

An den
Deutschen Bundestag
Ausschuss für Gesundheit
Frau Anja Lüdtker

per E-Mail: anja.luedtke@bundestag.de

Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Strafrecht und
Strafprozessrecht

Professor Dr. Helmut Frister

Telefon +49 (0)211-8111426
Telefax +49 (0)211-8111457
Helmut.Frister@hhu.de

Sekretariat: Susanne Kerfs
Ls.Frister@hhu.de

Düsseldorf, den 17.10.2022

**Stellungnahme zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur
Änderung des Infektionsschutzgesetzes
(BT-Drucksache 20/3877 vom 10.10.2022)**

**Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf**
Universitätsstraße 1
40225 Düsseldorf
Gebäude 24.81
Ebene 02 Raum 50
www.hhu.de

I. Der Schutzauftrag des Bundesverfassungsgerichts

Durch seinen Beschluss vom 16.12.2021 – AZ 1 BvR 1541/20 hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber aufgeben, Regelungen zu schaffen, durch die Menschen mit einer Behinderung bei der Entscheidung über die Zuteilung knapper überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen wirksam vor einer Benachteiligung wegen ihrer Behinderung geschützt werden. Bei der Erfüllung dieses sich aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ergebenden Schutzauftrags habe der Gesetzgeber einen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum. Er könne selbst entscheiden, ob und inwieweit er zur Gewährleistung des Schutzes Verteilungskriterien vorgibt oder sich auf andere geeignete Regelungen etwa zum Verfahren und zur ärztlichen Ausbildung beschränkt. Entscheide er sich für gesetzliche Verteilungskriterien, so müssten diese mit der Verfassung vereinbar sein. Ein verfassungsgemäßes Kriterium sei insbesondere die Aussicht, die akute Erkrankung zu überleben, weil sie keine Bewertung des menschlichen Lebens beinhalte. Die unabhängig von der akuten

Erkrankung bestehende Lebenserwartung sei dagegen kein verfassungsgemäßes Verteilungskriterium.

II. Die Regelungen des Entwurfs

1. Gesetzssystematik

Die vorgesehene gesetzliche Regelung in § 5c IfSG-E regelt die Zuteilung überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen nur für den Fall, dass diese Ressourcen aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen. Es könnten aber auch andere Ereignisse (Naturkatastrophen, industrielle Großunfälle, etc.) dazu führen, dass intensivmedizinische Ressourcen nicht in ausreichendem Maße verfügbar sind. Zwar sind die Auswirkungen solcher Ereignisse typischerweise in stärkerem Maße örtlich begrenzt als die einer übertragbaren Krankheit, so dass die Knappheit hier zumeist durch die Verlegung in andere Krankenhäuser wird bewältigt werden können. Aber es sind auch Fälle vorstellbar, in denen das nicht möglich wäre. Deshalb sollte zumindest in der Begründung des Entwurfs darauf hingewiesen werden, dass die in § 5c IfSG-E kodifizierten Wertungen in solchen Fällen entsprechend heranzuziehen wären.

2. Zuteilungskriterien

Der Entwurf beschränkt sich nicht auf Regelungen des Verfahrens, sondern hat sich dafür entschieden, die Zuteilung materiell zu regeln. Als gesetzliches Zuteilungskriterium sieht § 5c Abs. 2 IfSG-E die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten, d.h. die Wahrscheinlichkeit vor, dass die Patientinnen und Patienten die aktuelle Erkrankung überleben. Die

Regelung stellt zugleich klar, dass die nach dem Überleben der aktuellen Erkrankung verbleibende Lebenserwartung und Lebensqualität nicht zu berücksichtigen ist.

Insbesondere vor dem Hintergrund der Tatsache, dass das Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit ungeachtet seiner ausdrücklichen Billigung durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts noch immer rechtspolitisch kritisiert wird, ist die vorgeschlagene Regelung uneingeschränkt zu begrüßen. Sie stellt klar, dass das für die Verteilung von ebenfalls überlebenswichtigen Organtransplantaten in § 12 Abs. 3 S. 1 TPG bereits seit langem gesetzlich anerkannte und aus den allgemein anerkannten Regeln zur Auflösung von Pflichtenkollisionen ableitbare¹ Kriterium der Erfolgsaussicht auch bei der Verteilung überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen anzuwenden ist. Sie weist damit zugleich den in der öffentlichen Diskussion verschiedentlich vorgebrachten Gedanken zurück, diese Ressourcen im Wege eines Losverfahrens zu verteilen.

