

**Stellungnahme des
Forums behinderter Juristinnen und Juristen - FbJJ
Zur Novellierung des Impfschutzgesetzes (IfSG)
zur Zuteilung intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten
unter den Bedingungen der Pandemie**

Bearbeitungsstand: 22.7.2022

Inhalt

Vorbemerkung

- I. Entscheidung des BVerfG
- II. Stellungnahme zum Referentenentwurf
- III. Fazit

Vorbemerkung

Das Forum behinderter Juristinnen und Juristen (FbJJ) ist ein Arbeitskreis von behinderten Richter*innen, Verwaltungs- und Verbandsjurist*innen, Rechtsanwält*innen und in der Beratung von Menschen mit Behinderungen tätigen Jurist*innen, die sich zum Ziel gesetzt haben, mit ihrer Expertise Vorschläge und Kommentare für die politische Öffentlichkeit zu erarbeiten, die zur Verbesserung der Rechte behinderter Menschen beitragen.

Die Frage der Verteilung von intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten bei einer unzureichenden Ausstattung der Krankenhäuser in der COVID-19-Pandemie, ist eine Frage, die wie mit einem Brennglas benachteiligende Strukturen von Menschen mit Behinderungen in der medizinischen Versorgung sichtbar macht und auch in der Praxis bei alten und behinderten Menschen bereits zu einer erheblich höheren Mortalität geführt hat. Durch die Verfassungsbeschwerde von neun Menschen mit Beeinträchtigungen hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) sich mit der Frage beschäftigt, ob Richtlinien einer Fachgesellschaft von Intensivmediziner*innen ausreichen, Entscheidungen zu legitimieren, die über das Leben von Menschen mit Behinderungen getroffen werden und möglicherweise durch Vorurteile in der Gesellschaft, und noch mehr in der Medizin, geprägt sind.

Im Ergebnis hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 16.12.2021 – 1 BvR 1521/20¹ dem Gesetzgeber aufgegeben, den Schutz behinderter Menschen vor Benachteiligungen gesetzlich zu regeln. In Fällen des Schutzes des Rechtes auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz – GG) und zur Sicherung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) sei der Gesetzgeber gefordert, wirksame Regelungen zu schaffen, die eine Benachteiligung von besonders gefährdeten Personen (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) verhindern. Eine solche Gesetzgebung habe unverzüglich zu erfolgen.

Dieser Verpflichtung **versucht** die Bundesregierung mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes nachzukommen, zu dem hier Stellung genommen werden soll.

I. Entscheidung des BVerfG

In dem Beschluss des BVerfG erkennt das Gericht an, dass die bisherigen „Leitlinien für Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie“ der Deutschen interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), nun in der dritten Fassung vom 14.12.2021 vorliegend, keinen ausreichenden Schutz vor Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen bieten und der Gesetzgeber unverzüglich handeln muss:

„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 pandemiebe-

¹ Hier zitiert nach http://www.bverfg.de/e/rs20211216_1bvr154120.html. Zitiert wird nach Randnummern (Rn.) der Entscheidung.

dingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen hinreichend wirksam verhindert wird. Der Gesetzgeber ist gehalten, seiner Handlungspflicht unverzüglich durch geeignete Vorkehrungen nachzukommen.“²

Mit dem Bezug auf die Grundrechte und der Konkretisierung des Benachteiligungsverbot in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG durch das „Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderung“ der Vereinten Nationen (Behindertenrechtskonvention – UN-BRK) hat das BVerfG aus Art. 25 UN-BRK die staatliche Verpflichtung abgeleitet, dass Menschen mit Behinderungen „alle geeigneten Maßnahmen treffen müssen, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen Zugang zu geschlechtsspezifischen Gesundheitsdiensten, einschließlich gesundheitlicher Rehabilitation, haben“ und dabei nicht diskriminiert werden dürfen (Art. 25 UN-BRK). Dazu konkretisiert Art. 25 UN-BRK unter dem Punkt f), dass die Vertragsstaaten zu verhindern haben, dass Menschen mit Behinderungen bei der Vorhaltung von Gesundheitsversorgung wegen der Behinderung diskriminiert werden.

