz der Nikolaus-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 115, 25 (06.12.2005 - 1 BvR 347/98) vergegenwärtigt, der gesetzlich krankenversicherten Menschen, die vom Tode bedroht sind, sogar einen grundrechtlich gefestigten Anspruch auf eine nicht evidenzbasierte Behandlungsmaßnahme zuspricht:

„Es ist mit den Grundrechten aus Art.2 Abs.1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip und aus Art.2 Abs.2 Satz 1 GG nicht vereinbar, einen gesetzlich Krankenversicherten, für dessen lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht, von der Leistung einer von ihm gewählten,

22.07.2022

Akte Nr. 20/000070 /Triage - Verfassungsbeschwerde

ärztlich angewandten Behandlungsmethode auszuschließen, wenn eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.“

Angesichts dessen erscheint ein Artikelgesetz, das Regelungen insbesondere im Strafrecht, im AGG, im BGB, im SGB V und im InfSchG, sowie ergänzend in der Approbationsordnung für Ärzte erforderlich, um den gestellten Anforderungen, die an dieses Vorhaben gestellt werden, gerecht werden zu können. Insofern erscheint die Feststellung des Referentenentwurfes unter“ C. Alternativen“, derzufolge eine Alternative nur darin hätte bestehen können, ausschließlich „Verfahrensvorschriften“ zu regeln, zurückhaltend formuliert, gewagt.

4 | 12

Die folgenden kritischen Anmerkungen zu dem vorgelegten Gesetzentwurf sind vor diesem Hintergrund zu lesen – eine alternative Regelung zu entwerfen ist im (zeitlichen und inhaltlichen) Rahmen dieses Stellungnahme-Verfahrens nicht möglich und erscheint auch nicht sinnvoll: das erforderte eine gegenüber dem Bundesministerium für Gesundheit mehrfach eingeforderte Partizipation insbesondere der Selbstvertretungsorganisationen und -gruppen der Menschen mit Behinderungen (ggf. unter Hinzuziehung von weiteren Expert\*innen).

## **II. Die Regelungen des Referentenentwurfs**

Der Referentenentwurf formuliert das Ziel eng dem Beschluss des BVerfG (1 BvR 1541/20) folgend als „hinreichend wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung,“ die bei der Zuteilung knapper, überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen bestehe. Unter B. (Lösung) wird dieses Ziel wiederholt: „Der Gesetzentwurf dient dazu, eine Benachteiligung aufgrund einer Behinderung bei der Zuteilung pandemiebedingt nicht ausreichender überlebenswichtiger, intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten zu verhindern.“

### **A.) Umfassendes, undifferenziertes Diskriminierungsverbot in § 5c Abs 1 InfSchG-E**

Diesem Ziel dient Absatz 1 des neu geschaffenen § 5c InfSchG-E, der ein umfassendes, damit aber auch denkbar allgemein gehaltenes Diskriminierungsverbot formuliert, das sich- ohne nähere Begründung - an § 19 AGG orientiert, und daher neben der Benachteiligung wegen der Behinderung und des Alters auch beispielsweise auch die wegen der Religion oder Weltanschauung untersagt. Da es sich bei dieser Aufzählung um eine nicht abschließende Aufzählung handelt („insbesondere“) ist der Kreis der Ob das hier zielführend ist, kann hier nicht eingehend erörtert werden. Angesichts der konkret drohenden Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen und alten Menschen, wäre allerdings wohl überzeugender gewesen, diese Gruppen gesondert zu erwähnen. Die Einführung einer Gruppe der „Gebrechlichkeit“ wäre angesichts des weiten Behinderungsbegriffes der UN-BRK, der auch Eingang ins deutsche Recht gefunden hat (§ 3 BGG, leider nur mit Einschränkungen, die in diesem Kontext hätten beseitigt werden können, auch § 2 Abs 1 SGB IX), nicht erforderlich gewesen, denn

22.07.2022

Akte Nr. 20/000070 /Triage - Verfassungsbeschwerde

Menschen mit „Gebrechlichkeit“, zählen zu den Menschen mit Behinderungen. Der Begriff wird im Entwurf auch weder erläutert, noch wird erklärt, warum er Eingang in die Regelung finden musste (vgl. S. 17 Entwurf).

