



## **Stellungnahme der Bundesärztekammer**

**zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des  
Infektionsschutzgesetzes (BT-Drucksache 20/3877)**

**Berlin, 17.10.2022**

**Korrespondenzadresse:**

**Bundesärztekammer  
Herbert-Lewin-Platz 1  
10623 Berlin**

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>1. Grundlegende Bewertung des Gesetzesentwurfs .....</b>	<b>3</b>
<b>2. Stellungnahme im Einzelnen .....</b>	<b>5</b>
<b>2.1 Anwendungsbereich (§ 5c Absatz 1 IfSG-neu) .....</b>	<b>5</b>
<b>2.2 Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit (§ 5c Absatz 2 Sätze 1 – 3 IfSG-neu) .....</b>	<b>6</b>
<b>2.3 Verbot des Revidierens der Zuteilung von Behandlungskapazitäten – sogen. Ex-Post-Triage (§ 5c Absatz 2 Satz 4 IfSG-neu) .....</b>	<b>9</b>
<b>2.4 Zweit- und ggf. Drittmeinungsverfahren und Hinzuziehung von Fachexperten (§ 5c Absatz 3 IfSG-neu) .....</b>	<b>10</b>

## 1. Grundlegende Bewertung des Gesetzesentwurfs

Der Regierungsentwurf trägt Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) Rechnung. Mit Beschluss vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20 hat es dem Gesetzgeber aufgegeben, unverzüglich geeignete Vorkehrungen zu treffen, damit niemand wegen einer Behinderung bei der Zuteilung überlebenswichtiger, pandemiebedingt nicht für alle zur Verfügung stehender intensivmedizinischer Ressourcen benachteiligt wird. Dies soll durch eine Ergänzung des Infektionsschutzgesetzes geschehen, sich darauf aber nicht beschränken, sondern auf alle Situationen erstrecken, in denen aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht genügend intensivmedizinische Behandlungskapazitäten vorliegen. Diese Erweiterung befürwortet die Bundesärztekammer nicht.

Den dem Gesetzgeber eingeräumten Gestaltungsspielraum füllt der Regierungsentwurf in der Weise aus, dass er sowohl Verfahrensregelungen vorgibt als auch die Zuteilungsentscheidung an das materielle Kriterium knüpft, dass diese nur aufgrund der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten getroffen werden darf. Dabei soll die sogen. Ex-Post-Triage, d. h. die Beendigung begonnener und weiterhin medizinisch indizierter und vom Willen der Patientinnen und Patienten getragener intensivmedizinischer Maßnahmen zugunsten von Patientinnen oder Patienten, welche aktuell eine kurzfristig bessere Überlebenswahrscheinlichkeit haben, ausgeschlossen werden. Verfahrensrechtlich sieht der Gesetzesentwurf ein Zweit- und ggf. Drittmeinungsverfahren, die Hinzuziehung von Fachexpertise, sofern Patienten mit einer Behinderung oder Komorbidität betroffen sind, spezielle Dokumentationsanforderungen sowie die Verpflichtung der Krankenhäuser vor, die Zuständigkeiten und Entscheidungsabläufe in einer Verfahrensanweisung festzulegen.

Die Bundesärztekammer hat sich mit der Frage nach der Allokation (intensiv-)medizinischer Ressourcen im Falle einer Pandemie-bedingten Ressourcenknappheit im Jahr 2020 insbesondere in ihrer Orientierungshilfe<sup>1</sup> sowie in ihrer Stellungnahme<sup>2</sup> gegenüber dem BVerfG befasst. Gegenüber dem BVerfG hat die Bundesärztekammer u. a. betont, dass sich Ärztinnen und Ärzte im Falle der Zuteilung knapper Ressourcen immer in einem moralischen Dilemma befinden, und mit Blick auf die Pandemiesituation unterstrichen: „Alle Bemühungen von Ärztinnen und Ärzten, aber insbesondere auch der Gesellschaft und der politisch Verantwortlichen müssen vorrangig darauf abzielen, Infektionen mit SARS-CoV-2 zu vermeiden.“ Daraus folgt, dass „[...] der Fokus in einer Pandemie primär darauf ausgerichtet sein muss, der Dynamik entsprechend ausreichende Behandlungskapazitäten nutzbar zu machen.“ Angesichts der Vorrangigkeit der Schaffung ausreichender Behandlungskapazitäten bleibt der Regierungsentwurf, der diese Thematik lediglich im Begründungstext kurz aufgreift, weit hinter den Erwartungen der Ärzteschaft zurück.

---

<sup>1</sup> Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation intensivmedizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels, Deutsches Ärzteblatt 2020, S. A 1084, [https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/BAEK\\_Allokationspapier\\_05052020.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/BAEK_Allokationspapier_05052020.pdf) (letzter Zugriff: 14.07.2022).

<sup>2</sup> Stellungnahme der Bundesärztekammer als sachkundige Dritte im Verfahren bezüglich der Verfassungsbeschwerde gegen die staatlichen Maßnahmen zur Bewältigung der durch das COVID-19 ausgelösten Pandemie und die Untätigkeit der Bundesregierung, Vorkehrungen zu treffen, die Beschwerdeführenden vor Benachteiligung wegen ihrer Behinderung und in Zusammenhang mit ihrem Alter im Rahmen der gesundheitlichen Versorgung zu schützen (1 BvR 1541/20) vom 10.12.2020, [https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/pdf-Ordner/Positionen/2020-12-10\\_STN\\_d\\_Bundesaerztekammer\\_BVerfG\\_AZ\\_1\\_BvR\\_154120.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Positionen/2020-12-10_STN_d_Bundesaerztekammer_BVerfG_AZ_1_BvR_154120.pdf) (letzter Zugriff: 14.07.2022).

Die Bundesärztekammer verweist ergänzend auf ihre Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes (RefE) vom 21.07.2022, die als **Anlage<sup>3</sup>** beigefügt ist.

Im Folgenden nimmt die Bundesärztekammer daher zu ausgewählten, zumeist gegenüber dem Referentenentwurf erfolgten Änderungen Stellung. Dabei hält sie insbesondere den nicht im Gesetz definierten, gegenüber dem Referentenentwurf deutlich erweiterten Anwendungsbereich der Regelung sowie den Ausschluss der sogen. Ex-Post-Triage weiterhin für nicht sachgerecht.

Die Begründung führt zudem nicht aus, warum der Gesetzentwurf nun weit über den Beschluss des BVerfG hinausgeht und den Bezug zu einer Pandemie verlässt, indem die Regelungen für die nicht näher definierte Situation einer Ressourcenknappheit „aufgrund einer übertragbaren Krankheit“ gelten sollen. Diese Erweiterung des Anwendungsbereiches ist problematisch, weil deren Folgen für die Versorgung auf den Intensivstationen bisher aus unserer Sicht weder hinreichend bedacht noch hinsichtlich der Implikationen für andere Versorgungsbereiche analysiert worden sind.

Die Bundesärztekammer hält es unverändert für eine Aufgabe der Politik, Ärztinnen und Ärzten für die moralische Dilemma-Situation einer aufgrund einer Ressourcenknappheit notwendigen Zuteilungsentscheidung Rückendeckung zu geben. Für den 126. Deutschen Ärztetag 2022 ist „unabdingbar, dass Ärztinnen und Ärzte sich keinen rechtlichen Risiken aussetzen, wenn sie in extrem schwierigen Situationen unter Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien und der berufsethischen Grundsätze sowie unter Würdigung des aktuellen Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft eine einzelfallbezogene Entscheidung zur priorisierten Allokation medizinischer Ressourcen treffen. Es ist wesentlich, dass in diesen Fällen nicht nur kein individueller Schuldvorwurf erhoben wird, sondern das ärztliche Handeln auch als objektiv rechtmäßig gilt. Diese Unterscheidung ist für die betroffenen Ärztinnen und Ärzte keineswegs bloß akademischer Natur.“ Dieser Forderung trägt der Regierungsentwurf nicht Rechnung. Ist der Gesetzgeber von Verfassung wegen gehalten, wirksame Schutzmaßnahmen für Menschen mit Behinderungen zu treffen, darf er die Entscheidung darüber, ob sich die an der Zuteilungsentscheidung beteiligten Ärztinnen und Ärzte bei Beachtung der Verfahrensanweisungen und materiellen Kriterien rechtmäßig verhalten oder sie nur kein individueller Schuldvorwurf trifft, nicht den Gerichten und der rechtswissenschaftlichen Diskussion überlassen, sondern muss sich auch insofern eindeutig zugunsten der Ärzteschaft positionieren.

---

<sup>3</sup> Auf der Internetseite der Bundesärztekammer ist die Stellungnahme zudem abrufbar unter [https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/BAEK/Politik/Stellungnahmen/20220721\\_Triage\\_AE.nd\\_HSG\\_SN\\_BAEK.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/BAEK/Politik/Stellungnahmen/20220721_Triage_AE.nd_HSG_SN_BAEK.pdf)

## **2. Stellungnahme im Einzelnen**

### **2.1 Anwendungsbereich (§ 5c Absatz 1 IfSG-neu)**

#### **A) Beabsichtigte Neuregelung**

Über den Gegenstand der Verfassungsbeschwerde hinaus wird der Anwendungsbereich im Vergleich zum Referentenentwurf erweitert, indem nunmehr darauf abgestellt wird, dass „aufgrund einer übertragbaren Krankheit“ nicht ausreichend vorhandene überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten vorhanden sind. Im Referentenentwurf war der Anwendungsbereich auf „pandemiebedingt“ nicht ausreichend vorhandene überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten beschränkt.

#### **B) Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Die Bundesärztekammer hält diese Erweiterung des Anwendungsbereiches und die Streichung des Bezugs zu einer Pandemie für problematisch. Durch die Streichung wird die vom BVerfG verfassungsrechtlich beurteilte Situation der pandemiebedingten Ressourcenknappheit ohne weitere Begründung auf eine diffuse, nicht weiter definierte Situation ausgeweitet und somit ein unübersichtlicher Anwendungsbereich eröffnet, wobei nach wie vor unklar bleibt, wer den Anwendungsbereich unter welchen Bedingungen feststellt.

