

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
20(14)60(10.1)
gel. VB zur öffent. Anh. am
19.10.2022 - IfSG
18.10.2022



Bundesverband Caritas Behindertenhilfe und Psychiatrie e. V. (CBP)

Deutscher Bundestag

Ausschuss für Gesundheit

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 19. Oktober 2022

zum

**Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des
Infektionsschutzgesetzes**

BT-Drucksache 20/3877

Berlin, den 17.10.2022

Bundesverband Caritas Behindertenhilfe und Psychiatrie e.V.,
Reinhardtstr. 13, 10117 Berlin
Tel. 030-284447-822, Fax 030-284447-828
cbp@caritas.de – www.cbp.caritas.de

Vorbemerkung

Der Bundesverband Caritas Behindertenhilfe und Psychiatrie e.V. (CBP) bildet mit mehr als 1.100 Mitgliedern, die Einrichtungen und Dienste der Eingliederungshilfe betreiben, eine der größten Interessenvertretungen von gemeinnützigen Anbietern der sozialen Dienstleistungen für über 200.000 Kinder, Jugendliche und erwachsene Menschen mit Behinderung oder mit psychischer Erkrankung in Deutschland. Die Mitglieder des CBP tragen die Verantwortung für über 94.000 Mitarbeitende und unterstützen die selbstbestimmte Teilhabe von Menschen mit Behinderung und psychischen Erkrankungen am Leben in der Gesellschaft. Der CBP bezieht sich in seiner Stellungnahme insbesondere auf die Perspektive von Menschen mit Behinderung, gerade auch mit hohem Unterstützungs- und Assistenzbedarf. Der CBP ist Mitglied des Runden Tisch Triage und hat an dessen Stellungnahme, die ebenfalls im Anhörungsverfahren berücksichtigt wird, maßgeblich mitgewirkt. Insofern ergeben sich enge Parallelen zwischen den beiden Stellungnahmen.

Ziel des vorgelegten Gesetzes ist es, die sich aus Art. 3 Absatz 3 Satz 2 Grundgesetz (GG) ergebende Schutzpflicht des Staates zu erfüllen und das Risiko einer Benachteiligung und Diskriminierung von Menschen mit Behinderung und anderen vulnerablen Gruppen bei der Zuteilung pandemiebedingt nicht ausreichender notfallmedizinischer Behandlungskapazitäten zu verhindern.

I. Zielsetzung des Gesetzes – wirksamer Schutz vor Diskriminierung

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 16. Dezember 2021 unter dem Aktenzeichen 1 BvR 1541/20 entschieden, dass sich aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG für den Staat der Auftrag ergibt, Menschen wirksam vor einer Benachteiligung wegen ihrer Behinderung durch Dritte zu schützen. Hintergrund war eine Verfassungsbeschwerde von neun Menschen mit Behinderung, die zur Risikogruppe einer Covid-19-Erkrankung mit schweren Krankheitsverläufen gehören. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügten die Menschen die Untätigkeit des Gesetzgebers, der keine gesetzlichen Regelungen bei Zuteilung von Intensivplätzen trotz der Knappheit der Intensivbetten während der Pandemie erlassen hat. Menschen mit Behinderung befürchten, bei knappen Behandlungsressourcen aufgrund ihrer Behinderung durch die medizinischen Empfehlungen von einer lebensrettenden medizinischen Behandlung ausgeschlossen zu werden. Die Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin hat im März 2020 klinisch-ethische Empfehlungen für „Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin“ veröffentlicht, durch die Menschen mit Behinderung vor und während der Krankenhausbehandlung immer wieder benachteiligt werden.

Im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, das Auslöser für das vorliegende Gesetzesverfahren ist, wies der CBP auf die strukturelle Benachteiligung von Menschen mit Behinderung im Gesundheitssystem hin, die sich in der Pandemie weiter verstärkte. Beispielsweise wurden Menschen mit Behinderung aus Einrichtungen der Caritas trotz schwerer Covid-19-Infektion in einigen Fällen im Herbst/Winter 2020 nicht ins Krankenhaus aufgenommen, obwohl sie in der Einrichtung nicht optimal versorgt werden konnten. Es traten Situationen ein, die als eine „Triage vor der Triage“ zu bezeichnen sind. Im Herbst/Winter 2021 wurde z. B. im Landkreis Tuttlingen ein „dringender Appell“ an die Einrichtungen für pflegebedürftige Menschen und für Menschen mit Behinderungen geschickt mit der Aufforderung, sorgfältig zu prüfen, ob

Krankenhausbehandlungen für diese Personengruppe notwendig seien, um sparsam mit Krankenhausressourcen umzugehen¹. Der CBP setzt sich dafür ein, dass Menschen mit Behinderung im Falle der Knappheit von medizinischen Ressourcen in Krankenhäusern, vor der Krankenhausversorgung nicht ausgeschlossen bzw. während der Krankenhausversorgung nicht benachteiligt werden.

