

Stellungnahme

zu dem Referentenentwurf des
Bundesministeriums für Gesundheit für ein
Gesetz zur Änderung des
Infektionsschutzgesetzes
(Bearbeitungsstand 2.06.22
zugesandt am 14.06.22)

Generelle Einschätzung

Inhaltlich entspricht der vorliegende Gesetzentwurf in keinster Weise den Vorgaben des zugrundeliegenden Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, auch wenn das Vokabular aus dem Beschluss häufig verwendet wird. Angesichts des langen Zeitraums von fast sechs Monaten, der seit dem Beschluss mit der Maßgabe des „unverzöglichen“ Handelns vergangen ist, hätte man eine gründliche Befassung mit dem Thema unter Abwägung aller Aspekte, Vorschläge und sonstiger Implikationen sowie vorliegender Studienergebnisse erwarten können. Demgegenüber enttäuscht der Gesetzentwurf in seiner unterkomplexen Schlichtheit auf ganzer Linie. Auch um ein weiteres Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu vermeiden, raten wir deshalb dringend dazu, den vorliegenden Gesetzentwurf zurückzuziehen.

Kritikpunkte im Einzelnen

Realisierung des Benachteiligungsverbots - Fehlanzeige

Im (möglichst zu vermeidenden) Fall zu knapper überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen dürfen behinderte Menschen bei der Zuteilung nicht benachteiligt werden. Diese Forderung leitet das Bundesverfassungsgericht aus dem deutschen Grundgesetz sowie aus der UN-Behindertenrechtskonvention ab.

Der vorliegende Gesetzentwurf lässt jedoch nicht erkennen, wie der geforderte Schutz vor Benachteiligung tatsächlich erfolgen soll oder kann. Bis auf die mantraartige Wiederholung, es dürfe keine Benachteiligung geben, enthalten weder der Gesetzestext noch die Begründung entsprechende oder auch nur annähernd überzeugende Hinweise geschweige denn die angemahnten Vorkehrungen zur Nicht-Benachteiligung. Beispielsweise entbehrt die Behauptung in der Begründung, die Gefahr der Stereotypisierung werde durch die Begutachtung von zwei statt eines*r Intensivmediziner*innen reduziert, jeder Plausibilität und wird nicht durch Studien belegt.

Klärung kurzfristiger Überlebenswahrscheinlichkeit – Fehlanzeige

Es fehlt im Referentenentwurf eine Definition der kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit, obwohl das Überleben einzelner Personen von ihr abhängig gemacht wird. Außerdem wird der Vergleich von kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeiten implizit als Auswahlverfahren für die Vergabe von zu knappen Ressourcen zugelassen. Auch hier fehlt eine fachlich fundierte Begründung, denn der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts lässt sich durchaus so lesen, dass eine aktuelle kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit lediglich im Sinne einer Behandlungsindikation gegeben sein muss (RN 123) – von einem **Vergleich** der Überlebenswahrscheinlichkeiten verschiedener Personen ist hingegen nicht die Rede.

Das Bundesverfassungsgericht hat auch sehr deutlich herausgearbeitet, wie fehleranfällig jegliche Prognosen sind. Was also veranlasst das BMG, ähnlich irrtumsbehaftete Überlebenswahrscheinlichkeiten über Leben und Tod entscheiden zu lassen?

Äußerung zur Abkehr von der Lebenswertindifferenz – Fehlanzeige

Die vorgesehene Regelung zur Auswahlentscheidung bei knappen intensivmedizinischen Ressourcen stellt eine Abkehr vom bislang verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz der Lebenswertindifferenz dar. Das Leben derjenigen oder desjenigen mit der vermeintlich höheren Überlebenswahrscheinlichkeit wird gegenüber der- oder demjenigen mit der ebenso vermeintlich geringeren Überlebenswahrscheinlichkeit für rettungs- beziehungsweise erhaltenswerter erachtet.

Mit welcher Begründung findet diese Abkehr von der Lebenswertindifferenz statt? Eine Antwort auf diese Frage sucht man vergeblich. Genauso vergeblich sucht man eine ernsthafte Auseinandersetzung mit dem von Fachleuten als diskriminierungsärmste Variante erachteten Randomisierungsverfahren im Falle einer notwendigen Auswahlentscheidung.