Bereits in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf hatte die Bundesärztekammer gefordert, dass gesetzlich geregelt werden muss, wer entscheidet, wann die Regelungen des § 5c IfSG-neu zur Anwendung kommen. Diese Forderung, ebenso wie eine Begründung dafür, dass das klar definierte Erfordernis einer Pandemie entfallen soll, erscheinen nun umso dringlicher. So bleibt beispielsweise unklar, welcher Anteil von „aufgrund einer übertragbaren Krankheit“ intensivpflichtigen Patienten erforderlich ist, damit das IfSG-E zur Anwendung kommt, ob bei dem lokalen gleichzeitigen Auftreten, ggf. mehrerer, „übertragbarer Krankheiten“, beispielsweise dem Influenza-Virus („Grippe“) und dem RSV-Virus, mit entsprechender Knappheit intensivmedizinischer Kapazitäten die Regelungen des § 5c IfSG greifen sollen und wer darüber entscheidet bzw. festlegt, dass ab einem bestimmten Zeitpunkt § 5c IfSG Anwendung finden muss und wann er nicht mehr eingreift. Zudem bleibt weiterhin rechtlich unregelt, ob die Behandlungskapazitäten lokal, regional, national oder international ausgeschöpft sein müssen, damit die Vorgaben des § 5c IfSG-neu eingehalten werden müssen. Die Bundesärztekammer unterstützt insoweit die Stellungnahme des Bundesrates (vgl. Nr. 1 der BR-Drs. 410/22 (Beschluss)), dass die Kriterien, wann eine Triage-Situation vorliegt, gesetzlich zu regeln sind. Darüber hinaus ist gesetzlich festzulegen, wer bzw. auf welcher Ebene (im einzelnen Krankenhaus, lokal in einer Stadt, regional, in einer Kleeblattregion, national?) diese Entscheidung gefällt wird.

Die Erweiterung des Anwendungsbereiches kann so verstanden werden, dass eine Vollbelegung der Intensivstationen, auf denen 5 oder 10 Prozent der Patienten wegen einer schweren Grippe behandelt werden, ebenfalls die Rechtsfolgen des § 5c IfSG auslöst. Das würde u. a. bedeuten, dass dann, wenn auf der Intensivstation nur ein freies Bett verfügbar ist und das Krankenhaus parallel von zwei Rettungswagen mit zwei Herzinfarktpatienten angesteuert wird, von denen einer eine Behinderung oder beeinträchtigende Komorbidität hat, ein weiterer Facharzt und ein Fachexperte für die Behinderung bzw. Komorbidität für die Zuteilungsentscheidung hinzugezogen werden müsste. Dieses Szenario würde zwangsläufig dazu führen, dass aufgrund der Verfahrens-bedingten Verzögerung keiner der

beiden Patienten von Beginn an adäquat behandelt werden würde. Statt zwei bzw. drei hochqualifizierte Ärzte mit der Zuteilungsentscheidung zu befassen, wäre es aus ärztlicher Sicht zielführend, jeden der beiden Patienten zeitnah durch jeweils einen Arzt behandelt zu wissen.

Es ist für uns nicht erkennbar, dass für diese Implikationen der Erweiterung des Anwendungsbereichs eine Gesetzesfolgeabschätzung stattgefunden hat. Der Gesetzentwurf sollte zudem vorsehen, die Implikationen von Anbeginn zu evaluieren.

### **C) Änderungsvorschlag der Bundesärztekammer**

Die Bundesärztekammer fordert eine konkrete Beschreibung des Anwendungsbereiches von § 5c IfSG-neu durch Einfügung des Bezugs zu einer Pandemie (vgl. Referentenentwurf) entsprechend des diesbezüglichen Beschlusses des BVerfG. In dieser speziellen Ausnahmesituation gilt: Alle Bemühungen von Ärztinnen und Ärzten, aber insbesondere auch der Gesellschaft und der politisch Verantwortlichen, müssen vorrangig darauf abzielen, Infektionen mit pandemischen Viren, aktuell SARS-CoV-2, zu vermeiden. Daraus folgt, dass der Fokus in einer Pandemie primär darauf ausgerichtet sein muss, der Dynamik entsprechend ausreichende personelle und sächliche Behandlungskapazitäten verfügbar zu machen. Diese Voraussetzungen sind gesetzlich zu normieren.

Die Kriterien, wann eine Triage-Situation vorliegt, sind gesetzlich zu regeln. Darüber hinaus ist gesetzlich festzulegen, wer bzw. auf welcher Ebene (lokal, regional, national?) diese Entscheidung gefällt wird.

## **2.2 Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit (§ 5c Absatz 2 Sätze 1 – 3 IfSG-neu)**

### **A) Beabsichtigte Neuregelung**

Der Gesetzentwurf entscheidet sich dafür, die Zuteilungsentscheidung von einem materiellen Kriterium abhängig zu machen. Indem ausschließlich auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit abzustellen sein soll, werden andere Vorschläge wie Randomisierungsentscheidungen ausgeschlossen. Zudem heißt es, dass „Komorbiditäten [...] nur berücksichtigt werden [dürfen], soweit sie aufgrund ihrer Schwere oder Kombination die auf die aktuelle Krankheit bezogene kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich verringern.“ Das BVerfG hat in Rdnr. 118 seiner Entscheidung ausgeführt, dass das für sich genommen keinen Bedenken begegnet.

### **B) Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Wie bereits in der grundlegenden Bewertung des Gesetzentwurfs ausgeführt, begrüßt es die Bundesärztekammer, dass der Gesetzgeber die Zuteilungsentscheidung unter den Grundvoraussetzungen Dringlichkeit, Patientenwille und ärztlicher Indikation von der klinischen Erfolgsaussicht abhängig machen will und damit anerkennt, dass – so in Rdnr. 127 der Entscheidungsgründe des BVerfG – „als Sachgesetzlichkeit [...] der klinischen Praxis [...] zu achten [ist] wie die Letztverantwortung des ärztlichen Personals für die Beurteilung medizinischer Sachverhalte im konkreten Einzelfall, die in deren besonderer Fachkompetenz und klinischer Erfahrung begründet liegt.“

Für die Anwendung dieser Regelung ist richtungsweisend, wie man den Terminus „erheblich“ [verringert] auslegt. Der Auslegung kommt eine zentrale Bedeutung zu, ohne dass sich aus dem Kabinettsentwurf ableiten lässt, welche Schwelle dafür maßgeblich sein

soll. Der für die Anwendung der Regelung zentrale Rechtsbegriff „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ kann nur als abstrakte Rahmenvorgabe des Gesetzgebers verstanden werden, welcher durch die Feststellung des Standes der medizinischen Wissenschaft fachlich ausgefüllt und operationalisiert werden muss. Der Begründungstext verweist bezüglich einzelner Aspekte auf die S1-Leitlinie „Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie - Klinisch-ethische Empfehlungen“<sup>4</sup>.

Die Auffassung, dass weitere fachliche Einzelheiten nicht gesetzlich geregelt werden können, sondern dem Stand der Erkenntnisse der Wissenschaft entsprechen sollten, wird von der Bundesärztekammer geteilt. Die Bundesärztekammer verweist diesbezüglich auf bewährte Regelungsbeispiele wie das Transfusionsgesetz (TFG). Das TFG mit seiner differenzierten Aufgabenzuweisung u. a. an Bundesoberbehörden, Landesbehörden, Arbeitskreis Blut gemäß § 24 TFG und Bundesärztekammer „folgt dem Grundsatz, durch gesetzliche Regelungen nur so viel wie notwendig zu regeln, die fachlichen Einzelheiten aber soweit wie möglich der Regelung durch die Fachwelt zu überlassen. Dieses aufeinander abgestimmte Konzept trägt Aspekten der Sicherheit und der Bekräftigung der fachlichen Grundlagen in einem Gesetz einerseits sowie der ständigen Entwicklung der wissenschaftlichen Erkenntnisse andererseits gleichermaßen Rechnung“<sup>5</sup>. Dieser Regelungssystematik lag die Erkenntnis des Gesetzgebers zugrunde, „daß der Gesetzentwurf in erster Linie und überwiegend medizinische oder die Ärzteschaft betreffende Sachverhalte regelt. Sie werden ausgefüllt durch die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft und Technik. Diese ergeben sich nach der Konzeption des Gesetzentwurfes als allgemein anerkannter Standard in der Regel aus den Richtlinien der Bundesärztekammer“<sup>6</sup>.

Mit einer analogen Vorgehensweise bei § 5c IfSG-neu würde auch der Intention des Kabinettsentwurfes entsprochen, der im Begründungstext formuliert ist: „Die letztendliche Entscheidung muss daher in der Akutsituation von erfahrenen Intensivmedizinerinnen [...] unter Berücksichtigung der aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse zur evidenzbasierten Einschätzung der kurzfristigen und aktuellen Überlebenswahrscheinlichkeit getroffen werden.“ Auch in einer Triage-Situation ist das aufgabenteilige Zusammenwirken der verschiedenen Akteure (bspw. BMG, RKI, Landesbehörden, Gesundheitsämter, DIVI, verfasste Ärzteschaft, DKG) mit ihren spezifischen Kompetenzen wesentlich für eine erfolgreiche, auf aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen basierende Versorgung der betroffenen Patientinnen und Patienten.

Eine evidenzbasierte, sichere und effiziente Patientenversorgung gehört zu den zentralen Anliegen der deutschen Ärzteschaft. Interdisziplinär erarbeitete, bundesweit geltende Richtlinien tragen nicht nur zu einrichtungsübergreifend gleichmäßigen Zuteilungsentscheidungen bei, sondern berücksichtigen auch die unterschiedlichen fachlichen Perspektiven und bringen diese in Einklang miteinander. Insbesondere durch die Entwicklung von fachlich breit abgestimmten und interdisziplinär konsentierten Richtlinien als Instrumente zur Qualitätsförderung leistet die ärztliche Selbstverwaltung einen wesentlichen Beitrag für die Sicherstellung und Weiterentwicklung einer hohen Versorgungsqualität in Deutschland. Würde der Bundesärztekammer eine entsprechende

---

<sup>4</sup> <https://www.awmf.org/leitlinien/detail/ll/040-013.html> (letzter Zugriff: 14.07.2022).

<sup>5</sup> Vgl. Begründung der Bundesregierung vom 13.01.1998, BT-Drs. 13/9594, Allgemeiner Teil der Gesetzesbegründung, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/095/1309594.pdf> (letzter Zugriff: 23.10.2020).

<sup>6</sup> Vgl. Begründung der Bundesregierung vom 13.01.1998, BT-Drs. 13/9594, Gesetzesbegründung zu § 5, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/095/1309594.pdf> (letzter Zugriff: 14.07.2022).

Kompetenz gesetzlich übertragen, sollten die Richtlinien vor Verabschiedung in einem schriftlichen Anhörungsverfahren den betroffenen Fach- und Verkehrskreise mit der Möglichkeit der Stellungnahme übersandt werden müssen. Sie würden abhängig von der bundesrechtlichen Grundlage der Genehmigung des Bundesgesundheitsministeriums bedürfen. Mit guten Gründen kann sich der Gesetzgeber auf die Qualität der von der Bundesärztekammer verantworteten Regelwerke verlassen, sich auf diese beziehen und somit im Gesetz festschreiben, dass die Einhaltung des Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft vermutet wird, wenn die Richtlinien der Bundesärztekammer beachtet werden. Eine solche rechtliche Regelung würde den Ärztinnen und Ärzten, die Zuteilungsentscheidungen treffen müssen, vor allem einen Leitfaden für ihre schwierige Tätigkeit bieten und die Entscheidungen zudem in vielen Fällen auch rechtlich absichern. Denn angesichts einer Situation nicht ausreichender intensivmedizinischer Kapazitäten ist es Aufgabe der Politik, den Ärztinnen und Ärzten Rückendeckung zu geben, die in dieser moralischen Dilemma-Situation tätig sind.