Die Legitimation des vorgesehenen Kriteriums der Erfolgsaussicht ergibt sich nicht oder zumindest nicht in erster Linie daraus, dass bei seiner Anwendung eine größere Zahl von Patientinnen und Patienten gerettet werden können. Entscheidend ist vielmehr, dass sich durch die Berücksichtigung der Erfolgsaussicht für **jede einzelne Person die Chance erhöht**, im Falle einer lebensgefährlichen Erkrankung durch eine intensivmedizinische Behandlung gerettet zu werden. Die positiven Auswirkungen einer Berücksichtigung der Er-

¹ Vgl. dazu Frister, Zur Priorisierung lebenserhaltender medizinischer Behandlungen, in: Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft, 2021, 131 (135 ff.)

folgsaussicht lassen sich anhand der Erfahrungen in der Transplantationsmedizin statistisch belegen.² So wurden die für eine überlebenswichtige Lungentransplantation zur Verfügung stehenden Organe bis zum Jahr 2011 nach der Dauer der Wartezeit auf der Warteliste vergeben. Seit 2011 werden sie dagegen nach dem Lung Allocation Score (LAS) verteilt, der neben der Dringlichkeit auch die Erfolgsaussicht der Behandlung berücksichtigt. Diese Umstellung hat die Zahl der Sterbefälle auf der Warteliste um mehr als 25 % reduziert und damit für alle Lungenkranken die Chance deutlich erhöht, gegebenenfalls durch eine Lungentransplantation gerettet zu werden.³

Sehr bedauerlich ist es deshalb, dass der Entwurf das Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nur bei der erstmaligen Zuteilung überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen anwenden will. Die in § 5c Abs. 2 S. 4 IFSG-E vorgesehene Regelung, bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten von der Zuteilungsentscheidung auszunehmen, würde im Ernstfall dazu führen, dass neue Patientinnen und Patienten praktisch nur noch eine geringe Chance hätten, eine überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlung zu erhalten.⁴ Selbst Personen, die durch eine solche Behandlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet werden könnten, müssten u.U. sterben, weil die intensivmedizinische Behandlung bereits aufgenommener Patientinnen und Patienten ungeachtet nur noch sehr geringer Erfolgsaussichten so lange fortzuführen wäre, bis sich die Überlebenswahrscheinlichkeit auf Null reduziert hat.

² Vgl. dazu bereits den Leserbrief des Ethikratsmitglieds Stephan Kruip zu einem Artikel von Heribert Prantl in der Süddeutschen Zeitung vom 06.08.2022.

³ Gottlieb, J; Smits, J; Schramm, R; Langer, F; Buhl, R; Witt, C; Strueber, M; Reichenspurner, H: „Lung Transplantation in Germany Since the Introduction of the Lung Allocation Score: A Retrospective Analysis“ Dtsch Arztebl Int 2017; 114(11): 179-85; DOI: 10.3238/arztebl.2017.0179.

⁴ Dazu eindringlich Hörnle, Plädoyer für die Zulassung der Ex-post-Triage in der Ergänzung des IfSG, medstra 2022, 273 f.

Im Ergebnis würde die Regelung des § 5c Abs. 2 S. 4 IfSG-E damit das Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit weitgehend entwerten. Sobald die Intensivstationen vollständig belegt sind, wäre dieses Kriterium nur noch bei der Wiederbelegung der freiwerdenden Plätze anzuwenden. Deren Zahl wäre jedoch – zumindest im Falle einer überwiegenden Belegung der Intensivstationen mit an Covid-19 Erkrankten – aufgrund der typischerweise langen Liegezeiten für eine längere Zeit absehbar gering. Damit könnte das Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit die ihm zugedachte Funktion, bei einer Überlastung der Intensivstationen für jede einzelne Person zumindest die Chance auf eine rettende intensivmedizinische Behandlung zu erhöhen, nur noch äußerst unzureichend erfüllen.

