



Bochumer Zentrum für Disability Studies
Evangelische Hochschule Rheinland-Westfalen-Lippe
Immanuel-Kant-Straße 18-20, 44803 Bochum
Kontakt: Prof. Dr. Theresia Degener, degener@evh-bochum.de

Deutscher Bundestag Ausschuss f. Gesundheit
Ausschussdrucksache 20(14)60(25) gel. VB zur öffent. Anh. am 19.10.2022 - IfSG 18.10.2022

Bochum, den 17.10.2022

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung Drs. 20/3877 „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutz- gesetzes vom 10.10.2022“

Das Bochumer Zentrum für Disability Studies (BODYS) wurde im Juni 2015 gegründet und ist eine Forschungseinrichtung der Evangelischen Hochschule Rheinland-Westfalen-Lippe. BODYS ist ein Institut, das Disability Studies als inter-, multi- und transdisziplinäre theoretische Grundlage für die UN-Behindertenrechtskonvention (UN BRK) versteht. Ihre Implikationen für Theorie und Praxis, für die Behindertenhilfe und für die Gesellschaft insgesamt sind zentraler Forschungsgegenstand. BODYS bietet den Rahmen für menschenrechtsorientierte, partizipative und internationale Forschung und Lehre. Die Leiterin Prof. Dr. Theresia Degener war an der Entstehung der UN BRK als Beraterin der Bundesregierung beteiligt und gehörte von 2011 bis 2018 dem Ausschuss der Vereinten Nationen für die Rechte von behinderten Menschen (UN BRK-Fachausschuss) zuletzt als Vorsitzende an. Der Beirat von BODYS setzt sich aus Professor*innen und Mitgliedern der Hochschule sowie Vertreter*innen der Politik und Praxis zusammen.

BODYS hat im April 2020 die Stellungnahme „Inklusion in Zeiten der Katastrophen-Medizin“ als Beitrag zur Triage-Debatte veröffentlicht.¹ Zudem hat BODYS zur Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1541/20 gem. § 27a BVerfGG Stellung genommen und sich für eine gesetzliche Grundlage ausgesprochen, die dem in der UN BRK verankerten Menschenrechtsmodell von Behinderung entspricht.²

Als Leiterinnen von BODYS begrüßen wir die Initiative des BGM, nun zügig eine legislative Umsetzung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts 1 BvR 1541/20 einzuleiten. BODYS hat in seiner [Pressemitteilung](#) vom 04.05.2022 dazu aufgerufen, noch vor der zu erwartenden neuen Corona-Welle im Herbst 2022 eine gesetzliche Regelung zu treffen. Auf den im Juni 2022 vorgelegten Referentenentwurf des BMG haben wir in unserer Stellungnahme vom 18.07.2022 mit [eigenen Gesetzesvorschlägen für eine menschenrechtsbasierte Regelung von Triagesituationen in der Coronapandemie](#) reagiert.

¹ BODYS, Inklusion in Zeiten der Katastrophen-Medizin, Stellungnahme vom 14.4.2020, online: <https://www.bodys-wissen.de/bodys-publikationen.html> (Aufruf: 10.12.2020).

² BODYS, Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde Triage vom 15.12.2021, online: <http://cto4.bodys-wissen.de/beitrag-anzeigen/bodys-stellungnahme-zur-verfassungsbeschwerde-triage.html> (Aufruf: 28.6.2022).



An dem nun vorliegenden Gesetzentwurf begrüßen wir das ausdrückliche Verbot der Diskriminierung bei Zuteilungsentscheidungen gem. Art. 1 Ziff. 3 des Gesetzentwurfes. Die Orientierung an dem offenen Katalog der Diskriminierungsgründe aus dieser Vorschrift ergänzt um das Kriterium der „Gebrechlichkeit“ und unter Auslassung des problematischen Begriffs der „Rasse“ begrüßen wir ebenfalls.

Auch die explizite Herausnahme der Ex-post-Triage aus den zu regelnden Zuteilungsentscheidungen (neu einzufügender § 5c Abs. 2 S. 4) halten wir für eine Verbesserung des Gesetzentwurfes. Wie wir der Presse entnehmen konnten, war eine Entkriminalisierung der Ex-post-Triage im Vorgängerentwurf vorgesehen. Der damit verbundene Tabubruch mit dem lebenswertindifferenten Tötungsverbot des Strafgesetzbuches wäre fatal.