Verfahren bei gleicher oder ähnlicher Überlebenswahrscheinlichkeit mehrerer Personen – Fehlanzeige

Genauso erfolglos bleibt die Suche nach einer Antwort auf die Frage, was bei gleicher oder ähnlicher Überlebenswahrscheinlichkeit mehrerer Personen zu tun sei. Wird dann nach Geschlecht oder Blutgruppe oder nach Sympathie oder wonach entschieden?

Abgrenzung Komorbidität von Behinderung – Fehlanzeige

Nach § 5c Abs. 2 dürfen Komorbiditäten unter bestimmten Umständen in die Klärung der kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit einbezogen werden. Da weder der Begriff der Behinderung noch der Begriff der Komorbidität im Gesetzentwurf definiert wird, bleibt die Frage offen, wie sich diese beiden Begrifflichkeiten trennscharf unterscheiden lassen. Was ist beispielsweise zu tun oder zu unterlassen, wenn gerade die Komorbidität eine Behinderung bedingt?

Begründung des Verzichts auf eine Genehmigungspflicht – Fehlanzeige

Während es bei Zwangsmaßnahmen eine richterliche Genehmigungspflicht gibt, die auch im Eilverfahren oder notfalls nachträglich erfolgen kann, ist darauf im Fall von Triage-Entscheidungen, bei denen es um nichts Geringeres als um Leben und Tod geht, verzichtet worden. Eine Begründung dafür fehlt.

Begründung des Verzichts auf eine Evaluation – Fehlanzeige

Begründet wird auch nicht, warum lediglich eine Dokumentation vorgesehen ist, und alles Weitere krankenhauses internen Regelungsmechanismen überlassen werden soll. Warum wird bei einem noch nie dagewesenen Problembereich, in dem es um Leben und Tod geht, auf eine Evaluation verzichtet? Welche Studien veranlassen das BMG zu der Annahme, dass eine minimalistische Kontrolle in Form einer Dokumentation genügt? Und wenn dem so wäre, werden dann nicht bei Zwangsmaßnahmen unnötig Ressourcen verschwendet?

Begründung des Verzichts auf Strafbarkeit – Fehlanzeige

Bei Zuteilungsentscheidungen in Triage-Situationen geht es um die Frage, wer eine Chance erhält zu überleben und wer nicht. Es werden also Todesurteile gefällt. Weshalb rechtswidriges Verhalten in dieser das höchste menschliche Gut betreffenden Frage nicht strafrechtlich geahndet wird, entbehrt auch jeder Begründung und gehört zu den irritierendsten Geheimnissen dieses Gesetzentwurfs.

Erläuterung zur Hinzuziehung einer Fachperson – Fehlanzeige

Nach § 5c Abs. 3 soll eine weitere Person mit Fachexpertise für die Behinderung oder Vorerkrankung hinzugezogen werden, wenn Menschen mit Behinderung oder Vorerkrankung betroffen sind. Darauf könne verzichtet werden, wenn es dringend ist.

Da Zuteilungsentscheidungen bei knappen intensivmedizinischen Ressourcen immer dringend sind, heißt das, dass entsprechende Fachleute nie hinzuzuziehen sind. Auf diesen Widerspruch in sich wird nirgends eingegangen.

Maßnahmen zur Vermeidung der „Triage vor der Triage“ – Fehlanzeige

In dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes wird auch auf bereits bestehende Praktiken der „Triage vor der Triage“ hingewiesen, die zur Folge haben, dass Menschen aus Alten- oder Behinderteneinrichtungen erst gar nicht ins Krankenhaus gebracht oder dort aufgenommen werden und so der Chance beraubt werden, in eine Triage-Entscheidung einbezogen zu werden.

Dem Gesetzentwurf fehlen Vorkehrungen, um solche Praktiken künftig zu vermeiden.

Ausführungen zu Fragen der Aus-, Fort- und Weiterbildung – Fehlanzeige

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss Maßnahmen in Aus-, Fort- und Weiterbildung von im Gesundheitswesen Tätigen angemahnt, um Stereotypisierungen und (un-)bewussten Vorurteilen entgegenzuwirken.

Dazu finden sich im Gesetzentwurf keine Regelungen.

Begründung der gesetzlichen Verortung – Fehlanzeige

Warum die Frage von Triage-Entscheidungen im Infektionsschutzgesetz geregelt werden soll, erschließt sich nicht unmittelbar, wird aber auch nicht begründet. Schließlich sind auch Triage-Situationen denkbar, die nicht durch eine Infektionskrankheit ausgelöst wurden.

Warum wurde beispielsweise nicht eine Verortung im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) oder im SGB V in Betracht gezogen und mit welchen Argumenten wurden diese Platzierungen verworfen?