Die Bundesärztekammer hat bereits in ihrer Orientierungshilfe<sup>7</sup> klargestellt: „Die Bundesärztekammer hält es für unabdingbar, dass Ärztinnen und Ärzte sich keinen rechtlichen Risiken aussetzen, wenn sie in extrem schwierigen Situationen unter Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien und der berufsethischen Grundsätze sowie unter Würdigung des aktuellen Stands der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft eine einzelfallbezogene Entscheidung zur priorisierten Allokation medizinischer Ressourcen treffen. Die Bundesärztekammer hält es für wesentlich, dass in diesen Fällen nicht nur kein individueller Schuldvorwurf erhoben wird, sondern das ärztliche Handeln auch als objektiv rechtmäßig gilt.“ Im Interesse der Rechts- und Handlungssicherheit der Ärztinnen und Ärzte, die Zuteilungsentscheidungen treffen, wird vor diesem Hintergrund eine Zuständigkeit der Bundesärztekammer gefordert, die Regeln einer Zuteilungsentscheidung in Richtlinien festzustellen, wobei die Richtlinien der Genehmigung durch das Bundesministerium für Gesundheit bedürfen sollen.

### **C) Änderungsvorschlag der Bundesärztekammer**

Richtlinienkompetenz der Bundesärztekammer für die Feststellung des anerkannten Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft im Fall pandemiebedingt nicht ausreichender intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten:

*(Absatz 5a-neu) Die Bundesärztekammer stellt den allgemein anerkannten Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft für die Regeln einer Zuteilungsentscheidung in Richtlinien fest. Bei der Erarbeitung der Richtlinien ist die angemessene Beteiligung von Sachverständigen der betroffenen Fach- und Verkehrskreise einschließlich der zuständigen Behörden von Bund und Ländern sicherzustellen.*

*(Absatz 5b-neu) Die Einhaltung des allgemein anerkannten Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft wird vermutet, wenn die Richtlinien beachtet worden sind.*

*(Absatz 5c-neu) Die Bundesärztekammer hat dem Bundesministerium für Gesundheit die Richtlinie nach Absatz 5a-neu zur Genehmigung vorzulegen. Änderungen der vom Bundesministerium für Gesundheit genehmigten Richtlinie sind dem Bundesministerium für Gesundheit von der Bundesärztekammer ebenfalls zur Genehmigung vorzulegen. Das Bundesministerium für Gesundheit kann von der Bundesärztekammer im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zusätzliche Informationen und ergänzende Stellungnahmen*

---

<sup>7</sup> Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation intensivmedizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels, à Fußnote 1.



*anfordern. Das Bundesministerium für Gesundheit macht die genehmigte Richtlinie und genehmigte Änderungen der Richtlinie im Bundesanzeiger bekannt.*

### **2.3 Verbot des Revidierens der Zuteilung von Behandlungskapazitäten – sogen. Ex-Post-Triage (§ 5c Absatz 2 Satz 4 IfSG-neu)**

#### **A) Beabsichtigte Neuregelung**

Der Regierungsentwurf will bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten von der Zuteilungsentscheidung ausnehmen und hiermit eine sogen. „Ex-Post-Triage“ ausschließen.

#### **B) Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Diese Regelung ist aus Sicht der Bundesärztekammer höchst problematisch, denn leitend für sog. Zuteilungsentscheidungen müssen neben der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten“ auch die ärztliche Indikation und der Patientenwille sein; diese drei Kriterien sind deshalb als Grundlage der Zuteilungsentscheidung im Gesetz zu verankern.

Zudem ist der Begriff „Ex-Post-Triage“ aus ärztlicher Sicht unglücklich – es geht hier nicht um eine Zuteilungsentscheidung aufgrund knapper Ressourcen *im Nachhinein*. Vielmehr stellt die kontinuierliche Re-Evaluierung des Zustandes der (intensivmedizinisch) behandelten Patientinnen und Patienten eine zentrale ärztliche Aufgabe dar, die der Dynamik des Krankheitsbildes Rechnung trägt und insbesondere immer wieder prüft, ob in der akuten Situation (noch) eine ärztliche Indikation zur (Weiter-)Behandlung vorliegt und ob diese Behandlung weiterhin dem Patientenwillen entspricht. Von ärztlicher Seite wurde wiederholt dargestellt, welche Verunsicherung durch das Verbot der sog. „Ex-Post-Triage“ bei den auf einer Intensivstation Tätigen und insbesondere den Ärztinnen und Ärzten entsteht. Der Hinweis in der Gesetzesbegründung, „dass die Letztverantwortung für die Beurteilung medizinischer Sachverhalte in den konkreten Einzelfällen bei den Ärztinnen und Ärzten [...] liegt“, dürfte die Verunsicherung eher noch verstärken. Die Ärzteschaft fordert die Politik auf, Ärztinnen und Ärzten, die in dieser moralischen Dilemma-Situation tätig sind, nicht weiter zu verunsichern, sondern ihnen für ihre komplexe und fordernde Tätigkeit die notwendige Rückendeckung zu geben.

Zum anderen würde durch die vorgesehene Regelung die in der Gesetzesbegründung geforderte Einbeziehung aller intensivmedizinischen Behandlungsbedarfe konterkariert. Stattdessen würde das Prinzip „First come, first served“ Anwendung finden: Sind einmal alle intensivmedizinischen Kapazitäten belegt, würden beispielsweise ausnahmslos alle Menschen nicht adäquat medizinisch behandelt werden können, die infolge eines Großschadensereignisses wie einem terroristischen Anschlag oder einem ICE-Unfall akut auf eine intensivmedizinische Behandlung angewiesen sind.

Aus Sicht der Bundesärztekammer muss die Zuteilungsentscheidung alle Patientinnen und Patienten, also auch diejenigen, die beispielsweise auf Intermediate-Care-Stationen versorgt werden, wegen eines Herzinfarkts oder Schlaganfalls, eines Unfalls oder nach einem geplanten chirurgischen Eingriff ggf. auch unerwartet intensivmedizinischer Überwachung bedürfen, einbeziehen und bedarf u. a. aufgrund der Dynamik der Krankheitsverläufe der laufenden Evaluierung. Denn die Indikation ist das fachliche Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall und die konkrete, gerade bei intensivpflichtigen Patienten häufig instabile,

Behandlungssituation. Die Indikationsstellung erfolgt daher gerade bei der Behandlung von intensivpflichtigen Patienten, wie im Übrigen jedes fachliche Urteil innerhalb, aber auch außerhalb der Medizin, im Rahmen einer gewissen Spannbreite, d.h. die Indikationsstellung ist häufig nicht sofort eindeutig als richtig oder falsch einzustufen. Sie unterliegt zudem einer Dynamik.

In diesem Sinne hat sich auch der 126. Deutsche Ärztetag 2022 klar positioniert: „Der kategorische Ausschluss der „Ex-post-Triage“ würde das ethisch-moralische Dilemma lediglich von den Intensivstationen in oder vor die Notaufnahme der Kliniken verlagern.“ Auch vor diesem Hintergrund unterstützt die Bundesärztekammer uneingeschränkt die Stellungnahme des Bundesrates (vgl. Nr. 3 der BR-Drs. 410/22 (Beschluss)) und bittet den Gesetzgeber dringend, die vorgesehene Regelung kritisch zu prüfen.

### **C) Änderungsvorschlag der Bundesärztekammer**

Streichung von § 5c Abs. 2 S. 4 IfSG-neu.

#### **2.4 Zweit- und ggf. Drittmeinungsverfahren und Hinzuziehung von Fachexperten (§ 5c Absatz 3 IfSG-neu)**

##### **A) Beabsichtigte Neuregelung**

Der Kabinettsentwurf sieht im Vergleich zum Referentenentwurf vor, dass bei einer Patientin oder einem Patienten mit einer Behinderung oder einer Komorbidität „die Einschätzung einer hinzuzuziehenden Person berücksichtigt werden“ muss, „durch deren Fachexpertise den besonderen Belangen dieser Patientin oder dieses Patienten Rechnung getragen werden kann“. Diese Hinzuziehung kann „in Form einer telemedizinischen Konsultation erfolgen“.

##### **B) Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Die Bundesärztekammer erkennt das Bemühen des Regierungsentwurfes an, ein möglichst transparentes Verfahren für sog. Zuteilungsentscheidungen festzuschreiben. Dennoch erscheint die vorgesehene Regelung – zumal angesichts des dynamischen Geschehens einer Pandemie und der gemäß Begründung erforderlichen Situation, dass zuvor „alle Anstrengungen unternommen werden, um den Fall aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten zu verhindern“ – sehr bürokratisch und nicht praktikabel. So erscheint die nunmehr verpflichtende Vorgabe, dass bei Patienten mit Behinderung oder einer Komorbidität eine dritte Person hinzuzuziehen ist, deren Fachexpertise den besonderen Belangen dieser Patienten Rechnung trägt, insbesondere vor dem Hintergrund einer akuten personellen Knappheit in einer Pandemie nicht umsetzbar. In diesen akuten Entscheidungsfällen, zumal in einer Situation von Ressourcen-Knappheit, die jeweilige spezialisierte fachärztliche Expertise einholen zu müssen, erscheint weder sinnvoll noch notwendig.

Die Erfahrungen der bisherigen SARS-COV-2-Wellen haben gezeigt, dass in der Regel intensivmedizinische materielle Kapazitäten (z. B. Intensivbetten, Beatmungsgeräte) vorhanden waren, aber vor allem im Pandemieverlauf das entsprechend qualifizierte

Personal fehlte<sup>8</sup>. Vor diesem Hintergrund stellt sich aus der Sicht der Bundesärztekammer auch die Frage, ob in einer solchen Extremsituation, in der Zuteilungsentscheidungen im Sinne des Regierungsentwurfes notwendig werden, die entsprechenden personellen Ressourcen überhaupt vorhanden sind. Zudem stellt sich aus ärztlicher Sicht die Frage, ob die im Regierungsentwurf geforderten personellen ärztlichen Kapazitäten in einer solchen Extremsituation prioritär in Entscheidungsverfahren oder in der Patientenversorgung eingesetzt werden sollen, um dem Patientenwohl bestmöglich zu dienen. Geht es doch darum, ob die Behandlungsentscheidung für einen Patienten durch zwei qualifizierte Ärzte erfolgt oder währenddessen zwei Patienten behandelt werden können. Es dürften auch den Betroffenen schwer zu vermitteln sein, dass bis zu drei Ärzte in die Bewertung *eines* Patienten involviert sind, statt *drei* Patienten versorgen zu können. Aus ärztlicher Sicht kommt der Behandlung von Patientinnen und Patienten insbesondere in existenziellen Notsituationen uneingeschränkter Vorrang vor sicher gut gemeinten Anforderungen an transparente Verfahrensabläufe und der Hinzuziehung weiterer Experten zu. Auch die staatliche Schutzpflicht für das Leben streitet dafür.

