

Bonn, 06.09.2024

## **Stellungnahme der BAGSO zu den Verfassungsbeschwerden gegen die Bestimmung § 5c des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) vom 20. Juli 2000 (Bundesgesetzblatt I S. 1045) in der Fassung des zweiten Gesetzes zur Änderung des IfSG vom 8. Dezember 2022, (Bundesgesetzblatt I S. 2235 Nr. 49) in Kraft getreten am 14. Dezember 2022**

Die Beschwerdeführer begehren Erklärung der Verfassungswidrigkeit von § 5c IfSG, weil sie sich in ihrem Grundrecht auf freie Ausübung des Arztberufs eingeengt sehen. Sie tun dies, weil bei der Zuteilungsentscheidung dem Gesetz zufolge (§ 5 c Abs. 1) jegliche Benachteiligung von Patientinnen und Patienten ausgeschlossen sein muss, *„insbesondere (...) wegen einer Behinderung, des Grades der Gebrechlichkeit, des Alters, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung“*.

Die Beschwerdeführer nehmen zudem Anstoß an § 5c Abs. 2 S. 1-3, wo es heißt:

*„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.“*

Die Beschwerdeführer heben hervor, dass es „wissenschaftlich unstrittig“ sei, dass „eine valide Prognostizierung selbst der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit ohne Berücksichtigung des (biologischen) Alters,

einzelner Vorerkrankungen oder Behinderungen oder des funktionalen Status bzw. der Gebrechlichkeit bei verantwortungsbewusster ärztlich-professioneller Einschätzung nicht sachgerecht möglich ist (...).“ (S. 16 f<sup>1</sup>).

Sie führen weiter aus:

„Die im Bereich der intensivmedizinischen Versorgung in die Verantwortung gerufene Ärzteschaft zu einer Indikationsstellung zu zwingen, die der ärztlich-medizinischen Erkenntnis eklatant zuwiderläuft, greift in die ärztliche Berufsausübungsfreiheit wie in die Freiheit ein, sich nicht zu einem Handeln gezwungen zu sehen, das der eigenen (professionellen) Gewissensüberzeugung zuwiderläuft. Es besteht daher die ernstliche Möglichkeit, dass allein schon durch die Ausschlussregel des § 5 c Abs. 2 S. 3 IfSG die ärztliche Berufs- und Gewissensfreiheit verletzt wird.“ (S. 17).

Aus Sicht der BAGSO ist § 5c IfSG insofern von großer Bedeutung, als mit dieser Regelung ein Diskriminierungsverbot ausgesprochen wird. Dieses Diskriminierungsverbot gründet auf der Erkenntnis, dass Stereotype (zum Beispiel mit Blick auf Alter, Behinderung und Gebrechlichkeit) Einfluss auf Therapieentscheidungen nehmen können. Das Gesetz normiert, dass Behinderung, Alter und Gebrechlichkeit nicht eo ipso als Gründe für einen nachgeordneten Anspruch im Kontext von Zuteilungsentscheidungen bei nicht ausreichend vorhandenen überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten geltend gemacht werden dürfen; Menschen mit Behinderung, mit Gebrechlichkeit, in hohem Alter dürfen somit nicht allein dieser Merkmale wegen von einer Zuteilung ausgeschlossen werden.

Nach Auffassung der BAGSO geht es in und mit dem Gesetz nicht darum, Menschen mit Behinderung, Gebrechlichkeit und / oder im hohen Alter grundsätzlich zu intensivmedizinischen Maßnahmen zuzulassen, sondern es geht darum, diese Menschen nicht grundsätzlich von einer intensivmedizinischen Behandlung auszuschließen. Das bedeutet, dass Behinderung, Gebrechlichkeit und Alter nicht eo ipso für eine negative Entscheidung herangezogen werden dürfen; vielmehr sind dem Gesetz zufolge Behinderung, Gebrechlichkeit und Alter als komplexe Größen zu verstehen, die bei einer Entscheidung pro vs. contra intensivmedizinische Behandlung operationalisiert werden müssen: Welche Aspekte dieser komplexen Größen sprechen für, welche gegen eine Zuteilung? Gerade in dieser Operationalisierung liegt nach Auffassung der BAGSO auch die Letztverantwortung der Ärztinnen und Ärzte, derer sich die Beschwerdeführer beraubt sehen.

---

<sup>1</sup> Die in dieser Stellungnahme zitierten Stellen beziehen sich auf die Verfassungsbeschwerde 1 BVR 2284/23.