Notwendige Erläuterungen in der Gesetzesbegründung – Fehlanzeige

Wer hofft, zumindest in der Gesetzesbegründung Antworten auf die vielen offen gebliebenen Fragen zu finden, wird enttäuscht: Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts wird wiedergegeben, der Gesetzestext wird wiederholt. Einen unerwarteten und befremdlich anmutenden Schwerpunkt der Begründung stellen jedoch die Berechnungen zum Erfüllungsaufwand dar, die immerhin 7,5 von 18 Seiten (41,67%) einnehmen. Kann es sein, dass man sich im BMG lieber mit Rechenspielen statt mit anspruchsvollen menschenrechtlich-ethischen Fragen beschäftigt?

Suche nach Gründen

Angesichts der erschreckenden Oberflächlichkeit des vorliegenden Gesetzentwurfs kommt das NETZWERK ARTIKEL 3 e.V. als Mitbegründer*in des Runden Tisch Triage vor über zwei Jahren nicht umhin, nach den Gründen für dieses Versagen zu fragen und zu suchen. Immerhin sind innerhalb der letzten gut zwei Jahre eine Vielzahl von Aufsätzen renommierter Philosoph*innen und Medizinrechtler*innen zur Triage-Thematik erschienen. Es ist kaum zu verstehen, dass diese Expertise spurlos am BMG vorbeigegangen ist und man es offensichtlich nicht einmal für nötig erachtet hat, sich in der Begründung damit auseinanderzusetzen. Oder war dazu keine Zeit mehr vorhanden, weil man soviel rechnen musste?

Bemerkenswert war in mündlichen Erörterungsrunden im Vorfeld auch die Vehemenz, mit der Randomisierungsverfahren abgelehnt und in die zwielichtige Ecke des Glückspiels gerückt wurden. Und das, obwohl eine ernstzunehmende evidenzbasierte Medizin ohne Randomisierungsverfahren undenkbar ist. Es kann doch nicht sein, dass hier eine Mischung aus Ignoranz, Arroganz und Angst vor narzistischer Kränkung eine Rolle bei der Gesetzesformulierung gespielt hat? Vorstellbar ist es schon, dass es für eine 45-jährige nichtbehinderte BMG-Beamtin

eine narzistische Kränkung bedeutet, wenn sie im Randomisierungsverfahren mit einem jungen Mann mit Down-Syndrom, einer 50-jährigen Tetraplegikerin und einem 88-jährigen Mann nur eine 25-prozentige Chance hätte, das letzte Beatmungsgerät zu bekommen. Das wäre zwar diskriminierungsfrei, aber nach dem BMG-Referentenentwurf stehen ihre Chancen deutlich besser.

Das ist jedenfalls eine nachvollziehbare Erklärung für das vorliegende Papier. Und vielleicht ist es einfach eine menschliche Überforderung, einen diskriminierungsfreien Gesetzentwurf zu verfassen, durch den die eigenen Chancen reduziert werden könnten.

Befürchtung

Es ist nun zu befürchten, dass Regelungen zu Aus-, Fort- und Weiterbildungen im aktuellen Gesetzentwurf absichtlich fehlen, um eine entsprechende Ergänzung als Entgegenkommen gegenüber der Zivilgesellschaft ausgeben zu können. Aus demselben Grund werden eventuell die Vorgaben zur Beteiligung einer Fachperson bei Menschen mit Behinderung oder Vorerkrankung entschärft.

An dem Grundproblem ändern solche kaum mehr als kosmetischen Korrekturen allerdings nichts: Das vorgesehene Auswahlverfahren ist keineswegs diskriminierungsärmer als es die vom Bundesverfassungsgericht beanstandeten DIVI-Empfehlungen waren. Woher nimmt das BMG den Optimismus, dass diese gesetzlichen Regelungen nicht vom Bundesverfassungsgericht kassiert werden? Und wenn man sich im BMG schon so gut aufs Rechnen versteht: Was wird die Steuerzahler*innen ein weiteres Triage-Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht kosten?

Vor allem aber: Welche Respektlosigkeit gegenüber der Würde und dem Leben behinderter Menschen bedeutet der vorliegende Entwurf, der Diskriminierung und Lebensgefährdung fortführt und diese nicht, wie vom höchsten deutschen Gericht gefordert, „unverzüglich“ beendet?!