Aus den genannten Gründen erscheint auch die Hinzuziehung einer dritten, „gleich qualifizierten ärztlichen Person“ bei einer durch Ressourcenknappheit notwendigen Zuteilungsentscheidung kaum umsetzbar. Ob die Situation, zumal im Dissensfall, für eine telemedizinische Konsultation geeignet ist, ist aus ärztlicher Sicht ebenso fraglich wie die Sinnhaftigkeit des Einsatzes hochqualifizierter Ärztinnen und Ärzte in telemedizinischen Zentren zur Entscheidungsunterstützung, die in einer solchen Extremsituation ebenfalls in der Patientenversorgung eingesetzt werden sollten. Angesichts einer Situation nicht ausreichender intensivmedizinischer Kapazitäten sollten in Anerkennung der staatlichen Schutzpflicht für das Leben die verfügbaren Ressourcen so eingesetzt werden, dass möglichst viele Patienten behandelt werden können.

### **C) Änderungsvorschlag der Bundesärztekammer**

Das skizzierte Entscheidungsverfahren sollte auf Fälle beschränkt werden, in denen die personellen Ressourcen für die Behandlung anderer Patientinnen und Patienten ausreichen, z. B. durch Einfügung eines neuen Satzes hinter Satz 5:

*„Satz 1-5 gelten nicht, soweit die vorhandenen personellen Ressourcen in der Patientenversorgung eingesetzt werden müssen und damit der Hinzuziehung einer weiteren Fachärztin oder eines weiteren Facharztes entgegenstehen.“*

---

<sup>8</sup> Siehe z. B. <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/127107/Der-Personalmangel-in-der-Pflege-ist-mit-weitem-Abstand-das-draengendste-Problem>; <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/128747/Coronadruck-fuehrt-zu-Personalmangel-auf-Intensivstationen> (letzter Zugriff: 14.07.2022).



## **Stellungnahme der Bundesärztekammer**

**zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des  
Infektionsschutzgesetzes**

**[Gesetz zur Verhinderung einer Benachteiligung wegen einer Behinderung  
bei der Zuteilung knapper, überlebenswichtiger intensivmedizinischer  
Ressourcen]**

**vom 14.06.2022**

**Berlin, 21.07.2022**

**Korrespondenzadresse:**

**Bundesärztekammer  
Herbert-Lewin-Platz 1  
10623 Berlin**

## **Inhaltsverzeichnis**

1. Grundlegende Bewertung des Gesetzesentwurfs .....	3
2. Stellungnahme im Einzelnen .....	7
2.1 Regelungsvorschlag § 5c Infektionsschutzgesetz (neu) .....	7
• Diskriminierungsverbot (§ 5c Absatz 1 IfSG-neu) .....	8
• Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit (§ 5c Absatz 2 Sätze 1 – 3 IfSG-neu) .....	9
• Verbot des Revidierens der Zuteilung von Behandlungskapazitäten – sogen. Ex-Post-Triage (§ 5c Absatz 2 Satz 4 IfSG-neu).....	11
• Zweitmeinungsverfahren und Hinzuziehung von Fachexperten (§ 5c Absatz 3 IfSG-neu) .....	12
• Dokumentationspflicht (§ 5c Absatz 4 IfSG-neu) .....	13
• Verfahrensanweisung der Krankenhäuser (§ 5c Absatz 5 IfSG-neu) .....	15
2.2 Inkrafttreten (Artikel 2).....	16

## 1. Grundlegende Bewertung des Gesetzesentwurfs

Der Referentenentwurf trägt Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) Rechnung. Mit Beschluss vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20 hat es dem Gesetzgeber aufgegeben, unverzüglich geeignete Vorkehrungen zu treffen, damit niemand wegen einer Behinderung bei der Zuteilung überlebenswichtiger, pandemiebedingt nicht für alle zur Verfügung stehender intensivmedizinischer Ressourcen benachteiligt wird. Dies soll durch eine Ergänzung des Infektionsschutzgesetzes geschehen.

Den dem Gesetzgeber eingeräumten Gestaltungsspielraum füllt der Referentenentwurf in der Weise aus, dass er sowohl Verfahrensregelungen vorgibt als auch die Zuteilungsentscheidung an das materielle Kriterium knüpft, dass diese nur aufgrund der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten getroffen werden darf. Dabei soll die sogen. Ex-post-Triage, d.h. die Beendigung begonnener und weiterhin medizinisch indizierter und vom Willen der Patientinnen und Patienten getragener intensivmedizinischer Maßnahmen zugunsten von Patientinnen oder Patienten, welche aktuell eine kurzfristig bessere Überlebenswahrscheinlichkeit haben, ausgeschlossen werden. Verfahrensrechtlich sieht der Gesetzentwurf ein Zweitmeinungsverfahren, die Hinzuziehung von Fachexpertise, spezielle Dokumentationsanforderungen sowie die Verpflichtung der Krankenhäuser vor, die Zuständigkeiten und Entscheidungsabläufe in einer Verfahrensanweisung festzulegen.

Die Bundesärztekammer hat sich mit der Frage nach der Allokation (intensiv-)medizinischer Ressourcen im Falle einer Pandemie-bedingten Ressourcenknappheit im Jahr 2020 insbesondere in ihrer Orientierungshilfe<sup>1</sup> sowie in ihrer Stellungnahme<sup>2</sup> gegenüber dem BVerfG befasst. Hierin wurde aufgezeigt, welche grundlegenden Prinzipien ärztlichen Handelns im Falle einer Situation knapper (intensiv-)medizinischer Ressourcen eine Orientierung bieten können, und festgestellt, dass auch in der Situation einer Pandemie die medizinische Indikation, der Patientenwille und die klinischen Erfolgsaussichten zentrale Kriterien für ärztliche Entscheidungen sind.

Die Orientierungshilfe stellt insbesondere klar: „Kein Menschenleben ist mehr wert als ein anderes – es gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung. Daher verbieten sich Benachteiligungen aufgrund von z. B. Alter, Geschlecht, Nationalität, Behinderung oder sozialem Status. Auch medizinisch geprägte Kategorisierungen (z. B. Demenz, andere chronische Erkrankungen) dürfen nicht zu einem pauschalen Ausschluss von erforderlichen Behandlungen führen. Es sind stets einzelfallbezogene Entscheidungen auf der Basis von transparenten sowie ethisch und medizinisch-fachlich begründeten Kriterien geboten. Entscheidungen dürfen nicht schematisiert oder anhand von starren Algorithmen getroffen werden. Algorithmen oder Checklisten z. B. können grundlegende ethische oder medizinische Prinzipien verdeutlichen. Sie können aber die Entscheidung im jeweiligen

---

<sup>1</sup> Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation intensivmedizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels, Deutsches Ärzteblatt 2020, S. A 1084, [https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/BAEK\\_Allokationspapier\\_05052020.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/BAEK_Allokationspapier_05052020.pdf) (letzter Zugriff: 14.07.2022).

<sup>2</sup> Stellungnahme der Bundesärztekammer als sachkundige Dritte im Verfahren bezüglich der Verfassungsbeschwerde gegen die staatlichen Maßnahmen zur Bewältigung der durch das COVID-19 ausgelösten Pandemie und die Untätigkeit der Bundesregierung, Vorkehrungen zu treffen, die Beschwerdeführenden vor Benachteiligung wegen ihrer Behinderung und in Zusammenhang mit ihrem Alter im Rahmen der gesundheitlichen Versorgung zu schützen (1 BvR 1541/20) vom 10.12.2020, [https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/pdf-Ordner/Positionen/2020-12-10\\_STN\\_d\\_Bundesaerztekammer\\_BVerfG\\_AZ\\_1\\_BvR\\_154120.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Positionen/2020-12-10_STN_d_Bundesaerztekammer_BVerfG_AZ_1_BvR_154120.pdf) (letzter Zugriff: 14.07.2022).

Einzelfall nicht vorwegnehmen oder ersetzen.“ Für den Fall notwendiger Priorisierungsentscheidungen sollten diese so getroffen werden, dass die Erfolgsaussichten mit Blick auf das Überleben und die Gesamtprognose möglichst groß sind und die meisten Menschenleben gerettet werden können. Die Bundesärztekammer betont in ihrer Orientierungshilfe außerdem, dass es innerhalb und außerhalb der Bedingungen von Knappheit und Pandemie keine ärztliche Verpflichtung zur aktiven Lebenserhaltung unter allen Umständen gebe und dass Ärztinnen und Ärzte keine Maßnahmen ergreifen werden, die unter den individuellen Umständen nicht oder nicht mehr indiziert sind.

Gegenüber dem BVerfG hat die Bundesärztekammer betont, dass sich Ärztinnen und Ärzte im Falle der Zuteilung knapper Ressourcen immer in einem moralischen Dilemma befinden, und mit Blick auf die Pandemiesituation unterstrichen: „Alle Bemühungen von Ärztinnen und Ärzten, aber insbesondere auch der Gesellschaft und der politisch Verantwortlichen müssen vorrangig darauf abzielen, Infektionen mit SARS-CoV-2 zu vermeiden.“ Daraus folgt, dass „[...] der Fokus in einer Pandemie primär darauf ausgerichtet sein muss, der Dynamik entsprechend ausreichende Behandlungskapazitäten nutzbar zu machen.“ Angesichts der Vorrangigkeit der Schaffung ausreichender Behandlungskapazitäten bleibt der Referentenentwurf, der diese Thematik lediglich im Begründungstext kurz aufgreift, weit hinter den Erwartungen der Ärzteschaft zurück.