Stattdessen wird in der Gesetzesbegründung aber en passant, und auch ohne ein Wort der Erklärung, ein weiteres verbotenes Differenzierungsmerkmal angeführt: „Sars-CoV-2-Impfstatus einer betroffenen Patientin oder eines betroffenen Patienten.“ Das Verbot dieses Differenzierungsmerkmal ist zwar begründbar, mit Blick auf das in § 1 SGB V geregelte Spannungsverhältnis von Solidarität und Eigenverantwortung („Die Krankenversicherung als Solidargemeinschaft hat die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern. Das umfasst auch die Förderung der gesundheitlichen Eigenkompetenz und Eigenverantwortung der Versicherten. Die Versicherten sind für ihre Gesundheit mitverantwortlich; sie sollen durch eine gesundheitsbewusste Lebensführung, durch frühzeitige Beteiligung an gesundheitlichen Vorsorgemaßnahmen sowie durch aktive Mitwirkung an Krankenbehandlung und Rehabilitation dazu beitragen, den Eintritt von Krankheit und Behinderung zu vermeiden oder ihre Folgen zu überwinden“) erscheint das aber nicht ohne jede Argumentation selbstverständlich (zur Komplexität dieser Problematik – und die Nachrangigkeit einer Behandlung Impfunwilliger klar und mit guten Gründen ablehnend: Weyma Lübke, Sollten Impfunwillige im Triage-Fall nachrangig behandelt werden? Teil 1, Teil 2, Teil 3, Verfassungsblog 21.11.2021, 6.12.2021, 14.12.2021, <https://verfassungsblog.de/sollten-impfunwillige-im-triage-fall-nachrangig-behandelt-werden-teil-1/>; dagegen Tatjana Hörnle auf die – von der Normallage deutlich zu unterscheidenden - „extremen Zwänge einer Pandemie“ verweisend, aber ebenfalls eine kategorische Berücksichtigung des Impfstatus ablehnend: Warum der Impfstatus bei der Corona-Triage doch eine Rolle spielen darf, verfassungsblog 13.12.2021, <https://verfassungsblog.de/warum-der-impfstatus-bei-der-corona-triage-doch-eine-rolle-spielen-darf/>)

5 | 12

### **B.) Zuteilungskriterium aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit**

In § 5c Abs 2 InfSchG-E wird als maßgebliches Kriterium für die Zuteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten die „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientin oder des betroffenen Patienten“ normiert. Begründet wird dies mit der Behauptung, dass „damit ein wesentliches Kriterium aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts der Vorschrift zugrunde gelegt (wird)“. (Entwurf S. 17). Damit wird suggeriert, dass das BVerfG in seinem Beschluss nahegelegt hätte, dass dieses Kriterium in besonderem Maße geeignet wäre die Zielsetzung der „Nicht-Diskriminierung“ von Menschen mit Behinderungen zu erfüllen. Das ist nicht der Fall (dazu Gutmann, Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20, MedR 2022, 217-222: „Der Beschluss analysiert nicht in der nötigen Klarheit, dass eine den Empfehlungen der DIVI auch nur im Ansatz folgende medizinische Triage-Praxis mit den Vorgaben, die der Senat für die geforderte Effektivität des Schutzes nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

22.07.2022

Akte Nr. 20/000070 /Triage - Verfassungsbeschwerde

macht, systematisch unvereinbar ist. Jenseits der genannten Minimalnutzenschwelle (keine Aussichtslosigkeit der Behandlung) muss jede Form des Abstellens auf die aggregierte „Erfolgsaussicht“ des Einsatzes knapper medizinischer Ressourcen mit Notwendigkeit vulnerable Patientengruppen diskriminieren – Menschen, die zu behindert, zu komorbid, zu alt oder zu „fragil“ sind, um als „Gefäße“ für den gesuchten Erfolg dienen zu können.“)

Der Referentenentwurf reflektiert nicht, dass das BVerfG als einzige zwingende Vorgabe gemacht hat, dass der Gesetzgeber die drohende Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen zu verhindern hat. Da die Verfassungsbeschwerde lediglich gegen die bis dahin herrschende Untätigkeit des Gesetzgebers vorgehen konnte, war auch keine weitere konkrete Maßgabe des 1. Senats geboten und zu erwarten.