Der vorliegende Gesetzentwurf stellt gegenüber den Leitlinien und Orientierungshilfen von DIVI und Bundesärztekammer, wie sie der Entscheidung des BVerfG zugrundelagen, insofern eine Verbesserung dar, als dass die Kriterien für Zuteilungsentscheidungen enger gefasst wurden. Die „Gebrechlichkeit“ der zu behandelnden Person darf für die Zuteilungsentscheidung nicht mehr berücksichtigt werden.

Es bleiben jedoch erhebliche und grundsätzliche Bedenken:

1. Diskriminierungsgefahr durch das Kriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“

Das Kriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ öffnet (weiterhin) die Tür für (mittelbar) diskriminierende Entscheidungen. Denn behinderte Personen haben aufgrund ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung, ihres Lebensalters und/oder ihrer strukturellen Benachteiligung im Gesundheitswesen häufig eine tatsächliche oder vermeintlich geringere Überlebenswahrscheinlichkeit. Damit werden sie bei den Zuteilungsentscheidungen in Triage-Situationen immer und zwar wegen ihrer Behinderung (die neben anderem durch die Beeinträchtigung konstituiert wird) benachteiligt. Das Kriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ ist sachlich deshalb nicht gerechtfertigt, wenn es um Entscheidungen über Leben und Tod geht. Das gebietet der verfassungsrechtliche Grundsatz der Lebenswertindifferenz. Für die Zuteilungsentscheidung kann daher nur entscheidend sein, ob die Behandlung einen erkennbaren und erwartbaren Nutzen hat, also im Sinne der medizinischen Indikation das Überleben der Patientin oder des Patienten ermöglicht. Denn nur eine aussichtslose Behandlung kann die Verweigerung lebenserhaltender Maßnahmen aus menschenrechtlicher Perspektive rechtfertigen. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit als zulässiges Zuteilungskriterium³ müssen insoweit als *obiter dictum* charakterisiert werden, die nicht den gem. § 31 Abs. 1

³ Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 1541/20, Beschl. v. 16.12.2021. RZ 116,188,123.



BVerfGG bindenden Tenor tragen.⁴ Als „nebenbei Gesagtes“ kann daraus allenfalls die Rechtsmeinung abgeleitet werden, dass das Kriterium prinzipiell bei Allokationsentscheidungen zugelassen werden kann. Im konkreten Fall der Triage-Entscheidung in der Corona-Pandemie ist das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht im Sinne von „Aussichtslosigkeit“ hingegen restriktiv auszulegen. Anderenfalls können der tragende Tenor der Entscheidung, namentlich das „Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung wegen Behinderung“⁵, und der „Auftrag, Menschen wirksam vor Benachteiligung wegen ihrer Behinderung auch durch Dritte zu schützen“⁶, nicht umgesetzt werden. Auch die Verweise auf die „Situationen struktureller Ungleichheit“ sowie der dem Gesetzgeber eingeräumte „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum“⁷ stützen die o.g. restriktive Auslegung. Denn „entscheidend ist, dass er hinreichend wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung wegen Behinderung bewirkt.“⁸ Berücksichtigt man die strukturelle Benachteiligung behinderter Menschen im (deutschen) Gesundheitswesen⁹ und die nicht selten vorherrschenden diskriminierenden Stereotypisierungen, die auch beim medizinischen Personal in diesen Situationen vorherrschen können, wird deutlich, dass der vorliegende Gesetzentwurf keinen hinreichenden Schutz vor Diskriminierung bietet. Dazu folgende weitere Kritikpunkte:

- Problematisch ist deshalb auch, dass Komorbiditäten berücksichtigt werden dürfen, um kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit zu beurteilen (neu einzufügender § 5c Abs. 2 S. 2), und diese nicht von Behinderung abgegrenzt werden.
- Ungeklärt ist vor allem, was gilt, wenn zwei oder mehrere Personen mit gleicher oder nur geringfügig voneinander abweichender Überlebenswahrscheinlichkeit um intensivmedizinische Ressourcen konkurrieren – eine Konstellation, die für den Fall einer Triage eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich sein wird. Wenn in diesen Fällen das Randomisierungsprinzip gelten soll (im Sinne von *1. Wer war zuerst da?* und *2. Für wen entscheidet der Zufall?*), dann stellt sich die Frage, warum dieses nicht im Gesetzentwurf ausdrücklich geregelt wird. Nur das würde medizinischem Personal Rechtssicherheit und zugleich den verfassungsrechtlichen und menschenrechtlichen Vorgaben hinreichend Geltung verschaffen. Denn Lebenswertindifferenz und Diskriminierungsverbot gebieten nichts Anderes, als dass in Triage-Entscheidungen strikt formale Kriterien gelten. So schwierig die Akzeptanz des Randomisierungsprinzips bei Entscheidungen über Leben und Tod ist, so klar ist aber auch, dass es den einzig wirksamen Diskriminierungsschutz für behinderte und alte Menschen sicherstellen kann.

