

# **Gesetzentwurf**

## **der Bundesregierung**

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

#### **A. Problem und Ziele**

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 16. Dezember 2021 unter dem Aktenzeichen 1 BvR 1541/20 entschieden, dass sich aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes (GG) für den Staat ein Auftrag ergibt, Menschen wirksam vor einer Benachteiligung wegen ihrer Behinderung durch Dritte zu schützen. Dieser Schutzauftrag kann sich in bestimmten Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit zu einer konkreten Schutzpflicht verdichten. Zu solchen Konstellationen gehören die gezielte, als Angriff auf die Menschenwürde zu wertende Ausgrenzung von Personen wegen einer Behinderung, eine mit der Benachteiligung wegen Behinderung einhergehende Gefahr für hochrangige grundrechtlich geschützte Rechtsgüter wie das Leben oder auch Situationen struktureller Ungleichheit. Besteht das Risiko, dass Menschen bei der Zuteilung knapper, überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen wegen einer Behinderung benachteiligt werden, verdichtet sich der Schutzauftrag nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts zu einer konkreten Schutzpflicht. Bei der Erfüllung seiner konkreten Schutzpflicht aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Entscheidend ist nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts, dass eine gesetzliche Regelung hinreichend wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung bewirkt (BVerfG, Beschluss vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20 – Rn. 126 ff.).

#### **B. Lösung**

Der Gesetzentwurf trägt den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts Rechnung und setzt die bestehende Schutzpflicht aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG durch eine Änderung des Infektionsschutzgesetzes um. Der Gesetzentwurf dient dazu, das Risiko einer Benachteiligung insbesondere aufgrund einer Behinderung bei der Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten zu reduzieren. Der Gesetzentwurf sieht deshalb eine Regelung vor, nach der die Entscheidung über die Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten (Zuteilungsentscheidung) nur nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten getroffen werden darf. Die Regelung stellt zugleich klar, dass bei der Zuteilungsentscheidung niemand benachteiligt werden darf, insbesondere nicht wegen einer Behinderung, des Grades der Gebrechlichkeit, des Alters, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung. Darüber hinaus enthält der Entwurf Regelungen zum Verfahren, in dem die Zuteilungsentscheidung zu treffen ist.

## C. Alternativen

Alternativ kommt in Betracht, ausschließlich Verfahrensvorschriften für die Zuteilungsentcheidung zu regeln. Um jedoch einen effektiven Schutz vor Diskriminierung zu gewährleisten, sieht der Entwurf über bloße Verfahrensvorschriften hinaus auch ein materielles Entscheidungskriterium vor.

## D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Zusätzliche Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand infolge des Gesetzes sind für Bund, Länder und Gemeinden nicht zu erwarten.

### 1. Haushaltsausgaben ohne Vollzugaufwand

Durch die Ausführung des Gesetzes entstehen keine unmittelbaren zusätzlichen Kosten für die deutschen öffentlichen Haushalte.

### 2. Vollzugaufwand

Die Ausführung des Gesetzes führt zu keinem nennenswerten Vollzugaufwand.

## E. Erfüllungsaufwand

### E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Für Bürgerinnen und Bürger entstehen keine Veränderungen beim Erfüllungsaufwand.

### E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Für die Wirtschaft ergibt sich eine Änderung des jährlichen Erfüllungsaufwands in Höhe von rund 936 000 Euro. Davon entfallen 529 000 Euro auf Bürokratiekosten aus Informationspflichten. Insgesamt entsteht ein einmaliger Aufwand von rund 3,56 Millionen Euro. Darunter sind 2,64 Millionen Euro der Kategorie Einmalige Informationspflicht und 916 000 Euro der Kategorie Schulungskosten zuzuordnen.

Veränderung des jährlichen Erfüllungsaufwands (in Tausend Euro):	<b>936</b>
davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten (in Tausend Euro):	<b>529</b>
Einmaliger Erfüllungsaufwand (in Tausend Euro):	<b>3 559</b>
davon Einmalige Informationspflicht (in Tausend Euro):	<b>2 643</b>
davon Schulungskosten(in Tausend Euro):	<b>916</b>

Da dieser Gesetzentwurf der Umsetzung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes dient, ist der Anwendungsbereich der One in, one out – Regel nicht eröffnet.

### E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Für die Verwaltung entstehen keine Veränderungen beim Erfüllungsaufwand.

## **F. Weitere Kosten**

Der Wirtschaft, einschließlich mittelständischer Unternehmen, entstehen keine direkten sonstigen Kosten. Auswirkungen auf Einzelpreise und das Preisniveau – insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau – sind nicht zu erwarten.

# Gesetzentwurf der Bundesregierung

## Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1

Das Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 3a des Gesetzes vom 28. Juni 2022 (BGBl. I S. 938) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:

a) Die Angabe zum 2. Abschnitt wird wie folgt gefasst:

„2. Abschnitt – Koordinierung und Sicherstellung der öffentlichen Gesundheit in besonderen Lagen“.

b) Nach der Angabe zu § 5b wird folgende Angabe zu § 5c eingefügt:

„§ 5c Verfahren bei aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandenen überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten“.

2. Die Überschrift des 2. Abschnittes wird wie folgt gefasst:

„2. Abschnitt

Koordinierung und Sicherstellung der öffentlichen Gesundheit in besonderen Lagen“.

3. Nach § 5b wird folgender § 5c eingefügt:

„§ 5c

Verfahren bei aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandenen überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten

(1) Niemand darf bei einer ärztlichen Entscheidung über die Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten (Zuteilungsentscheidung) benachteiligt werden, insbesondere nicht wegen einer Behinderung, des Grades der Gebrechlichkeit, des Alters, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung.

(2) Eine Zuteilungsentscheidung darf nur aufgrund der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten getroffen werden. Komorbiditäten dürfen bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen

Überlebenswahrscheinlichkeit nur berücksichtigt werden, soweit sie aufgrund ihrer Schwere oder Kombination die auf die aktuelle Krankheit bezogene kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich verringern. Kriterien, die sich auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit nicht auswirken, wie insbesondere eine Behinderung, das Alter, die verbleibende mittel- oder langfristige Lebenserwartung, der Grad der Gebrechlichkeit und die Lebensqualität, dürfen bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nicht berücksichtigt werden. Bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten sind von der Zuteilungsentscheidung ausgenommen.

(3) Die Zuteilungsentscheidung ist einvernehmlich von zwei Ärztinnen oder Ärzten zu treffen, die

1. Fachärztinnen oder Fachärzte sind,
2. im Bereich Intensivmedizin praktizieren,
3. über mehrjährige Erfahrung im Bereich Intensivmedizin verfügen und
4. die von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientinnen und Patienten unabhängig voneinander begutachtet haben.

Besteht kein Einvernehmen, sind die von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientinnen und Patienten von einer weiteren gleich qualifizierten Ärztin oder einem weiteren gleich qualifizierten Arzt zu begutachten und ist die Zuteilungsentscheidung mehrheitlich zu treffen. Von den an der Zuteilungsentscheidung beteiligten Ärztinnen und Ärzten darf nur eine Ärztin oder ein Arzt in die unmittelbare Behandlung der von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientinnen oder Patienten eingebunden sein. Ist eine Patientin oder ein Patient mit einer Behinderung oder einer Komorbidität von der Zuteilungsentscheidung betroffen, muss die Einschätzung einer hinzuzuziehenden Person berücksichtigt werden, durch deren Fachexpertise den besonderen Belangen dieser Patientin oder dieses Patienten Rechnung getragen werden kann. Die Begutachtung der von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientinnen und Patienten, die Mitwirkung an der Zuteilungsentscheidung sowie die Hinzuziehung nach Satz 4 kann in Form einer telemedizinischen Konsultation erfolgen.

(4) Die oder der im Zeitpunkt der Zuteilungsentscheidung für die Behandlung der betroffenen Patientinnen und Patienten verantwortliche Ärztin oder Arzt hat Folgendes zu dokumentieren:

1. die der Zuteilungsentscheidung zugrunde gelegten Umstände sowie
2. welche Personen an der Zuteilungsentscheidung mitgewirkt haben und hinzugezogen wurden und wie sie abgestimmt oder Stellung genommen haben.

Die §§ 630f und 630g des Bürgerlichen Gesetzbuches finden entsprechende Anwendung.

(5) Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten sind verpflichtet, in einer Verfahrensweisung mindestens Folgendes festzulegen:

1. ein Verfahren zur Benennung der Ärztinnen und Ärzte, die für die Mitwirkung an der Zuteilungsentscheidung zuständig sind, und
2. die organisatorische Umsetzung der Entscheidungsabläufe nach Absatz 3.

Sie haben die Einhaltung der Verfahrensanweisung sicherzustellen und müssen die Verfahrensanweisungen mindestens einmal im Jahr auf Weiterentwicklungsbedarf überprüfen und anpassen.“

## **Artikel 2**

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

## **Begründung**

### **A. Allgemeiner Teil**

#### **I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen**

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 16. Dezember 2021 unter dem Aktenzeichen 1 BvR 1541/20 entschieden, dass sich aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes (GG) für den Staat ein Auftrag ergibt, Menschen wirksam vor einer Benachteiligung wegen ihrer Behinderung durch Dritte zu schützen. Dieser Schutzauftrag kann sich in bestimmten Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit zu einer konkreten Schutzpflicht verdichten. Zu solchen Konstellationen gehören die gezielte, als Angriff auf die Menschenwürde zu wertende Ausgrenzung von Personen wegen einer Behinderung, eine mit der Benachteiligung wegen Behinderung einhergehende Gefahr für hochrangige grundrechtlich geschützte Rechtsgüter wie das Leben oder auch Situationen struktureller Ungleichheit. Besteht das Risiko, dass Menschen bei der Zuteilung knapper, überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen wegen einer Behinderung benachteiligt werden, verdichtet sich der Schutzauftrag nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts zu einer konkreten Schutzpflicht. Bei der Erfüllung seiner konkreten Schutzpflicht aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Entscheidend ist, dass eine gesetzliche Regelung hinreichend wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung bewirkt (BVerfG, Beschluss vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20 –, Rn. 126 ff.).

Um den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts umzusetzen und die bestehende Schutzpflicht aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG zu erfüllen, wird mit dem neuen § 5c des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) eine Regelung eingeführt, durch die das Risiko einer Benachteiligung bei der Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten vermieden werden soll.