Das Gericht stellt damit auch fest, dass behinderte Menschen aufgrund ihrer Lebenssituation und ihrer Beeinträchtigung in der Pandemie einer spezifischen Gefährdung unterliegen.³ Es existiert bislang – auch unabhängig von der CoViD-19-Pandemie – weder ein chancengleicher Zugang zum Gesundheitssystem noch sind eine diskriminierungsfreie Diagnosestellung und Behandlung gewährleistet.⁴

Nach Einschätzung des BVerfG gibt es bislang weder theoretisch noch praktisch ein international konsentiertes System der Triage, also weder allgemein geltende noch gar rechtlich verbindliche Standards. In Deutschland finden allenfalls standardisierte Entscheidungshilfen Anwendung.⁵

Im Hinblick auf die CoViD-19-Pandemie nimmt die Praxis weitgehend Bezug auf die 3. Fassung der Leitlinien für „Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie“ der Deutschen interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) vom 14.12.2021, die allerdings, wie selbst dort ausgeführt wird, eine rechtliche Regelung nicht ersetzen können. In der Liste der Kriterien für Priorisierungsentscheidungen (3.2.) wird dort ausgeführt, dass (nach Nr. 3) Komorbiditäten und (nach Nr. 4) der Allgemeinzustand einschließlich Gebrechlichkeit in die Entscheidung einbezogen werden sollen.

Das Bundesverfassungsgericht sah die Gefahr, dass die Leitlinien zu einem Einfallstor für eine Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen werden können.⁶

Dieses wurde auch durch die in der Entscheidung des BVerfG zitierten Praxisdarstellungen von Betroffenen- und Sozialverbänden bestätigt: Es wurde deutlich, dass es hinsichtlich des von der DIVI verwendeten Kriteriums der klinischen Erfolgswahrscheinlichkeit keinen objektivierbaren Maßstab gibt, es fehle insoweit an Transparenz, Verbindlichkeit und Überprüfbarkeit. Ein solcher sei aber bereits verfassungsrechtlich aus den Normen der Art. 1 Abs. 1 und 3 Abs. 3 Satz 2 GG geboten. Auch berge diese Kategorisierung in der Behandlung die Gefahr diskriminierender Denkmuster in sich. Insgesamt spiele Ableismus als Orientierung an Menschen ohne Beeinträchtigung eine nicht zu unterschätzende Rolle. Der Begriff Ableismus bezeichnet die Beurteilung

² BVerfG, aaO, Rn. 130.

³ BVerfG, aaO, Rn. 3.

⁴ Bartig/Kalkum/Le/Lewicki im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierungsrisiken und Diskriminierungsschutz im Gesundheitswesen, 2021, S. 50

⁵ BVerfG, aaO, Rn. 3, 7.

⁶ BVerfG, aaO, Rn. 118

von Menschen anhand ihrer Fähigkeiten was als behindertenfeindlich anzusehen ist. Menschen mit Behinderung werden aufgrund des Fehlens bestimmter Fähigkeiten abgewertet. Hieraus erfolgt eine Diskriminierung durch gesellschaftliche Vorurteile. Das Maximierungsgebot, wonach in einem Triage-Fall möglichst viele Menschen gerettet werden sollten, sei zudem verfassungsrechtlich bedenklich, weil es zu einer statistischen Aufrechnung von Menschenleben führe.⁷ So führte es beispielsweise die Interessenvertretung Selbstbestimmt Leben in Deutschland (ISL) aus. Problematisch sei zudem aus Sicht des Deutschen Instituts für Menschenrechte (DIMR) das Fehlen der gesetzlichen Bindung der Ärzteschaft an die Grund- und Menschenrechte sowie die Unklarheit deren strafrechtlicher Einordnung im Triage-Fall.⁸ Aus der Stellungnahme des Bundesverbandes Caritas Behinderten-hilfe (cbp) ergab sich zudem, dass während Hochphasen des Pandemiegeschehens zudem eine sog. Triage vor der Triage stattgefunden hat.⁹

