



ZdK

Zentralkomitee
der deutschen Katholiken

Stellungnahme des Zentralkomitees der deutschen Katholiken
zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit für ein
Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes

Kontakt:

Zentralkomitee der deutschen Katholiken (ZdK e.V.)

Claudia Gawrich

AG Kirche und Gesellschaft, Abteilungsleiterin

Schönhauser Allee 182

10119 Berlin

Telefon: +49 (0) 30 166 380-610

e-Mail: claudia.gawrich@zdk.de

Das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) hat einen **Referentenentwurf zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes** zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Dezember 2021 zu „Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage“ (Az. 1 BvR 1541/20) vorgelegt. Hintergrund ist eine Verfassungsbeschwerde mehrerer behinderter Personen, die befürchten, dass sie bei der Verteilung knapper intensivmedizinischer Ressourcen aufgrund einer Behinderung benachteiligt werden. Das Bundesverfassungsgericht stellt fest, dass der Gesetzgeber entsprechend der aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG resultierenden Schutzpflicht dafür Sorge zu tragen hat, eine Benachteiligung aufgrund einer Behinderung wirksam zu verhindern und dem durch geeignete Vorkehrungen nachzukommen (BVerfGE, RN 130). Dabei ist aber den Schutzpflichten für das Leben und die Gesundheit anderer Patientinnen und Patienten gleichermaßen Rechnung zu tragen. (BVerfGE, RN 127).

Das Zentralkomitee der deutschen Katholiken (ZdK) begrüßt, dass das Bundesgesundheitsministerium mit dem vorliegenden Entwurf eine gesetzliche Regelung zur Zuteilung knapper überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen anstrebt und bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Inhaltlich wurden sie entwickelt von der ZdK-Ad hoc-Arbeitsgruppe „Triage“, die unter Federführung von Prof. Dr. Andreas Lob-Hüdepohl über ethische, juristische, medizinische sowie praktische Fragestellungen intensiv beraten hat.

1. Grundsätzliche Bewertung

Für die Bewertung des Entwurfes ist die Frage zentral, ob das Gesetz einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung aufgrund einer Behinderung bieten kann (siehe Leitsatz 3 BVerfGE). Die ZdK Ad hoc-Arbeitsgruppe identifiziert in der aktuellen Fassung des Entwurfs nach wie vor folgende bedenkliche Punkte:

Anknüpfend an die Entscheidung des BVerfG fokussiert der Entwurf vorrangig auf Diskriminierungsrisiken von Menschen mit Behinderungen. Es ist zu begrüßen, dass er darüber hinaus weitere Diskriminierungsrisiken wie Gebrechlichkeit oder Alter erfasst. Zu betonen ist jedoch, dass der Kriterienkatalog noch nachgeschärft werden muss, um Diskriminierungsrisiken für weitere Personengruppen zu erfassen und – der Logik des BVerfG folgend – zu verhindern.

Dem Referentenentwurf zufolge soll die Entscheidung über die Zuteilung knapper intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten nur aufgrund der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ (§ 5 c Abs. 2 Satz 1 IfSchG-E) von Patientinnen und Patienten getroffen werden. Damit fiel das bislang unbestrittene Kriterium der „Dringlichkeit“ ersatzlos weg, was bisherige Priorisierungsgrundsätze auf den Kopf stellt und die Gefahr von Fehleinschätzungen birgt.

Als positiv ist zu betrachten, dass der Referentenentwurf ausdrücklich die „Ex-Post-Triage“, also „bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten (...) von der Zuteilungsentscheidung“ ausnimmt (§ 5 c Absatz 2 Satz 4 IfSchG-E). Dies muss der Gesetzgeber jedoch noch deutlicher benennen und darauf hinwirken, dass davon abweichende Positionen - wie sie etwa die S 1-Leitlinie der DIVI auch in ihrer neuesten Fassung enthält - keinerlei Beachtung mehr finden.

2. Kritische Punkte: Personengruppen, Zuteilungskriterien, „Ex-Post-Triage“

Die aus Sicht des ZdK drei kritischen Punkte werden im Folgenden ausführlicher reflektiert:

2.1 Kreis der von (struktureller) Benachteiligung bedrohten Personengruppen

Der Beschluss des BVerfG fokussiert auf die drohende Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen. Damit folgt das BVerfG konsequenterweise den Verfassungsbeschwerden, die ausschließlich auf Diskriminierungsrisiken für Menschen mit Behinderungserfahrungen fokussieren. Gleichwohl herrscht in (fach-)öffentlichen Diskussionen weitgehend Einigkeit, dass Zuteilungsentscheidungen über knappe Mittel auch Diskriminierungsrisiken für weitere Personengruppen bergen, die etwa auf Grund ihres Alters, ihrer Vorerkrankungen oder ihres sozioökonomischen und soziokulturellen Status (z.B. Wohnungslose, Menschen mit Migrationserfahrungen usw.) von Benachteiligung und Exklusion bedroht sind. Insofern muss eine gesetzliche Regelung – der Logik des BVerfG folgend – auch diese Diskriminierungsrisiken erfassen. Der vorliegende Referentenentwurf folgt dieser Auffassung im Grundsatz und nennt neben einer Behinderung auch mögliche Diskriminierungsgefahren „wegen der Gebrechlichkeit, des Alters, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung oder sexuellen Orientierung“ (§ 5c Absatz 1 IfSchG-E). Unerwähnt bleiben jedoch Benachteiligungstatbestände etwa „wegen des sozioökonomischen Status“ oder „wegen der geschlechtlichen Identität“ – hier müssen Kriterien nachgeschärft und aufgenommen werden.