Die BAGSO weist ausdrücklich auf den herausragenden Wert des Schutzes vor Diskriminierung hin. Sie hebt zugleich die Notwendigkeit der Operationalisierung hervor: Es kann fachlich und ethisch nicht verantwortet werden, dass eine Patientin oder ein Patient allein aufgrund ihres oder seines Alters (oder allein aufgrund von Behinderung oder von Gebrechlichkeit) von dem Angebot einer intensivmedizinischen Maßnahme ausgeschlossen wird. Es ist aber fachlich und ethisch verantwortbar, wenn im konkreten Falle die spezifischen Merkmale, die mit dem hohen Alter (oder der Behinderung bzw. der Gebrechlichkeit) einer Patientin oder eines Patienten assoziiert sind, in ihrer Gesamtheit gegen eine intensivmedizinische Maßnahme sprechen.

Dabei weist die BAGSO auf folgende wissenschaftliche Erkenntnisse<sup>2</sup> hin: Ältere Menschen – auch identischen Alters – unterscheiden sich erheblich voneinander in ihrer physiologischen Leistungs-, Reserve- und Restitutionskapazität. Die hier angedeutete interindividuelle Variabilität ist im hohen Alter noch stärker ausgeprägt als in den vorangehenden Lebensaltern. Aus diesem Grunde sind Mittelwert basierte Aussagen mit Blick auf das hohe Alter in ihrem Gewicht erheblich zu relativieren: Hinter diesen Aussagen verbirgt sich jeweils eine stark ausgeprägte interindividuelle Variabilität. Diese ist auch dafür verantwortlich zu machen, dass zum Beispiel Menschen, die im alten (vierten) Alter stehen, möglicherweise eine bessere Prognose aufweisen als Menschen im jüngeren (dritten) Alter. Alleine nach Lebensalter zu entscheiden, ohne den aktuellen Gesundheitszustand zu operationalisieren, stellte somit einen großen Fehler dar. Und vor diesem Fehler (der letztlich auf unzulässiger Generalisierung und damit verbundener Stereotypenbildung beruht) soll nach Auffassung der BAGSO § 5c Abs. 1 IFSG ältere Menschen schützen. Gleiches gilt für Menschen mit Behinderung.

Und auch im Hinblick auf Gebrechlichkeit ist nach Auffassung der BAGSO ausdrücklich zur Vorsicht vor vorschneller Infragestellung eines Behandlungserfolges (im Sinne der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit, von der das Gesetz spricht) zu raten. Auch wenn die von den Beschwerdeführern zitierten Wissenschaftler

---

<sup>2</sup> Siehe dazu: Kruse, Andreas (2021). Vom Leben und Sterben im Alter. Kohlhammer Verlag, Stuttgart; Kruse, Andreas (2017). Lebensphase hohes Alter: Verletzlichkeit und Reife. Springer Verlag, Heidelberg & Berlin; Bauer, Jürgen M. & Denkinger, Michael (2024). Frailty. In: Bauer, Becker, Denkinger & Wirth (Hrsg.), Geriatrie (S. 207-214). Kohlhammer Verlag, Stuttgart; Simm, Andreas, Dallmeier, Dharyana & Wagner, Wolfgang (2024). Biologisches Altern – die Hallmarks of Aging. In: Bauer, Becker, Denkinger & Wirth (Hrsg.), Geriatrie (S. 843-850). Kohlhammer Verlag, Stuttgart; Fried, Linda P. et al (2001). Frailty in older adults: Evidence for a phenotype. The Journals of Gerontology, Series A, Biological Sciences and Medical Sciences, 56 (3), <https://doi.org/10.1093/gerona/56.3.m146>.

Benzinger / Eidam / Bauer (2021) in der Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie (Band 54, S. 285-296) „Frailty“ als einen bedeutenden Einflussfaktor mit Blick auf den weiteren Verlauf der Gesundheit sowie mit Blick auf den Interventionserfolg werten, so warnen sie doch ausdrücklich davor, Frailty als einzigen Indikator für die weitere Behandlungsprognose zu werten. Vielmehr muss Frailty in einen umfassenden Indikatoren-Komplex integriert werden. So ist bei den Autoren zu lesen:

*„Verfahren zum Erkennen von Frailty werden in zahlreichen Fächern außerhalb der Geriatrie bereits eingesetzt und leisten dort einen Beitrag zur Darstellung der individuellen Nutzen-Risiko-Relation. Man ist auf der Suche nach möglichst einfachen Instrumenten, die von nicht-geriatrischem Fachpersonal oder über Selbstauskunft angewendet werden können und die eine statistische Vorhersage über den Behandlungserfolg erlauben. Aktuelles Beispiel ist die Empfehlung der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), im Falle einer Ressourcenknappheit im Kontext der COVID-19-Pandemie Frailty als einen der Faktoren heranzuziehen, um über Ressourcenallokation zu entscheiden. Keinesfalls darf jedoch das Merkmal Frailty als alleiniges Kriterium für die Vorenthaltung einer Behandlung dienen (...).“ (S. 293).*