6 | 12

Umso gravierender erscheint, dass der Referentenentwurf sich mit der Kritik (nicht nur) der Selbstvertretungsorganisationen von Menschen am Kriterium der Erfolgsaussicht (in allen seinen Ausprägungen), die wiederholt mündlich und schriftlich – sowohl im Gesundheitsausschuss als auch in einer kurzfristig anberaumten Besprechung mit dem Ministerium – geäußert wurde, einfach gar nicht befasst. Die Argumentation, dass dieses Kriterium im Kern zumindest eine mittelbare Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen, deren Behandlung medizinisch indiziert und durchaus erfolgversprechend zwingend bewirkt, wird wortlos übergangen.

Gleichzeitig wird auch mit keinem Wort erläutert, inwiefern gerade das Kriterium der (aktuellen und kurzfristigen) Erfolgsaussicht besonders geeignet sein soll, die behauptete maßgebliche Zielsetzung des Gesetzes – Verhinderung jeder Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen – sicherzustellen.

Ebenso wenig findet eine Auseinandersetzung mit dem sowohl von Autor\*innen in der wissenschaftlichen Diskussion (vgl. Tonio Walter, Keine Verpflichtung zu einem Triage-Gesetz – und kaum Vorgaben dafür, NJW 2022, 363-366; Engländer/Zimmermann: „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, 1398-1402) als auch von Seiten von Selbstvertretungsorganisationen der Menschen mit Behinderungen vertretenen Konzept der Randomisierung (vgl. Stellungnahmen von AbilityWatch, Interessenvertretung Selbstbestimmt Leben in Deutschland e.V., BODY5, Netzwerk Artikel 3) statt.

Das erscheint um so problematischer, als gänzlich unklar bleibt und auch nicht geregelt wird, auf welcher Grundlage die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit der Patient\*innen festgestellt werden soll, wenn hier Intensivpatient\*innen mit ganz unterschiedlichen Erkrankungen und Krankheitsverläufen aufeinandertreffen und um zu knappe Ressourcen konkurrieren.

Das ebenfalls vor Anfertigung des Referentenentwurfes mehrfach eingeforderte Kriterium der „Dringlichkeit“, das im – grundsätzlich keineswegs vorbildlichen – TPG in § 12 Abs 3 immerhin dem

22.07.2022

Akte Nr. 20/00070 /Triage - Verfassungsbeschwerde

Kriterium der Erfolgsaussicht zur Seite gestellt wird, taucht im Gesetzestext als Zuteilungskriterium gar nicht auf; dass es in der Begründung Erwähnung findet (S. 16 und 20) macht dieses Manko nicht wett.

### **C.) Verfahrenskriterien**

§ 5c Abs 3 -5 InfSchG regelt Verfahrenskriterien. Charakteristisch erscheint, dass der Gesetzentwurf sich auch insoweit eng an seinem Verständnis des Beschlusses des BVerfG orientiert. Dabei berücksichtigen die Referent\*innen nicht, dass dieser lediglich beispielhaft und in knappen Worten anhand der DIVI-Leitlinie thematisiert hat, was für Verfahrensregelungen grundsätzlich geeignet erscheinen.

7 | 12

#### **1.) Mehraugen-Prinzip**

Das in § 5c Abs 3 normierte Mehraugenprinzip („zwei mehrjährig intensivmedizinisch erfahrene praktizierende Fachärztinnen oder Fachärzte“, sowie ggf. „die Einschätzung“ einer weiteren „Person mit entsprechender Fachexpertise für die Behinderung“, die grundsätzlich „berücksichtigt“ werden muss, die aber nicht hinzugezogen werden muss, „soweit die Dringlichkeit der intensivmedizinischen Behandlung...der Beteiligung entgegensteht“) ist in erster Linie fokussiert auf ärztliche Kompetenz. Dazu ist zum einen anzumerken, dass ein zur Verhinderung von insbesondere mittelbarer Diskriminierung ungeeignetes Kriterium (Erfolgsaussicht) nicht dadurch besser wird, dass es durch ein Mehraugen-Prinzip abgesichert wird.