Die Bundesärztekammer, die als einzige Institution die Interessen der gesamten Ärzteschaft vertritt, hat gegenüber dem BVerfG verdeutlicht: „Von wesentlicher Bedeutung ist, dass das Kriterium der Erfolgsaussicht – neben der medizinischen Indikation und dem Patientenwillen – für alle Patientinnen und Patienten gleichermaßen angewendet wird. [...] Dabei ist ein interdisziplinärer, fachübergreifender Ansatz bei der Erarbeitung der Kriterien und Verfahren unter breiter Einbeziehung aller notwendigen fachlichen Expertisen wichtig, um Partikularinteressen zu neutralisieren.“ Auch hier bleibt der Referentenentwurf unbestimmt und stellt lediglich im Allgemeinen Teil des Begründungstexts fest: „Die Regelung in diesem Entwurf schließt eine ergänzende Anwendung wissenschaftlicher fachspezifischer Vorgaben (z. B. Leitlinien und Empfehlungen) nicht aus, soweit gesetzliche Regelungen der Anwendung nicht entgegenstehen.“ Gemäß der „(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä)“ üben Ärztinnen und Ärzte ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit aus. Eine gewissenhafte Berufsausübung erfordert insbesondere die notwendige fachliche Qualifikation und die Beachtung des anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse (§ 2 Abs. 3 MBO-Ä). Für verschiedene Bereiche, so die Hämotherapie, die Transplantationsmedizin und die Substitutionstherapie, stellt die Bundesärztekammer – zum Teil seit mehreren Jahrzehnten – in einem bewährten, die Fach- und Verkehrskreise einbeziehenden Verfahren den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien fest, die nicht nur innerhalb der Ärzteschaft fachlich anerkannt sind, sondern auch national wie international eine hohe medicolegale Bindungswirkung entfalten. Mit guten Gründen kann sich der Gesetzgeber auf die Qualität der von der Bundesärztekammer verantworteten Regelwerke verlassen und im Gesetz festschreiben: „Die Einhaltung des Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft wird vermutet, wenn die Richtlinien der Bundesärztekammer beachtet worden sind.“ Dadurch entsteht für Ärztinnen und Ärzte in diesen Behandlungssituationen nicht nur Handlungs-, sondern auch Rechtssicherheit.

Der 126. Deutsche Ärztetag 2022 hat im Ergebnis seiner Beratungen u. a. beschlossen<sup>3</sup>, „dass eine Ressourcenverteilung nach Aufnahmezeitpunkt ("first come first serve") weder ethisch begründbar noch medizinisch sinnvoll ist. Der kategorische Ausschluss der "Ex-post-Triage" würde das ethisch-moralische Dilemma lediglich von den Intensivstationen in oder vor die Notaufnahmen der Kliniken verlagern.“ Zudem wurde klargestellt, „dass ein "Losverfahren"<sup>4</sup> zur Zuteilung oder Verweigerung einer Behandlung ohne jegliche Berücksichtigung der Erfolgsaussichten ärztlichem Denken diametral widerspricht.“ Dass der vorliegende Referentenentwurf die "Ex-post-Triage" explizit ausnehmen will, wird aus ärztlicher Sicht ausdrücklich kritisiert.

Die Allokation medizinischer (materieller oder personeller) Ressourcen im Falle eines Kapazitätsmangels ebenso wie Priorisierungsentscheidungen sind seit jeher ein zentraler Bestandteil ärztlicher Tätigkeit. Die Bundesärztekammer betont, dass sich Ärztinnen und Ärzte im Falle der Zuteilung knapper Ressourcen unabhängig von der jeweiligen Entscheidungssituation immer in einem moralischen Dilemma befinden.

Der Referentenentwurf hat dem Beschluss des BVerfG folgend ausschließlich Regelungen für die spezielle Situation Pandemie-bedingter Ressourcenknappheit zum Ziel. In dieser speziellen Ausnahmesituation gilt: Alle Bemühungen von Ärztinnen und Ärzten, aber insbesondere auch der Gesellschaft und der politisch Verantwortlichen, müssen vorrangig darauf abzielen, Infektionen mit pandemischen Viren, aktuell SARS-CoV-2, zu vermeiden. Daraus folgt, dass der Fokus in einer Pandemie primär darauf ausgerichtet sein muss, der Dynamik entsprechend ausreichende personelle und sächliche Behandlungskapazitäten verfügbar zu machen.

Lediglich im Begründungstext wird klargestellt: „Dabei ist zu beachten, dass vorrangig alle Anstrengungen unternommen werden müssen, um den Fall pandemiebedingt nicht ausreichender intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten zu verhindern. Der neue § 5c IfSG wird ausschließlich für den Fall geschaffen, dass dies krisenbedingt nicht gelingt. Eine Allokationsentscheidung nach dem neuen § 5c IfSG setzt daher voraus, dass zuvor alle materiellen und personellen Behandlungskapazitäten regional und überregional ausgeschöpft worden sind. [...] Zudem sollten vor einer Zuteilungsentscheidung auch internationale strategische Verlegungen geprüft werden.“

Daher ist die spezielle Ausnahmesituation, in der die im Referentenentwurf skizzierten Verfahren für die Zuteilungsentscheidung Anwendung finden sollen, eindeutig festzulegen. Da Allokations- und Priorisierungsentscheidungen regelhaft Bestandteil ärztlicher Tätigkeit sind, ist die im Fokus des Referentenentwurfes stehende spezielle medizinische Behandlungssituation im Interesse der Rechtssicherheit aller Beteiligten eindeutig davon abzugrenzen. Die Bundesärztekammer hält es demnach für notwendig, dass bereits im Normtext deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass sich die Regelung auf die Behandlungssituation beschränkt, die Gegenstand der Entscheidung des BVerfG war. Das BVerfG hat aufgrund des an das Gericht herangetragenen Sachverhalts angenommen, dass sich der Schutzauftrag gegenüber Menschen mit Behinderungen nur dann zu einer konkreten Pflicht des Staates verdichtet, wirksame Vorkehrungen gegen die Gefahr deren Diskriminierung zu treffen, wenn die zuständigen staatlichen Stellen zuvor alles ihnen Mögliche und Zumutbare getan haben, d. h. einerseits hinreichende Schutzmaßnahmen

---

<sup>3</sup> Beschlussprotokoll des 126. Deutschen Ärztetages 2022, Antrag Ib-03; [https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/BAEK/Aerztetag/126.DAET/2022-06-17\\_Beschlussprotokoll.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/BAEK/Aerztetag/126.DAET/2022-06-17_Beschlussprotokoll.pdf) (letzter Zugriff: 14.07.2022).

<sup>4</sup> In der politischen Diskussion im Nachgang zu der Entscheidung des BVerfG auch als „Randomisierung“ bezeichnet.



gegen Infektionen angeordnet haben und andererseits genügend zusätzliche intensivmedizinische Behandlungskapazitäten für schwer erkrankte Infizierte zu schaffen. Der vorgelegte Referentenentwurf regelt daher eine Situation, die der Staat zuvor mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln vermeiden muss.

Auch im Falle eines Kapazitätsmangels behalten die ethischen Grundsätze des ärztlichen Berufs, wie sie in dem vom Weltärztebund für die gesamte Ärzteschaft verabschiedeten „Genfer Gelöbnis“, welches der MBO-Ä und den Berufsordnungen der Landesärztekammern vorangestellt ist, ihre Gültigkeit und prägen das ärztliche Handeln. Die Allokation medizinischer (materieller oder personeller) Ressourcen im Falle eines Kapazitätsmangels ebenso wie Priorisierungsentscheidungen sind seit jeher ein zentraler Bestandteil ärztlicher Tätigkeit. Unabhängig von der jeweiligen Situation gilt das Selbstverständnis des ärztlichen Berufs<sup>5</sup>: „Ärztinnen und Ärzte dienen der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung. Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe. Er ist seiner Natur nach ein freier Beruf.“

Für den 126. Deutschen Ärztetag 2022 ist „unabdingbar, dass Ärztinnen und Ärzte sich keinen rechtlichen Risiken aussetzen, wenn sie in extrem schwierigen Situationen unter Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien und der berufsethischen Grundsätze sowie unter Würdigung des aktuellen Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft eine einzelfallbezogene Entscheidung zur priorisierten Allokation medizinischer Ressourcen treffen. Es ist wesentlich, dass in diesen Fällen nicht nur kein individueller Schuldvorwurf erhoben wird, sondern das ärztliche Handeln auch als objektiv rechtmäßig gilt. Diese Unterscheidung ist für die betroffenen Ärztinnen und Ärzte keineswegs bloß akademischer Natur.“

Dieser Forderung trägt der Referentenentwurf nicht Rechnung. Im Besonderen Teil wird hinsichtlich der strafrechtlichen Bewertung nur auf die „allgemeinen Regelungen, insbesondere den Vorgaben zur gewohnheitsrechtlich anerkannten rechtfertigenden Pflichtenkollision“ Bezug genommen, ohne transparent zu machen, dass deren Anwendungsbereich, insbesondere im Verhältnis zu § 34 des Strafgesetzbuches (StGB) inzwischen höchst umstritten ist. Maßgebliche Publikationen, welche den Anwendungsbereich der rechtfertigenden Pflichtenkollision gegenüber dem § 34 StGB mit aus Sicht der Bundesärztekammer überzeugenden Gründen für weitergehender halten als bisher vielfach angenommen, finden keine Erwähnung. Ist der Gesetzgeber von Verfassung wegen gehalten, wirksame Schutzmaßnahmen für Menschen mit Behinderungen zu treffen, darf er die Entscheidung darüber, ob sich die an der Zuteilungsentscheidung beteiligten Ärztinnen und Ärzte bei Beachtung der Verfahrensweisungen und materiellen Kriterien rechtmäßig verhalten oder sie nur kein individueller Schuldvorwurf trifft, nicht den Gerichten und der rechtswissenschaftlichen Diskussion überlassen, sondern muss sich auch insofern eindeutig zugunsten der Ärzteschaft positionieren.

---

<sup>5</sup> § 1 Abs. 1 der (Muster)-Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte [https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/old-files/downloads/pdf-Ordner/Recht/\\_Bek\\_BAEK\\_MBO-AE\\_Online\\_final.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/old-files/downloads/pdf-Ordner/Recht/_Bek_BAEK_MBO-AE_Online_final.pdf) (letzter Zugriff: 14.07.2022)

## **2. Stellungnahme im Einzelnen**

Der Anwendungsbereich der beabsichtigten gesetzlichen Neuregelung beschränkt sich auf Situationen, in denen überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten pandemiebedingt in nicht ausreichender Zahl zur Verfügung stehen. Eine solche Situation ist aufgrund der in Deutschland vorhandenen Behandlungskapazitäten und des überobligationsmäßigen Engagements der in der Intensivmedizin tätigen Ärztinnen und Ärzte sowie Intensivpflegefachpersonen in der SARS-CoV-2-Pandemie bisher nicht eingetreten. Durch den in § 5c Absatz 2 Satz 4 IfSG-neu vorgesehenen Ausschluss der sogenannten Ex-Post-Triage käme das Gesetz zudem nur zur Anwendung, wenn zwei Patientinnen oder Patienten zeitgleich eine intensivmedizinische Behandlung benötigen. Dabei wäre es unerheblich, worin die Notwendigkeit der intensivmedizinischen Behandlung begründet ist, d. h. ob sie ihre Ursache beispielsweise in einer Infektionsbehandlung, einer postoperativen Überwachung, einem Unfall oder einem Herzinfarkt oder Schlaganfall hat.