Bevor eine Entscheidung über die Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten (Zuteilungsentscheidung) notwendig wird, müssen alle Anstrengungen unternommen werden, um den Fall aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten zu verhindern. § 5c wird ausschließlich für den Fall geschaffen, dass dies nicht gelingt. Eine Zuteilungsentscheidung scheidet aus, wenn betroffene Patientinnen oder Patienten regional oder überregional verlegt und intensivmedizinisch behandelt werden können. Durch organisatorische Maßnahmen kann das Risiko, Zuteilungsentscheidungen treffen zu müssen, reduziert werden, wie zum Beispiel durch die Verschiebung planbarer, nicht zeitkritischer Operationen oder die Verteilung betroffener Patientinnen oder Patienten in andere Krankenhäuser, insbesondere nach dem zur Verlegung von COVID-19-Intensivpatientinnen und -patienten entwickelten sog. Kleeblatt-Konzept. Um Patientinnen und Patienten auch in Überlastungssituationen weiterhin adäquat zu versorgen, können deutschlandweit strategische Verlegungen von Patientinnen und Patienten nach dem Kleeblatt-Konzept durchgeführt werden. Die Länder sind in fünf sogenannte Kleeblätter unterteilt worden, die je an einer zentralen Stelle koordiniert werden. Diese Koordinierungsstellen stehen in regelmäßigem Austausch und gewährleisten hierdurch eine landesübergreifende Kommunikation. Bei einer drohenden Überlastungssituation in einem oder mehreren Kleeblättern können Patientinnen und Patienten strategisch in weniger stark betroffene Regionen verlegt werden. Zudem sollten vor einer Zuteilungsentscheidung auch internationale strategische Verlegungen geprüft und ggf. durchgeführt werden.

Fehlt es an regional und überregional verfügbaren überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten und muss eine Zuteilungsentscheidung getroffen werden, sind intensivpflichtige Patientinnen und Patienten, denen noch keine überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazität zugeteilt worden ist, unabhängig von der Ursache der intensivpflichtigen Behandlungsbedürftigkeit in die Zuteilungsentscheidung mit einzubeziehen.

Eine Zuteilungsentscheidung muss in der Akutsituation von intensivmedizinisch erfahrenen Ärztinnen und Ärzten unter Beachtung der Vorgaben des § 5c und unter Berücksichtigung der aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse zur evidenzbasierten Einschätzung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit getroffen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in dem Beschluss vom 16. Dezember 2021 ausgeführt, dass die Letztverantwortung für die Beurteilung medizinischer Sachverhalte in den konkreten Einzelfällen bei den Ärztinnen und Ärzten aufgrund deren besonderer Fachkompetenz und klinischer Erfahrung liegt (BVerfG, a.a.O., Rn. 127).

Begleitend zu den in diesem Gesetzentwurf enthaltenen Regelungen, die in der Ausnahmesituation aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten zur Anwendung kommen, soll zeitnah die Approbationsordnung für Ärzte um Inhalte zu behinderungsspezifischen Besonderheiten ergänzt werden. Zudem soll mit der Bundesärztekammer erörtert werden, wie die Vorgehensweise bei aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandenen überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten insbesondere in Fort- und Weiterbildungen zeitnah vermittelt werden kann. Durch derartige flankierende Vorkehrungen soll das Risiko insbesondere der unbewussten Stereotypisierung nachhaltig reduziert und mehr Fachwissen, insbesondere zu behinderungsspezifischen Besonderheiten, aufgebaut werden. Im Rahmen der neuen Pflegeausbildung finden behinderungsspezifische Besonderheiten bereits Berücksichtigung. So werden Absolventinnen und Absolventen unter anderem dazu befähigt, Menschen aller Altersstufen mit angeborener oder erworbener Behinderung bei der Wiederherstellung, Kompensation und Adaption eingeschränkter Fähigkeiten zu unterstützen, um sie für eine möglichst selbstständige Entwicklung, Lebensführung und gesellschaftliche Teilhabe zu befähigen (vgl. Pflegeberufe-Ausbildungs- und –Prüfungsverordnung (PflAPrV), Anlage 2 bis 4, I.6.b). Zudem werden sie dazu befähigt, Kommunikationsbarrieren, insbesondere bei spezifischen Gesundheitsstörungen oder Formen von Behinderungen zu erkennen, und unterstützende und kompensierende Maßnahmen einzusetzen, um diese zu überbrücken (vgl. PflAPrV, Anlage 2 bis 4, II.1.e).

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.

## **II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs**

Durch § 5c wird das Zuteilungskriterium sowie das Verfahren für die Entscheidung über die Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten geregelt. Hierdurch soll der gleichberechtigte Zugang aller intensivmedizinisch behandlungsbedürftigen Patientinnen und Patienten zur medizinischen Versorgung gewährleistet werden. Eine Diskriminierung, unter anderem aufgrund einer Behinderung, soll ausgeschlossen werden. Zugleich soll durch die Regelung des Zuteilungskriteriums und des Verfahrens Rechtssicherheit für die Ärztinnen und Ärzte geschaffen werden. Es wird zudem ausdrücklich geregelt, dass bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten von der Zuteilungsentscheidung ausgenommen sind.



### **III. Alternativen**

Alternativ kommt die ausschließliche Normierung von Verfahrensvorschriften in Betracht.

Um eine Benachteiligung unter anderem aufgrund einer Behinderung möglichst effektiv auszuschließen, ist die Regelung von Verfahrensvorschriften allein jedoch nicht ausreichend. Risiken einer Diskriminierung können vielfältige Ursachen haben. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss festgestellt, dass sich diese Risiken unter anderem aufgrund mangelnden Fachwissens und einer unzureichenden Sensibilisierung für behinderungsspezifische Besonderheiten, aber auch aufgrund subjektiver Momente ergeben können (BVerfG, a.a.O., Rn. 111, 113). Um Diskriminierungsrisiken effektiv zu reduzieren und die vom Bundesverfassungsgericht festgestellte Schutzpflicht zu erfüllen, muss daher auch das der Zuteilungsentscheidung zugrundeliegende materielle Kriterium geregelt werden. Durch die Normierung des materiellen Zuteilungskriteriums kann zudem mehr Rechtssicherheit für Ärztinnen und Ärzte geschaffen werden.

### **IV. Gesetzgebungskompetenz**

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Änderung des IfSG ergibt sich aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 19 GG.

### **V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen**

Der Entwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union und mit den völkerrechtlichen Verträgen, die die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat, vereinbar. Artikel 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention untersagt die Diskriminierung aufgrund eines sonstigen Status. Nach Artikel 25 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sind die Vertragsstaaten insbesondere verpflichtet, Menschen mit Behinderung einen in jeder Hinsicht diskriminierungsfreien Zugang zu der für sie notwendigen Gesundheitsversorgung zu verschaffen. Der Entwurf trägt diesen völkerrechtlichen Verpflichtungen in besonderem Maße Rechnung.

### **VI. Gesetzesfolgen**

#### **1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung**

Eine Rechts- und Verwaltungsvereinfachung ist nicht Gegenstand des Gesetzes

#### **2. Nachhaltigkeitsaspekte**

Das Gesetzesvorhaben folgt den Zielen und Leitprinzipien der „Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie“ der Bundesregierung. Ziel des Gesetzesvorhabens ist, dass bei der Zuteilungsentscheidung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten niemand benachteiligt werden darf, insbesondere nicht aus Gründen der Behinderung, des Grades der Gebrechlichkeit, des Alters, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung. Damit entspricht das Gesetzesvorhaben sowohl dem Nachhaltigkeitsziel 3 „Gesundheit und Wohlergehen für alle Menschen gewährleisten“ als auch dem Nachhaltigkeitsziel 10 „Ungleichheiten in und zwischen Ländern verringern“.

#### **3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Zusätzliche Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand infolge des Gesetzes sind für Bund, Länder und Gemeinden nicht zu erwarten.

a) Haushaltsausgaben ohne Vollzugsaufwand

Durch die Ausführung des Gesetzes entstehen keine unmittelbaren zusätzlichen Kosten für die deutschen öffentlichen Haushalte.

b) Vollzugsaufwand

Die Ausführung des Gesetzes führt zu keinem nennenswerten Vollzugsaufwand.

#### 4. Erfüllungsaufwand

##### a. Erfüllungsaufwand der Bürgerinnen und Bürger nach Vorgaben

Für Bürgerinnen und Bürger entstehen keine Veränderungen beim Erfüllungsaufwand.

##### b. Erfüllungsaufwand der Wirtschaft nach Vorgaben

Insgesamt ändert sich der jährliche Erfüllungsaufwand der Wirtschaft um 936 000 Euro. Des Weiteren entsteht einmaliger Erfüllungsaufwand in der Höhe von rund 3,56 Millionen Euro. Sowohl der einmalige Erfüllungsaufwand als auch der zusätzliche jährliche Erfüllungsaufwand sind darauf zurückzuführen, dass Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten die organisatorische Umsetzung der Entscheidungsabläufe und die Verantwortlichkeiten in Verfahrensanweisungen festlegen und diese mindestens einmal im Jahr auf Weiterentwicklungsbedarf prüfen müssen. Die Ärztinnen und Ärzte, die im intensivmedizinischen Bereich der Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten arbeiten, müssen sich hinreichend in die Verfahrensanweisungen einarbeiten, damit die Einhaltung der Verfahrensanweisungen sichergestellt wird. Das Konzept zur Erhöhung der Transparenz über den Umstellungsaufwand für die Wirtschaft sowie zu dessen wirksamer und verhältnismäßiger Begrenzung wurde durch die Bestimmung der Erfüllungsaufwandskategorien angewandt.

Im Folgenden wird die Schätzung des Erfüllungsaufwands der Wirtschaft für die einzelnen Vorgaben dargestellt.

##### **Vorgabe 1 (Weitere Vorgabe): Kriterien für eine ärztliche Entscheidung über die Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten; § 5c Absatz 1 und 2**

In § 5c Absatz 1 und 2 wird ein klarstellendes Benachteiligungsverbot sowie das materielle Entscheidungskriterium geregelt. Die Regelung hat folglich in Absatz 1 klarstellenden und in Absatz 2 konkretisierenden Charakter und führt nicht zu einer Änderung des Erfüllungsaufwands.