⁴ So auch *Gutmann / Fateh-Moghadam*, ZRP 2022/5 (in Druck).

⁵ Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 1541/20, Beschl. v. 16.12.2021., Leitsatz 1.

⁶ Ebd.

⁷ Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 1541/20, Beschl. v. 16.12.2021 LS 2 S 2.

⁸ *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvR 1541/20, Beschl. v. 16.12.2021 LS 3 S 1.

⁹ *Pärli/Naguib*, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, Dezember 2012; Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen 2021, *Deutscher Bundestag*, Drs. 19/27890 (9.3.2021); *World Health Organization*, World report on disability, 2011, 57 ff.



2. Effektiver Rechtsschutz gegen Diskriminierung setzt Rechtsschutzmöglichkeiten und ein klares strafrechtliches Verbot der Ex-post-Triage voraus

Für einen wirksamen Schutz gegen Diskriminierung wäre außerdem eine Klarstellung erforderlich, dass § 630 a BGB (Behandlungsvertrag) schuldrechtlicher Vertrag iSd § 19 Abs. 1 Ziff. 1 AGG ist. Dann wären bei Verletzungen des Diskriminierungsverbots auch die Rechtsmittel der Beseitigungs-, Unterlassens- und Schadensersatzklagen gem. § 21 AGG eröffnet. Effektiver Rechtsschutz gegen Diskriminierung setzt eben solche Rechtsschutzmöglichkeiten voraus. Verträge gem. § 19 Abs. 1 AGG sind solche, die als Massen- oder Quasi-Massengeschäfte anzusehen sind, d.h. in der Gesetzesdefinition Verträge, die „typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“¹⁰. Daran wird wg. des zwischen Arzt und Patient notwendigen Vertrauensverhältnisses häufig gezweifelt. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Anwendbarkeit des AGG offengelassen.¹¹ Mit dem Kammergericht Berlin¹² und der Antidiskriminierungsstelle des Bundes¹³ ist jedoch darauf abzustellen, dass der Behandlungsvertrag ärztlichen Qualitätsstandards genügen muss und in der Öffentlichkeit allgemein angeboten wird.¹⁴ Deshalb ist er als Quasi-Massenvertrag iSd § 19 Abs. 1 AGG einzustufen. Nach dem gegenwärtigen Gesetzentwurf werden als Sanktionen gegen das Diskriminierungsverbot bei Zuteilungsentscheidungen und bei Verstößen gg. die Verfahrensweisen (Mehraugenprinzip und Dokumentationspflichten) (Art. 1 Ziff. 3 § 5c Abs. 1, 3 und 4 Gesetzentwurf) lediglich berufsrechtliche Folgen wie etwa der Entzug der Approbation vorgesehen.¹⁵ Damit wird das im Gesetzentwurf vorgesehene Diskriminierungsverbot zur lediglich formalen rein objektiven Rechtsnorm. Bei der hier anstehenden Schaffung eines Diskriminierungsschutzes zur Vermeidung der Gefahr des Angriffs auf die Menschenwürde und der Gefahr für hochrangig grundrechtlich geschützte Rechtsgüter, wie das Leben, oder Situationen struktureller Ungleichheit bedarf es eines subjektiv-rechtlichen Diskriminierungsverbots, das den Verletzten eigenständige Rechtsmittel gewährt.

Des Weiteren wäre eine Klarstellung des strafrechtlichen Verbots der sogenannten Ex-post-Triage nötig, um Rechtssicherheit für medizinisches Personal und Patient*innen zu schaffen. Zwar gehört die Ansicht der Strafbarkeit der Ex-post-Triage zur gegenwärtigen herrschenden

¹⁰ § 19 Abs. 1 Nr.1 AGG.

¹¹ *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvR 1541/20, *Beschl. v. 16.12.2021*, Rz 124.

¹² *KG Berlin*, Hinweisbeschluss vom 12.02.2018 – 20 U 160/16 Rn. 15, juris.

¹³ *Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, *ads standpunkte* – Nr. 01 – 09/2020, 2020, 2.

¹⁴ Für eine Anwendbarkeit des AGG auch *Welti*, *www.reha-recht.de* 2016, 1 (6); *Katzenmeier*, BeckOK BGB | BGB § 630a Rn. 40-44 - beck-online.

¹⁵ *Gesetzentwurf Drs 20/3877*, 18.