Aufgrund dessen empfehle ich dringend, die Regelung des § 5c Abs. 2 S. 4 IfSG-E im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren noch einmal zu überdenken. Der Gesetzgeber sollte sich durch die in den Medien recht lautstark und mit zum Teil drastischen Formulierungen vorgetragene Auffassung, eine Einbeziehung bereits zugeteilter überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen in die Verteilungsentscheidung sei verfassungs- und strafrechtlich unzulässig, nicht beeindrucken lassen. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts enthält zu einer solchen Einbeziehung keine Ausführungen und in der Strafrechtswissenschaft ist deren Beurteilung äußerst umstritten.⁵ In Ausübung seines Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum kann der demokratisch legitimierte Gesetzgeber daher auch die Einbeziehung bereits zugeteilter Ressourcen gesetzlich regeln. Wenn er den gleichberechtigten Zugang aller zu überlebenswichtiger intensivmedizinischer Versorgung auch in einer hoffentlich niemals eintretenden Mangellage aufrechterhalten will, sollte er kein

⁵ Vgl. die Nachweise bei Hörnle, Plädoyer für die Zulassung der Ex-post-Triage in der Ergänzung des IfSG, medstra 2022, 273 (274).

Recht begründen, einmal zugeteilte intensivmedizinische Ressourcen auch dann zu behalten, wenn die betreffende Zuteilungsentscheidung materiell nicht mehr gerechtfertigt ist.⁶

Die durch § 5c Abs. 2 S. 4 IfSG-E erfolgende Begründung eines solchen Rechts würde auch dem Anliegen von Menschen mit Behinderung einen „Bärendienst“ erweisen. Mein hochgeschätzter Ethikratskollege Stephan Kruij, der nun bereits 57 Jahre mit der lebensbedrohlichen genetischen Lungenerkrankung Mukoviszidose lebt und Vorsitzender des bundesweiten Selbsthilfevereins Mukoviszidose e.V. ist, hat mich nachdrücklich darum gebeten, im Gesundheitsausschuss nicht nur für das Kriterium der Erfolgsaussicht, sondern auch für die Zulassung der sogenannten Ex-post-Triage, d.h. die Möglichkeit einer nachträglichen Überprüfung der Zuteilungsentscheidung anhand dieses Kriteriums zu werben. Weil Menschen mit Behinderung in vielen Fällen mit einer höheren Gefahr eines schweren COVID-19-Verlaufs lebten, seien sie in besonderem Maße darauf angewiesen, beim Eintreffen in der Notaufnahme nicht wegen voller Intensivstationen abgewiesen zu werden.

3. Benachteiligungsverbote

Das in § 5c Abs. 1 IfSG-E formulierte Verbot, Menschen bei der Zuteilung nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten wegen einer Behinderung zu benachteiligen, ergibt sich zwar bereits aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und der von Deutschland ratifizierten Behindertenkonvention, ist aber als zusätzliche gesetzliche Mahnung an alle Beteiligten uneingeschränkt zu begrüßen. Zustimmung verdient es auch, dass der

⁶ Dies gilt umso mehr, als die Zuteilung in Deutschland aufgrund des Fehlens einer elektronischen Patientenakte oft auf einer unvollständigen Tatsachengrundlage erfolgen wird.

Entwurf sich nicht auf eine gesetzliche Formulierung des Benachteiligungsverbot von Menschen mit Behinderung beschränkt, sondern eine Benachteiligung wegen des Grades der Gebrechlichkeit, des Alters, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung ebenfalls ausdrücklich verbietet.

4. Verfahren und Dokumentation

Bei der Formulierung von Anforderungen an das bei der Zuteilung überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten einzuhaltende Verfahren sind – wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss ausdrücklich klarstellt – die Sachgesetzlichkeiten der klinischen Praxis zu beachten. Die aus medizinischen Gründen gebotene Geschwindigkeit von Entscheidungsprozessen muss gewährleistet sein und die Letztverantwortung des ärztlichen Personals für die Beurteilung medizinischer Sachverhalte im konkreten Einzelfall darf nicht angetastet werden.