##### **Vorgabe 2 (Weitere Vorgabe): Anforderung an die an der Zuteilungsentscheidung beteiligten Personen und Mehraugenprinzip; § 5c Absatz 3**

Durch § 5c Absatz 3 wird ein Mehraugenprinzip bei der Zuteilungsentscheidung eingeführt. Dabei werden auch die fachlichen Anforderungen an die an der Zuteilungsentscheidung beteiligten Ärztinnen und Ärzte definiert. Ist eine Patientin oder ein Patient mit einer Behinderung oder einer Komorbidität von der Zuteilungsentscheidung betroffen, muss per Gesetz die Einschätzung einer hinzuzuziehenden Person berücksichtigt werden, durch deren Fachexpertise den besonderen Belangen dieser Patientin oder dieses Patienten Rechnung getragen werden kann. Auch auf Intensivstationen beschäftigte Pflegekräfte können bei einer Zuteilungsentscheidung hinzugezogen werden.

Bislang mussten in Deutschland keine Entscheidungen über die Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten getroffen werden. Insofern beträgt die Fallzahl null, sodass lediglich zusätzliche Aufwände pro Fall dargestellt werden können. Eine Schätzung der fallbezogenen Aufwände ist nur unter großen Unsicherheiten und unter dem Treffen von freien Annahmen möglich. Es ist davon auszugehen, dass eine Zuteilungsentscheidung auch ohne die gesetzlichen Vorgaben zum Mehraugenprinzip von mindestens zwei Personen getroffen werden würde. So wird etwa in den Empfehlungen zur Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen bei COVID-19-Pandemie<sup>1)</sup> der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv und Notfallmedizin (DIVI, S. 6) empfohlen, dass möglichst zwei intensivmedizinisch erfahrene Ärzte oder Ärztinnen (Mehraugenprinzip) an der Entscheidungsfindung beteiligt sein sollen. In der Empfehlung soll die Entscheidung jedoch lediglich nach Möglichkeit im Konsens getroffen werden. Der vorliegende Gesetzentwurf sieht diesen Konsens indes verpflichtend vor. In Fällen, in denen kein Einvernehmen besteht, ist eine gleich qualifizierte Ärztin oder ein gleich qualifizierter Arzt hinzuzuziehen. Die Beteiligung der weiteren gleich qualifizierten Ärztin oder des gleich qualifizierten Arztes im Fall einer Meinungsverschiedenheit setzt keine körperliche Anwesenheit voraus. Eine telemedizinische Konsultation ist ausreichend. Es wird frei angenommen, dass die Konsultation eine Stunde in Anspruch nehmen könnte. In einem solchen Fall würden Personalkosten in der Höhe von 59,10 Euro entstehen (Lohnkosten für Beschäftigte des Wirtschaftsabschnitts Q „Gesundheits- und Sozialwesen“ mit einem hohen Qualifikationsniveau, siehe „Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung“, Anhang VII, Lohnkostentabelle Wirtschaft, S. 59).

Ist eine Patientin oder ein Patient mit einer Behinderung oder einer Komorbidität von der Zuteilungsentscheidung betroffen, muss die Einschätzung einer hinzuzuziehenden Person berücksichtigt werden, durch deren Fachexpertise den besonderen Belangen dieser Patientin oder dieses Patienten Rechnung getragen werden kann. Bei einem Ansetzen der gleichen Parameter wie zuvor, würden sich in solchen Fällen erneut zusätzliche Personalkosten in der Höhe von knapp 60 Euro ergeben. Wird bei der Entscheidungsfindung eine Pflegekraft beteiligt, würden gemäß Leitfaden Personalkosten in Höhe von 30 Euro (mittleres Qualifikationsniveau) entstehen.

### **Vorgabe 3 (Informationspflicht): Dokumentation der der Zuteilungsentscheidung zugrunde gelegten Umstände und des Entscheidungsverfahrens; § 5c Absatz 4**

Gemäß § 5c Absatz 4 sind die der Zuteilungsentscheidung zugrunde gelegten Umstände von der oder dem für die Behandlung verantwortlichen Ärztin oder Arzt zu dokumentieren. Zudem ist zu dokumentieren, welche Personen an der Zuteilungsentscheidung mitgewirkt haben und hinzugezogen wurden und wie sie abgestimmt oder Stellung genommen haben. Analog zu Vorgabe 2 beläuft sich die Fallzahl hier ebenfalls auf null, sodass lediglich fallbezogene Aufwände geschätzt werden können. Bereits nach § 630f des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) wird die Behandlung von Patientinnen und Patienten dokumentiert. Die neue Regelung erweitert eine bestehende Dokumentationspflicht lediglich um die Darstellung der der Zuteilungsentscheidung zugrunde gelegten Umstände und des Entscheidungsverfahrens. Hier ist davon auszugehen, dass die Darstellung detailliert erfolgt, damit die behandelnde Person die Entscheidung nochmals reflektieren und die Zuteilungsentscheidung im Sinne der Transparenz nachvollzogen und geprüft werden kann. Es wird frei ein Zeitaufwand von 30 Minuten angesetzt. Dieser Zeitaufwand wird analog zu Vorgabe 2 mit einem Lohnsatz von 59,10 Euro pro Stunde monetarisiert, sodass sich der Personalaufwand pro Fall auf knapp 30 Euro schätzen lässt.

---

<sup>1)</sup> Online abrufbar unter: <https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/211125-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-3-vorabfassung.pdf>, zuletzt abgerufen am 07.03.2022.

**Vorgabe 4 (Informationspflicht): Erstellung einer Verfahrensanweisung einschließlich Festlegung der Zuständigkeiten und der organisatorischen Umsetzung der Entscheidungsabläufe sowie jährliche Überprüfung auf Weiterentwicklungsbedarf; § 5c Absatz 5**

Veränderung des jährlichen Erfüllungsaufwands:

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personal-kosten (in Tausend Euro)	Sach-kosten (in Tausend Euro)
1 117 Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten	480	59,10	0	528	0
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tausend Euro)				528	

Einmaliger Erfüllungsaufwand:

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personal-kosten (in Tausend Euro)	Sach-kosten (in Tausend Euro)
1 117 Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten	2 400	59,10	0	2 641	0
Erfüllungsaufwand (in Tausend Euro)				2 641	

Zur Erhöhung der Transparenz über den einmaligen Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft und dessen Begrenzung wird dieser einer oder mehreren Kategorien zugeordnet:

Kategorie des einmaligen Erfüllungsaufwands	Anteil der Kategorie am einmaligen Erfüllungsaufwand	
	Personalkosten (in Tausend Euro)	Sachkosten (in Tausend Euro)
Einmalige Informationspflicht	2 641	0

Den Krankenhäusern mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten entsteht einmaliger Erfüllungsaufwand für die Festlegung der Zuständigkeiten und der organisatorischen Umsetzung der Entscheidungsabläufe in Verfahrensanweisungen. Zudem entsteht zusätzlicher jährlicher Erfüllungsaufwand für die Überprüfung der Verfahrensanweisung auf Weiterentwicklungsbedarf sowie für die sich aus der Prüfung ergebende potentielle Weiterentwicklung der Verfahrensanweisung. Weiterer Erfüllungsaufwand entsteht in Zusammenhang mit der Sicherstellung der Einhaltung der Verfahrensanweisung (siehe hierzu die Vorgaben 5 und 6).

Einmaliger Erfüllungsaufwand – Erstellung von Verfahrensanweisungen durch die Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten:

Im Jahr 2019 gab es in Deutschland 1 117 Krankenhäuser mit intensivmedizinischer Versorgung (Statistisches Bundesamt 2021<sup>2)</sup>, S. 84). Potenziell ist denkbar, dass mehrere Krankenhäuser zusammen oder sogar der Dachverband eine Leitlinie oder Handlungsempfehlung im Verbund erarbeiten. Weiterhin ist es denkbar, dass die einzelnen Klinikgruppen jeweils entsprechende Verfahrensanweisungen für ihre betriebenen Krankenhäuser entwickeln. Da die konkrete Ausgestaltung zum aktuellen Zeitpunkt nicht abzusehen ist, wird konservativ von einem Szenario ausgegangen, in dem jedem der obengenannten 1 117 Krankenhäuser Aufwand entsteht. In diesem Szenario wird weiterhin davon ausgegangen, dass für die Verfahrensanweisungen auf bestehenden fachlichen Ausarbeitungen wie z. B. der obengenannten Empfehlung der DIVI oder weiteren aufgesetzt wird und diese hinsichtlich krankenhausspezifischer Erfordernisse oder lokaler Gegebenheiten weiterentwickelt und implementiert werden. Nach einer freien Schätzung wird für die erstmalige Erstellung und Implementierung ein Zeitaufwand von einer Arbeitswoche (= 40 Stunden = 2 400 Minuten) angesetzt. Wird erneut ein Lohnsatz von 59,10 Euro pro Stunde verwendet (vgl. Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands, Anhang VII), ergeben sich in Zusammenhang mit der Erstellung der Verfahrensanweisung einmalige Personalkosten in der Höhe von rund 2,64 Millionen Euro (1 117 Krankenhäuser \* 40 Stunden \* 59,10 Euro pro Stunde).

Veränderung des jährlichen Erfüllungsaufwands – Jährliche Überprüfung der Verfahrensanweisungen auf Weiterentwicklungsbedarf durch die Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten:

Die Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten müssen die Verfahrensanweisungen mindestens einmal im Jahr auf Weiterentwicklungsbedarf prüfen. Es wird angenommen, dass für die Überprüfung und die ggf. darauffolgende Weiterentwicklung 20 Prozent der Zeit benötigt wird, die für die erstmalige Implementierung anfällt. Dies würde einem Personentag (= 8 Stunden = 480 Minuten) entsprechen. Bei weiterer Verwendung der Lohnkosten von 59,10 Euro pro Stunde ergeben sich für die 1 117 Krankenhäuser mit intensivmedizinischer Versorgung insgesamt zusätzliche jährliche Personalkosten in der Höhe von rund 528 000 Euro (1 117 Krankenhäuser \* 8 Stunden \* 59,10 Euro pro Stunde).

#### **Vorgabe 5 (Informationspflicht): Bekanntgabe der Verfahrensanweisung; § 5c Absatz 5**

Veränderung des jährlichen Erfüllungsaufwands:

---

<sup>2)</sup> Statistisches Bundesamt 2021: Gesundheit. Grunddaten der Krankenhäuser. Fachserie 12 Reihe 6.1.1. Online abrufbar unter: [https://www.destatis.de/DE/Service/Bibliothek/\\_publikationen-fachserienliste-12.html](https://www.destatis.de/DE/Service/Bibliothek/_publikationen-fachserienliste-12.html), zuletzt abgerufen am 08.03.2022.