Neben den pathophysiologischen Besonderheiten des hohen Alters sprechen die Beschwerdeführer auch den Mangel an Behandlungskapazitäten an, der ihrer Meinung in der Beantwortung der Frage, inwieweit das Lebensalter bei Triage-Entscheidungen zu berücksichtigen sei, Beachtung finden müsse. Die Beschwerdeführer legen dar, dass in der deutschen Krankenhauslandschaft eine erhebliche Gegenläufigkeit zwischen Bedarf und Angebot an intensivmedizinischer Therapie besteht (S. 30ff). Sie heben hervor, dass der Bedarf an Intensivbetten und qualifiziertem (intensivmedizinischem) Pflegepersonal stetig und signifikant weiter steigen werde, die tatsächliche Entwicklung in Bezug auf Quantität der Intensivbetten und qualifiziertem Personal jedoch schlicht gegenläufig verlaufe (S. 32). Die intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten hätten sich innerhalb von drei Jahren um 50 Prozent halbiert (ebd.). Aus den von den Beschwerdeführern angeführten Entwicklungen (auch differenziert nach Bundesländern) geht deutlich hervor, wie bedeutsam die Zunahme an intensivmedizinischen Betten und intensivmedizinischem Personal für eine fachlich ausreichende Versorgung – auch im Falle von Pandemien – ist. Die BAGSO hebt an dieser Stelle hervor, dass sie bereits in ihrer an das Bundesministerium für Gesundheit gerichteten Stellungnahme vom 22. Juli 2022 zum Infektionsschutzgesetz auf die

Notwendigkeit des Ausbaus der intensivmedizinischen Versorgung hingewiesen hat, um Versorgungsengpässe – auch und vor allem in Zeiten der Pandemie – zu vermeiden.

Doch sei zugleich hervorgehoben, dass das Dilemma, in welches sich Ärztinnen und Ärzte gestellt sehen, eine altersbezogene Diskriminierung nicht rechtfertigen kann. Die BAGSO möchte in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt lassen, dass sich ihrer Meinung nach in die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer die Gefahr einer „mittelbaren Diskriminierung“ alter Menschen einschleicht (oder dort getroffene Aussagen zumindest im Sinne eines potenziellen Diskriminierungsrisikos gedeutet werden können), wenn es nämlich heißt:

„In diese Prognose ist nicht zuletzt auch die Erwartung einzubeziehen, dass der demografische Wandel<sup>3</sup> inzwischen auf die Zusammensetzung der Patientenklientel im Intensivbereich durchschlägt: Es gibt inzwischen erste empirische Daten, dass die notwendige Beatmungstherapie bei älteren und betagten Intensivpatienten mit einem deutlich höheren Ressourcenverbrauch assoziiert ist.“ (S. 31).

Und an anderer Stelle wird ausgeführt:

„So macht die Gruppe der über 80jährigen Intensivpatienten in den letzten 20 Jahren 30 bis 40 Prozent aller Intensivaufnahmen aus. Dabei werden sie nicht aufgenommen, weil sie alt sind, sondern weil sie an verschiedenen Krankheiten und Problemen leiden. Ihr Alter und das Vorhandensein häufiger geriatrischer Syndrome wie Gebrechlichkeit, kognitiver Verfall, verminderte Aktivität im täglichen Leben und mehrere komorbide Erkrankungen machen diese Gruppe zu einer besonderen Herausforderung, die eine hohe Sterblichkeitsrate aufweist.“ (S. 31).

Die Beschwerdeführer nehmen weiterhin Anstoß an § 5c Abs. 2 S. 4, der eine sogenannte „ex post-Triage“ verbietet:

„Bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten sind von der Zuteilungsentscheidung ausgenommen.“ Die Beschwerdeführer sehen sich mit dem Ausschluss der ex post-Triage „daran gehindert, sich neu hinzukommenden lebensgefährlich Erkrankten und Verletzten mit der Option des sofortigen Einsatzes von Intensivmedizin zuzuwenden, sofern aufgrund einer ‚übertragbaren Krankheit‘ keine intensivmedizinischen Ressourcen mehr frei verfügbar