2.2. Zuteilungskriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ sowie Dringlichkeit

Das Zuteilungskriterium der (besseren) „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ (§ 5 c Abs. 2 Satz 1 IfSchG-E) wurde vom Bundesverfassungsgericht zwar verfassungsrechtlich akzeptiert, über die grundsätzliche ethische Legitimität dieses Zuteilungskriteriums wird in der Fachöffentlichkeit jedoch kontrovers diskutiert. Eine (bessere) aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit war in einer ersten Fassung der vom Bundesgesundheitsministerium veröffentlichten „Formulierungshilfe für die Fraktionen der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und der FDP“ vom 01. März 2022 (in Artikel 5c Absatz 2 Satz 2 Form.-hilfe) nur als zusätzliches Zuteilungskriterium eingeführt - neben dem Kriterium der (höheren) Dringlichkeit einer Behandlung. Dem Referentenentwurf zufolge soll jedoch die Entscheidung über die Zuteilung „nicht ausreichender, überlebenswichtiger, intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten“ (§ 5c IfSchG-E) „nur aufgrund der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten getroffen werden“ dürfen (§ 5c Absatz 2 Satz 1 IfSchG-E).

Zwar verweist die Formulierung „überlebenswichtiger, intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten“ zumindest indirekt auf das Vorliegen einer Behandlungssituation von höchster Dringlichkeit. Auch findet sich in der Begründung zum vorliegenden Gesetzesentwurf der Hinweis auf die Dringlichkeit als sachliche Voraussetzung für etwaige notwendige Zuteilungsentscheidungen (Begründung B. Besonderer Teil Zu Nummer 3, S.16 f). Aufgrund seiner Bedeutsamkeit sollte aber diese Voraussetzung als primäres Zuteilungskriterium ausdrücklich im Gesetzestext selbst genannt werden, wie es die „Formulierungshilfe“ vom 01. März 2022 vorsah. Nicht erforderlich ist es demgegenüber, in das Infektionsschutzgesetz auch die allgemeinen Voraussetzungen für jede ärztliche

Behandlungsmaßnahme aufzunehmen, namentlich die Indikation für die Maßnahme mit Blick auf das von Arzt und Patient konsentiertere Behandlungsziel und die Einwilligung des ordnungsgemäß aufgeklärten Patienten. Sie sind bereits im Recht der ärztlichen Behandlung ausreichend geregelt und in der Sache einhellig anerkannt. Ihre (partielle) Aufnahme in das IfSchG würde neue Zweifelsfragen aufwerfen, statt für Rechtssicherheit zu sorgen.

Fiele das bislang übliche und medizinethisch wie rechtlich unbestrittene primäre Kriterium der Dringlichkeit ersatzlos weg, hätte dies fatale Folgen. Das Entscheidungskriterium (bessere) Überlebenswahrscheinlichkeit griffe nicht erst dann, wenn zwischen Patientinnen und Patienten mit der höchsten Dringlichkeit entschieden werden müsste, sondern immer schon dann, wenn eine signifikant bessere Überlebenswahrscheinlichkeit gegeben ist. Die höhere/höchste Dringlichkeit einer (intensiv-)medizinischen Behandlung ist in der Regel einer schweren Verletzung beziehungsweise Erkrankung geschuldet. Diese wiederum mindert aus sich heraus tendenziell die Erfolgsaussicht eine Behandlung: Wer schwerer verletzt oder erkrankt ist, dessen Überlebenswahrscheinlichkeit ist zwangsläufig begrenzter. Fiele das Entscheidungskriterium „höhere/höchste Dringlichkeit“ weg, müssten der zukünftigen Normvorgabe zur Folge – zugespitzt formuliert – immer auch jene Patientinnen und Patienten priorisiert werden, denen zwar eine geringere Dringlichkeit, wohl aber einer bessere Erfolgsprognose attestiert wird. Dies stellt die bisherigeren Priorisierungsgrundsätze auf den Kopf.

Selbst wenn das Kriterium der (besseren) Überlebenswahrscheinlichkeit weiterhin nur als zusätzliches Zuteilungskriterium zu berücksichtigen ist, birgt seine Anwendung die Gefahr schwerer Fehleinschätzungen. Sie sind insbesondere mit Blick auf die Gefahr alters- oder behinderungsassoziierter Diskriminierung gravierend. Denn bei der Beurteilung der Überlebenswahrscheinlichkeit dürfen solche Komorbiditäten berücksichtigt werden, die bezogen auf die aktuelle Krankheit die kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich verringern. Solche Komorbiditäten sind aber gerade mit einem höheren Lebensalter, mit einer Behinderung oder auch mit einer sozial prekären Lebenslage verbunden. Auch dieser Sachverhalt hat (zurecht) zu einer Priorisierung zu Beginn der Impfkampagne gegen Covid-19 geführt. Damit begünstigt das Kriterium der Überlebenswahrscheinlichkeit genau das, was mit der Ergänzung des Infektionsschutzgesetzes ausgeschlossen werden soll: die Diskriminierung aufgrund von Alter, Behinderung, Gebrechlichkeit oder weiterer struktureller Benachteiligungsfaktoren.