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personal-kosten (in Tau-send Euro)	Sach-kosten (in Tau-send Euro)
1 117 Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten	2	30,00	0	1	0
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tausend Euro)				1	

Einmaliger Erfüllungsaufwand:

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personal-kosten (in Tau-send Euro)	Sach-kosten (in Tau-send Euro)
1 117 Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten	5	30,00	0	3	0
Erfüllungsaufwand (in Tausend Euro)				3	

Zur Erhöhung der Transparenz über den einmaligen Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft und dessen Begrenzung wird dieser einer oder mehreren Kategorien zugeordnet:

Kategorie des einmaligen Erfüllungsaufwand	Anteil der Kategorie am einmaligen Erfüllungsaufwand	
	Personalkosten (in Tausend Euro)	Sachkosten (in Tausend Euro)
Einmalige Informationspflicht	3	0

Die Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten müssen gemäß § 5c Absatz 5 die Einhaltung der Verfahrensanweisung sicherstellen. Es wird angenommen, dass mit der Bekanntgabe der Verfahrensanweisung gleichzeitig deren Einhaltung sichergestellt wird, da die betroffenen Ärztinnen und Ärzte die Verfahrensanweisung zur Kenntnis nehmen (vgl. Vorgabe 6). Für die erstmalige Bekanntgabe der Verfahrensanweisung wird anhand der Zeitwertabelle der Wirtschaft aus dem Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands, S. 56f., ein Zeitaufwand von 5 Minuten angesetzt (Standardaktivität: Datenübermittlung und Veröffentlichung, hohe Komplexität). Für die Bekanntgabe der regelmäßig stattfindenden Weiterentwicklungen (Annahme: einmal jährlich, vgl. Vorgabe 4) wird ein Zeitaufwand von 2 Minuten angesetzt (vgl. ebd., Standardaktivität:

Datenübermittlung und Veröffentlichung, mittlere Komplexität). Diese Arbeitszeit wird monetär mit einem standardisierten Lohnsatz von 30 Euro pro Stunde bewertet (Lohnkosten für Beschäftigte des Wirtschaftsabschnitts Q „Gesundheits- und Sozialwesen“ mit einem mittleren Qualifikationsniveau, siehe ebd., S. 59). Somit ergeben sich für die Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten einmalige Personalkosten in der Höhe von rund 3 000 Euro (1 117 Krankenhäuser \* 5 Minuten / 60 \* 30 Euro pro Stunde) sowie zusätzliche jährliche Personalkosten in der Höhe von rund 1 000 Euro (1 117 Krankenhäuser \* 2 Minuten / 60 \* 30 Euro pro Stunde).

**Vorgabe 6 (Weitere Vorgabe): Sicherstellung der Einhaltung der Verfahrensanweisung; § 5c Absatz 5**

Veränderung des jährlichen Erfüllungsaufwands:

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tausend Euro)	Sachkosten (in Tausend Euro)
15 500 Ärztinnen und Ärzte, die auf Intensivstationen arbeiten	15	59,10	0	229	0
3 000 Ärztinnen und Ärzte, die erstmalig in dem intensivmedizinischen Bereich eines Krankenhauses tätig werden	60	59,10	0	177	0
Änderung des Erfüllungsaufwands (in Tausend Euro)				406	

Einmaliger Erfüllungsaufwand:

Fallzahl	Zeitaufwand pro Fall (in Minuten)	Lohnsatz pro Stunde (in Euro)	Sachkosten pro Fall (in Euro)	Personalkosten (in Tausend Euro)	Sachkosten (in Tausend Euro)
15 500 Ärztinnen und Ärzte, die auf Intensivstationen arbeiten	60	59,10	0	916	0
Erfüllungsaufwand (in Tausend Euro)				916	

Zur Erhöhung der Transparenz über den einmaligen Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft und dessen Begrenzung wird dieser einer oder mehreren Kategorien zugeordnet:

Kategorie des einmaligen Erfüllungsaufwands	Anteil der Kategorie am einmaligen Erfüllungsaufwand	
	Personalkosten (in Tausend Euro)	Sachkosten (in Tausend Euro)
Schulungskosten	916	0

Für die Schätzung des Erfüllungsaufwands wird angenommen, dass die Sicherstellung der Einhaltung der Verfahrensanweisung dadurch gewährleistet wird, dass die Ärztinnen und Ärzte in Krankenhäusern mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten die Verfahrensanweisung kennen. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Ärztinnen und Ärzte ausreichende Kenntnisse über die Zuständigkeiten und Entscheidungsabläufe z. B. durch das Lesen der Verfahrensanweisung oder durch etwa einen diesbezüglichen Austausch im Kolleginnen- und Kollegenkreis erlangen, was einen Aufwuchs an Erfüllungsaufwand zur Folge hat.

Einmaliger Erfüllungsaufwand – Erstmalige Einarbeitung der Ärztinnen und Ärzte, die auf Intensivstationen arbeiten, in die Verfahrensanweisungen:

Die Zahl der betroffenen Ärztinnen und Ärzte kann nur unter Unsicherheiten geschätzt werden. Es wird davon ausgegangen, dass sich die Verfahrensanweisungen vorrangig an Ärztinnen und Ärzte richten, die im intensivmedizinischen Bereich der Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten arbeiten. Laut eines Gutachtens zur Personalsituation in der Intensivpflege und Intensivmedizin waren im Jahr 2015 pro Krankenhaus im Mittel 13,9 Ärztinnen und Ärzte auf den Intensivstationen beschäftigt (Deutsches Krankenhausinstitut 2017<sup>3)</sup>, S. 84). Multipliziert mit der Zahl der Krankenhäuser mit intensivmedizinischer Versorgung, lässt sich schätzen, dass für rund 15 500 Ärztinnen und Ärzte (1 117 Krankenhäuser \* 13,9 Ärztinnen und Ärzten) einmaliger Aufwand für die Einarbeitung in die Verfahrensanweisung entstehen wird. Angelehnt an die Zeitwertabelle der Wirtschaft aus dem Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands, S. 56f., wird hierfür ein Zeitaufwand von einer Stunde angesetzt (Standardaktivität: Einarbeitung in die Informationspflicht, hohe Komplexität). Wird erneut ein Lohnsatz von 59,10 Euro pro Stunde verwendet, ergeben sich einmalige Personalkosten in der Höhe von 916 000 Euro (15 500 Ärztinnen und Ärzte auf Intensivstationen \* 1 Stunde \* 59,10 Euro pro Stunde).

Veränderung des jährlichen Erfüllungsaufwands:

Es entsteht in zweifacher Weise zusätzlicher jährlicher Erfüllungsaufwand. Zum einen müssen die Ärztinnen und Ärzte auch die Aktualisierungen der Verfahrensanweisung hinreichend zur Kenntnis nehmen. Zum anderen entsteht zusätzlicher jährlicher Erfüllungsaufwand dadurch, dass Ärztinnen und Ärzte, die erstmalig in dem intensivmedizinischen Bereich eines Krankenhauses tätig werden, sich ebenfalls mit der jeweiligen Verfahrensanweisung vertraut machen müssen.

Einarbeitung der Ärztinnen und Ärzte, die auf Intensivstationen arbeiten, in die jährlich aktualisierten Verfahrensanweisungen:

Bei der Annahme, dass die Verfahrensanweisungen durchschnittlich einmal jährlich zumindest geringfügig aktualisiert werden und für das Einarbeiten in die geänderten Versionen

<sup>3)</sup> Deutsches Krankenhausinstitut 2017: Personalsituation in der Intensivpflege und Intensivmedizin. Gutachten des Deutschen Krankenhausinstituts im Auftrag der Deutschen Krankenhausgesellschaft. Online abrufbar unter: <https://www.dki.de/sites/default/files/2019-05/Personalsituation%20in%20der%20Intensivpflege.pdf>, zuletzt abgerufen am 08.03.2022.



frei ein Zeitaufwand von 15 Minuten je Ärztin und Arzt veranschlagt wird, lassen sich zusätzliche jährliche Personalkosten in der Höhe von 229 000 Euro schätzen (15 500 Ärztinnen und Ärzte auf Intensivstationen \* 15 Minuten / 60 \* 59,10 Euro pro Stunde).

Erstmalige Einarbeitung in die Verfahrensanweisungen der Ärztinnen und Ärzte, die neu in dem intensivmedizinischen Bereich eines Krankenhauses tätig werden:

Ärztinnen und Ärzte, die erstmalig in dem intensivmedizinischen Bereich eines Krankenhauses tätig werden, müssen sich ebenfalls mit der jeweiligen Verfahrensanweisung vertraut machen. Hierdurch ist weiterer jährlicher Erfüllungsaufwand zu erwarten. Zur Operationalisierung dient behelfsmäßig die Anzahl der Ärztinnen und Ärzte, die jährlich eine Zusatzweiterbildung in der Intensivmedizin absolvieren. Rund 50 Prozent der Krankenhäuser mit Intensivbetten in Deutschland verfügen über eine entsprechende volle Weiterbildungsermächtigung. Weitere rund 25 Prozent der Krankenhäuser mit Intensivbetten verfügen über eine eingeschränkte Weiterbildungsermächtigung (Deutsches Krankenhausinstitut 2017<sup>4</sup>), S. 89). Insofern lässt sich schätzen, dass (gerundet) 800 Krankenhäuser mit intensivmedizinischer Versorgung über eine eingeschränkte oder volle Weiterbildungsermächtigung verfügen (1 117 Krankenhäuser \* 0,75). Für die Krankenhäuser mit Weiterbildungsermächtigung lag die Anzahl der Ärztinnen und Ärzte, die die entsprechende Zusatzweiterbildung zum Zeitpunkt der Erhebung absolvierten, bei durchschnittlich 2,4 (ebd., S. 90)<sup>5</sup>). Folglich kann geschätzt werden, dass jährlich rund 1 900 Ärztinnen und Ärzte eine Weiterbildung in der Intensivmedizin in einem Krankenhaus mit Intensivbetten absolvieren (800 \* 2,4). Dies unterschätzt jedoch die Zahl der Ärztinnen und Ärzte, die erstmalig in dem intensivmedizinischen Bereich eines Krankenhauses tätig werden, da hierfür die Zusatzweiterbildung nicht notwendig ist. Daher und aufgrund nicht vorhandener Datenbasis wird behelfsmäßig der Faktor 1,5 angesetzt, wodurch sich (konservativ aufgerundet) eine Fallzahl von 3 000 ergibt (1 900 Ärztinnen und Ärzte \* 1,5). Werden hier die Kostenparameter angesetzt, die bei der Schätzung des einmaligen Erfüllungsaufwands Anwendung fanden, lassen sich weitere jährliche Personalkosten in der Höhe von 177 000 Euro schätzen (3 000 Ärztinnen und Ärzte, die jährlich eine Zusatzweiterbildung in der Intensivmedizin absolvieren \* 1 Stunde \* 59,10 Euro pro Stunde).