Letztlich beurteilte das BVerfG die gegenwärtige Situation so, dass die Möglichkeit einer Diskriminierung wegen des Fehlens einer gesetzlichen benachteiligungsfreien Regelung gegeben ist, weil behinderte Menschen bei Vorliegen einer Triage-Situation nachrangig oder gar nicht behandelt werden könnten.¹⁰ Das Gericht sieht deshalb in der bisherigen Untätigkeit des Gesetzgebers eine Pflichtverletzung im Hinblick auf den Schutzauftrag aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.¹¹ Die sich aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergebende Schutzpflicht konkretisiert sich nach Auffassung des BVerfG auch in völkerrechtlichen Verpflichtungen, so in Art. 14 EMRK¹² und Art. 25 UN-BRK (diskriminierungsfreier Zugang zur Gesundheitsversorgung für Menschen mit Behinderungen in dem für sie notwendigen Umfang)¹³. Art. 10, 11 UN-BRK normieren das gleichberechtigte Recht auf Leben – auch in Gefahrensituationen – von Menschen mit Behinderungen.¹⁴ Das BVerfG hält fest, dass es bislang keinerlei gesetzlichen Schutz für behinderte Menschen in einer pandemiebedingten Triage-Situation gibt.¹⁵

II. **Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) für ein Änderungsgesetz des Infektionsschutzgesetzes**

Der vorliegende Entwurf wird dem Auftrag des BVerfG, „jede Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Verteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen“ zu verhindern, nicht ansatzweise gerecht.

1. Der Entwurf stellt einzig auf das **Kriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“** ab, welches aber nicht legal definiert wird, obgleich die Begrifflichkeit wesentlicher Dreh- und Angelpunktes des Art. 1 § 5c RefE IfSG-ÄndG ist.

Soweit der Normgeber hier die Behandlungsindikation im Sinn gehabt haben sollte, ist dies der verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Da der Begriff jedoch politisch und medizinisch bislang im Sinne des Abwägens von Überlebenswahrscheinlichkeiten

⁷ BVerfG, aaO, Rn. 40 ff.

⁸ BVerfG, aaO, Rn. 63.

⁹ BVerfG, aaO, Rn. 53

¹⁰ BVerfG, aaO, Rn. 75.

¹¹ BVerfG, aaO, Rn. 90.

¹² vgl. hierzu BVerfG, aaO, Rn. 101.

¹³ vgl. hierzu BVerfG, aaO, Rn. 103; zum Recht auf Gesundheit vgl. weiterhin Art. 12 IPwskR.

¹⁴ vgl. hierzu BVerfG, aaO, Rn. 105; zum Recht auf Leben vgl. auch Art. 6 IPbpR.

¹⁵ BVerfG, aaO, Rn. 124.

gebraucht wird (und der Entwurf dem auch an keiner Stelle inhaltlich widerspricht), wäre dem Gesetzgeber dringend anzuraten, die oben erwähnte enge Fassung normativ zu definieren.

Aus dem Fehlen weiterer Kriterien ist jedoch derzeit zu schließen, dass durch diesen Terminus nicht lediglich diejenigen von der Behandlung ausgeschlossen werden sollen, die keine Überlebenschancen mehr haben, sondern tatsächlich eine Entscheidung durch vergleichende Betrachtung der Ärzten gestellten Prognosen (menschliche Fehler und stereotype Vorurteile eingeschlossen) erfolgen soll.

Eine solche Priorisierung nach Erfolgswahrscheinlichkeit ist abzulehnen. Ein über die Feststellung der fehlenden Erfolgsaussicht im Sinne einer Aussichtslosigkeit der Intensivbehandlung (=keine Behandlungsindikation) hinausgehendes Abwägen verschiedener „Erfolgswahrscheinlichkeiten“, bei deren Ermittlung subjektivierte Einschätzungen und damit auch bewusste und unbewusste Diskriminierungen nie vermieden werden können, ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Eine Abwägung, bei der die Erfolgswahrscheinlichkeit in Prozent oder Punkten bemessen und verglichen würde, kann nie objektiv erfolgen. Auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur sachlich falschen Beurteilung der Lebenssituation von Menschen mit Behinderungen und unbewussten Stereotypisierung wird verwiesen.