Das Bundesverfassungsgericht fordert den Gesetzgeber in seinem wegweisenden Beschluss vom 16. Dezember 2021 auf, geeignete Vorkehrungen zum Schutz von Menschen mit Behinderungen vor Benachteiligungen bei der Zuteilung überlebenswichtiger, nicht für alle zur Verfügung stehender intensivmedizinischer Ressourcen zu treffen.

Aus Sicht des CBP erfüllt der vorgelegte Gesetzesentwurf den umfassenden Auftrag des Bundesverfassungsgerichts nicht. Der Inhalt des Gesetzentwurfs ist auf das einzige Zuteilungskriterium „aktuelle und kurzfristige Überlebenschancen“ beschränkt. Diese enge gesetzliche Regelung enthält keine geeigneten Vorkehrungen zum wirksamen Schutz vor Benachteiligung bei Knappheit der medizinischen Ressourcen.

Der CBP begrüßt, dass im vorliegenden Gesetzesentwurf die Ex-Post-Triage als Option nicht mehr aufgenommen worden ist, wie noch in der ersten Entwurfsfassung. Der Gesetzgeber folgt damit der massiven Kritik, dass eine solche Ex-Post-Regelung verfassungsrechtlich untragbar wäre.

II. Enger Anwendungsbereich des Gesetzes Art. 1 Nr. 3 § 5c Infektionsschutzgesetz

Die Regelung in § 5c des Gesetzentwurfs (GE) beschränkt sich ausschließlich auf die Pandemiezeit mit der Folge, dass alle anderen Fälle der Knappheit der medizinischen Ressourcen im Krankenhausbereich gesetzlich ungeregelt bleiben. Durch die Engführung werden beispielsweise weitere denkbaren Triage-Situationen wie z.B. eine Naturkatastrophe oder einen Terroranschlag nicht in den Blick genommen.

Gerade vor dem Hintergrund der aktuellen Situation ist eine umfassende Regelung dringend erforderlich z.B. für einen Versorgungs-Blackout², der in den kommenden Monaten nicht auszuschließen ist. Folge eines solchen Blackouts wäre, dass die medizinischen Ressourcen im Krankenhaus durch die zeitlich begrenzte Stromversorgung ebenfalls knapp wären und ggf. nicht für alle Patienten ausreichen. Auch andere Situationen der Unterversorgung könnten zu einer Gefährdung der medizinischen Kapazitäten führen.

Der CBP setzt sich daher für eine umfassendere und systematischere Regelung in Form eines ausführlicheren Gesetzes ein, um den bestmöglichen Schutz für Menschen mit Behinderung zu befördern.

Die bisherigen Erfahrungen der Menschen mit Behinderung in der gesundheitlichen Versorgung im Krankenhausbereich zeigen, dass umfassende Regelungen notwendig sind, um den Schutz vor Diskriminierung zu befördern.

¹ [Corona und Krankenhäuser: Tuttlingen und die Grenze des Vertretbaren - WELT \(Zugriff am 17.10.2022\)](#)

² [faz.net: Stromversorgung: Droht ein Blackout in Deutschland? \(Zugriff am 17.10.2022\)](#)

Bei einer Notfall-Aufnahme ins Krankenhaus entscheiden Ärztinnen und Ärzte im Rahmen einer Ersteinschätzung, für wen die personellen und materiellen Ressourcen vorrangig zur Verfügung gestellt werden. Bei Kapazitätsengpässen werden ärztliche Entscheidungen gegenüber Menschen mit Behinderung – so die Rückmeldungen aus Einrichtungen für Menschen mit Behinderung – immer wieder diskriminierend getroffen, sei es aufgrund fehlender Fachlichkeit, personeller Überforderung, aufgrund schwieriger bzw. fehlender Kommunikation mit Menschen mit Schwerst- und Mehrfachbehinderung oder anderer Gründe.