Veränderung des jährlichen Erfüllungsaufwands – Insgesamt:

Insgesamt erhöht sich der jährliche Erfüllungsaufwand durch diese Vorgabe um rund 406 000 Euro (229 000 Euro + 177 000 Euro).

Da dieser Gesetzentwurf der Umsetzung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes dient, ist der Anwendungsbereich der One in, one out – Regel nicht eröffnet.

### **c. Erfüllungsaufwand der Verwaltung nach Vorgaben**

Für die Verwaltung entstehen keine Veränderungen beim Erfüllungsaufwand.

## **5. Weitere Kosten**

Der Wirtschaft, einschließlich mittelständischer Unternehmen, entstehen keine direkten oder indirekten sonstigen Kosten. Auswirkungen auf Einzelpreise und das Preisniveau – insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau – sind nicht zu erwarten.

---

<sup>4</sup>) Deutsches Krankenhausinstitut 2017: Personalsituation in der Intensivpflege und Intensivmedizin. Gutachten des Deutschen Krankenhausinstituts im Auftrag der Deutschen Krankenhausgesellschaft.

<sup>5</sup>) Zeitpunkt der Erhebung: Herbst 2016.

## **6. Weitere Gesetzesfolgen**

Eine rechtliche Benachteiligung aufgrund des Geschlechts ist aufgrund des allgemeinen Benachteiligungsverbots in Absatz 1 verboten. Auswirkungen auf demografierelevante Belange sind nicht zu erwarten.

## **VII. Befristung; Evaluierung**

Das Regelungsvorhaben ist nicht befristet. Eine Evaluierung soll durch das Bundesministerium für Gesundheit drei Jahre nach Inkrafttreten des Regelungsvorhabens durchgeführt werden. Wesentlich ist auch insoweit insbesondere das Ziel des Gesetzesentwurfs, das Risiko einer Diskriminierung bei der Zuteilungsentscheidung zu reduzieren und Rechtssicherheit für die Ärztinnen und Ärzte zu schaffen. Dabei kann insbesondere auch die Umsetzung des Entscheidungsverfahrens unter Berücksichtigung der Verfahrensanweisungen der Krankenhäuser betrachtet werden. Die Informationen können bei den Krankenhäusern abgefragt werden.

## **B. Besonderer Teil**

### **Zu Artikel 1**

#### **Zu Nummer 1**

Durch die Änderung in Nummer 1 wird die Inhaltsübersicht geändert und an die aus den Nummern 2 und 3 folgenden Änderungen angepasst. Dies betrifft die Einfügung des neuen § 5c zum Verfahren bei aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandenen überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten in den 2. Abschnitt.

#### **Zu Nummer 2**

Mit der Änderung in Nummer 2 wird die Überschrift des 2. Abschnitts neu gefasst und an die aus Nummer 3 folgende Ergänzung des IfSG um den neuen § 5c zum Verfahren bei aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandenen überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten angepasst.

#### **Zu Nummer 3**

Durch die Änderung in Nummer 3 wird nach § 5b ein neuer § 5c eingefügt, der das Zuteilungskriterium und das Verfahren bei aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandenen überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten normiert.

Der Begriff der übertragbaren Krankheit ist in § 2 Nummer 3 IfSG definiert. Eine übertragbare Krankheit ist danach eine durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit.

Das mit einer übertragbaren Krankheit einhergehende Infektionsgeschehen muss eine Verknappung der überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten verursachen. Eine alleinige Ursächlichkeit der übertragbaren Krankheit für die Verknappung der überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten ist nicht erforderlich.

Eine Zuteilungsentscheidung scheidet aus, wenn betroffene Patientinnen oder Patienten regional oder überregional verlegt und intensivmedizinisch behandelt werden können. Nicht

ausreichend vorhandene überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten liegen erst dann vor, wenn es in der konkreten intensivmedizinischen Behandlungssituation an materiellen und personellen regionalen und überregionalen Behandlungskapazitäten fehlt.

Organisatorische Maßnahmen zur Vermeidung eines Versorgungseingpasses können z. B. die frühzeitige Anpassung des stationären Regelbetriebs betreffen, indem planbare, nicht zeitkritische Operationen zurückgestellt oder betroffene Patientinnen oder Patienten in andere Krankenhäuser mit verfügbaren Behandlungskapazitäten verteilt werden. Weitere organisatorische Maßnahmen können auch die Schaffung zusätzlicher räumlich-technischer Kapazitäten und die Organisation des notwendigen Personals, Kooperationen mit anderen Krankenhäusern oder die Nutzung gegebenenfalls vorhandener Ressourcen in der Notaufnahme sein.

Um die Belegung von Krankenhauskapazitäten effizient zu steuern, kann z. B. auch auf den Einsatz von Koordinierungsstellen und auf das zur Verlegung von COVID-19-Intensivpatientinnen und -patienten entwickelte sogenannte Kleeblatt-Konzept zurückgegriffen werden. Zudem sollten zuvor auch internationale strategische Verlegungen geprüft werden.

Weitere Grundvoraussetzungen für eine Zuteilungsentscheidung sind, dass die Patientin oder der Patient eine intensivmedizinische Behandlung überhaupt wünscht, also ein entsprechender Patientenwille besteht, und eine Indikation für die intensivmedizinische Behandlung festgestellt wird.

Der Beginn oder die Fortführung einer intensivmedizinischen Behandlung setzt gemäß § 630d Absatz 1 Satz 1 BGB immer die Einwilligung der betroffenen Patientin oder des betroffenen Patienten voraus. Nur dann, wenn die Einwilligung der betroffenen Patientin oder des betroffenen Patienten nicht rechtzeitig eingeholt werden kann, darf gemäß § 630d Absatz 1 Satz 4 BGB auf den mutmaßlichen Willen der betroffenen Patientin oder des betroffenen Patienten abgestellt werden. Ein ausdrücklich, z. B. im Rahmen einer wirksamen und den Bestimmtheitsanforderungen der obergerichtlichen Rechtsprechung genügenden Patientenverfügung nach § 1901a BGB erklärter, entgegenstehender Patientenwille ist durch die Ärztinnen und Ärzte immer zu beachten. Eine intensivmedizinische Therapie darf gegen den Willen einer Patientin oder eines Patienten nicht eingeleitet werden. Zur Ermittlung des Patientenwillens kann auch eine barrierefreie Kommunikation zwischen Ärztin oder Arzt und der betroffenen Patientin oder dem betroffenen Patienten erforderlich sein. So verpflichten bereits mehrere Länder Krankenhäuser, bei der Versorgung den besonderen Belangen von Menschen mit Behinderung Rechnung zu tragen (vgl. § 3 Absatz 4 Nummer 2 des Berliner Landeskrankenhausgesetzes, § 4 Absatz 4 des Krankenhausgesetzes für das Land Mecklenburg-Vorpommern, § 6d des Hamburgischen Krankenhausgesetzes, § 23 des Bremischen Krankenhausgesetzes).

Patientinnen oder Patienten, bei denen die Voraussetzungen der Einwilligung oder mutmaßlichen Einwilligung im Sinne des § 630d Absatz 1 BGB nicht vorliegen, sind damit von Zuteilungsentscheidungen nicht betroffen.

Gleiches gilt für Patientinnen und Patienten, bei denen keine Indikation für eine intensivmedizinische Behandlung besteht. Nur wenn eine Indikation für eine intensivmedizinische Behandlung besteht, müssen diese Patientinnen und Patienten überhaupt in eine etwaige Zuteilungsentscheidung einbezogen werden.

In die Zuteilungsentscheidung sind alle Patientinnen und Patienten einzubeziehen, die der intensivmedizinischen Behandlung bedürfen und denen noch keine überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazität zugeteilt worden ist – unabhängig von der jeweiligen Ursache der intensivmedizinischen Behandlungsbedürftigkeit. Die Behandlungsbedürftigkeit kann also Folge der übertragbaren Krankheit sein oder auf anderen medizinischen Gründen beruhen. Die Anwendung von § 5c ist daher nicht auf Fälle beschränkt, in

denen es um die Entscheidung über die Zuteilung von intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten unter zwei oder mehr an der übertragbaren Krankheit (z. B. COVID-19) erkrankten Patientinnen und Patienten geht. Die Vorschrift erfasst auch Fälle, in denen die Zuteilungsentscheidung zwischen zwei oder mehr Patientinnen oder Patienten zu treffen ist, die ausschließlich aufgrund anderer Krankheiten einer intensivmedizinischen Behandlung bedürfen.

Die Zuteilungsentscheidung muss in der Akutsituation von intensivmedizinisch erfahrenen Ärztinnen und Ärzten unter Beachtung der Vorgaben des § 5c und unter Berücksichtigung der aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse zur evidenzbasierten Einschätzung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenschancen getroffen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 16. Dezember 2021 ausgeführt, dass die Letztverantwortung für die Beurteilung medizinischer Sachverhalte in den konkreten Einzelfällen bei dem ärztlichen Personal aufgrund dessen besonderer Fachkompetenz und klinischer Erfahrung liegt (BVerfG, a.a.O., Rn. 127).

Verstöße gegen das in Absatz 1 enthaltene Benachteiligungsverbot und das in Absatz 2 Satz 1 genannte materielle Entscheidungskriterium können gegebenenfalls berufsrechtliche Sanktionen bis hin zum Widerruf der Approbation zur Folge haben. Auch Verstöße gegen die in den Absätzen 3 und 4 geregelten verfahrensrechtlichen Vorgaben können gegebenenfalls berufsrechtliche Folgen haben.