Darüber hinaus haben Menschen mit Behinderung, unabhängig vom Problem der Subjektivität, zudem immer ein höheres Risiko, objektiv schlechter eingestuft zu werden, denn sie sind häufiger sekundär gesundheitlich beeinträchtigt als Behandlungsbedürftige ohne Behinderung und haben oft einen schlechteren allgemeinen Gesundheitszustand.¹⁶ Welche Folge die Entscheidung zugunsten der „möglichst nutzbringenden Zuteilung von Beatmungsgeräten für Patienten hätte, die etwa aufgrund ihres Alters, aufgrund von Vorerkrankungen oder ihrer insgesamt schwachen körperlichen Konstitution eine ungünstige klinische Prognose haben“, beschreibt Gelinsky deutlich: „Gerade für diese Gruppe besonders Hilfsbedürftiger wäre es beinahe aussichtslos, bei der Verteilung knapper Beatmungsgeräte berücksichtigt zu werden.“¹⁷

Eine Priorisierung nach (dazu noch von fehlbaren Menschen geschätzten) Erfolgswahrscheinlichkeiten, ist aber auch mit dem „Menschenbild und dem Würdeschutz des Grundgesetzes“ nicht vereinbar, da quasi eine „Kategorie der Hoffnungslosen“ geschaffen würde.¹⁸ Der Gesetzgeber verstieße durch ein Anknüpfen an das Kriterium klinischer Erfolgsaussicht, zumindest, soweit dieses über die Feststellung der Aussichtslosigkeit der Behandlung hinausgehen sollte, „gegen die staatliche Verpflichtung zum Lebensschutz und zur Achtung der Menschenwürde“¹⁹. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht sich in seinem Beschluss vorliegend zunächst nur mit der Benachteiligung von Menschen mit Behinderung befasst hat, liegt hierin eine noch weitgreifendere Gefahr der Bewertung und Abwägung von menschlichem Leben begründet.

¹⁶ auf diesen Umstand weisen besonders deutlich Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann, Gleichheit vor der Triage (veröffentlicht: 30.04.2020), auf: <https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/>, hin: „Jedes Abstellen auf die ‚Erfolgsaussicht‘ des Einsatzes knapper medizinischer Ressourcen muss vulnerable Patientengruppen diskriminieren – Menschen, die zu alt, zu krank und komorbid, zu behindert oder zu ‚fragil‘ sind, um als ‚Gefäße‘ für den gesuchten Erfolg dienen zu können.“

¹⁷ Katja Gelinsky, „Was regeln in einem Triage-Gesetz? Zur Zuteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen, Teil 2“, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. Berlin, Informationen & Recherchen, 21. April 2020.

¹⁸ so Katja Gelinsky, aaO.

¹⁹ so Katja Gelinsky, aaO.

„Durchgreifende Bedenken“ äußerte deshalb auch der BGH an einem solchen Abwägungsverfahren, als er das Vorenthalten eines Wartelistenplatzes für eine Organtransplantation innerhalb der Karenzzeit bei Alkoholabhängigkeit deshalb als kritisch ansah, weil Personen, die noch eine Erfolgsaussicht haben, aber die ohne sofortige Behandlung versterben würden, die Aufnahme auf die Liste mit der Begründung geringerer Erfolgswahrscheinlichkeit verweigert wurde²⁰. Das Kriterium der Erfolgsaussicht wird deshalb auch im Hinblick auf das Transplantationsgesetz entsprechend teleologisch reduziert verstanden als die Aussicht, durch die Transplantation überhaupt noch überleben zu können.²¹ Dies entspricht der auch vom FbJJ vorgeschlagenen Prüfung, die – sofern sie diskriminierungsfrei erfolgt – wohl auch vom Bundesverfassungsgericht als mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen wird. Das stringent utilitaristische, auf Maximierung der geretteten Leben bzw. Maximierung der Behandlungserfolge²² gerichtete Denken von großen Teilen der Ärzteschaft ist nachvollziehbar, aber deshalb nicht richtig. Personen die intensivmedizinische Behandlung zu verwehren unter Verweis darauf, dass das Vorziehen des fitteren Patienten im Nachbarbett gesamtgesellschaftlich zu mehr Überlebenden führe und deshalb hinzunehmen sei, verletzt den „individuellen grundrechtlichen Anspruch auf chancengleiche Teilhabe an den intensivmedizinischen Ressourcen ´jetzt und hier´“²³, verlangt „ein unzumutbares Sonderopfer und führt zu einer faktischen Entleerung ihrer Grundrechtspositionen“²⁴. Fateh-Moghadam/Gutmann resümieren treffend: „Der grundgesetzlich garantierte Lebensschutz ist auf das je einzelne Leben und nicht auf das Aggregatsrecht eines Kollektivs, also auch nicht auf die Zahl geretteter Leben bezogen. Der Wert eines Lebens darf nicht gegen ein anderes abgewogen und auch nicht mit mehreren anderen möglicherweise zu rettenden Leben verrechnet werden.“²⁵