Der CBP sieht hier den Gesetzgeber in der Pflicht, Regelungen zu treffen, die eine diskriminierungsfreie intensivmedizinische Behandlung für Menschen mit Behinderung oder psychischer Erkrankung in allen Fällen sicherstellen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss festgestellt, dass die Menschen mit Behinderung „vor erkennbaren Risiken für höchstrangige Rechtsgüter in einer Situation (Pandemie), in der sie sich selbst nicht schützen können, derzeit nicht wirksam geschützt sind“³. Entsprechend wertet der CBP den ergangenen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts als deutliche Rüge gegenüber dem Gesetzgeber, den Schutz der Grundrechte von Menschen mit Behinderung zu befördern.

Der CBP hat während der Pandemie vermehrt aus seinen Mitgliedseinrichtungen und Diensten die Rückmeldung bekommen, dass u.a. Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen sowie Menschen mit Schwerst- und Mehrfachbehinderungen trotz medizinischer Indikation für eine stationäre Aufnahme nicht im Krankenhaus aufgenommen wurden.

Nach Auffassung des CBP müssen entsprechend gesetzliche umfassende und Vorgaben zur Triage, Menschen mit Behinderung sowohl unmittelbar als auch mittelbar vor Benachteiligungen und Diskriminierung schützen. Die sehr enge Regelung des § 5c GE ist hierfür nicht ausreichend.

Vielmehr sind vom Gesetzgeber im dritten Jahr der Pandemie gezielte Maßnahmen im Infektionsschutzgesetz zu erwarten, um die in bestimmten Gefährdungssituationen eine Ausweitung insbesondere der überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten zu ermöglichen und die Sicherstellung der medizinischen Behandlung sowie geeignete Vorkehrungen zum Schutz vor Diskriminierung bei Priorisierungen zu treffen.

III. Materielles Kriterium für die Zuteilungsentscheidung über Leben und Tod Art. 1 Nr. 3 § 5c Abs. 2 Infektionsschutzgesetz

§ 5c Abs. 2 des GE sieht vor, dass die Entscheidung über die Zuteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten nur unter Berücksichtigung der „**aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit**“ der betroffenen Patientin oder des betroffenen Patienten getroffen werden darf.

1. Konstrukt der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ diskriminiert

³ [Bundesverfassungsgericht - Presse - Der Gesetzgeber muss Vorkehrungen zum Schutz behinderter Menschen für den Fall einer pandemiebedingt auftretenden Triage treffen \(Zugriff am 17.10.2022\)](#)

Die Engführung auf das Kriterium „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ ist nach Auffassung des CBP hochriskant. Es ist zu befürchten, dass dieses Kriterium in der medizinischen Praxis dazu führt, dass Menschen mit Behinderung per se unter Triage-Bedingungen diskriminiert werden. Mit der Folge, dass das Urteil des Bundesverfassungsgerichts unterlaufen wird.

Zwar erweckt die Gesetzesbegründung den Eindruck, dass „damit ein wesentliches Kriterium aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts der Vorschrift zugrunde gelegt (wird)“, und suggeriert, dass das Bundesverfassungsgericht das Kriterium in seinem Beschluss vorgeschrieben hätte. Dies ist jedoch nicht der Fall⁴. Vielmehr fordert das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil den Gesetzgeber auf, geeignete Vorkehrungen zum Ausschluss der Diskriminierung (siehe Tenor der Entscheidung) zu treffen. Die Schaffung von neuen rechtlichen Konstrukten -wie das neue Kriterium, das den Medizinern gar nicht bekannt ist und mit anderen medizinischen Kriterien verwechselt werden kann- ist nicht Gegenstand der Urteilsbegründung.

Das Kriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ ist ein im Gesetzentwurf zusammengesetztes rechtliches Konstrukt der beiden bisherigen medizinischen Kriterien Behandlungsbedürftigkeit („Dringlichkeit“) und Prognose (Erfolgsaussicht der Behandlung), das den Eindruck vermittelt, die Entscheidungsnotsituation weitgehend objektivieren zu können.