Meinung in der deutschen Rechtswissenschaft,¹⁶ jedoch werden die Stimmen lauter, die die gegenteilige Ansicht vertreten.¹⁷ Selbst der Deutsche Ethikrat hatte in seiner Ad-hoc-Empfehlung im März 2020 vertreten, die Ex-post-Triage sei zwar „objektiv nicht“ „rechtens“, jedoch für den Fall „einer möglichen (straf-)rechtlichen Aufarbeitung des Geschehens“ die „entschuldigende[...] Nachsicht der Rechtsordnung“ in Aussicht gestellt, wenn fachmedizinische Kriterien befolgt würden.¹⁸ Diese Kriterien waren jedoch Gegenstand des Triage-Beschlusses des BVerfG und wurden als verfassungsrechtlich nicht haltbar eingestuft. Daraus ergibt sich ein Bedarf an gesetzlicher Klarstellung, denn die Richtlinien „leiten Ärztinnen und Ärzte zu strafbaren Handlungen an.“¹⁹

Außerdem wird angeregt, für Manipulationen der Zuteilungsentscheidungen strafrechtliche Sanktionierungen im InfSG aufzunehmen, vergleichbar mit den neu geschaffenen strafrechtlichen Normen gem. § 19 Abs. 2a TPG bei Wartelistenmanipulationen, denn es geht um Leben und Tod. Außerdem sollte es für Opfer der Triage bzw. deren Hinterbliebene einen Entschädigungsanspruch im InfSG geben, denn sie erbringen, wie Opfer von Impfschäden, ein Sonderopfer für die Gemeinschaft (vgl. § 56 ff IfSG).

3. Der „Triage vor der Triage“ strukturell entgegenwirken

Es fehlt außerdem ein gesetzlicher Auftrag an die Krankenhäuser, der sogenannten „Triage vor der Triage“ strukturell entgegenzuwirken, etwa durch geeignete Richtlinien bzw. Empfehlungen, die vom gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) zusammen mit den Interessenvertretungen des betroffenen Patienten*innenkreises entwickelt und sodann vom G-BA verabschiedet werden könnten. Weitere konkrete Reformmaßnahmen können dem Dritten Teilhabebericht der Bundesregierung entnommen werden.²⁰ Auf das Problem der strukturellen Benachteiligung im Gesundheitswesen, von der insbesondere behinderte und alte Menschen betroffen sind, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Triage-Beschluss mehrfach hingewiesen.²¹ Auch diesbezüglich gilt der Auftrag an den Gesetzgeber, für einen wirksamen Diskriminierungsschutz behinderter Menschen Sorge zu tragen.

4. Menschenrechtsbasierte Schulung des medizinischen Personals verankern

Im Gesetzentwurf fehlt zudem eine menschenrechtsbasierte Schulung des medizinischen Personals im Sinne der Art. 8 und 25 UN BRK. Denn das Risiko der Diskriminierung behinderter

¹⁶ *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398; *Fateh-Moghadam/Gutmann*; *Gelinsky*, Triage-Empfehlungen grenzüberschreitend betrachtet, 2020; *Lipp*, in: *Laufs/ Katzenmeier/ Lipp*, 2021, 29; *Lindner*, MedR 220, 723 ff (723 ff).

¹⁷ *Hörnle*, in: *Hörnle/Huster/Poscher*, 2021, 149 ff.

¹⁸ *Deutscher Ethikrat*, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, 27. März 2020, 4.

¹⁹ *Fateh-Moghadam/Gutmann*, in: *Hörnle/Huster/Poscher*, 2021, 333.

²⁰ Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen 2021, *Deutscher Bundestag*, Drs. 19/27890 (9.3.2021), 410 (547 ff).

²¹ *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvR 1541/20, Beschl. v. 16.12.2021 LS 2; RZ 52, 97, 124.



(und alter) Menschen bei der Inanspruchnahme der ambulanten und stationären Gesundheitsversorgung resultiert auch aus „mangelndem Fachwissen und unzureichender Sensibilisierung des medizinischen Personals“, aus „unbewusster Stereotypisierung behinderter Menschen“ sowie aus einem defizitorientierten „medizinischen Blick auf Behinderung“, was in der medizinischen Ausbildung bislang kaum bearbeitet wird. Auf diese strukturellen Bedingungen des Diskriminierungsrisikos nimmt das Bundesverfassungsgericht unter Verweis auf Forschungsergebnisse der Antidiskriminierungsstelle, der Düsseldorfer Erklärung der Behindertenbeauftragten von Bund und Ländern 2019 sowie auf Stellungnahmen der Sachverständigen als Beispiele für strukturelle Benachteiligungen behinderter Menschen bei der Gesundheitsversorgung Bezug.²² Anschaulich hat das Deutsche Institut für Menschenrechte in seiner Pressemitteilung vom 11.5.2022 die Problemlage verdeutlicht: „So taugt ein Vier- oder auch Sechs-Augen-Prinzip dann nicht zur Verhinderung unbewusst diskriminierender Entscheidungen, wenn es sich um zwei oder drei Intensivmedizinerinnen und Intensivmediziner mit gleicher Sozialisation und in der Regel auch dem gleichen medizinischen, defizitorientierten Blick auf Behinderungen und höheres Alter handelt, die gemeinsam die Entscheidung treffen.“²³

