

## Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit - Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes

Veröffentlichungsversion / Published Version

Stellungnahme / comment

### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Deutsches Institut für Menschenrechte, Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention. (2022). *Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit - Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes*. (Stellungnahme / Deutsches Institut für Menschenrechte). Berlin. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-83102-3>

### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

### Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>



Deutsches Institut  
für Menschenrechte

Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention

## Stellungnahme

**Zum Referentenentwurf des  
Bundesministeriums für Gesundheit –  
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des  
Infektionsschutzgesetzes**

**Juli 2022**

---

## Inhalt

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

---

## 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. Aus verfassungs- und insbesondere menschenrechtlicher Sicht begegnet der Entwurf gewichtigen Bedenken.

## 3 Menschenrechtlicher Rahmen<sup>1</sup>

Die Grund- und Menschenrechte sind der Maßstab für jegliches staatliches Handeln. Die UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) 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 verfassungsrechtliche Bedeutung als Auslegungshilfe für die Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des

---

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

Grundgesetzes.<sup>2</sup> Das Grundgesetz begründet in Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 einen Auftrag an den Gesetzgeber, Menschen mit Behinderungen vor Benachteiligungen durch Dritte zu schützen.<sup>3</sup> 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 für Menschen mit Behinderungen im höheren Alter. Die Pflicht, das Recht auf Leben zu sichern, impliziert auch positive Präventivmaßnahmen im Sinne eines umfassenden Diskriminierungsschutzes.<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup> 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).<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

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

<sup>2</sup> Bundesverfassungsgericht (2020): Beschluss vom 30.12.2020, 2 BvR 1005/18, Rdnr. 40.

<sup>3</sup> Bundesverfassungsgericht (2021): Beschluss vom 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rdnr. 96ff.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> 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.

unveräußerlicher Menschenrechte sind. Dasselbe gilt für ältere Menschen. 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.<sup>8</sup> Gerade in diesen Zeiten, zu denen auch die Pandemie gehört, ist es erforderlich, dem erhöhten Risiko der Diskriminierung entgegenzutreten.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup>

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

Vor diesem Hintergrund sind die Ziele des Referentenentwurfs aus grund- und menschenrechtlicher Perspektive ausdrücklich zu begrüßen. Laut der Gesetzesbegründung soll das Verfahren über die Zuteilung von überlebenswichtigen, pandemiebedingt nicht für alle verfügbaren intensivmedizinischen

---

<sup>8</sup> 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>.

<sup>9</sup> Bundesverfassungsgericht (2021): Beschluss vom 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rdnr. 105.

<sup>10</sup> Vgl. DIMR (2020): Amicus Curiae Stellungnahme an das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1541/20.

Behandlungskapazitäten geregelt werden, um den gleichberechtigten Zugang aller intensivmedizinisch behandlungsbedürftigen Patient\*innen zu medizinischer Versorgung zu gewährleisten (S. 6).

## 4 Diskriminierungskategorien

Der Schutz vor Diskriminierung in § 5c Absatz 1 IfSG-E ist ausdrücklich zu begrüßen. Danach ist eine Benachteiligung aufgrund „einer Behinderung, der Gebrechlichkeit, des Alters, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung“ verboten. Das Institut empfiehlt jedoch, entsprechend dem grund- und menschenrechtlichen Diskriminierungsverbot auch ausdrücklich eine rassistische Benachteiligung aufzunehmen. Besonders zu begrüßen ist auch das mittelbare Diskriminierungsverbot in § 5 Absatz 2 IfSG-E, wonach „eine Behinderung, das Alter, die verbleibende mittel- oder langfristige Lebenserwartung, die Gebrechlichkeit und die Lebensqualität keine geeigneten Kriterien (sind), um die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit zu beurteilen“.

## 5 Materielle Entscheidungskriterien

### 5.1 Aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit

Das im Referentenentwurf in § 5 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 Beeinträchtigungen, Alter und Gebrechlichkeit im Gesetzestext nun ausdrücklich für unzulässig erklärt werden. Gleichwohl ist die Berücksichtigung von Komorbiditäten unter engen Umständen weiterhin möglich, 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“.<sup>11</sup> Dieses Risiko besteht nach dem Gesetzesentwurf 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. Auch 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 nicht möglich auszuschließen, dass bei einer Entscheidung

<sup>11</sup> Bundesverfassungsgericht (2021): Beschluss vom 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rdnr. 118.