Eine verfassungsgemäße Priorisierung zwischen Personen, die eine Erfolgsaussicht haben, kann deshalb ausschließlich durch Randomisierung erfolgen, also entweder nach dem Prinzip „first come – first served“ oder mittels „Losentscheid“ (der als computergestützte Randomisierung beispielsweise bei Studien längst benutzt wird). Das FbJJ schlägt hier das Vorgehen nach dem Prinzip „first come – first served“ vor, da, solange Kapazität verfügbar ist, diese zunächst zur Rettung des nächsten auf die Ressource angewiesenen Menschen genutzt werden sollte. Auch scheint eine bessere Akzeptanz dieser Lösung im Vergleich zur Auswahl per Computer wahrscheinlich.

Das bedeutet, es muss derjenige, der zuerst intensivpflichtig wurde und eine Aussicht hat, die Intensivtherapie zu überleben, behandelt werden, unabhängig von seiner Konstitution, Behinderung, Alter, Gesundheitszustand oder Gebrechlichkeit. Maßgeblicher Zeitpunkt muss hier der Eintritt der Intensivpflichtigkeit sein.

Für den Fall, dass zwei Personen zur gleichen Zeit intensivpflichtig werden, muss letztlich eine andere Art der Randomisierung gewählt werden. Aufgrund des verständlichen Widerstrebens, ein Los zu ziehen (bzw. ein Computerprogramm entscheiden zu lassen), könnte hier auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Aufnahme im Krankenhaus abgestellt werden. Jeder Patient bekäme unmittelbar bei Einlieferung eine Nummer zu-

²⁰ BGH, Urt. v. 29.6.2017, Az. 5 StR 20/16.

²¹ Armin Engländer/Till Zimmermann, „Rettungstötungen‘ in der Corona-Krise?“, NJW 2020, 1398.

²² Weyma Lübke, „Effizienter Ressourceneinsatz in einer Pandemie“ - Triage in der Pandemie, Teil 3: Welche Inhalte sollten Regelungen haben?, Hrsg. Tatjana Hörnle, Stefan Huster und Ralf Poscher, 2021

²³ Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann, aaO.

²⁴ Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann, aaO.

²⁵ Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann, aaO.

gewiesen, so dass – ausschließlich im Falle des gleichzeitigen Eintritts der Intensivpflicht – diese über die Rangfolge entscheiden würde. Eine anderweitige Randomisierung ist jedoch ebenfalls verfassungsrechtlich unbedenklich.

Nur durch Randomisierung kann die derzeit bestehende, aber auch anderweitige Diskriminierung, abgewendet werden.²⁶

Die vorgeschlagene Lösung hat nicht nur zur Folge, dass behinderte Menschen vor Benachteiligung geschützt werden, sondern beinhaltet einen allgemeinen Minderheitenschutz: Selbst im vorliegenden Entwurf verbleibt es bei einem rechtlichen Vakuum für den Fall, dass eine gleiche oder ähnliche Erfolgswahrscheinlichkeit prognostiziert wird, was zur Folge hat, dass jede Art von Auswahl für die handelnden Mediziner*innen rechtlich folgenlos bliebe, sofern ein Mensch behandelt wird, und zwar selbst dann, wenn der Auswahl offen rassistische, homophobe oder ableistische Gründe zugrunde liegen oder nach persönlichen Bindungen oder aufgrund anderweitiger Einflussnahme entschieden wird.

Bei gleich dringlicher Behandlung wird nur bei einer Priorisierung durch Randomisierung jedes Menschenleben gleichrangig behandelt und gleichrangig geschützt und so dem Auftrag des Grundgesetzes Rechnung getragen.

Der vorgelegte Gesetzentwurf lässt eine Auseinandersetzung mit dieser menschenrechtlichen und verfassungsrechtlichen Problematik jedoch – auch in der Begründung – vollständig vermissen. Andere Kriterien und Entscheidungsverfahren werden nicht thematisiert.