Wenn – wie in der befürchteten Triage-Situation – Benachteiligung zudem (auch) durch professionelle Routinen und zu geringe Kenntnisse und Erfahrungen in der gesundheitlichen Versorgung von Menschen mit dauerhaften schweren Beeinträchtigungen befürchtet wird, ist von einem Mehraugenprinzip ebenfalls wenig Verbesserung zu erwarten (auch wenn sie im Einzelfall nicht auszuschließen ist). Der Gesetzentwurf trägt dem Rechnung, indem er bei Beteiligung von Menschen mit Behinderungen die Hinzuziehung einer Person mit entsprechender Expertise vorsieht. Problematisch erscheint, dass deren fachliche Einschätzung strukturell als nachrangig betrachtet wird, da sie zwar nicht nach dem Gesetzeswortlaut, aber der Begründung zufolge „nicht stimmberechtigt“ ist (S. 21). Die Versagung des Stimmrechts ist auch inhaltlich nicht überzeugend: wieso soll gerade die fachlich besonders qualifizierte Person kein Stimmrecht haben (abgesehen davon, dass eine Abstimmung über die Zuteilung einer lebenswichtigen zu knappen Ressource ein an sich bedenkliches und Randomisierung weder ethisch noch in sonst einer Weise vorzuziehendes Verfahren darstellt) (interessant in diesem Zusammenhang der in eine andere Richtung weisende, nämlich in der Sache eine Art Angemessene Vorkehrungen zum Diskriminierungsschutz anregende, Vorschlag von Lehner einen stärkeren Triage-Schutz für Menschen mit Behinderungen mit etwas schlechteren Behandlungsaussichten zu etablieren: „Triage“ und Grundrechte – Überlegungen aus der Perspektive von Schutzpflichtendogmatik und

22.07.2022

Akte Nr. 20/000070 /Triage - Verfassungsbeschwerde

Diskriminierungsverboten, DÖV, 6/2021, S. 252ff.; sowie: Problemerkant, Problem gebannt?, Verfassungsblog 30.12.2021)? Plausibler und dem ausdrücklichen Gesetzesziel (Vermeidung von Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen) ist, dass der Person mit Behinderung in diesem Verfahren der überlebenswichtige medizinische Behandlungsplatz nur vorenthalten werden darf, wenn die Person mit besonderer fachlicher Expertise der Versagung der Zuteilung zustimmt.

Erheblich an Bedeutung verliert diese Regelung im Übrigen dadurch, dass sie nach Abs 3 letzter Satz nicht gelten soll, „so weit die Dringlichkeit der intensivmedizinischen Behandlung der von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientinnen oder Patienten der Beteiligung entgegensteht.“ Diese Feststellung, der ganz besonderen Dringlichkeit, illustriert im Übrigen m.E. (da ja eine medizinische Indikation und eine relevante Einwilligung vorliegen müssen), dass die „Dringlichkeit“ als wichtiges konkret Zuteilungskriterium seinen Platz im Gesetzeswortlaut finden müsste. In der Konstellation besonderer Dringlichkeit der Behandlungsentscheidung droht sonst die folgende Situation: die Patientin oder der Patient mit Behinderung verliert seinen Anspruch auf Hinzuziehung einer Fachperson mit besonderer Expertise für die spezielle Beeinträchtigung, weil die Behandlungsentscheidung besonders dringlich ist. Entschieden wird sodann von den erfahrenen, mit Blick auf den konkreten Menschen mit Behinderung aber ohne ausreichende Kenntnis spezieller, die Erfolgsaussichten beeinflussender Faktoren. Der Behandlungsplatz geht, weil aufgrund der besonderen Dringlichkeit aufgrund unzureichender medizinischer Ermittlung entschieden werden musste, gegen die Person mit Behinderung, die sodann verstirbt (obwohl sie bei ausreichender Tatsachenermittlung die besseren Erfolgsaussichten gehabt hätte): eine klare mittelbare Benachteiligung wegen der Behinderung. Um sie zu verhindern, sollte der Satz 5 in § 5c Abs InfSchG-E daher um einen Satz 6 ergänzt werden:

8 | 12

„Wenn die Hinzuziehung einer Person mit besonderer Fachexpertise nach Satz 5 wegen Dringlichkeit der intensivmedizinischen Behandlung unterbleibt, ist der überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungsplatz zur Vermeidung einer Benachteiligung der betroffenen Patientin oder dem betroffenen Patienten mit Behinderung zuzuteilen.“

## **2.) Dokumentation**

Die Regelung der Dokumentationserfordernis nicht nur der Behandlung, sondern auch der damit verknüpften Zuteilungsentscheidung, ist grundsätzlich sinnvoll.

Der Entwurf geht hier allerdings in seinem zweiten Verfahrensgrundsatz (§ 5c Abs 4 InfSchG-E), dass die für die Zuteilungsentscheidung maßgeblichen Umstände, sowie der Entscheidungsprozess vom Behandelnden zu dokumentieren ist, nicht weit genug, weil er einen wichtigen Grund für die Dokumentation nicht in die Erwägungen einbezieht.



22.07.2022

Akte Nr. 20/000070 /Triage - Verfassungsbeschwerde

Die Dokumentation sichert auch die nachträgliche Überprüfbarkeit der Entscheidung – beispielsweise im Rahmen eines strafrechtlichen Verfahrens, vor allem aber auch im Rahmen eines haftungsrechtlichen Verfahrens. Überprüfbar ist eine Zuteilungsentscheidung aber nur, wenn sie im Zusammenhang beurteilt werden kann. Es ist deswegen erforderlich die Zuteilungsdokumentation so anzulegen, dass aus ihr hervorgeht, welche Patient\*innen um die jeweiligen Behandlungskapazitäten konkurriert haben. Es müssen hinsichtlich der Zuteilungsentscheidung deswegen nicht nur die jeweils individuellen Patient\*innen-Daten herangezogen werden können, sondern die der gesamten durch die Zuteilungsentscheidung betroffenen Gruppe. Die Daten müssen zur Gewährleistung des medizinischen Datenschutzes entweder (zurückverfolgbar) pseudonymisiert werden oder es ist zu regeln, dass hier angesichts des besonderen Charakters der Entscheidung, die immer eine Gruppe von Menschen betrifft, ausnahmsweise die individuellen Datenschutz-Ansprüche insoweit, als es um die Überprüfbarkeit der Entscheidung geht, zurückzustellen sind. Wünschenswert wäre auch eine Regelung, die im Falle des Todes einer Patient\*in im Rahmen einer Zuteilungsentscheidung, den Zugang der Angehörigen zu den Behandlungs- und Zuteilungsentscheidung erleichtert und im Sinne einer widerleglichen Vermutung grundsätzlich von einer Berechtigung der Angehörigen ausgeht.

9 | 12

### **3.) Erstellung eine Verfahrensanweisung**

Auch bei der in § 5c Abs 5 InfSchG-E geregelten Verfahrensanweisung beschränkt sich der Gesetzgeber den Krankenhäusern eine völlig offene Vorgabe zu machen, deren Umsetzung ausschließlich intern, ohne Heranziehung einer besonderen Expertise oder einer äußeren Überprüfung oder gar Kontrolle erfolgen muss.

#### **a.) Einbeziehung der Beauftragten für die Belange von Menschen mit Behinderungen**

Dies erscheint angesichts des Gesetzeszwecks nicht angemessen. Es wird angeregt, dass die Verfahrensanweisungen der Krankenhäuser in den Bundesländern mit den den jeweiligen Beauftragten für die Belange der Menschen mit Behinderung abgestimmt werden müssen. Dafür werden den Beauftragten für die Belange der Menschen mit Behinderungen entsprechende personelle und materielle Ressourcen zur Verfügung gestellt werden müssen. Diese Vorgehensweise erscheint sinnvoll und erforderlich, damit hier auch strukturelle Diskriminierungen entdeckt und verhindert werden können.