subjektive Erfahrungen und Einstellungen einfließen. Die Gefahr, dass in einer zeitlich angespannten Situation unbewusste Stereotypen einfließen, ist besonders hoch, da keine Zeit für 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 Grundsatz der Lebenswertindifferenz zu vereinbaren 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.“<sup>12</sup> 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. Eine utilitaristische Sichtweise, wonach möglichst viele Menschenleben gerettet werden sollen, ist hiermit nicht zu vereinbaren. Selbst das sichere Wissen um den Tod bestimmter Menschen in sehr naher Zukunft erlaubt es nicht, das Leben anderer, die längere Lebensaussichten haben, zu priorisieren.<sup>13</sup>

Sollte gleichwohl das Kriterium der „aktuellen, kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ beibehalten werden, 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 überlebt werden kann, also nur die medizinische Indikation einer 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. Die Frage, wie die Ressourcen bei mehreren intensivpflichtigen Personen dann zuzuteilen sind, bleibt zunächst offen. 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

<sup>12</sup> Bundesverfassungsgericht (2006): Urteil vom 15.02.2002 (Luftsicherheitsgesetz), 1 BvR 357/05, Rdnr. 132.

<sup>13</sup> Bundesverfassungsgericht (2006): Urteil vom 15.02.2002 (Luftsicherheitsgesetz), 1 BvR 357/05.



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.

### 5.3 Randomisierung

Statt einer Triage-Entscheidung sind andere Möglichkeiten der Entscheidung in Betracht zu ziehen, um den Grundsatz der Lebenswertindifferenz tatsächlich zu achten. Die beste 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 Logik folgend, stellt ein am Zufallsprinzip orientiertes Verfahren eine Alternative zu einem auf medizinischen Wahrscheinlichkeitsprognosen gründenden Triage-System für die Zuteilung von knappen Ressourcen dar, weil sie das Risiko einer Nicht-Behandlung 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 den Anspruch des Menschen 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“.<sup>14</sup>

Das Losverfahren bietet in komplexen Situationen eine gerechte Entscheidungsmöglichkeit. Im Losverfahren wird die Entscheidung per Zufall herbeigeführt und 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. Dies entlastet auch die entscheidenden Ärzt\*innen und gibt ihnen Rechtssicherheit.

---

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

## 6 Verfahrenssicherungen

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

Für den Fall, dass der Gesetzgeber dennoch die „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ als materielles Entscheidungskriterium beibehält, was menschenrechtlich höchst problematisch ist und starke Diskriminierungsrisiken birgt, 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. Insbesondere für den Fall, dass 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 Monitoring-Stelle empfiehlt, der fachkundigen dritten Person nach § 5 c Absatz 3 Satz 4 IfSG-E ein Mitbestimmungsrecht einzuräumen und die für den Fall der Dringlichkeit in § 5 c Abs. 3 Satz 5 IfSG-E vorgesehene Ausnahme zu streichen.

**Begründung:** Im gegenwärtigen Referentenentwurf 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 Abs. 3 Satz 4 IfSG-E eine fachkundige dritte Person hinzugezogen werden muss, wenn Menschen mit einer Beeinträchtigung oder Vorerkrankung von der Zuteilungsentscheidung betroffen sind. 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 diese Person auch tatsächlich ein Mitbestimmungsrecht bei der Entscheidung hat.

Äußerst problematisch ist die im Referentenentwurf vorgesehene Ausnahme für den Fall der Dringlichkeit. Es ist zu erwarten, dass in den meisten Fällen Dringlichkeit gegeben sein wird und damit die Vorschrift kaum zur Anwendung kommen würde. In diesen Fällen würden zwei Ärzt\*innen mit gleicher Sozialisation doch wieder allein entscheiden, ohne dass sich behinderungsspezifische oder geriatrische Fachexpertise in der Entscheidung niederschlägt. Gerade in einer Stresssituation wird es kaum gelingen, noch dazu ohne dritte Meinung einer\*s Expert\*in, unbewusste Diskriminierungsrisiken zu reflektieren.

## 6.2 Dokumentations- und Meldepflicht für Überprüfung durch externe Prüfstelle

### 6.2.1 Dokumentations- und Meldepflicht

**Empfehlung:** Die Monitoring-Stelle empfiehlt, die Dokumentations- und Berichtspflichten zu erweitern. Um die Einhaltung der Dokumentations- und Meldepflicht sicherzustellen, wird angeregt, ordnungsrechtliche Sanktionen einzuführen.