Zudem führen fehlende Kenntnisse und mangelnde Vertrautheit in vielen Bereichen des Gesundheitswesens mit der Situation und den Bedürfnissen von Menschen mit körperlichen, kognitiven, seelischen oder auch sinnesbezogenen Einschränkungen und eine unterschwellig wirkende defizitorientierte Wahrnehmung tendenziell zu einer (strukturellen) Schlechterstellung dieser Personengruppen in der medizinischen Versorgung. Eine pauschalisierende Betrachtung, die einen Patienten oder eine Patientin einer dieser Personengruppen zuordnet und daraus Schlussfolgerungen für die individuelle Prognose zieht, führt schnell zu gravierenden Fehleinschätzungen ihrer aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit. Diese Fehlerquelle erhöht sich, wenn man in Rechnung zieht, dass die Einschätzung der Überlebenswahrscheinlichkeit unausweichlich auch von der Einschätzung der eigenen fachgebunden Ressourcen der entscheidenden Ärztinnen und Ärzte abhängt.

Prozedurale Kriterien wie das Vier-Augen-Prinzip, Dokumentationspflichten u. ä. mögen die Gefahr von Fehleinschätzungen mildern und sind daher notwendig. Sie reichen jedoch nicht aus: Umfassende medizinische Fort- und Weiterbildung im Bereich tatsächlich vorfindlicher und relevanter Komorbidität und Frailty sind darüber hinaus dringend erforderlich. Selbst dann erscheint es zweifelhaft, ob die Fehleranfälligkeit solcher Einschätzungen unter den Bedingungen einer Notfallsituation in einem Maß reduziert werden kann, dass das Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit noch gerechtfertigt erscheinen lässt.

2.2. „Ex-post-Triage“

Bei der sogenannten „Ex-post-Triage“ handelt es sich um die folgende präzise zu bestimmende Fallkonstellation: Patientinnen und Patienten, die auf der Basis ihres eigenen Willens sowie einer ausreichenden medizinischen Indikation bereits intensivmedizinisch versorgt werden, werden bei der routinemäßig anstehenden Evaluation ihres Behandlungsverlaufes *erneut* in die Verteilungsentscheidungen über knappe intensivmedizinische Versorgungsleistungen einbezogen. Sollte ihre aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit geringer eingeschätzt werden als die von anderen, ggf. neuzugehenden Patientinnen mit höchst dringlichem Versorgungsbedarf, würde ihre Behandlung bei nicht ausreichend verfügbarer Versorgungskapazität *abgebrochen*, obwohl sie für sich genommen nach wie vor eine für die medizinische Indikation ausreichende aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit besitzen.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen ist es sehr zu begrüßen, dass der Referentenentwurf ausdrücklich „bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten (...) von der Zuteilungsentscheidung“ ausnimmt und damit die sogenannte *ex-post-Triage* ausschließt. Der Gesetzgeber muss ausdrücklich klarstellen, dass anderslautende Positionen – wie sie etwa die S1-Leitlinie „Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie“ der Deutschen Gesellschaft für Intensivmedizin (DIVI) auch in ihrer aktuellen Fassung enthält - keinerlei Beachtung finden dürfen.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die beabsichtigte Regelung sich zwar nur auf Priorisierungsentscheidungen im Zuge der Covid-19-Pandemie bezieht, aber doch erhebliche Folgewirkungen für anstehende Priorisierungsentscheidungen im Gesundheitswesen insgesamt hat. Die Erfolgsaussicht – hier zunächst nur auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit begrenzt – könnte sich zum zentralen Maßstab bei der Allokation knapper Behandlungskapazitäten etablieren und etwaige Dringlichkeiten ins Abseits stellen. Genau diese Auswirkungen macht diese auf den ersten Blick kleinteilige und eng anlassbezogene Regelung so brisant.

3. Evaluierung des Gesetzes

Der Gesetzgeber sollte überprüfen, ob die vorgesehenen Regelungen einen wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung aufgrund einer Behinderung bewirken und eine bisher nicht vorgesehene Evaluierung festschreiben.

Berlin, 20. Juli 2022

Zentralkomitee der deutschen Katholiken

Das Zentralkomitee der deutschen Katholiken (www.zdk.de) ist ein demokratisch gewählter Zusammenschluss von Vertreterinnen und Vertretern katholischer Verbände und Bistümer sowie von Persönlichkeiten aus Politik und Gesellschaft. Das ZdK beobachtet politische, gesellschaftliche und kirchliche Entwicklungen, vertritt die Anliegen der katholischen Laien in der Öffentlichkeit und gegenüber der Politik, auch auf europäischer und internationaler Ebene.