Wenn auch nicht erwartet werden kann, dass mit dem vorliegenden Gesetzentwurf alle Weichenstellungen für ein inklusives menschenrechtsbasiertes Gesundheitssystem vorgenommen werden können, so ist doch der Tenor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eindeutig: Der Gesetzgeber muss unverzüglich ein Gesetz für diskriminierungsfreie Zuteilungsentscheidungen in Triagesituationen vorlegen. Ausdrücklich heißt es in den Entscheidungsgründen: „Für einen wirksamen Schutz vor Diskriminierungsrisiken bei Entscheidungen über Leben und Tod reicht es auch nicht, dass die Musterweiterbildungsordnung 2018 der Bundesärztekammer den Erwerb von behandlungsbezogenen Kenntnissen zu den ‚Besonderheiten bei der Betreuung von Menschen mit Behinderung‘ einbezieht.“²⁴ Insofern gebietet sich die Aufnahme entsprechender Ausbildungsziele in die entsprechenden Ausbildungsordnungen. Als Ziel der ärztlichen Ausbildung könnte z. B. neben dem bereits existierenden Ziel der „Fähigkeit zur Beachtung der gesundheitsökonomischen Auswirkungen ärztlichen Handelns“²⁵ **das Ziel**

„die für das ärztliche Handeln erforderlichen allgemeinen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten im Umgang mit vulnerablen Menschen und deren Diskriminierungsrisiken“

in § 1 Abs. 1 S. 4 der Ärztlichen Approbationsordnung aufgenommen werden.

Damit würde die Pandemie-Katastrophe zum Anlass genommen, eine bessere Welt nach der Pandemie zu initiieren, ganz im Sinne des „build back better“-Prinzips, das Bestandteil der

²² Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 1541/20, Beschl. v. 16.12.2021., Rz 113.

²³ DIMR, Gesetzentwurf Triage - Regelungsvorschläge menschenrechtlich bedenklich, 11.05.2022.

²⁴ Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 1541/20, Beschl. v. 16.12.2021, Rz 125.

²⁵ § 1 Abs. 1 S. 4 Approbationsordnung für Ärzte ÄApprO 2002.



Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung ist,²⁶ auf die sich auch der vorliegende Gesetzentwurf bezieht.²⁷ Die vorgeschlagene Ergänzung könnte wiederum den Anstoß für weitere gesetzliche und politische Maßnahmen zur Schaffung einer inklusiven Gesundheitsversorgung geben.

5. Regelung zum Verfahren und zur Evaluation

Schließlich fehlen im Gesetzentwurf klare Vorgaben zur Dokumentation von Behandlungs- und Zuteilungsentscheidungen sowie eine dem § 5 Abs. 9 IFSG vergleichbare Vorschrift zur Evaluation der Triage-Regelungen. Das ist angesichts der Tatsache, dass mit weiteren Katastrophen und dadurch bedingten Knappheitssituationen zu rechnen ist, von erheblicher Bedeutung.

Insgesamt berücksichtigt der vorliegende Gesetzentwurf die Vorgaben des Triage-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts nicht hinreichend, da er den Risiken der mittelbaren und strukturellen Diskriminierung behinderter Menschen nicht wirksam genug vorbeugt. Hierzu ist die Legislative jedoch nach Art. 3 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG iVm Art. 4 Abs. 1 Ziff.1,2 und 4, Art. 5 UN BRK verpflichtet.

Auf erneute eigene Gesetzesvorschläge wird unter Verweis auf die [Gesetzesvorschläge des Runden Tisch Triage vom 10.09.2022](#) verzichtet.

Prof. Dr. Theresia Degener & Prof. Dr. Kathrin Römisch
(Leiterinnen BODYS)

²⁶ *Die Bundesregierung*, Die deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Kabinettsbeschluss vom 10. März 2021, 142.

²⁷ *BMG*. Referentenentwurf des BMG zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes, 7.