Im Vorgespräch zum Referentenentwurf hat das Bundesministerium für Gesundheit insoweit sinngemäß erklärt, die Rechtsauffassung zugrunde zu legen, das BVerfG habe einzig eine Entscheidung nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenschance für zulässig erklärt – andere Verfahren seien danach ausgeschlossen.²⁷ Soweit das BVerfG erklärt hat, es müsse sichergestellt sein, „dass allein nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenschance entschieden wird“²⁸, ist dies naturgemäß in Abgrenzung zu Kriterien wie dem langfristigen Überleben im Sinne einer Restlebenszeit gemeint. Auch ist demnach gerade nicht auf Faktoren wie Komorbidität oder „Gebrechlichkeit“ abzuheben, sondern es darf ausschließlich die Überlebenschance bezogen auf die Infektionserkrankung relevant sein, aufgrund derer die Triage überhaupt stattfinden muss. Das BVerfG erwähnt jedoch an keiner Stelle, dass es hier ein Abwägen verschiedener Prognosen gegeneinander für zulässig hält oder gar andere Wege der Triage Entscheidung ausgeschlossen sind. Das einzige, mit der vom BVerfG im Beschluss aufgestellten Maßgabe, jede Benachteiligung wegen einer Behinderung zu verhindern, in Einklang zu bringende Verständnis der Aussage ist demgemäß, dass es nur darauf ankommen darf, ob eine kurzfristige Überlebenschance überhaupt noch besteht. Dies ist auch die einzig verfassungskonforme Bedeutung im Sinne des Grundsatzes der Lebenswertindifferenz, den das BVerfG hier sicher im Rahmen eines obiter dictum weder abschaffen wollte noch konnte.

²⁶ zu diesem Ergebnis kam auch die breit angelegte Studie von Winsor S, Bensimon CM, Sibbald R, Anstey K, Chidwick P, Coughlin K, Cox P, Fowler R, Godkin D, Greenberg RA, Shaul RZ. „Identifying prioritization criteria to supplement critical care triage protocols for the allocation of ventilators during a pandemic influenza.“ *Healthcare Quarterly* Vol. 17 No. 2, S. 4451.

²⁷ Videokonferenz mit Staatssekretär Dr. Steffen und verschiedenen Vertretern der Behindertenselbstvertretung am 10.06.2022

²⁸ BVerfG, aaO, Rn. 123 letzter Satz.

Grund für die offenkundige Verweigerungshaltung des BMG, die chancengleiche, diskriminierungsfreie Ressourcenverteilung durch eine Zufallsentscheidung auch nur anzudenken, scheint in der weit verbreiteten Ablehnung der Methode durch die Ärzteschaft zu liegen. Wie auch in der - überwiegend nicht beeinträchtigten - Gesamtbevölkerung wird der Maxime, möglichst viele Menschenleben retten zu wollen, gefolgt, ohne die Konsequenzen im Blick zu haben. Die Augen werden vor der Folge verschlossen, dass dieses Prinzip des „survival oft the fittest“ ausschließlich zu Lasten alter und behinderter Menschen möglich ist. Diese Sichtweise ist nur bei einer Negierung des Grundsatzes der Lebenswertindifferenz überhaupt möglich. Das Bundesverfassungsgericht hatte sich bereits mit dem Spannungsfeld einer Entscheidung zwischen „möglichst viele Menschen retten“ vs. „Gleichwertigkeit jeden Lebens“ zu beschäftigen und hat völlig zu Recht den Grundsatz der Lebenswertindifferenz gestärkt.²⁹ Das BMG lässt diese grundsätzlichen, wesentlichen Fragen völlig außen vor. Es findet in der Gesetzesbegründung keinerlei Auseinandersetzung mit dieser grundlegenden verfassungsrechtlichen Thematik statt. Der Platz wurde im Gegenzug der seitenweisen Ermittlung des Erfüllungsaufwandes überlassen.

Eine Entscheidung nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit im Sinne eines Abwägens menschengemachter Prognosen ist abzulehnen. Eine solche Abwägung trägt grundsätzlich eine Diskriminierung in sich.