Die Begrifflichkeit birgt nach Einschätzung des CBP die Gefahr, dass Ärztinnen und Ärzte glauben, dass eine „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ anders bewertet werden muss, als eine grundsätzliche „Erfolgsaussicht“ und das Kriterium dahingehend auslegen, dass sie die „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit in Bezug zu der Allgemeinbevölkerung setzen und damit Menschen mit Behinderung per se benachteiligen. Denn Menschen mit Behinderung, alte Menschen und andere sogenannte „vulnerable Personengruppen“, die beispielsweise unter mehreren Krankheiten gleichzeitig leiden, hätten im Vergleich zur maßgeblichen durchschnittlichen Überlebenswahrscheinlichkeit bezogen auf die Gesamtbevölkerung mutmaßlich eine geringere Überlebenswahrscheinlichkeit, s.u.

2. Kaskade an diskriminierungsfreien Kriterien erforderlich

Im Falle der Triage stehen zwei gleichwertig konkurrierende Werte im Widerspruch. Ethisch lässt sich der Konflikt oder das Dilemma nur abgestuft und in Einzelfällen gar nicht auflösen. Entsprechend wichtig ist, dass deshalb im Triagefall – damit dieser nicht nach dem Spontanitäts- oder Beliebigkeitsprinzip entschieden wird – größtmögliches Wissen eingesetzt wird, um zu klären, ob beim Zugang zu notfall- oder intensivmedizinischen Leistungen eine Benachteiligung aufgrund von Behinderung, Gebrechlichkeit etc. stattfindet. Dieses Wissen darf nicht nur Medizin basiert sein, sondern braucht Fachwissen und Kompetenzen in vielen Disziplinen (u.a. Ethik, Pädagogik, Disability Studies, Pflegewissenschaften, Rechtswissenschaften etc.). Es braucht aber vor allem im Falle der Menschen mit Behinderung – deren Selbstsicht und damit deren bestmögliche Einbindung. Notfallkliniken müssen entsprechend Konzepte entwickeln, um diese wissensbasierte Grundlage bestmöglich vorhalten zu können. Kriterien dafür sollten in einer Expertengruppe unter der gemeinsamen Federführung von den Beauftragten der Bundesregierung für die Belange von Patientinnen und Patienten und für die Belange von

⁴ Gutmann, Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20, MedR 2022, 217-222

Menschen mit Behinderung erarbeitet werden.

Aus Sicht des CBP kann in einer ethischen Extremsituation wie der Triage nicht nur ein neu konstruiertes Kriterium herangezogen werden, um die zuständigen Akteure zu einer grund- und menschenrechtlich akzeptablen Entscheidung zu führen.

Es braucht vielmehr **eine Kaskade an nachvollziehbaren und diskriminierungsfreien Argumenten**, um eine Entscheidung zu treffen, die niemanden aufgrund einer Behinderung, einer Gebrechlichkeit oder anderen Merkmalen benachteiligt. Diese Kaskadenbearbeitung braucht verbindliche Verfahrensfestlegungen für jede relevante Klinik.

Der CBP plädiert dringend dafür, dass im Falle einer Triage folgende Auswahl- und Kaskadenstufen berücksichtigt werden:

1. Zunächst sind die Patienten aus der Auswahlentscheidung herauszunehmen, die eine Behandlung gemäß nachgewiesener freier Willensentscheidung gegenüber dem/der behandelnden Arzt/Ärztin ablehnen.
2. In der nächsten Stufe sind solche Personen bei der Zuteilungsentscheidung nicht mehr zu berücksichtigen, bei denen aufgrund der medizinischen Indikation die Erkrankung so schwer oder fortgeschritten ist, dass eine intensivmedizinische Behandlung keine Erfolgsaussicht mehr hat. Nur diese Prüfung eines akuten Gesundheitszustandes braucht zwingend auch eine medizinische Kompetenz, die zwei Ärzte unabhängig voneinander vornehmen sollten. Im Falle der Nichtübereinstimmung braucht es einen dritten Arzt zur Bewertung. Es gilt dann die Mehrheitsentscheidung.
3. Insofern nach der vorgenannten Beurteilung des Gesundheitszustandes aller Patienten noch mehr Patienten vorhanden sind als freie Behandlungsplätze, ist nach dem formalen Kriterium des zeitlichen Eintreffens zu entscheiden (first come, first served) und bei zeitgleichem Eintreffen sollte ein Randomisierungsverfahren („Losverfahren“) über die Zuteilung entscheiden.