In strafrechtlicher Hinsicht bleibt es für die Bewertung einer Zuteilungsentscheidung, wem eine überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlung bei nicht ausreichend vorhandenen Behandlungskapazitäten gewährt wird, bei den allgemeinen Regelungen, insbesondere den Vorgaben zur gewohnheitsrechtlich anerkannten rechtfertigenden Pflichtenkollision. Eine Pflichtenkollision liegt vor, wenn eine Person zwei gleichwertige Handlungspflichten (= Rettungspflichten) treffen, sie aber nur eine erfüllen kann, sie also etwa von zwei bedrohten Menschenleben nur eines retten kann. Da von ihr nichts Unmögliches verlangt werden kann (sie kann nicht gleichzeitig beide Menschen retten), ist sie gerechtfertigt, wenn sie eine Handlungspflicht auf Kosten der anderen erfüllt (vgl. nur Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 30. Auflage 2019, vor §§ 32 ff. Rn. 73; Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, vor § 32 Rn. 11; Rönau in Leipziger Kommentar, StGB, 13. Auflage 2019, vor §§ 32 ff. Rn. 115 f.; Kindhäuser/Hilgendorf, in: Lehr- und Praxiskommentar StGB, 9. Auflage 2022, § 34 Rn. 55; auch der BGH hat sie im Grundsatz anerkannt: BGHSt. 47, 318, bei juris Rn. 19, BGHSt 48, 307, bei juris Rn. 12, jeweils zu § 266a StGB). An diesen Vorgaben will und soll der Entwurf nichts ändern.

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 enthält ein klarstellendes Benachteiligungsverbot bei der ärztlichen Entscheidung über die Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten. Dieses gilt auch, wenn die ärztliche Entscheidung durch Verwendung automatisierter Prozesse unterstützt wird.

Die Aufzählung der unzulässigen Diskriminierungskriterien orientiert sich an der Aufzählung in § 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), ergänzt um das Kriterium des Grades der Gebrechlichkeit. Der Grad der Gebrechlichkeit wird in der klinischen Praxis unter Verwendung der sogenannten Gebrechlichkeitsskala (clinical frailty scale – CFS) ermittelt (vgl. hierzu die klinisch-ethischen Empfehlungen zu „Entscheidungen über die Zuteilung von intensivmedizinischen Ressourcen im Kontext der Covid-19-Pandemie“, 3. überarbeitete Fassung vom 14. Dezember 2021, S. 6). Maßgeblich für die Beurteilung des Grades der Gebrechlichkeit ist nach der Gebrechlichkeitsskala insbesondere das Ausmaß des Assistenzbedarfs bei der Bewältigung des täglichen Lebens infolge einer körperlichen oder kognitiven Einschränkung.

Verzichtet wurde auf die Aufnahme des Kriteriums der „Rasse“. Die Europäische Union weist in Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft Theorien über die Existenz unterschiedlicher Rassen zurück. Ungeachtet dessen ist in dem nicht abschließend formulierten klarstellenden Benachteiligungsverbot auch eine Benachteiligung aus rassistischen Gründen erfasst.

Für die Auslegung der in Absatz 1 genannten Kriterien kann – abgesehen vom Grad der Gebrechlichkeit – auf die zu den Diskriminierungsmerkmalen des AGG ergangenen Entscheidungen zurückgegriffen werden. Anders als das AGG knüpft Absatz 1 jedoch nicht an arbeits- oder zivilrechtliche Schuldverhältnisse an, sondern gilt unabhängig von den vertraglichen Beziehungen zwischen Patientin oder Patient und Behandelnden.

Weitere Kriterien, die einen Verstoß gegen das in Absatz 1 enthaltene klarstellende Benachteiligungsverbot begründen können, sind z. B. die Pflegebedürftigkeit einer betroffenen Patientin oder eines betroffenen Patienten oder der Umstand, dass sich eine Patientin oder ein Patient gegen die Verabreichung einer Schutzimpfung im Sinne des § 2 Nummer 9 entschieden und damit gegebenenfalls ein höheres Risiko für einen schwereren Verlauf einer übertragbaren Krankheit in Kauf genommen hat, das sich verwirklicht hat.

Das sich insbesondere in Zeiten der COVID-19-Pandemie zu einer staatlichen Schutzpflicht verdichtende verfassungsrechtliche Benachteiligungsverbot wird durch diese Vorschrift konkretisiert. Das Risiko einer Diskriminierung aller betroffenen Patientinnen und Patienten wird hierdurch reduziert.

## **Zu Absatz 2**

Die Regelung in Satz 1 bestimmt, dass die Zuteilungsentscheidung nur aufgrund der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten getroffen werden darf. Damit wird der Vorschrift ein wesentliches Kriterium aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zugrunde gelegt. In seiner Entscheidung vom 16. Dezember 2021 hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass dem Gesetzgeber bei der Entscheidung, wie die Schutzpflicht aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG im Einzelnen erfüllt werden soll, ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zusteht. Es steht ihm danach frei, materielle Maßstäbe für die intensivmedizinische Zuteilungsentscheidung vorzugeben, um Menschen mit einer Behinderung wirksam vor einer Benachteiligung zu schützen (BVerfG, a.a.O., Rn. 108, 126, 128). Zudem führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass es sich bei der klinischen Erfolgsaussicht im Sinne des kurzfristigen Überlebens der aktuellen Erkrankung um ein verfassungsrechtlich zulässiges Zuteilungskriterium handelt. Dieses Kriterium stellt aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts nicht auf eine Bewertung menschlichen Lebens ab, sondern allein auf die Erfolgsaussichten der nach der aktuellen Erkrankung angezeigten Intensivtherapie (BVerfG, a.a.O., Rn. 116, 123).

Die aktuelle Überlebenswahrscheinlichkeit knüpft an die im Zeitpunkt der Zuteilungsentscheidung bestehende Aussicht, die aktuelle Krankheit zu überleben, an (BVerfG, a.a.O., Rn. 116). Maßgeblich für die Feststellung der aktuellen Überlebenswahrscheinlichkeit ist damit insbesondere der individuelle Gesundheitszustand der betroffenen Patientin oder des betroffenen Patienten im Zeitpunkt der Zuteilungsentscheidung. Durch eine auf den konkreten Einzelfall ausgerichtete ärztliche Beurteilung ist der gesundheitliche Zustand der Patientinnen und Patienten individuell zu ermitteln. Hierdurch wird die Gefahr einer – auch unbewussten – Stereotypisierung reduziert.

Durch das Abstellen auf die kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit wird bewirkt, dass eine Zuteilungsentscheidung nicht unter Berücksichtigung der mittel- oder langfristigen Lebenserwartung oder der Lebensqualität erfolgen darf. Die kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit ist nicht als konkret bestimmter Mindestüberlebenszeitraum von Stunden, Tagen oder Wochen zu verstehen. Die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit

stellt vielmehr auf die Prognose ab, die nach der aktuellen Krankheit angezeigte Intensivtherapie zu überleben. Die mittelfristige Lebenserwartung einer Patientin oder eines Patienten, die oder der z. B. unabhängig vom individuellen Gesundheitszustand aufgrund der aktuellen Krankheit nur eine prognostisch verbleibende Lebenserwartung von wenigen Monaten oder Jahren hat, ist bei der Zuteilungsentscheidung dagegen ebenso wenig zu berücksichtigen wie eine langfristig statistisch geringere Lebenserwartung. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit entschieden, dass z. B. die Berücksichtigung der längerfristig erwartbaren Überlebensdauer die Gefahr begründe, dass Patientinnen oder Patienten mit Behinderungen regelmäßig nicht oder nur nachrangig behandelt werden (BVerfG, a.a.O., Rn. 117).

Durch die Regelung in Satz 1 soll die Gefahr einer Diskriminierung bei der Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten verringert werden.

Satz 2 regelt die Berücksichtigung von Komorbiditäten bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit. Danach dürfen Komorbiditäten einer Patientin oder eines Patienten bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nur dann berücksichtigt werden, soweit diese in ihrer Schwere oder Kombination die auf die aktuelle Krankheit bezogene kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich verringern.

In der medizinischen Wissenschaft werden Komorbiditäten definiert als das gleichzeitige Vorhandensein von zwei oder mehr diagnostisch unterscheidbaren Krankheiten bei einer Patientin oder einem Patienten. Eine ursächliche Beziehung muss zwischen diesen nicht bestehen (vgl. Pschyrembel Online, abrufbar unter <https://www.pschyrembel.de/Komorbidit%C3%A4ten/KOC0A/doc/>. Zuletzt abgerufen am 3. August 2022).

Im Rahmen seiner Entscheidung vom 16. Dezember 2021 hat sich das Bundesverfassungsgericht insbesondere auch mit den zu diesem Zeitpunkt erarbeiteten Handlungsempfehlungen der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie (Quelle: Deutsches Ärzteblatt 2020, 117(20): A-1084/B-912) sowie der S1-Leitlinie der DIVI (Quelle: AWMF-Registernummer 040-013, Stand: 14.12.2021) befasst. Im Zuge der kritischen Auseinandersetzung mit diesen Handlungsempfehlungen hat das Bundesverfassungsgericht auch ausgeführt, inwieweit Komorbiditäten betroffener Patientinnen und Patienten bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit berücksichtigt werden dürfen. Nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts begegnet die Berücksichtigung von Komorbiditäten bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit für sich genommen keinen Bedenken, wenn sie bei der Zuteilungsentscheidung nur dann berücksichtigt werden sollen, wenn sie in ihrer Schwere oder Kombination die Überlebenswahrscheinlichkeit bei einer Intensivtherapie erheblich verringern. Ein Risiko für eine Benachteiligung besteht aber dann, wenn die Überlebenswahrscheinlichkeit mit Blick auf die Komorbiditäten nicht eindeutig nur auf die aktuelle Krankheit bezogen wird. Denn in diesem Fall ist nicht ausgeschlossen, dass eine Behinderung pauschal mit Komorbiditäten in Verbindung gebracht oder stereotyp mit schlechten Genesungsaussichten verbunden wird (BVerfG, a.a.O., Rn. 118).

Da Komorbiditäten in der Praxis durchaus zur Beurteilung der Erfolgsaussichten einer intensivmedizinischen Behandlung herangezogen werden, erfolgt die Einschränkung der Berücksichtigung dieses Kriteriums in Satz 2. Damit wird auch den vorstehend aufgezeigten Kritikpunkten des Bundesverfassungsgerichtes Rechnung getragen.