2. Als problematisch in den DIVI-Empfehlungen unter 3.2.1. werden durch das BVerfG gerade auch die **Komorbiditäten** angesehen, die zu einer stereotypengeleiteten schlechteren Beurteilung bei Behinderung führen können.³⁰ Kritisch wurde vom Senat auch die Pressemitteilung der DIVI zur zweiten Empfehlung vom 23.04.2020 betrachtet, soweit dort neben dem Schweregrad der aktuellen Erkrankung relevante Begleiterkrankungen mit prognostisch eingeschränkter Lebenserwartung eine wesentliche Rolle spielten.³¹

Gleichwohl lässt der vorliegende Entwurf das Kriterium der Komorbiditäten zu.

Es gelingt dem Entwurf, sich inhaltlich innerhalb von zwei Sätzen vollständig zu widersprechen: Zunächst erlaubt er die Heranziehung von Komorbidität als Kriterium zu (Art. 1 § 5c Abs. 2 Satz 2 RefE IfSG-ÄndG), was vom Verfassungsgericht als problematisch bewertet wurde. Unmittelbar anschließend proklamiert der Entwurf, dass Kriterien wie Behinderung, die verbleibende mittel- und langfristige Lebenserwartung, Gebrechlichkeit und Lebensqualität keine Ausschlussgründe im Sinne der Norm darstellen dürfen (Art. 1 § 5c Abs. 2 Satz 3 RefE IfSG-ÄndG).

Eine Abgrenzung von Komorbidität und Behinderung (welcher oftmals Komorbiditäten immanent sind) findet indes nicht statt.

Komorbiditäten dürfen bei der Feststellung der Überlebenswahrscheinlichkeit einzig dann Berücksichtigung finden, wenn sie dazu führen, dass ein Überleben der intensivmedizinischen Behandlung nach allgemeinen, für jedermann geltenden Bewertungskriterien ausgeschlossen ist und somit die Erfolgsaussicht einer Behandlung und damit die Behandlungsindikation verneint wird. Es braucht dabei klare Kriterien, die für jedermann gleichermaßen gelten und aufgrund derer festgestellt werden kann, dass eine intensivmedizinische Behandlung keinen Erfolg mehr haben kann. Es sind Werte

²⁹ BVerfG, Urteil v. 15.02.2006, Az. 1 BvR 357/05

³⁰ BVerfG, aaO, Rn. 118.

³¹ BVerfG, aaO, Rn. 119.

festzulegen, die determinieren, ob eine Intensivbehandlung noch Erfolg haben kann oder nicht. Grenzwerte, die bestimmte Parameter nicht unter- oder überschreiten dürfen. Vorerkrankungen dürfen dabei für sich genommen kein Kriterium darstellen, da ansonsten eine Benachteiligung gegeben ist. Lediglich objektive Werte, an denen sich Menschen mit Behinderung und Vorerkrankung ebenso messen lassen müssen, wie alle anderen Personen auch. Bedenklich bleibt selbst dann, dass ggf. eine Behinderung dazu geführt hat, dass diese Werte schneller erreicht/unterschritten werden. Um eine darüberhinausgehende Benachteiligung zu verhindern, ist sicherzustellen, dass die Kriterien zur Feststellung der Aussichtslosigkeit der Intensivbehandlung durch entsprechende Studien belegt und von einem breiten Konsens der Ärzteschaft getragen sind. Auch dürfen keine Parameter Verwendung finden, die ausschließlich bei bestimmten Komorbiditäten zu finden sind.

Nur in diesem engen Rahmen können Komorbiditäten indirekt durch ihre Auswirkungen diskriminierungsfrei als Kriterium herangezogen werden und dies auch lediglich, um eine Überlebenswahrscheinlichkeit als solche, nicht aber eine prozentuale Chance, festzustellen (siehe III.1.)

3. Bei der Entscheidung über die Triage soll nach dem Entwurf grundsätzlich das medizinische **Vier-Augen-Prinzip**³² gelten, das bei Vorliegen eines Dissenses zwischen beiden Intensiv-Mediziner*innen durch ein Sechs-Augen-Prinzip ergänzt wird. Da die Mediziner*innen in der Regel ähnlich sozialisiert sein werden und ihnen dieselben Lerninhalte in Bezug auf Menschen mit Behinderung fehlen, wird eine Schutzwirkung bezweifelt. Sinnvoll hätte jedoch die Idee werden können, im Falle einer Triage zu Lasten behinderter Menschen eine „weitere Person mit **Fachexpertise**“ hinzuziehen³³ (dass es sich dabei um eine ärztliche Person handeln soll, ergibt sich erst aus der Begründung³⁴). Zwar fehlt ein Mitspracherecht der betroffenen Person, welche Person hier hinzuzuziehen ist, jedoch ist der Gedanke der Hinzuziehung besonderer Expertise richtig.