Randomisierung ist ein in der Statistik und Psychologie anerkanntes Verfahren⁵, um im Falle einer gleichen Ausgangslage faire Beurteilungs- und Wettbewerbsbedingungen herzustellen. Gleiche Ausgangslage bedeutet, dass eine Behandlungsindikation gegeben ist. Eine Bewertung oder Vergleich ist hierbei unzulässig (Lebenswertindifferenz). Auch wenn die Randomisierung ein sogenanntes „Zufallsverfahren“ darstellt, ist es – in Anbetracht der hoffentlich extrem seltenen Entscheidungssituation der Triage in der zwei oder mehrere Personen um nur einen Behandlungsplatz konkurrieren – die fairste Möglichkeit für alle Beteiligten. Es ist zudem ein Verfahren, dass die Anwendung von möglichen Vorurteilen, fehlendem Fach- und Hintergrundwissen verhindern kann. Es würde zudem das zuständige Krankenhauspersonal entlasten eine Entscheidung treffen zu müssen, die sie aufgrund der fehlenden Gesamtkompetenz gar nicht treffen sollten.

⁵ Hogrefe Verlag, Dorsch, F., & Wirtz, M. A. (2019). Dorsch - Lexikon der Psychologie. Bern: Hogrefe. Online verfügbar unter: <https://dorsch.hogrefe.com/stichwort/randomisierung#search=b0ee5c9848d91f6ff63b548009964679&offset=0> (Zugriff am 17.10.2022)

4. Nach der Randomisierungsentscheidung ist sicherzustellen, dass die Patienten, die keinen notfallmedizinischen Platz erhalten können, medizinisch, pflegerisch, psychologisch und ggf. auch palliativ bestmöglich begleitet werden.

3. Kern der Diskriminierung in § 5c GE

Das Kriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ stellt eine Diskriminierung dar und ist für eine pandemiebedingte Triage nicht geeignet.

Die Regelung des § 5c ist ein rechtliches Oxymoron!

Nach § 5c Abs. 1 GE darf niemand bei der ärztlichen Entscheidung über die Zuteilung von pandemiebedingt nicht ausreichend vorhandenen überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten, insbesondere wegen einer Behinderung, der Gebrechlichkeit, des Alters, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung benachteiligt werden. § 5 Abs. 1 GE enthält ein klarstellendes allgemeines Benachteiligungsverbot. Dies ist sachgerecht, spiegelt sich jedoch nicht in der konkreten Zuteilungsentscheidung nach § 5c Abs. 2 GE wider. Denn nach § 5c Abs. 2 GE darf eine Zuteilungsentscheidung aufgrund der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ der betroffenen Patientinnen und Patienten getroffen werden.

Bei diesem neuen Kriterium dürfen Behinderung, Gebrechlichkeit und Alter berücksichtigt werden, soweit sie aufgrund ihrer Schwere oder Kombination, die auf die aktuelle Krankheit bezogene kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich verringern.

Bei dem Kriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ geht es im Ergebnis darum, welche Aussichten (Wahrscheinlichkeiten) bestehen, dass der Patient von der gegenwärtigen Krankheit – wie Covid-19 – geheilt wird und im Anschluss noch einige Zeit ohne die akute Erkrankung leben kann.

Kann der Vergleich von „akuten und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeiten“ von mehreren Menschen zur medizinischen Entscheidung über Leben und Tod führen und den Anspruch auf Diskriminierungsfreiheit erheben?

Das Kriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ ist, wie oben bereits erläutert, ein zusammengesetztes rechtliches Konstrukt der beiden medizinischen Kriterien Behandlungsbedürftigkeit („Dringlichkeit“) und Prognose (Erfolgsaussicht der Behandlung), das suggeriert, dass Ärzte/innen verlässliche Diagnosen und Prognosen in einer Extremsituation treffen können.

Der immanente Teil der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ ist die Beurteilung von Vorerkrankungen und die Verwertung der aktuellen und noch sehr beschränkten medizinischen Erkenntnisse zur Überlebenswahrscheinlichkeit bei COVID-19-Erkrankungen während einer medizinischen Intensivbehandlung.