Im Rahmen der Zuteilungsentscheidung dürfen alle Umstände, die einen Krankheitswert haben und sich auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich auswirken nach Satz 2 berücksichtigt werden.

In Abgrenzung zu Satz 2 wird in Satz 3 klargestellt, dass Kriterien, die sich auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit nicht auswirken, bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nicht berücksichtigt werden dürfen. Beispielhaft werden hier als Kriterien die Behinderung, das Alter, die verbleibende mittel- oder langfristige Lebenserwartung, der Grad der Gebrechlichkeit und die Lebensqualität genannt.

Eine Behinderung im Sinne des Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG liegt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes vor, wenn eine Person in der Fähigkeit zur individuellen und selbstständigen Lebensführung längerfristig beeinträchtigt ist. Gemeint sind nicht nur geringfügige Beeinträchtigungen, sondern längerfristige Einschränkungen von Gewicht (BVerfG, a.a.O., Rn. 90 m.w.N.).

Damit kann sich die Behinderung als längerfristige Einschränkung der Fähigkeit zur individuellen und selbstständigen Lebensführung nicht auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit nach Satz 1 auswirken.

Auch das kalendarische Alter als reine Zahl von Lebensjahren kann sich nicht auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit auswirken.

Bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit weiter nicht berücksichtigt werden dürfen die mittel- und langfristige Lebenserwartung einer Patientin oder eines Patienten. Unter der mittelfristigen Lebenserwartung ist eine prognostisch verbleibende Lebenszeit von wenigen Monaten oder Jahren zu verstehen. Die langfristige Lebenserwartung orientiert sich an der statistisch zu erwartenden Lebenszeit.

Der Grad der Gebrechlichkeit wird in der klinischen Praxis unter Verwendung der sogenannten Gebrechlichkeitsskala (clinical frailty scale – CFS) ermittelt (vgl. hierzu die klinisch-ethischen Empfehlungen zu „Entscheidungen über die Zuteilung von intensivmedizinischen Ressourcen im Kontext der Covid-19-Pandemie“, 3. überarbeitete Fassung vom 14. Dezember 2021, S. 6). Maßgeblich für die Ermittlung des Grades der Gebrechlichkeit ist danach insbesondere das Ausmaß des Assistenzbedarfs bei der Bewältigung des täglichen Lebens infolge einer körperlichen oder kognitiven Einschränkung.

Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu in dem Beschluss vom 16. Dezember 2021 – 1 BvR 1541/20 – festgestellt, dass die Gebrechlichkeitsskala Behinderungen nicht berücksichtigt, sondern für andere Zwecke entwickelt und evaluiert worden ist. Vor diesem Hintergrund berge die skalengeleitete Berücksichtigung von Gebrechlichkeit ein Risiko der Benachteiligung, weil aus dem Umstand, dass viele behinderte Menschen im Alltag auf Assistenz angewiesen sind, vorschnell auf Gebrechlichkeit geschlossen werden könne (BVerfG, a.a.O., Rn. 118).

Das Ausmaß des Assistenzbedarfs einer Patientin oder eines Patienten und der daraus abgeleitete Grad der Gebrechlichkeit wirken sich nicht auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit aus und dürfen daher nicht berücksichtigt werden.

Der Begriff der Lebensqualität stellt auf das subjektive Empfinden der Lebensumstände der von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientinnen und Patienten ab.

Nach Absatz 2 Satz 4 sind bereits zugeweilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten von der Zuteilungsentscheidung ausgenommen.

Hierdurch wird ausdrücklich geregelt, dass bereits zugeweilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten nicht mehr zur Disposition stehen, solange eine intensivmedizinische Behandlung noch indiziert ist und dem Patientenwillen entspricht.

### **Zu Absatz 3**

Durch die Regelung in Absatz 3 wird ein Mehraugenprinzip bei der Zuteilungsentscheidung eingeführt.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 16. Dezember 2021 festgestellt, dass der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG auch dadurch Rechnung tragen könne, dass er geeignete Vorgaben zum Verfahren macht. Das Bundesverfassungsgericht führt als eine etwaig geeignete Vorgabe auch die Einführung eines Mehraugenprinzips bei der Zuteilungsentscheidung an, sofern dies nach Einschätzung des Gesetzgebers wirksamen Grundrechtsschutz verspricht (BVerfG, a.a.O., Rn. 128).

Nach Satz 1 ist die Zuteilungsentscheidung von zwei mehrjährig intensivmedizinisch erfahrenen und intensivmedizinisch praktizierenden Fachärztinnen und Fachärzten zu treffen, die die Patientinnen oder Patienten unabhängig voneinander begutachtet haben.

Hierdurch wird ein fachlicher Austausch zwischen Ärztinnen und Ärzten mit der für eine Zuteilungsentscheidung erforderlichen Berufserfahrung zu dem aktuellen Gesundheitszustand, dem bisherigen Behandlungsverlauf und den klinischen Erfolgsaussichten einer intensivmedizinischen Behandlung der von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientinnen und Patienten gewährleistet. Die Weiterbildung zur Fachärztin oder zum Facharzt ist nicht auf eine bestimmte Fachrichtung begrenzt. Die Ärztinnen und Ärzte müssen mehrjährige Erfahrungen in der Intensivbehandlung besitzen, um die Indikation zu prüfen und die aktuelle und kurzfristige Überlebenschancen beurteilen zu können. Über eine mehrjährige Erfahrung verfügen die Ärztinnen und Ärzte dann, wenn sie mindestens zwei Jahre intensivmedizinisch praktiziert haben. Durch die Beteiligung ausschließlich mehrjährig erfahrener Ärztinnen und Ärzte wird sichergestellt, dass der Gesundheitszustand der betroffenen Patientinnen und Patienten sowie insbesondere auch die jeweils aktuelle und kurzfristige Überlebenschancen zuverlässig beurteilt werden kann. Indem die beiden Ärztinnen und Ärzte die Patientinnen oder Patienten vor der gemeinsamen Entscheidungsfindung unabhängig voneinander begutachten, wird der Gefahr einer gegenseitigen Beeinflussung bei der Meinungsbildung entgegengewirkt. Der sich im Rahmen der Entscheidungsfindung anschließende fachliche Austausch zwischen zwei erfahrenen Ärztinnen und Ärzten wirkt einer unbewussten Stereotypisierung insbesondere von Menschen mit Behinderungen oder Komorbiditäten entgegen.

Die Zuteilungsentscheidung ist durch die beteiligten Ärztinnen und Ärzte einvernehmlich zu treffen. Kommt ein Einvernehmen nicht zu Stande, sieht Satz 2 die Hinzuziehung einer weiteren gleich qualifizierten Ärztin oder eines weiteren gleich qualifizierten Arztes vor, die oder der die von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientinnen und Patienten ebenfalls zu begutachten hat. Die Zuteilungsentscheidung ist dann im Wege einer Mehrheitsentscheidung zwischen den beteiligten Ärztinnen und Ärzten zu treffen.

Die Sätze 1 und 2 führen zu einer intensiven Auseinandersetzung mit dem Gesundheitszustand und dem Behandlungsverlauf und der klinischen Erfolgsaussicht der intensivmedizinischen Behandlung der konkret betroffenen Patientinnen und Patienten. Insbesondere wenn eine einvernehmliche Zuteilungsentscheidung zwischen den beteiligten Ärztinnen und Ärzten nicht zustande kommt, erfolgt ein weiterer fachlicher Diskurs mit einer dritten Ärztin oder einem dritten Arzt, der ebenfalls einer unbewussten Stereotypisierung z. B. von Patientinnen und Patienten mit Behinderungen oder Komorbiditäten entgegengewirkt.

Nach Satz 3 darf an der Zuteilungsentscheidung nur eine Ärztin oder ein Arzt beteiligt werden, die oder der bereits in die unmittelbare Behandlung der konkret betroffenen Patientinnen oder Patienten eingebunden ist. Die Beteiligung der unabhängigen Ärztinnen oder Ärzte führt zu einer Neubefassung mit dem aktuellen Gesundheitszustand, dem Behandlungsverlauf und der klinischen Erfolgsaussicht einer intensivmedizinischen Behandlung. Hierdurch werden eventuell vorgefestigte ärztliche Einschätzungen zur Beurteilung des gesundheitlichen Status quo und der klinischen Erfolgsaussicht einer intensivmedizinischen



Behandlung nochmals kritisch durch weitere fachlich qualifizierte Ärztinnen oder Ärzte gewürdigt.

Ist eine Patientin oder ein Patient mit Behinderung oder Komorbidität von der Zuteilungsentscheidung betroffen, muss nach Satz 4 die Einschätzung einer hinzuzuziehenden Person berücksichtigt werden, durch deren Fachexpertise den besonderen Belangen dieser Patientin oder dieses Patienten Rechnung getragen werden kann.

Den besonderen Belangen von Patientinnen und Patienten mit einer Behinderung oder einer Komorbidität kann z. B. durch die Hinzuziehung einer Person mit einer medizinischen Fachexpertise für die Behinderung oder die Komorbidität Rechnung getragen werden. Als Person mit einer medizinischen Fachexpertise kommen z. B. die vorbehandelnden Ärztinnen und Ärzte der von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientin oder des von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patienten in Betracht.

Darüber hinaus schließt Satz 4 auch die Einbeziehung von Pflegefachkräften mit ein. Diese können aufgrund der intensiven Betreuung einer oder eines bereits stationär behandelten Patientin oder Patienten und der dadurch bedingten Patientennähe einen guten Überblick über den Behandlungsverlauf haben. Zudem können Pflegefachkräfte aufgrund ihrer Berufserfahrung oder Spezialisierung über eine besondere Expertise verfügen, die auch für die Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit neu hinzukommender Patientinnen und Patienten genutzt werden kann.

Des Weiteren kann den Belangen von Patientinnen und Patienten mit einer Behinderung oder Komorbidität durch die Hinzuziehung von Mitgliedern klinischer Ethik-Komitees Rechnung getragen werden.