**Begründung:** Zu begrüßen ist zunächst, dass die bestehende Dokumentationspflicht um die Darstellung der maßgeblichen Umstände für die getroffene Entscheidung erweitert werden soll. Dies beinhaltet insbesondere auch den Patientenwillen, die Indikation sowie die Dringlichkeit und die klinische Erfolgsaussicht der intensivmedizinischen Versorgung beziehungsweise deren Nichtvorliegen (S. 21). Dazu sollten noch weitere Informationen aufgenommen werden, namentlich die wesentlichen Parameter der übrigen Personen, die in die Auswahlentscheidung mit aufgenommen wurden. Hierbei sind unter anderem auch die möglichen Diskriminierungsmerkmale, 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:** Die Monitoring-Stelle empfiehlt, eine externe und unabhängige Prüfstelle einzurichten. 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 Abs. 3 UN-BRK unter Einbeziehung der verschiedenen Stakeholder, einschließlich von Menschen mit Behinderungen und älterer Menschen, erfolgen. Hierfür ist ein entsprechendes Gremium einzurichten.

### 6.3 Verfahrensanweisungen der Krankenhäuser

**Empfehlung:** Die Monitoring-Stelle empfiehlt, die Verfahrensanweisungen der Krankenhäuser ebenfalls zentral bei der unabhängigen Prüfstelle zu sammeln und § 5 c) Absatz 5 IfSG-E um eine entsprechende Übermittlungs- und Auskunftspflicht zu ergänzen.

**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 Verfahrensanweisungen sollten 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 Barrierefreie Kommunikation

**Empfehlung:** Die Monitoring-Stelle empfiehlt, die Krankenhäuser zu verpflichten, 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 Kommunikation<sup>15</sup> 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.

---

<sup>15</sup> 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.

## 8 Medizinische Aus- und Fortbildung

**Empfehlung:** Die Monitoring-Stelle empfiehlt, neben behinderungsspezifischen und altersspezifischen Besonderheiten auch Barrierefreiheit, Diskriminierungsschutz und das menschenrechtliche Verständnis von Behinderung in die medizinischen Ausbildungscurricula aufzunehmen.

**Begründung:** Im Gesetzesentwurf wird zum Ausdruck gebracht, dass das Gespräch mit der Bundesärztekammer gesucht werden wird, um die Ausbildungsinhalte um behinderten- sowie altersspezifische Besonderheiten zu ergänzen. Auch soll die Vorgehensweise in den Fällen der pandemiebedingt nicht ausreichenden Behandlungskapazitäten zeitnah vermittelt werden (S.6). Dies ist zu begrüßen. Mangelnde behinderungsspezifische Kenntnisse und die unzureichende Sensibilisierung des medizinischen und pflegenden Gesundheitspersonals bergen ein großes Diskriminierungsrisiko. Das Bundesverfassungsgericht nennt dementsprechend als Maßnahme des Diskriminierungsschutzes „spezifische (...) Vorgaben für die Aus- und Weiterbildung in der Medizin und Pflege und insbesondere des intensivmedizinischen Personals, um auf die Vermeidung von Benachteiligungen wegen Behinderung in einer Triage-Situation hinzuwirken (vgl. Art. 4 Abs. 1 Satz 2i BRK)<sup>16</sup>. Daher ist es erforderlich, dass an die Stelle von Absichtserklärungen im Rahmen des vorliegenden Gesetzgebungsverfahrens konkrete Schritte eingeleitet werden, etwa indem der vorliegende Entwurf als Artikelgesetz sogleich die Ausbildungsaspekte mit aufnimmt. Dies ist dringend erforderlich, um das Diskriminierungsrisiko in allen Stadien der medizinischen Behandlung zu verringern und sich auch mit unbewussten Stereotypen auseinanderzusetzen. Neben „behinderungsspezifischen Besonderheiten“ sollten auch altersspezifische Besonderheiten 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. Hierfür wird angeregt, die Approbationsordnung (ÄApprO) und die Regelungen für Pflegeberufe entsprechend zu ändern. Bezüglich der Erstausbildung der Ärzt\*innen sollte der Bund unmittelbar tätig werden. Die Ergänzung der Inhalte der Fort- und Weiterbildung der Ärzt\*innen und der Aus-, Fort- und Weiterbildung der weiteren medizinischen Berufe ist von den Bundesländern zu regeln, das Bundesverfassungsgericht hat insoweit den Gesetzgeber adressiert – also die nach der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung jeweils zuständige gesetzgebende Institution im Bund bzw. in den Ländern; ein entsprechender Hinweis auf die Schutzpflicht der Länder sollte in die Gesetzesbegründung mit aufgenommen werden. 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, sind sie gemäß Artikel 4 Absatz 3 UN-BRK wirksam und vollumfänglich zu beteiligen.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Bundesverfassungsgericht (2021): Beschluss vom 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, Rdnr. 128.

<sup>17</sup> Siehe: 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.

## 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

LIZENZ: Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0)  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>  
Juli 2022

## 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.