---

<sup>3</sup> Nach Daten des Statistischen Bundesamtes waren im Jahr 2022 22% der Bevölkerung, 18,7 Millionen Menschen, 65 Jahre oder älter; dieser Anteil wird bis 2030 auf 26% und bis 2050 auf 28% wachsen. Besonders stark wächst der Anteil der Menschen ab 85 Jahren: ihr Anteil hat sich von 1991 (1,2 Millionen) bis 2022 (2,7 Millionen) mehr als verdoppelt. Diese Gruppe wird bis 2055 auf 5,0 bis 6,5 Millionen Menschen wachsen.

sind. Ärztinnen und Ärzte sind jedoch standesrechtlich allen behandlungsbedürftigen Patienten gleichermaßen verpflichtet (...) und nicht lediglich jenen, die zufällig zu einem früheren Zeitpunkt den Ort der Intensivbehandlung erreichen.“ (S. 20).

Auf diese Ausführungen antwortet die BAGSO wie folgt: So sehr das moralische Dilemma anzuerkennen ist, in das sich Medizinerinnen und Mediziner durch die Abweisung einer Patientin oder eines Patienten aufgrund der Belegung des intensivmedizinischen Behandlungsplatzes durch eine Patientin oder einen Patienten mit schlechterer Prognose (im Hinblick auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenschance) gestellt sehen, so sehr ist für die überaus großen sittlich-normativen Probleme zu sensibilisieren, die dadurch entstehen, dass einer älteren Patientin oder einem älteren Patienten ein intensivmedizinischer Behandlungsplatz wieder genommen wird, weil eine jüngere Patientin oder einem jüngeren Patienten mit ähnlichem Versorgungsbedarf auf den intensivmedizinischen Behandlungsplatz angewiesen ist; nicht nur die Patientin oder der Patient wie auch ihre oder seine nächsten An- und Zugehörigen werden hier vor höchste psychologische Anforderungen gestellt, sondern auch Medizinerinnen und Mediziner selbst. Im Kern ist mit diesem moralischen Dilemma die Folge einer nicht in ausreichendem Maße gegebenen Anzahl von intensivmedizinischen Behandlungsplätzen angedeutet; diese Problematik wird – wie zuvor dargelegt – auch von der BAGSO ausdrücklich erkannt und anerkannt.

Die BAGSO hebt hervor, dass in allen Fällen, in denen ein intensivmedizinischer Platz zugewiesen wird, von einer fachlich (mithin rational) ausreichend fundierten Maßnahme mit Blick auf die Verwirklichung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenschance auszugehen ist, die dann nicht in Frage gestellt werden darf, wenn eine Person mit einer (vermeintlich) besseren Prognose (wieder mit Blick auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenschance) einen Behandlungsplatz benötigt. Es geht hier darum, dass eine mit Blick auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenschance einmal als perspektivenreich eingeordnete und aufgenommene Behandlung nicht zu einem späteren Zeitpunkt deswegen eingestellt wird, weil im „Wettbewerb“ zwischen Patientinnen bzw. Patienten jene Patientin oder jener Patient, die bzw. der aktuell den Behandlungsplatz in Anspruch nimmt, „unterliegt“. Hier möchte die BAGSO noch einmal hervorheben, wie wichtig es ist, dass die Entscheidung über die Aufnahme der intensivmedizinischen Behandlung fachlich (rational) begründet erfolgt (frei von unzulässiger Generalisierung oder

Stereotypenbildung). Wurde die Behandlung eingeleitet, dann darf sie höchstens dann aufgehoben werden, wenn sie sich als nicht hilfreich erweist, also das mit ihr verbundene Ziel (Verwirklichung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit) wider Erwarten nicht erreicht werden kann. Keinesfalls aber darf hier der Vergleich mit anderen Patientinnen und Patienten das ausschlaggebende Argument für den Therapieabbruch sein.



### **Kontakt**

BAGSO

Bundesarbeitsgemeinschaft der Seniorenorganisationen e.V.

0228 / 24 99 93 0

[kontakt@bagso.de](mailto:kontakt@bagso.de)



### **Die BAGSO – Stimme der Älteren**

Die BAGSO – Bundesarbeitsgemeinschaft der Seniorenorganisationen vertritt die Interessen der älteren Generationen in Deutschland. Sie setzt sich für ein aktives, selbstbestimmtes und möglichst gesundes Älterwerden in sozialer Sicherheit ein. In der BAGSO sind mehr als 120 Vereine und Verbände der Zivilgesellschaft zusammengeschlossen, die von älteren Menschen getragen werden oder die sich für die Belange Älterer engagieren.