### **2.1 Regelungsvorschlag § 5c Infektionsschutzgesetz (neu)**

Der Referentenentwurf fokussiert auf die Situation, dass eine Zuteilungsentscheidung zwischen intensivpflichtigen Patientinnen und Patienten zu treffen ist. Hingegen finden sich vorangehende Handlungsnotwendigkeiten und – so die Terminologie des Gesetzentwurfs – „Grundvoraussetzungen“ für eine intensivmedizinische Behandlung lediglich in der Begründung.

Im Allgemeinen Teil der Begründung heißt es, dabei sei „zu beachten, dass vorrangig alle Anstrengungen unternommen werden müssen, um den Fall pandemiebedingt nicht ausreichender intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten zu verhindern. Der neue § 5c IfSG wird ausschließlich für den Fall geschaffen, dass dies krisenbedingt nicht gelingt. Eine Allokationsentscheidung nach dem neuen § 5c IfSG setzt daher voraus, dass zuvor alle materiellen und personalen Behandlungskapazitäten regional und überregional ausgeschöpft worden sind. Dies kann insbesondere durch organisatorische Maßnahmen erfolgen, wie zum Beispiel durch die Verschiebung planbarer, nicht zeitkritischer Operationen oder die Verteilung betroffener Patientinnen oder Patienten in andere Krankenhäuser nach dem zur Verlegung von COVID-19-Intensivpatientinnen und -patienten konzipierten sog. „Kleeblattkonzept“<sup>6</sup>.“

Da Allokations- und Priorisierungsentscheidungen regelhaft Bestandteil ärztlicher Tätigkeit sind, ist die im Fokus des Referentenentwurfes stehende spezielle medizinische Behandlungssituation im Interesse der Rechtssicherheit aller Beteiligten eindeutig davon abzugrenzen. Aus Sicht der Ärzteschaft ist die spezielle Ausnahmesituation, in der die im Referentenentwurf skizzierten Verfahren für die Zuteilungsentscheidung Anwendung finden sollen, daher rechtlich zu umschreiben. Insbesondere ist in den Normtext aufzunehmen, wem die Entscheidung obliegt, ob – beispielsweise in einer Region oder bundesweit – die Voraussetzungen erfüllt sind, in der die spezielle Ausnahmesituation einer Allokationsentscheidung nach dem neuen § 5c IfSG gerechtfertigt ist und wie die Information darüber zu den Krankenhäusern mit Intensivstation übermittelt wird.

---

<sup>6</sup> Siehe z. B. Wie Intensivpatienten über das Kleeblattkonzept verlegt werden, Deutsches Ärzteblatt, Jg. 118, Heft 50, 17. Dezember 2021, <https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=222569>; Nutzung des Kleeblattmechanismus für Verlegungen aus der Ukraine, Deutsches Ärzteblatt, Jg. 119, Heft 25, 24. Juni 2022; <https://cfdn.aerzteblatt.de/pdf/119/25/a1122.pdf?ts=20.06.2022+11%3A34%3A26> (letzter Zugriff: 14.07.2022).

Keinesfalls kann es Aufgabe eines jeden Krankenhauses oder einzelner dort tätiger Ärztinnen und Ärzte sein, darüber zu befinden, ob die im Begründungstext genannten Voraussetzungen erfüllt sind und eine solche spezielle Ausnahmesituation vorliegt. Nicht zuletzt angesichts der Tragweite der Entscheidung und der vielfältigen, überregionale bis internationale Aspekte einbeziehenden Voraussetzungen erscheint hier eine ggf. gestufte, beispielsweise auf Regional-, Landes- oder Bundesebene, Zuweisung von Entscheidungskompetenzen auf Basis insbesondere der jeweiligen epidemiologischen Situation sowie der lokal, national sowie ggf. international verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten, zwingend notwendig.

Im Besonderen Teil der Begründung wird ausgeführt: „Weitere Grundvoraussetzung für eine Entscheidung über den Zugang zur intensivmedizinischen Versorgung im Falle pandemiebedingt knapper Behandlungsressourcen einer Patientin oder eines Patienten sind ein jeweils der intensivmedizinischen Behandlung entsprechender Patientenwille und die Indikation sowie die Dringlichkeit der medizinischen Versorgung.“

Die Ärzteschaft hält es für notwendig, im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens durch begleitende Regelungen oder eine klarstellende Definition, unter welchen Rahmenbedingungen eine „Zuteilungsentscheidung“ zulässig ist, sicherzustellen, dass staatlicherseits, durch den Gesetzgeber und die Exekutive, Maßnahmen zur Verhinderung von Zuteilungsentscheidungen getroffen werden. D. h. es muss hinreichend Sorge dafür getragen werden, dass materielle und personale Behandlungskapazitäten im ausreichenden Maße zur Verfügung stehen.

Außerdem fordert die Ärzteschaft, dass die in der Gesetzesbegründung benannten Grundvoraussetzungen Eingang in den Normtext finden. Dieses könnte durch einen neuen Absatz 1c des § 5c IfSG-neu erfolgen:

*(Absatz 1c-neu) In die Zuteilungsentscheidung sind alle Patientinnen und Patienten einzubeziehen, welche unter Beachtung ihres Willens bei Vorliegen einer entsprechenden medizinischen Indikation dringlich einer intensivmedizinischen Behandlung bedürfen.*

- **Diskriminierungsverbot (§ 5c Absatz 1 IfSG-neu)**

#### **A) Beabsichtigte Neuregelung**

Über den Gegenstand der Verfassungsbeschwerde hinaus, welche auf wirksamen Schutz vor Benachteiligung von Menschen mit einer Behinderung bei der Entscheidung über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen abzielte, wird das Diskriminierungsverbot auf die Gebrechlichkeit, das Alter, die ethnische Herkunft, die Religion oder Weltanschauung und das Geschlecht oder die sexuelle Orientierung ausgedehnt. Damit greift der Regelungsvorschlag die Aufzählung in § 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) auf.

#### **B) Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Die Bundesärztekammer hält diese Erweiterung des Diskriminierungsverbots über Menschen mit Behinderungen hinaus für sachgerecht. Dies entspricht dem

Grundverständnis der MBO-Ä<sup>7</sup> und trägt dem Umstand Rechnung, dass insbesondere Menschen mit Behinderungen oder ältere Menschen bei der Entscheidung über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen – wie alle anderen Patientinnen und Patienten – weder benachteiligt noch bevorzugt werden.

- **Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit (§ 5c Absatz 2 Sätze 1 – 3 IfSG-neu)**

#### **A) Beabsichtigte Neuregelung**

Der Referentenentwurf entscheidet sich dafür, die Zuteilungsentscheidung von einem materiellen Kriterium abhängig zu machen. Indem ausschließlich auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit abzustellen ist, werden andere Vorschläge wie Randomisierungsentscheidungen ausgeschlossen. Zudem heißt es, dass „Komorbiditäten [...] nur berücksichtigt werden [dürfen], soweit sie aufgrund ihrer Schwere oder Kombination die auf die aktuelle Krankheit bezogene kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich verringern.“ Das BVerfG hat in Rdnr. 118 seiner Entscheidung ausgeführt, dass das für sich genommen keinen Bedenken begegnet.

#### **B) Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Wie bereits in der grundlegenden Bewertung des Referentenentwurfs ausgeführt, begrüßt es die Bundesärztekammer, dass der Gesetzgeber die Zuteilungsentscheidung unter den Grundvoraussetzungen Dringlichkeit, Patientenwille und ärztlicher Indikation von der klinischen Erfolgsaussicht abhängig machen will und damit anerkennt, dass – so in Rdnr. 127 der Entscheidungsgründe des BVerfG – „als Sachgesetzlichkeit[...] der klinischen Praxis [...] zu achten [ist] wie die Letztverantwortung des ärztlichen Personals für die Beurteilung medizinischer Sachverhalte im konkreten Einzelfall, die in deren besonderer Fachkompetenz und klinischer Erfahrung begründet liegt.“

Für die Anwendung dieser Regelung wesentlich dürfte sein, wie der Terminus „erheblich verringert“ ausgelegt wird. Dieser Auslegung kommt somit eine zentrale Bedeutung zu. Der für die Anwendung der Regelung zentrale Rechtsbegriff „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ kann nur als abstrakte Rahmenvorgabe des Gesetzgebers verstanden werden, welcher durch die Feststellung des Standes der medizinischen Wissenschaft fachlich ausgefüllt und operationalisiert werden muss. Der Begründungstext zum Referentenentwurf verweist bezüglich einzelner Aspekte auf die S1-Leitlinie „Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie - Klinisch-ethische Empfehlungen“<sup>8</sup>.

Die Auffassung, dass weitere fachliche Einzelheiten nicht gesetzlich geregelt werden können, sondern dem Stand der Erkenntnisse der Wissenschaft entsprechen sollten, wird von der Bundesärztekammer geteilt. Die Bundesärztekammer verweist diesbezüglich auf bewährte Regelungsbeispiele wie das Transfusionsgesetz (TFG). Das TFG mit seiner differenzierten Aufgabenzuweisung u. a. an Bundesoberbehörden, Landesbehörden, AK Blut und Bundesärztekammer „folgt dem Grundsatz, durch gesetzliche Regelungen nur so viel wie notwendig zu regeln, die fachlichen Einzelheiten aber soweit wie möglich der Regelung

---

<sup>7</sup> (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBOÄ 1997 – in der Fassung des Beschlusses des 124. Deutschen Ärztetages vom 5. Mai 2021 in Berlin, à Fußnote 5.

<sup>8</sup> <https://www.awmf.org/leitlinien/detail/ll/040-013.html> (letzter Zugriff; 14.07.2022).

durch die Fachwelt zu überlassen. Dieses aufeinander abgestimmte Konzept trägt Aspekten der Sicherheit und der Bekräftigung der fachlichen Grundlagen in einem Gesetz einerseits sowie der ständigen Entwicklung der wissenschaftlichen Erkenntnisse andererseits gleichermaßen Rechnung<sup>9</sup>. Dieser Regelungssystematik liegt die Erkenntnis des Gesetzgebers zugrunde, „daß der Gesetzentwurf in erster Linie und überwiegend medizinische oder die Ärzteschaft betreffende Sachverhalte regelt. Sie werden ausgefüllt durch die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft und Technik. Diese ergeben sich nach der Konzeption des Gesetzentwurfes als allgemein anerkannter Standard in der Regel aus den Richtlinien der Bundesärztekammer“<sup>10</sup>.