#### **b.) Zwingende Regelung besonders relevanter Verfahrensweisen (Zugang, Kommunikation, Assistenz)**

Es ist den Krankenhäusern im Gesetz zudem aufzugeben, bestimmte besonders relevante Fragen in den Verfahrensanweisungen zu klären. Dabei geht es vor allem um die Bereiche Zugänglichkeit, Kommunikation und Assistenz: es muss sichergestellt sein, dass in Zuteilungskonstellationen im Rahmen dieses Gesetzes insbesondere Menschen mit Behinderungen (zu denen auch alte Menschen mit

22.07.2022

Akte Nr. 20/000070 /Triage - Verfassungsbeschwerde

Beeinträchtigungen zählen!) zuverlässig Zugang zu den intensivmedizinischen Betten verteilenden Kliniken haben. Das umfasst nicht nur die Möglichkeit des physischen Zugangs, sondern auch des tatsächlichen Zugangs im Sinne der „Triage vor der Triage“ (vgl. BODYs Stellungnahme vom 18.7.2022, Seite 6).

Es ist zwingend zu regeln, dass die Verfahrensanweisungen vorsehen, dass und wie den besonderen Kommunikationsbedürfnissen insbesondere von gehörlosen Menschen, von Menschen mit Autismusstörungen, von Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen und von Menschen mit Demenzen durch Bereitstellung von Gebärdensprachdolmetscher\*innen, Schriftdolmetscher\*innen, Kommunikationsassistent\*innen für leichte Sprache und elektronische Kommunikationshilfen Rechnung getragen wird. Die Anforderungen von §§ 630d Abs 1 Sätze 2 und 4, 630e Abs 5 BGB müssen auch hier eingehalten werden.

10 | 12

Es ist auch zu regeln, dass und wie Menschen mit hohem Assistenzbedarf auf diesen in der Zeit des Krankenhausaufenthaltes auf der Intensivstation zugreifen können. Es ist sicherzustellen, dass ein vorhandener hoher Assistenzbedarf die Zuteilungsentscheidung nicht zu Ungunsten der betroffenen Patient\*innen mit einem intensivmedizinischen Behandlungsbedarf beeinträchtigt.

### **III. Im Referentenentwurf Nicht vorgesehene, aber zwingend zu regelnde Sachverhalte**

#### **A.) Zuteilungsregelung und Epidemische Lage von nationaler Tragweite**

Es ist zu regeln, dass eine Situation, in der Zuteilungsentscheidungen im Sinne dieses Gesetzes getroffen werden müssen und können, vom Bundestag oder einem vom Bundestag berufenen entsprechend autorisierten Gremium ausdrücklich und eigenständig beschlossen und wieder aufgehoben wird. Das stellt sicher, dass eine ausreichende Transparenz für die Bevölkerung gegeben ist und dass das Vorliegen der Voraussetzung für Zuteilungsmaßnahmen rechtssicher festgestellt ist. Eine solche Entscheidung setzt stets auch voraus, dass eine Epidemische Lage von nationaler Tragweite mit den daraus erwachsenden Ermächtigungen beschlossen ist. Das trägt der besonders dramatischen Situation Rechnung, die solche Zuteilungsentscheidungen bedeuten und bewirkt eine auch politisch besondere Aufmerksamkeit, die dazu führt, Zuteilungsentscheidungen durch Kapazitätsausweitungen und andere Maßnahmen zu verhindern.

#### **B.) Sanktionsnormen für Verstöße gegen Zuteilungsregelungen (einschl. strafrechtl. Klarstellung Verbot der Ex-Post-Triage)**

Im Sinne einer Verhinderung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen sind zwingend spezielle strafrechtliche Regelungen vorzusehen, die bei einer vorsätzlichen versuchten oder vollendeten Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen bei der Zuteilung von

22.07.2022

Akte Nr. 20/000070 /Triage - Verfassungsbeschwerde

überlebenswichtigen zu knappen Behandlungsplätzen greifen, da hier die allgemeinen Regeln und Tatbestände des StGB in vielen Fallkonstellationen voraussichtlich zu keiner Strafbarkeit führen (vgl. BGH Urteil vom 28.6.2017, 5 StR 20/16 für den Fall der Manipulation bei der Organverteilung und die in Zusammenhang mit den Wartelistenmanipulationen ins TPG eingeführte Norm des § 19 Abs 2a).