Satz 4 ermöglicht auch die Hinzuziehung einer Vertreterin oder eines Vertreters eines selbstorganisierten Zusammenschlusses im Sinne des § 4a Absatz 1 Satz 1 und 2 des Achten Buches Sozialgesetzbuch soweit dies datenschutzkonform und unter Beachtung der ärztlichen Schweigepflicht – etwa durch ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Patientin oder des betroffenen Patienten und entsprechender Entbindung von der Schweigepflicht – erfolgt. Diese Vertreterinnen und Vertreter setzen sich in der Praxis z. B. gezielt für Menschen mit bestimmten Krankheiten oder Behinderungen ein und können daher über eine besondere Fachexpertise für diese Krankheit oder Behinderung verfügen.

Satz 4 ist damit nicht auf die Hinzuziehung von Ärztinnen und Ärzten beschränkt.

Mit Satz 4 wird insbesondere der Gefahr entgegengewirkt, dass Behinderungen oder Vorerkrankungen aus Mangel an Fachkenntnissen oder aus zeitlichen Gründen in der Akutsituation vorschnell und fälschlicherweise mit einer geringeren aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit in Verbindung gebracht werden. Die fachliche Einschätzung der hinzugezogenen Person muss in die Zuteilungsentscheidung der entscheidenden Ärztinnen und Ärzte einfließen. Vor dem Hintergrund, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss ausgeführt hat, dass die Ärztinnen und Ärzte die Letztverantwortung für die Beurteilung medizinischer Sachverhalte im konkreten Einzelfall tragen, die in deren besonderer Fachkompetenz und klinischer Erfahrung begründet liegt (BVerfG, a.a.O., Rn. 127), ist die hinzugezogene Person in Bezug auf die Zuteilungsentscheidung jedoch nicht stimmberechtigt.

Das Verfahren nach Absatz 3 Satz 1, 2 und 4 setzt keine körperliche Anwesenheit der Ärztinnen oder der Ärzte sowie der hinzugezogenen Person voraus. Ausreichend ist z. B. auch eine telemedizinische Konsultation. Denkbar ist, dass z. B. eine qualifizierte Ärztin oder ein qualifizierter Arzt eines anderen Klinikums, die oder der telemedizinisch verfügbar ist, in die Entscheidungsfindung mit eingebunden wird. Rechtsgrundlage für die Offenbarung der patientenidentifizierenden Daten und der Gesundheitsdaten in datenschutzrechtlicher Hinsicht ist § 22 Absatz 1 Satz 1 Buchstabe b des Bundesdatenschutzgesetzes. Danach ist

eine Verarbeitung personenbezogener Daten abweichend von Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (Abl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1, L 314 vom 22.11.2016, S. 72, L 127 vom 23.5.2018, S. 2, L 74 vom 4.3.2021, S. 35) dann gestattet, wenn die Verarbeitung für die Versorgung oder Behandlung im Gesundheitsbereich erforderlich ist und diese Daten von Ärztinnen und Ärzten oder durch sonstige Personen, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen, oder unter deren Verantwortung verarbeitet werden. Die Erforderlichkeit der Verarbeitung ergibt sich vorliegend aus der notwendigen konsiliarischen Abklärung der intensivmedizinischen Beurteilung.

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 verpflichtet die oder den im Zeitpunkt der Zuteilungsentscheidung für die Behandlung verantwortliche Ärztin oder verantwortlichen Arzt zur Dokumentation der der Zuteilungsentscheidung zugrunde gelegten Umstände. Zudem besteht die Pflicht, zu dokumentieren, welche Personen an der Zuteilungsentscheidung mitgewirkt haben und hinzugezogen wurden und wie sie abgestimmt oder Stellung genommen haben. Diese Angaben sind in der Dokumentation der Behandlung nach § 630f BGB der jeweils betroffenen Patientin oder des jeweils betroffenen Patienten aufzuzeichnen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 16. Dezember 2021 ausgeführt, dass der Gesetzgeber auch Vorgaben zur Dokumentation der Zuteilungsentscheidung machen könne, wenn dies nach Einschätzung des Gesetzgebers einen wirksamen Grundrechtsschutz verspreche (BVerfG, a.a.O., Rn. 128).

Im Sinne einer guten Transparenz umfasst die Pflicht zur Dokumentation den Patientenwillen, die Indikation der Intensivtherapie, die der Zuteilungsentscheidung zugrunde gelegten Umstände, insbesondere die Begründung der klinischen Erfolgsaussicht der jeweiligen intensivmedizinischen Versorgung bzw. deren Nichtvorliegen. Sofern Menschen mit Behinderungen von der Zuteilungsentscheidung betroffen sind oder Komorbiditäten die Einbeziehung einer Person nach Absatz 3 Satz 4 erfordern, ist sowohl die Einschätzung dieser Person als auch die Berücksichtigung der Einschätzung zu dokumentieren.

Die Pflicht, die der Zuteilungsentscheidung zugrunde gelegten Umstände zu dokumentieren, führt den nach Absatz 3 entscheidenden Ärztinnen und Ärzten vor Augen, welche Umstände in die Entscheidungsfindung eingeflossen sind und für das Ergebnis entscheidend waren. Diese Pflicht führt damit zu einer Reflektion der für die Entscheidung maßgeblichen Umstände und zur Sensibilisierung im Umgang mit Menschen mit Behinderungen oder Komorbiditäten auch für die Zukunft.

Zudem schafft die Pflicht, zu dokumentieren, welche Personen an der Zuteilungsentscheidung mitgewirkt haben und hinzugezogen wurden und wie sie abgestimmt oder Stellung genommen haben, Transparenz über die Hinzuziehung weiterer Personen in das Entscheidungsverfahren, über deren Einschätzung und die Berücksichtigung dieser Einschätzung. Darüber hinaus verdeutlicht sie den Beteiligten die Relevanz der Verfahrensvorschriften für eine diskriminierungsfreie und transparente Zuteilungsentscheidung. So wird eine diskriminierungsfreie Zuteilung der intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten gefördert. Damit dient diese Vorgabe nicht nur den Interessen der von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientinnen und Patienten, sondern insbesondere auch den an der Entscheidungsfindung beteiligten Ärztinnen und Ärzten.

Des Weiteren werden die §§ 630f und 630g BGB für entsprechend anwendbar erklärt.

#### **Zu Absatz 5**

Mit der Regelung in Absatz 5 werden die Krankenhäuser verpflichtet, eine Verfahrensweisung zu erarbeiten. In dieser Verfahrensweisung ist ein Verfahren zur Benennung der Ärztinnen und Ärzte festzulegen, die für die Mitwirkung an Zuteilungsentscheidungen zuständig sind. Darüber hinaus sind die erforderlichen organisatorischen Maßnahmen zu definieren, damit die Krankenhäuser in der Akutsituation in der Lage sind, die Vorgaben der Absätze 1 bis 4 einzuhalten.

Die Akutsituation, in der die Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten erforderlich wird, ist ein Ereignis, das Vorbereitung für einen ordnungsgemäßen Ablauf benötigt. Es ist daher erforderlich, klare Zuständigkeiten und Handlungsanweisungen für dieses Entscheidungsverfahren verbindlich vorzugeben und die behandelnden Ärztinnen und Ärzte entsprechend einzuweisen.

Um das in Absatz 3 geregelte Verfahren einhalten zu können, ist durch die Verfahrensweisungen zu regeln, wie das für die Zuteilungsentscheidung erforderliche Personal vorgehalten werden kann, einschließlich etwaiger Vertretungsfälle.

Als organisatorische Maßnahme zur Gewährleistung des Mehraugen-Prinzips kommt der Abschluss von Kooperationsvereinbarungen mit anderen Krankenhäusern in Betracht, um beispielsweise ein telemedizinisches Konsil auch in Zeiten knapper Personalbesetzung, wie dies an Wochenenden oder nachts häufig der Fall sein kann, sicherzustellen. Es können zur besseren Erreichbarkeit z. B. feste Ansprechpartnerinnen oder Ansprechpartner festgelegt werden.

In der Verfahrensweisung kann auch festgelegt werden, wie die nach Absatz 3 Satz 4 hinzuzuziehende Person, unter Beteiligung der betroffenen Patientin oder des betroffenen Patienten oder gegebenenfalls der Angehörigen, ausgewählt werden kann.

Darüber hinaus kommt z. B. auch die Einrichtung eines Ethik-Komitees in Betracht, das bei der Ausarbeitung der Verfahrensweisung zur Sicherstellung der Vorgaben der Absätze 1 bis 4 eng eingebunden werden kann.

Die Verfahrensweisungen sollen als Instrument der internen Qualitätssicherung einheitliche Arbeitsabläufe sicherstellen, die notwendige Transparenz der Entscheidungsfindung in einer Behandlungsausnahmesituation schaffen und den beteiligten Ärztinnen und Ärzten Sicherheit und Unterstützung in einer solchen Ausnahmesituation geben. Die Vorschrift erlaubt es zudem jedem Krankenhaus, individuelle, eigene, auf lokale Gegebenheiten adaptierte Verfahrensweisungen unter Beachtung der Vorgaben der Absätze 1 bis 4 zu entwerfen und zu implementieren.

Die Verpflichtung in Absatz 5 verfolgt den Zweck, die Krankenhäuser und die für die Zuteilungsentscheidung zuständigen Ärztinnen und Ärzte auf den Fall einer Verknappung intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten aufgrund einer übertragbaren Krankheit vorzubereiten. Eine bevorstehende Verknappung überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten ist ein dynamischer Prozess, der sich bereits im Vorfeld ankündigt. Erste Merkmale, die auf eine bevorstehende Verknappung hindeuten, sind z. B. erforderlich werdende regionale und überregionale strategische Verlegungen nach dem Kleeblatt-Konzept. Durch die Verfahrensweisung haben die für die Zuteilungsentscheidung zuständigen Ärztinnen und Ärzte die Möglichkeit, sich rechtzeitig auf Akutsituationen vorzubereiten. Hierdurch werden sie in die Lage versetzt, ohne zeitliche Verzögerungen die Verfahrensweisungen einzuhalten und die Zuteilungsentscheidung zu treffen.

Die Krankenhäuser sind zudem verpflichtet, die Verfahrensweisungen mindestens einmal im Jahr auf Weiterentwicklungsbedarf zu überprüfen und anzupassen.

## **Zu Artikel 2**

Das Bundesverfassungsgericht hat den Gesetzgeber mit Beschluss vom 16. Dezember 2021 angehalten, unverzüglich geeignete Vorkehrungen zu treffen. Vor diesem Hintergrund tritt das Gesetz am Tag nach der Verkündung in Kraft.