Der Entwurf entwertet den Vorschlag aber sogleich dadurch, dass diese Notwendigkeit in dringenden Fällen entfallen soll.³⁵ Völlig absurd wird die Begründung, wenn sie mit dem Zeitfaktor argumentiert³⁶, da in einer Triage-Situation der Faktor Zeit grundsätzlich von wesentlichem Belang ist. Da die Grundvoraussetzung der Triage Dringlichkeit ist, wäre also der/die Expert*in nie hinzuzuziehen.

Diese Volte ist auch deshalb interessant, weil sich das BMG hier – völlig sachwidrig – auf die Entscheidung des BVerfG stützt, indem es sich auf das Diktum des Gerichts stützt, der von ihm entwickelte Schutzgedanke sollte nicht durch begrenzte sachliche und personelle Kapazitäten in sein Gegenteil verkehrt werden.³⁷

4. Sämtliche flankierenden Schutzmaßnahmen, die eine Überprüfbarkeit der Einhaltung von Vorgaben ermöglichen, fehlen. Es gibt keinen **Richtervorbehalt** – noch nicht einmal eine nachträgliche Genehmigungspflicht -, wie für wesentlich niedrigschwelligere Eingriffe existent: über Medikamentengaben, Fixierungen und selbst über ein

³² Art. 1 § 5c Abs. 3 Satz 1 RefE IfSG-ÄndG.

³³ Art. 1 § 5c Abs. 3 Satz 4 RefE IfSG-ÄndG.

³⁴ Begr. unter B. zu Absatz 3 8. Abs. (S. 21, erster Abs.) RefE IfSG-ÄndG.

³⁵ Art. 1 § 5c Abs. 3 Satz 5 RefE IfSG-ÄndG.

³⁶ Begr. unter B. zu Absatz 3 12. Abs. (S. 21, 5. Abs.) RefE IfSG-ÄndG.

³⁷ Begr. unter B. zu Absatz 3 11. Abs. (S. 21, 4. Abs.) RefE IfSG-ÄndG.

Bettgitter oder einen Bauchgurt im Rollstuhl muss eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden, während die Entscheidung über Leben und Tod hier im rechtsfreien Raum stattfinden soll.

Zudem sind keinerlei **Sanktionen** für Verstöße durch Mediziner*innen und kein **Rechtsbehelfe** (auch für Angehörige) vorgesehen.

Der Verweis auf „die allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Regelungen zur Pflichtenkollision“ in der Begründung³⁸ wird der Thematik nicht im Ansatz gerecht.

5. Zwei positive Anmerkungen sind gleichwohl zu tätigen:

Hinsichtlich der Allokationsentscheidung hebt das BMG – richtigerweise – darauf ab, dass zuvor alle personellen und materiellen Ressourcen, sowohl regional als auch überregional, ausgeschöpft worden sein müssen.³⁹ Dies kann nicht oft genug erläutert werden.

Zudem vermeidet der Entwurf ausdrücklich eine Ex-post-Triage, die das BMG ursprünglich noch vorgesehen hatte. Die offensichtliche Verfassungswidrigkeit wurde aus der Entscheidung des BVerfG wohl nun herausgelesen.

³⁸ Begr. unter B. zu Nr. 3 letzter Abs. (S. 17) RefE IfSG-ÄndG.

³⁹ Begr. unter A.I. 4. Abs. a.A. (S. 5) RefE IfSG-ÄndG.

III. Fazit

Der Entwurf in seiner Gesamtheit ist gegenüber dem bisherigen Zustand ein Nullum.

Der Gesetzgeber hat genau die Kriterien zur Entscheidung bei Ressourcenknappheit gewählt, denen eine Diskriminierung immanent ist. Wodurch Menschen mit Behinderung hier geschützt werden sollen, bleibt ein Geheimnis.

Es stellt sich die Frage, was der Normgeber damit erreichen will, kann der hier vorgesehene Gesetzestext in Anbetracht des Beschlusses des BVerfG doch auf keinen Fall verfassungsrechtlich Bestand haben.