Anerkennung: Frist zur Stellungnahme

Auch wenn anscheinend noch nicht verstanden worden ist, wie Partizipation im Sinne der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) umzusetzen ist (wir empfehlen die Lektüre des General Comment Nr. 7 vom Herbst 2018 zu dem Thema), haben wir erfreut zur Kenntnis genommen, dass eine Frist von über fünf Wochen für die Stellungnahmen eingeräumt wurde. Das lässt zumindest hoffen, dass nicht alle Appelle ungehört verhallen.

Anhang: Bislang weitgehend unbeantwortete Fragen aus dem Fachgespräch vom 11. Juni 2022 und dem Schreiben an den BMG-Staatssekretär Dr. Thomas Steffen vom 13. Juni 2022:

1. Wie ist der Zweck des Gesetzes umschrieben? (Einleitung fehlte)
2. Findet sich in den nicht übersandten Teilen des Gesetzes eine Definition von „kurzfristiger Überlebenswahrscheinlichkeit“ und wenn ja, wie lautet sie?
3. Sollte die „kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ nicht lediglich als das Bestehen einer Überlebenschance definiert werden, sondern vielmehr auf einen Vergleich verschiedener Überlebenswahrscheinlichkeiten abzielen: Was war der Grund für die Streichung der Ex-Post-Triage, obwohl die Überlebenswahrscheinlichkeit mit der Dauer der Behandlung sinkt?
4. Sollte die Entscheidung nach „kurzfristiger Überlebenswahrscheinlichkeit“ tatsächlich ein Abwägen von Chancen implizieren: Wie ist dies mit dem Grundsatz der Lebenswertindifferenz vereinbar bzw. wie wird eine Abkehr von diesem Grundsatz verfassungsrechtlich vertretbar begründet?
5. Die Frage danach, ob alternative Kriterien zur Überlebenswahrscheinlichkeit in Betracht gezogen wurden, wurde in der Sitzung am Freitag dahingehend beantwortet, dass Rz.123 des Bundesverfassungsurteils allein dieses Kriterium zulasse. Trifft es zu, dass das die Auffassung des Ministeriums ist?
6. Wie soll eine Priorisierung bei Personen bei gleicher oder nicht erheblicher Differenz der Überlebenswahrscheinlichkeit ablaufen?
7. Wie soll die Abgrenzung zwischen Komorbidität und Behinderung erfolgen (insbesondere wenn die Komorbidität gerade die Beeinträchtigung ist, welche zur Behinderung führt)? Wie soll hierbei eine Diskriminierung wegen Behinderung verhindert werden?
8. Ist ein Rechtsweg für Klagen gegen Zuteilungsentscheidungen vorgesehen, insbesondere ein solcher, der der extremen Eilbedürftigkeit Rechnung trägt?
9. Gibt es ansonsten Entschädigungsregelungen wie sie z.B. bei Impfschäden im IfSG vorgesehen sind?
10. Sind strafrechtliche Konsequenzen (welche?) geplant, wenn gegen Diskriminierungsverbote verstoßen wird und falls nicht, wie soll die Einhaltung der Diskriminierungsverbote sichergestellt werden?
11. Warum ist darauf verzichtet worden, eine richterliche Genehmigungspflicht der Zuteilungsentscheidungen vergleichbar den §1906 Abs 2 BGB, §1906a Abs 2 BGB oder entsprechenden Regelungen bei Zwangsmaßnahmen und Unterbringungen nach den PsychKGS der Länder zu konstituieren, die auch im Eilverfahren und äußerstenfalls ggf. nachträglich erfolgen können?
12. Welche Verfassungsrechtler*innen, Rechtsethiker*innen und Strafrechtsprofessor*innen waren an der Ausarbeitung beteiligt? Welche Vertreter*innen/Organisationen der Ärzteschaft wurden eingebunden?

Über uns

Das NETZWERK ARTIKEL 3 – Verein für Menschenrechte und Gleichstellung Behinderter e.V. ist ein bundesweit arbeitendes Netzwerk der Gleichstellungsinitiativen, das sich einer menschenrechtsorientierten Sichtweise von Behindertenpolitik verschrieben hat. So war das Netzwerk an der Erarbeitung der Gleichstellungsgesetze für behinderte Menschen auf Bundes- und Länderebene sowie der UN-BRK beteiligt. Derzeit sieht das Netzwerk seinen Schwerpunkt in der Umsetzung der UN-BRK.

Berlin, 21. Juli 2022

NETZWERK ARTIKEL 3 e.V.
mail: info@nw3.de
www.nw3.de