Mit einer analogen Vorgehensweise würde auch der Intention des Referentenentwurfes entsprochen, der im Begründungstext formuliert ist: „Wegen dieser notwendigen Berücksichtigung der Rahmenbedingungen im Hinblick auf konkrete Behandlungskapazitäten und Behandlungsbedarfe können vom Gesetzgeber nur allgemeine Grundsätze aufgestellt werden [...]. Die letztendliche Entscheidung muss daher in der Akutsituation von erfahrenen Intensivmedizinerinnen [...] unter Berücksichtigung der aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse zur evidenzbasierten Einschätzung der kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit getroffen werden.“ Auch in einer Pandemiesituation ist das aufgabenteilige Zusammenwirken der verschiedenen Akteure (bspw. BMG, RKI, Landesbehörden, Gesundheitsämter, DIVI, verfasste Ärzteschaft, DKG) mit ihren spezifischen Kompetenzen wesentlich für eine erfolgreiche Versorgung der betroffenen Patientinnen und Patienten.

Eine evidenzbasierte, sichere und effiziente Patientenversorgung gehört zu den zentralen Anliegen der deutschen Ärzteschaft. Interdisziplinär erarbeitete, bundesweit geltende Richtlinien tragen nicht nur zu einrichtungsübergreifend gleichmäßigen Zuteilungsentscheidungen bei, sondern berücksichtigen auch die unterschiedlichen fachlichen Perspektiven und bringen diese in Einklang miteinander. Insbesondere durch die Entwicklung von fachlich breit abgestimmten und interdisziplinär konsentierten Richtlinien als Instrumente zur Qualitätsförderung leistet die ärztliche Selbstverwaltung einen wesentlichen Beitrag für die Sicherstellung und Weiterentwicklung einer hohen Versorgungsqualität in Deutschland. Wird der Bundesärztekammer eine entsprechende Kompetenz gesetzlich übertragen, werden die Richtlinien vor Verabschiedung in einem schriftlichen Anhörungsverfahren den betroffenen Fach- und Verkehrskreise mit der Möglichkeit der Stellungnahme übersandt. Sie werden abhängig von der bundesrechtlichen Grundlage zudem im Einvernehmen mit der zuständigen Bundesoberbehörde oder mit Genehmigung des Bundesgesundheitsministeriums erstellt. Mit guten Gründen kann sich der Gesetzgeber auf die Qualität der von der Bundesärztekammer verantworteten Regelwerke verlassen, sich auf diese beziehen und somit im Gesetz festschreiben: „Die Einhaltung des Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft wird vermutet, wenn die Richtlinien der Bundesärztekammer beachtet worden sind.“

Die Bundesärztekammer hat bereits in ihrer Orientierungshilfe<sup>11</sup> klargestellt: „Die Bundesärztekammer hält es für unabdingbar, dass Ärztinnen und Ärzte sich keinen rechtlichen Risiken aussetzen, wenn sie in extrem schwierigen Situationen unter

---

<sup>9</sup> Vgl. Begründung der Bundesregierung vom 13.01.1998, BT-Drs. 13/9594, Allgemeiner Teil der Gesetzesbegründung, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/095/1309594.pdf> (letzter Zugriff: 23.10.2020).

<sup>10</sup> Vgl. Begründung der Bundesregierung vom 13.01.1998, BT-Drs. 13/9594, Gesetzesbegründung zu § 5, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/095/1309594.pdf> (letzter Zugriff: 14.07.2022).

<sup>11</sup> Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation intensivmedizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels, à Fußnote 1.

Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien und der berufsethischen Grundsätze sowie unter Würdigung des aktuellen Stands der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft eine einzelfallbezogene Entscheidung zur priorisierten Allokation medizinischer Ressourcen treffen. Die Bundesärztekammer hält es für wesentlich, dass in diesen Fällen nicht nur kein individueller Schuldvorwurf erhoben wird, sondern das ärztliche Handeln auch als objektiv rechtmäßig gilt.“ Im Interesse der Rechts- und Handlungssicherheit der Ärztinnen und Ärzte, die Zuteilungsentscheidungen treffen, wird vor diesem Hintergrund eine Kompetenz der Bundesärztekammer gefordert, die Regeln einer Zuteilungsentscheidung in Richtlinien festzustellen, wobei die Richtlinien der Genehmigung durch das Bundesministerium für Gesundheit bedürfen sollen.

### **C) Änderungsvorschlag der Bundesärztekammer**

Richtlinienkompetenz der Bundesärztekammer für die Feststellung des anerkannten Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft im Fall pandemiebedingt nicht ausreichender intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten:

*(Absatz 5a-neu) Die Bundesärztekammer stellt den allgemein anerkannten Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft für die Regeln einer Zuteilungsentscheidung in Richtlinien fest. Bei der Erarbeitung der Richtlinien ist die angemessene Beteiligung von Sachverständigen der betroffenen Fach- und Verkehrskreise einschließlich der zuständigen Behörden von Bund und Ländern sicherzustellen.*

*(Absatz 5b-neu) Die Einhaltung des allgemein anerkannten Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft wird vermutet, wenn die Richtlinien beachtet worden sind.*

*(Absatz 5c-neu) Die Bundesärztekammer hat dem Bundesministerium für Gesundheit die Richtlinie nach Absatz 5a-neu zur Genehmigung vorzulegen. Änderungen der vom Bundesministerium für Gesundheit genehmigten Richtlinie sind dem Bundesministerium für Gesundheit von der Bundesärztekammer ebenfalls zur Genehmigung vorzulegen. Das Bundesministerium für Gesundheit kann von der Bundesärztekammer im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zusätzliche Informationen und ergänzende Stellungnahmen anfordern. Das Bundesministerium für Gesundheit macht die genehmigte Richtlinie und genehmigte Änderungen der Richtlinie im Bundesanzeiger bekannt.*

- **Verbot des Revidierens der Zuteilung von Behandlungskapazitäten – sogen. Ex-Post-Triage (§ 5c Absatz 2 Satz 4 IfSG-neu)**

### **A) Beabsichtigte Neuregelung**

Der Referentenentwurf will bereits zugewiesene überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten von der Zuteilungsentscheidung ausnehmen und daher eine sogenannte Ex-Post-Triage ausschließen.

### **B) Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Diese Regelung ist aus Sicht der Bundesärztekammer höchst problematisch, da sie unbestimmt ist; die Formulierung lässt beispielsweise offen, wie mit nicht (mehr) indizierten intensivmedizinischen Behandlungen zu verfahren ist. Ärztliche Indikationsstellung ist zum anderen nicht statisch und kann es auch nicht sein. Bspw. können zusätzliche gesundheitliche Probleme im Krankheitsverlauf (z. B. Organversagen unter intensivmedizinischer Therapie) die Indikation ändern, sodass eine regelmäßige



Evaluation (u. a. Diagnostik und Untersuchung) der Patientinnen und Patienten sowie eine jeweils aktuelle Indikationsstellung zwingend sind. Auch hier zeigt sich deutlich, dass leitend für sog. Zuteilungsentscheidungen neben der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten“ auch die ärztliche Indikation und der Patientenwille sind – diese drei Kriterien sind als Grundlage der Zuteilungsentscheidung rechtlich zu verankern (s. o.).

Zum anderen würde durch die vorgesehene Regelung die in der Gesetzesbegründung geforderte Einbeziehung aller intensivmedizinischen Behandlungsbedarfe konterkariert. Das angestrebte Ziel, Leben und Gesundheit von Patientinnen und Patienten mit Behinderungen wirkungsvoll zu schützen, würde dadurch in sein Gegenteil verkehrt.

Aus Sicht der Bundesärztekammer muss die Zuteilungsentscheidung alle Patientinnen und Patienten, also auch diejenigen, die beispielsweise auf Intermediate-Care-Stationen versorgt werden, wegen eines Unfalls oder nach einem geplanten chirurgischen Eingriff ggf. auch unerwartet intensivmedizinischer Überwachung bedürfen, einbeziehen und bedarf u. a. aufgrund der Dynamik der Krankheitsverläufe der laufenden Evaluierung. Denn die Indikation ist das fachliche Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall und die konkrete, gerade bei intensivpflichtigen Patienten häufig instabile, Behandlungssituation. Die Indikationsstellung erfolgt daher gerade bei der Behandlung von intensivpflichtigen Patienten, wie im Übrigen jedes fachliche Urteil innerhalb, aber auch außerhalb der Medizin, im Rahmen einer gewissen Spannbreite, d.h. die Indikationsstellung ist häufig nicht sofort eindeutig als richtig oder falsch einzustufen. Sie unterliegt zudem einer Dynamik.

In diesem Sinne hat sich auch der 126. Deutsche Ärztetag 2022 klar positioniert: „Der kategorische Ausschluss der „Ex-post-Triage“ würde das ethisch-moralische Dilemma lediglich von den Intensivstationen in oder vor die Notaufnahme der Kliniken verlagern.“

### **C) Änderungsvorschlag der Bundesärztekammer**

Streichung von § 5c Abs. 2 S. 4 IfSG-neu.

- **Zweitmeinungsverfahren und Hinzuziehung von Fachexperten (§ 5c Absatz 3 IfSG-neu)**

#### **A) Beabsichtigte Neuregelung**

Der Referentenentwurf sieht vor, dass eine sog. Zuteilungsentscheidung „von zwei mehrjährig intensivmedizinisch erfahrenen praktizierenden Fachärztinnen und Fachärzten mit der Zusatzweiterbildung Intensivmedizin einvernehmlich zu treffen“ ist.

#### **B) Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Die Bundesärztekammer erkennt das Bemühen des Referentenentwurfes an, ein möglichst transparentes Verfahren für sog. Zuteilungsentscheidungen festzuschreiben. Dennoch erscheint die vorgesehene Regelung – zumal angesichts des dynamischen Geschehens einer Pandemie und der gemäß Begründung erforderlichen Situation, „dass zuvor alle materiellen und personellen Behandlungskapazitäten regional und überregional ausgeschöpft worden sind“ – sehr bürokratisch und nicht praktikabel.