Menschen mit Behinderung, Menschen im Alter, Kinder und Jugendliche mit Schwerst- und Mehrfachbehinderung und andere vulnerable Personengruppen, die beispielsweise unter mehreren Krankheiten gleichzeitig leiden, wären damit per se benachteiligt und diskriminiert, da deren „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ mit der Bewertung der grundsätzlichen Überlebenswahrscheinlichkeit – die in diesen Personengruppen im Durchschnitt mutmaßlich unter dem Bundesdurchschnitt der Bevölkerung liegt – vermischt würde. So haben beispielsweise Menschen mit einer

Chromosomenabweichung (u.a. Trisomie 21) eine mutmaßlich geringere Lebenserwartung als Menschen ohne Chromosomenabweichung⁶.

Das Kriterium der „kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ führt im Ergebnis zu einer Diskriminierung, denn eine Vielzahl von Behinderungen oder Gebrechlichkeit vermindern die Chance, eine Covid-19 Erkrankung kurzfristig zu überleben.⁷ Das Kriterium der „Kurzfristigkeit“ in einer Akutsituation ist auch kaum von grundsätzlichen Vorerkrankungen oder anderen Formen der Beeinträchtigung (gerade von Alter und Gebrechlichkeit) abzutrennen.

Es ist heute medizinisch sehr gut bekannt, dass der Verlauf von Patienten mit einer COVID-19 Erkrankung in erheblichem Umfang von den Begleiterkrankungen abhängt⁸.

4. Die Regelung des § 5c GE und der Grundsatz der Lebenswertindifferenz

Die Anwendung des unbestimmten und neuen Rechtsbegriffs „der akuten und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ als Kriterium bedeutet in der Konsequenz die Abwägung von Lebenschancen: Wenn bei mehreren Patienten unterschiedliche „Überlebenswahrscheinlichkeiten“ nach ärztlicher Entscheidung bestehen, führt dies dazu, dass ein Patient mit einer möglichen Überlebenswahrscheinlichkeit stirbt, weil ein anderer eine bessere Überlebenschance hatte. Die dafür erforderliche Prognoseentscheidung wird den Ärztinnen und Ärzten überlassen bzw. übertragen und verstößt gegen den Grundsatz der sog. Lebenswertindifferenz, d.h. kein Leben darf gegen ein anderes abgewogen werden. Jedes Leben ist schützenswert und die Menschenwürde ist unantastbar – auch in einer Pandemie.

Kommt das im GE vorgesehene Zuteilungskriterium zur Anwendung ist davon auszugehen, dass durch dieses Kriterium im Falle einer Triage gemessen an der Gesamtgesellschaft u.a. überproportional viele Menschen mit Behinderung und alte Menschen keine weitere Behandlung erhalten. Daran ändert auch der Satz 2 des § 5c Abs. 2 GE nichts, wonach „Insbesondere eine Behinderung, das Alter, die verbleibende mittel- oder langfristige Lebenserwartung, der Grad der Gebrechlichkeit und die Lebensqualität“ keine geeigneten Kriterien seien, um die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit zu beurteilen. Das Kriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ folgt letztendlich dem Prinzip der Effizienz, d.h. möglichst viele Patienten mit hoher Überlebenswahrscheinlichkeit sollen zum Nachteil anderer Patienten mit prognostisch scheinbarer niedrigerer Überlebenswahrscheinlichkeit gerettet werden. Insofern unterliegt die Begründung des GE einem Zirkelschluss, wonach das Gebot der Nichtdiskriminierung aufgrund von Behinderung, Alter, Gebrechlichkeit usw. durch das Kriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ mittelbar aufgehoben wird.

⁶ STATISTISCHES BUNDESAMT, 2022. Schwerbehinderte Menschen nach Alter, 2021. Online verfügbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/_Grafik/_Interaktiv/behinderte-menschen-alter.html (Zugriff am 17.10.2022)

⁷ Bundesverfassungsgericht (2021): Der Gesetzgeber muss Vorkehrungen zum Schutz behinderter Menschen für den Fall einer pandemiebedingt auftretenden Triage treffen, Pressemitteilung Nr. 109/2021 vom 28. Dezember 2021, [1 BvR 1541/20](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/bvg21-109.html), Online verfügbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/bvg21-109.html> (Zugriff am 17.10.2022)

Prognos AG im Auftrag des BMAS (2021): Dritter Teilhaberbericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen Teilhaber – Beeinträchtigung – Behinderung, Bonn, S. 543 -544. Online verfügbar unter: https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/a125-21-teilhaberbericht.pdf%3Bjsessionid=33047E84BCB52D7B4AA28FF1C77DE6F9.delivery1-replication?__blob=publicationFile&v=4 (Zugriff am 17.10.2022)