Diesen Anforderungen wird das im Entwurf für die Zuteilungsentscheidung in § 5c Abs. 3 IfSG-E vorgesehene Verfahren im Prinzip gerecht. Bei der Gewährleistung der notwendigen Geschwindigkeit der Entscheidungsprozesse dürfte dessen Umsetzung die Medizin allerdings vor erhebliche Herausforderungen stellen. An kleineren Krankenhäusern ist schon die Zahl der für die Begutachtung der Patienten hinreichend qualifizierten Ärzte sehr begrenzt, so dass es hier auch unter Berücksichtigung der Entwurf zu Recht eingeräumten Möglichkeit einer telemedizinischen Begutachtung insbesondere nachts oder am Wochenende nicht immer einfach sein wird, den stets erforderlichen zweiten und gegebenenfalls noch einen dritten, hinreichend qualifizierten Arzt schnell genug hinzuziehen. Dessen ungeachtet erscheint das im Entwurf vorgesehene Verfahren aufgrund der Bedeutung der zu treffenden Entscheidung notwendig. Mit

der derzeitigen personellen und finanziellen Ausstattung der Krankenhäuser dürfte es jedoch problematisch sein, es auch in der Fläche schnell genug durchzuführen.

Ähnliches gilt auch für die in § 5c Abs. 4 IfSG-E kodifizierten Dokumentationspflichten. Die Dokumentation ist einerseits aus Gründen der Transparenz unabdingbar, damit die Zuteilungsentscheidung nachvollzogen und geprüft werden kann, muss aber andererseits in einer äußerst angespannten und fordernden Situation erfolgen, in der schon für die Behandlung der Patientinnen und Patienten nicht genug Zeit zur Verfügung stehen dürfte. Deshalb sollte zumindest in der Begründung des Gesetzes darauf hingewiesen werden, dass die Anforderungen an die Dokumentation der Zuteilungsentscheidung nicht überspannt werden dürfen.

Uneingeschränkt zu begrüßen ist die in § 5c Abs. 5 IfSG-E vorgesehene Verpflichtung der Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten, die Art und Weise der Umsetzung des im Entwurfs vorgesehenen Zuteilungsverfahrens in einer Verfahrensweisung festzulegen. Diese Verpflichtung entspricht den Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften für Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie (sog. DIVI-Leitlinien), die zu Recht feststellen, dass ein vorab definiertes Verfahren der Entscheidungsfindung mit klar geregelten Verantwortlichkeiten Voraussetzung für medizinisch und ethisch gut begründete Priorisierungsentscheidungen ist.⁷

⁷ Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, Klinisch-ethische Empfehlungen der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) und anderer medizinischer Fachgesellschaften, S. 6 unter 3.1.

III. Formulierungsfragen

Unabhängig von den unter vorstehend dargestellten inhaltlichen Fragen, scheint mir die Formulierung des Entwurfs in zwei Punkten einer Vereinfachung zugänglich zu sein:

- Sowohl in § 5c Abs. 2 S. 2 IfSG-E als auch in § 5c Abs. 2 S. 3 IfSG-E ist die Formulierung „bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ redundant und kann ohne inhaltliche Änderung ersatzlos gestrichen werden.
- In § 5c Abs. 2 S. 3 IfSG-E ist darüber hinaus auch die Nennung von Behinderung, Alter und Grad der Gebrechlichkeit redundant, weil eine Benachteiligung aufgrund dieser Eigenschaften bereits durch § 5c Abs. 1 IfSG-E ausdrücklich untersagt ist.

Auf der Grundlage dieser Streichungsvorschläge würde sich folgende, m.E. deutlich prägnantere Fassung der Sätze 1 – 3 des § 5c Abs. 2 IfSG-E ergeben:

„Eine Zuteilungsentscheidung darf nur aufgrund der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten getroffen werden. Komorbiditäten dürfen nur berücksichtigt werden, soweit sie die auf die aktuelle Krankheit bezogene kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich verringern. Die verbleibende mittel- oder langfristige Lebenserwartung und die Lebensqualität dürfen bei der Zuteilungsentscheidung nicht berücksichtigt werden.“

IV. Zusammenfassung

Insgesamt handelt es sich bei dem Entwurf um eine im Großen und Ganzen gelungene Erfüllung des durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts erteilten Gesetzgebungsauftrags. Sehr zu bedauern ist es allerdings, dass der Entwurf in § 5c Abs. 2 S. 4 IfSG-E bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Ressourcen aus der Verteilung herausnimmt. Diese Zementierung einmal getroffener Zulassungsentscheidungen würde im Ernstfall den gleichberechtigten Zugang aller zu überlebenswichtigen intensivmedizinischen Ressourcen massiv beeinträchtigen und sollte deshalb im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren noch einmal gründlich überdacht werden.

(Prof. Dr. Helmut Frister)