Die Erfahrungen der bisherigen SARS-COV-2-Wellen haben gezeigt, dass in der Regel intensivmedizinische materielle Kapazitäten vorhanden waren, aber vor allem im

Pandemieverlauf das entsprechend qualifizierte Personal fehlte<sup>12</sup>. Vor diesem Hintergrund stellt sich aus der Sicht der Bundesärztekammer die Frage, ob in einer solchen Extremsituation, in der Zuteilungsentscheidungen im Sinne des Referentenentwurfes notwendig werden, die entsprechenden personellen Ressourcen überhaupt vorhanden sind. Zudem stellt sich aus ärztlicher Sicht die Frage, ob die im Referentenentwurf geforderten personellen Kapazitäten in einer solchen Extremsituation in Entscheidungsverfahren oder in der Patientenversorgung eingesetzt werden sollen, um dem Patientenwohl bestmöglich zu dienen. Geht es doch darum, ob die Behandlungsentscheidung für einen Patienten durch zwei qualifizierte Ärzte erfolgt oder währenddessen zwei Patienten behandelt werden können. Aus ärztlicher Sicht kommt der Behandlung von Patientinnen und Patienten insbesondere in existenziellen Notsituationen uneingeschränkter Vorrang vor sicher gut gemeinten Anforderungen an transparente Verfahrensabläufe und der Hinzuziehung weiterer Experten zu.

Aus den genannten Gründen erscheint auch die Hinzuziehung einer dritten, „gleichwertig qualifizierten ärztlichen Person“ bei einer pandemiebedingten Zuteilungsentscheidung kaum umsetzbar. Ob die Situation, zumal im Dissensfall, für eine telemedizinische Konsultation geeignet ist, erscheint aus ärztlicher Sicht ebenso fraglich wie die Sinnhaftigkeit des Einsatzes hochqualifizierter Ärztinnen und Ärzten in telemedizinischen Zentren zur Entscheidungsunterstützung, die in einer solchen Extremsituation in der Patientenversorgung eingesetzt werden könnten.

### **C) Änderungsvorschlag der Bundesärztekammer**

Das skizzierte Entscheidungsverfahren sollte – analog der Regelung von § 5c Abs. 3. S. 5 IfSG-neu – auf Fälle beschränkt werden, in denen die personellen Ressourcen für die Behandlung anderer Patientinnen und Patienten ausreichen, z. B. durch Einfügung eines neuen Satzes hinter Satz 1:

*„Dies gilt nicht, soweit die vorhandenen personellen Ressourcen in der Patientenversorgung eingesetzt werden müssen und damit der Hinzuziehung einer weiteren Fachärztin oder eines weiteren Facharztes entgegenstehen.“*

- **Dokumentationspflicht (§ 5c Absatz 4 IfSG-neu)**

### **A) Beabsichtigte Neuregelung**

Der Behandelnde soll über die ihn ohnehin nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch treffende Verpflichtung, sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, auch die für die Zuteilungsentscheidung maßgeblichen Umstände sowie den Entscheidungsprozess dokumentieren. D. h. es ist die Hinzuziehung weiterer Intensivmedizinerinnen oder Intensivmediziner sowie von Fachexperten mit Erfahrungen mit Behinderungen oder Vorerkrankungen zu dokumentieren.

---

<sup>12</sup> Siehe z. B. <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/127107/Der-Personalmangel-in-der-Pflege-ist-mit-weitem-Abstand-das-draengendste-Problem>; <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/128747/Coronadruck-fuehrt-zu-Personalmangel-auf-Intensivstationen> (letzter Zugriff: 14.07.2022).



## **B) Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Der Ergänzung der Dokumentationspflicht wird grundsätzlich zugestimmt. Allerdings ist die unter Erfüllungsaufwand wiedergegebene Erwartung der Entwurfsverfasser, dass die Dokumentation „detailliert erfolgt“, damit die behandelnde Person die Entscheidung nochmal reflektiert, nicht nachvollziehbar. Das gilt nur insofern, als die Zuteilungsentscheidung durch die Dokumentation – später – „im Sinne der Transparenz geprüft und nachvollzogen werden kann.“ Deshalb wird unter „Erfüllungsaufwand“ von einem zusätzlichen Zeitaufwand für die Dokumentation von 30 Minuten ausgegangen.

In der Triage-Situation, in der es um die Frage geht, welche Person die intensivmedizinische Behandlung erhält, kann der Arzt die Entscheidung nicht aussetzen, bis er den Entscheidungsprozess binnen einer Zeitspanne von 30 Minuten reflektiert hat. Es sind vielmehr unverzügliche Entscheidungen zu treffen und umzusetzen, gegenüber der die Dokumentation des Entscheidungsprozesses sowie sie sich aus § 630f Abs. 1 Satz 1 BGB auch für jede andere Behandlung entnehmen lässt, zurückstehen muss. Sachgerecht ist es selbstverständlich, dass die Dokumentation – wie in § 630f Abs. 1 Satz 1 BGB angeordnet – „in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung“ erfolgt, aber eben nur dann, wenn dafür (wieder) Zeit ist.

Wenn der Referentenentwurf an dieser Stelle die Erwartung an die Behandelnden richtet, die Zuteilungsentscheidung für geschätzt eine halbe Stunde zu reflektieren, ist dies auch Zeugnis dafür, dass es Situationen geben kann, bei denen sich das klinische Bild kurzfristig ändert und auf dieser Erkenntnisgrundlage eine andere Zuteilungsentscheidung zu treffen gewesen wäre, die deshalb Anlass gibt, eine sogen. Ex-Post-Triage in Betracht zu ziehen. Der Referentenentwurf ist daher unter diesem Blickwinkel inkonsistent.

Jedenfalls berücksichtigt der Referentenentwurf an dieser Stelle nicht, dass – so in Rdnr. 127 des Beschlusses des BVerfG – „der Gesetzgeber die Sachgesetzlichkeiten der klinischen Praxis, etwa die aus medizinischen Gründen gebotene Geschwindigkeit von Entscheidungsprozessen“ zu achten hat. Es bedarf daher einer Stelle bzw. Institution, welche unter Abwägung einerseits der schwierigen Rahmenbedingungen auf Intensivstationen und andererseits der Notwendigkeit, Zuteilungsentscheidungen im Nachhinein nachvollziehen zu können, Anforderungen an die Dokumentation festlegt.

Dazu besteht seitens der Bundesärztekammer Bereitschaft. Die Bundesärztekammer hat eine entsprechende Richtlinienkompetenz auch für andere spezielle Behandlungssituationen wie beim Verschreiben von Substitutionsmitteln, vgl. § 5 Abs. 2 Satz 3, Abs. 14 BtMVV.

## **C) Änderungsvorschlag der Bundesärztekammer**

*(Absatz 4a-neu) Die Bundesärztekammer bestimmt die Anforderungen an die Dokumentation der Zuteilungsentscheidung in einer Richtlinie. Die Einhaltung des allgemein anerkannten Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft wird vermutet, wenn und soweit die darin an die Dokumentation gestellten Anforderungen beachtet worden sind.*

*(Absatz 4bneu) Die Bundesärztekammer hat dem Bundesministerium für Gesundheit die Richtlinie nach Absatz 4a-neu zur Genehmigung vorzulegen. Änderungen der vom Bundesministerium für Gesundheit genehmigten Richtlinie sind dem Bundesministerium für Gesundheit von der Bundesärztekammer ebenfalls zur Genehmigung vorzulegen. Das Bundesministerium für Gesundheit kann von der Bundesärztekammer im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zusätzliche Informationen und ergänzende Stellungnahmen*

*anfordern. Das Bundesministerium für Gesundheit macht die genehmigte Richtlinie und genehmigte Änderungen der Richtlinie im Bundesanzeiger bekannt.*

- **Verfahrensanweisung der Krankenhäuser (§ 5c Absatz 5 IfSG-neu)**

**A) Beabsichtigte Neuregelung**

Die Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten sind verpflichtet, die internen Zuständigkeiten und Entscheidungsabläufe in einer ggfs. regelmäßig weiterzuentwickelnden Verfahrensanweisung festzulegen und deren Einhaltung sicherzustellen.

**B) Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Eine Verfahrensanweisung gewährleistet, dass sich die Behandelnden auf eine mögliche Zuteilungsentscheidung vorbereiten und in unterschiedlichen Fallkonstellationen gleiche Maßstäbe anlegen. Zudem muss sichergestellt werden, dass vor einer Zuteilungsentscheidung alle materiellen und personellen Behandlungskapazitäten regional und überregional ausgeschöpft worden sind. Zudem sollten gemäß dem Referentenentwurf vor einer Zuteilungsentscheidung auch internationale strategische Verlegungen geprüft werden.

Die Regelung genügt aus Sicht der Bundesärztekammer allerdings nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Denn in Rdnr. 130 des Beschlusses des BVerfG heißt es, der Gesetzgeber müsse „dafür Sorge tragen, dass jede Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Verteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen hinreichend wirksam verhindert wird. Der Gesetzgeber ist gehalten, seiner Handlungspflicht unverzüglich durch geeignete Vorkehrungen nachzukommen.“

Der Gesetzgeber kann die Benachteiligung aber nicht hinreichend wirksam verhindern, wenn jedes Krankenhaus für sich die Zuständigkeiten und Entscheidungsabläufe festlegt. Dieses liefe zudem dem im Gesetzentwurf erwähnten „Kleeblattkonzept“ zuwider, welches darauf aufsetzt, dass in den beteiligten Krankenhäusern im Wesentlichen gleiche Maßstäbe und Verfahrensanweisungen zugrunde gelegt werden, die selbstverständlich, insbesondere wegen der unterschiedlichen Versorgungsstufen der Krankenhäuser, voneinander abweichen können.

**C) Änderungsvorschlag der Bundesärztekammer**

Die Bundesärztekammer hält es daher für notwendig, dass die Krankenhäuser ihre Verfahrensanweisungen bundeseinheitlich ausrichten. Die Bundesärztekammer ist bereit, ggfs. in Abstimmung mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft, entsprechende Hilfestellungen (z.B. Musterverfahrensanweisungen) zu erstellen, welche die rechtlichen Anforderungen operationalisieren.

## **2.2 Inkrafttreten (Artikel 2)**

### **A) Beabsichtigte Neuregelung**

Das Gesetz soll einen Tag nach der Verkündung in Kraft treten.

### **B) Stellungnahme der Bundesärztekammer**

Das zügige Inkrafttreten ist im Hinblick auf die Entscheidung des BVerfG, welche den Gesetzgeber zum unverzüglichen Handeln auffordert, nachvollziehbar. Es kann von den Krankenhäusern allerdings nicht erwartet werden, dass die sogleich mit dem Inkrafttreten eine Verfahrensanweisung bereithalten, welche alle im Gesetzgebungsverfahren möglicherweise noch vorgebrachten Gesichtspunkte berücksichtigt.

Sofern dem Vorschlag der Bundesärztekammer Rechnung getragen wird, den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien festzustellen, ist auch dafür eine angemessene Frist vorzusehen.

### **C) Änderungsvorschlag der Bundesärztekammer**

Es sind angemessene Übergangsfristen bzw. gestufte Inkrafttretensregelungen für die Operationalisierung der im Referentenentwurf vorgesehenen Regelungen, insbesondere für die Erarbeitung von Verfahrensanweisungen und ggf. Richtlinien, vorzusehen.