⁸ [Mittwoch, 7. April 2021 – Kardiologische Sicht auf die COVID-19-Pandemie \(dgk.org\)](https://www.dgk.org/) (Zugriff am 16.10.2022)

5. Medizinische Prognoseentscheidung als Grundlage für die Entscheidung über Leben und Tod

Die weitreichende Prognoseentscheidung der Ärzte ist kritisch zu bewerten

Die klinische Prognose zur „Überlebenswahrscheinlichkeit“ ist generell mit einer hohen Unsicherheit verbunden und erfordert ein hohes Maß an komplexer Fachlichkeit und stellt Ärztinnen und Ärzte unter einen extremen moralischen Druck. Oft sind beispielsweise sogenannte „Behinderungsbilder“ sehr komplex und erschließen sich erst nach sorgfältiger Diagnostik, für die in Notsituationen kaum Zeit ist. Gerade in Krankenhäusern sind Ärztinnen und Ärzte und Pflegekräfte in der Regel nicht im Umgang mit Patientinnen und Patienten mit spezifischen Behinderungen geschult und stehen zumeist unter einem hohen zeitlichen Druck, der die Behandlung von Menschen mit Behinderungen erschwert. Es fehlt somit vielfach an behinderungsspezifischen Kenntnissen und an Erfahrung in der Kommunikation zum Beispiel mit Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen⁹.

Es besteht immer wieder die Gefahr, dass Mediziner und Medizinerinnen gerade bei Menschen mit Schwerst- und Mehrfachbehinderungen die behinderungsbedingten Herausforderungen und ihre eigenen inneren Einstellungen, Erfahrungen und Bewertungen in die Entscheidung bei Kapazitätsengpässen und dem Kriterium „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ einfließen lassen und damit letztlich nicht wissenschaftsbasiert entscheiden. Problematisch bleibt deshalb der Umstand, dass bei vielen Behinderungsformen – und hier insbesondere bei nicht zuzuordnenden übergeordneten Syndromen und bei sehr seltenen genetischen Krankheitsbildern – die fachliche Erfahrung und wissenschaftlichen Expertisen zum Outcome der Behandlung der selbigen Behinderungsformen fehlen. Zu fürchten wäre auch, dass es auf diesem Hintergrund zu bewussten „Manipulationen“ bei der Zuteilung und Entscheidung kommt – wie es in der Vergangenheit leider im Transplantationsrecht vorgekommen ist. Dies gilt es auszuschließen.

Viele Medizinerinnen und Mediziner argumentieren an dieser Stelle, dass die „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ der berufsrechtlich verankerten ärztlichen Aufgabe, das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen entspricht und daraus nicht die Wertung zu ziehen sei, dass ein Leben mit einer bestimmten chronischen Vorerkrankung oder Behinderung weniger lebenswert sei. Hier sei entgegengehalten, dass sich einige medizinischen Fachgesellschaften zu Beginn der Pandemie dafür stark gemacht haben, dass neben den vermeintlich rein medizinischen Schweregraden einer Erkrankung auch Komorbiditäten und der gegebenenfalls gebrechliche Allgemeinzustand berücksichtigt werden müssen. Stellt man vor diesem Hintergrund die Frage, warum Menschen mit bestimmten Vorerkrankungen oder Gebrechlichkeit weniger aufwändig behandelt werden sollen, ist die Sorge von Menschen mit Behinderung aus Sicht des CBP berechtigt, dass es doch immer wieder zu einer zumindest versteckten Wertung über den Lebenswert kommen kann.