Auch hinsichtlich anderer Regelungen des Gesetzes ist zu empfehlen, dass hier spezielle Regelungen über Strafbarkeiten und Ordnungswidrigkeiten getroffen werden. Berufsrechtliche Regelungen reichen hier angesichts des besonders weitreichenden Charakters der Maßnahmen und der gravierenden Folgen, die Verstöße dagegen nach sich ziehen können keinesfalls aus (sie erweisen sich selbst in allgemeinen Konstellationen als besonders stumpfes Schwert).

11 | 12

### **C.) Rechtsschutz für betroffene Patient\*innen und ihre Angehörigen**

Es erscheint zwingend zur Herstellung von Rechtssicherheit für alle Beteiligten erforderlich für Zuteilungsentscheidungen einen besonderen Eilrechtsweg zu regeln, der einen Rechtsschutz für die Patient\*innen garantiert, die hier aufgrund von Ressourcenknappheit und damit verknüpften rechtlich legitimierte Zuteilungsentscheidungen drohen ihr Leben aufgrund von Nicht-Behandlung trotz gegebener medizinischer Indikation zu verlieren. Angesichts der besonderen Materie und des vorhandenen Zeitdrucks, sowie der Ressourcen-Knappheit sind durch eine ausdrückliche Regelung eines solchen Rechtsweges Zeit und personelle Ressourcen zu sparen. Plausibel könnte ein solches Verfahren nach dem Vorbild der Regelungen des FamFG Buch 3 Abschnitt 2 (Verfahren in Unterbringungssachen) ausgestaltet werden (§§ 331 ff.), wobei gleichwohl der besonderen Endgültigkeit einer solchen Entscheidung und der besonderen Situation, der Auswirkungen einer solchen Entscheidung auf andere Patient\*innen Rechnung zu tragen wäre.

### **D.) Verpflichtende Aus-, Weiter- und Fortbildung**

Es fehlen im Entwurf Vorschriften, die konkrete Maßgaben für die umgehende Schulung des ärztlichen und pflegerischen Personals enthalten. Angesichts der erheblichen Bedeutung, die solchen Maßnahmen gerade in Konstellationen drohender Benachteiligung zukommen erscheint das inakzeptabel. Insoweit wird auf die Anregungen und den Vorschläge von BODYs zur menschenrechtsbasierte Schulung des medizinischen Personals verwiesen (S. 7).

### **E.) Entschädigung von Triage-Opfern**

Da Triage-Opfer ein Sonderopfer erbringen erscheint es angemessen, dass dem durch eine Entschädigungsregelung Rechnung getragen wird, die in der Regel zwar nur den Angehörigen zukommen kann, die aber so dennoch der Herstellung des Rechtsfriedens dient und ausdrückt, dass die Gesellschaft hier

22.07.2022

Akte Nr. 20/000070 /Triage - Verfassungsbeschwerde

ihren Schutzpflichten zur Herstellung ausreichender Kapazitäten für überlebenswichtige Behandlungskapazitäten nicht nachgekommen ist.

#### **F.) Evaluation**

Eine Evaluation der Erfahrungen in der Umsetzung der Vorschriften und einer Überprüfung, die ggf. deren Weiterentwicklung oder Korrektur sicherstellt erscheint zwingend notwendig. Die Evaluation sollte spätestens nach einem Jahr stattfinden. In die Evaluation sind insbesondere die Beauftragten für die Belange der Menschen mit Behinderungen, sowie die Selbstvertretungsorganisationen von Menschen mit Behinderungen, sowie die entsprechenden ärztlichen und pflegerischen Fachverbände einzubinden. Im Anschluss an die erste Evaluation ist eine weitere Evaluation, sowie eine jährliche Berichterstattung durch beispielsweise das Deutsche Institut für Menschenrechte sicherzustellen.