Zudem weisen viele Ärztinnen und Ärzte den generellen Vorwurf zurück, dass sie sich bei

⁹ Bartig, S., Kalkum, D., Mi Le, H. & Lewicki, A. (2021): Diskriminierungsrisiken und Diskriminierungsschutz im Gesundheitswesen – Wissensstand und Forschungsbedarf für die Antidiskriminierungsforschung. Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.), Berlin, S. 47. Online verfügbar unter: https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/diskrimrisiken_diskrimschutz_gesundheitswesen.pdf;jsessionid=B9C021E0D137805F73BBF81FEA95D2CC.intranet212?__blob=publicationFile&v=5 (Zugriff am 17.10.2022)

Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen oder Schwerst- und Mehrfachbehinderungen von den behinderungsbedingten Herausforderungen und ihre eigenen inneren Einstellungen, Erfahrungen und Bewertungen leiten lassen. Auch das bewertet der CBP anders: Wenn Auswahlentscheidungen nach „klinischer Erfolgsaussicht“ oder „aktueller kurzfristiger Überlebenswahrscheinlichkeit“ präferiert werden, dann müssen diese scheinbar rein medizinischen Begrifflichkeiten genau analysiert und versteckte Wertungen offen thematisiert werden. Der BGH hat für die „medizinische Indikation“ bereits entschieden, dass dieser Begriff auch wertende Anteile enthält (Beschluss vom 17. März 2003 - XII ZB 2/03).

6. Eine vielschichtige Regelung für die Triageentscheidung, bei der ganz am Ende die sogenannte „Randomisierung“ steht.

In einer ethischen Extremsituation wie der Triage müssen mehrere Prozesse in Gang gesetzt werden, um die zuständigen Akteure zu einer grund- und menschenrechtlich akzeptablen Entscheidung zu führen und sicherzustellen, dass niemand aufgrund einer Behinderung, einer Gebrechlichkeit oder anderen Merkmalen benachteiligt wird. Diesen Anforderungen genügt das Verfahren in § 5 c Abs. 3 GE nicht.

Der CBP setzt sich daher -wie oben bereits unter III Ziff. 2 S.6-7 beschrieben- dafür ein, dass im Falle einer konkurrierenden Situation um eine notfallmedizinische Behandlung verfahrensrechtlich die beschriebene Kaskade von Kriterien im Prozess verankert wird, bei dem ganz am Ende die sog. Randomisierung steht.

Dem CBP ist bewusst, dass eine Triageentscheidung für alle Beteiligten eine Extremsituation bedeutet, die letztlich zum Tod von einzelnen Betroffenen führen kann. Entsprechend wichtig ist es dem CBP, dass eine solche Triageentscheidung auf bestmöglicher fachlicher, wissenschaftlicher und ethischer Grundlage erfolgt.

Der oben skizzierte Vorschlag soll dazu beitragen und entsprechend fordert der CBP eine Neufassung des Gesetzesentwurfs, der auch die Ärzteschaft entlasten muss. Eine Neufassung darf nicht auf der Grundlage des Kriteriums der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ aufsetzen, sondern braucht die Kaskadenbeschreibung, wie sie der CBP oben beschreibt. Nur so kann sichergestellt werden, dass eine Triageentscheidung nichtdiskriminierend erfolgt und Menschen mit Behinderung oder alte Menschen bei der Zuteilung von notfallmedizinischen Maßnahmen benachteiligt werden.

IV. Verfahren für die Zuteilungsentscheidung über Leben und Tod Art. 1 Nr. 3 § 5 c Abs. 3 Infektionsschutzgesetz

Die im GE vorgeschlagenen Verfahrenskriterien sind mit Blick auf die drohende Diskriminierung und Benachteiligung von Menschen mit Behinderung nicht ausreichend. Folgende Elemente der Verfahrensregelungen sind kritisch zu sehen:

- Bei Verstößen gegen die Verfahrensregeln sind keine Strafen vorgesehen, obwohl das Infektionsschutzgesetz sehr viele bußgeldbewährte Strafen vorsieht
- Bei Verfahrensregelungen sind keine Meldepflichten vorgesehen, obwohl z.B. in anderen Bereichen bereits der Ausbruch der Infektion meldepflichtig ist

Zum wirksamen Schutz vor Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen sind zwingend spezielle strafrechtliche Regelungen vorzusehen, die bei einer vorsätzlichen versuchten oder vollendeten Benachteiligung von Menschen mit Behinderung im Kontext der Zuteilung von überlebenswichtigen notfallmedizinischen Behandlungsplätzen greifen.¹⁰

Berlin, den 16.10.2022

Caritas Behindertenhilfe und Psychiatrie e.V. (CBP)

Kontakt: cbp@caritas.de

¹⁰ BGH Urteil vom 28.6.2017, 5 StR 20/16 für den Fall der Manipulation bei der Organverteilung und die in Zusammenhang mit den Wartelistenmanipulationen ins TPG eingeführte Norm des § 19 Abs. 2a