

## Vortrag zu § 5a IfSG – Forschungsstelle 2021-10-28

### **Einleitung**

Um § 5a IfSG verstehen und in seiner wenn auch nur kurzzeitig anhaltenden rechtlichen Bedeutung würdigen zu können, muss man wissen, dass die Ausübung der Heilkunde durch Ärzte und Heilpraktiker eine der heiligen Kühe des ärztlichen Berufsrechts ist.

Man könnte es auch anders formulieren: Das hohe Gut der ärztlichen Heilkundeausübung liegt unter einer schützenden Käseglocke. Diese Käseglocke ist angesichts einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite für ein Jahr lang leicht angehoben worden.

### **Vorab einschätzung**

- § 5a IfSG ist ein schönes Beispiel dafür, wie man gut Gemeintes schlecht machen kann.
- Die Vorschrift ist weiter ein Beispiel dafür, dass die Bewachung der Heilkundeausübung schon längst obsolet ist, zumindest in der Form, wie das § 5a IfSG suggeriert.

### **Normanalyse**

Aber Juristinnen und Juristen sollen nicht mit der Bewertung einer Vorschrift beginnen, ohne sie vorher analysiert zu haben. Also jetzt zum klassischen juristischen Handwerkszeug. Beginnen wir mit der Wortlautinterpretation:

Der **Regelungsanlass** und gleichzeitig die Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift ist in Abs. 1 Satz 1 geregelt: Das Vorhandensein einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite.

Die **Normadressaten** sind in den Ziffern 1 bis 5 der Vorschrift genannt.

Das ist die **Tatbestandsseite** der Vorschrift. Nun zur **Rechtsfolgenseite**:

Den aufgeführten Normadressaten ist die Ausübung heilkundlicher Tätigkeiten gestattet, wenn die in **Abs. 1 Satz 2 genannten Voraussetzungen** erfüllt sind.

In **Abs. 1 Satz 2 Nr. 1** wird das **Qualifikationserfordernis** auf der Seite der Normadressaten angesprochen. Es besteht aus den in der Ausbildung erworbenen Kompetenzen, weiter aus den persönlichen Fähigkeiten, beides soll zur eigenverantwortlichen Durchführung heilkundlicher Maßnahmen ermächtigen. Eigenverantwortlich meint hier, dass es keiner ärztlichen Anordnung bedarf. Ob man hier nicht besser den Begriff der selbständigen Durchführung heilkundlicher Maßnahmen verwenden hätte sollen, will ich jetzt nicht weiter thematisieren. Hier herrscht nach wie vor Begriffsverwirrung.

In **Abs. 1 Satz 2 Nr. 2** geht es um die **Abgrenzung zu einer zwingend notwendigen ärztlichen Behandlung**. Diese Vorschrift ist der Kern des § 5a IfSG. Im **Normalfall**, also ohne epidemische Lage von nationaler Tragweite, würde die Patientin oder der Patient ärztlich behandelt werden müssen, weil es sich um heilkundliche Maßnahmen handelt, die dem Arzt vorbehalten sind. Im Ausnahmefall können das die in Abs. 1 Satz 1 genannten Normadressaten machen, wenn angesichts der Art und Schwere des Gesundheitszustandes der Patientin oder des Patienten eine Intervention des Arztes nicht **zwingend erforderlich** ist. Unter Juristinnen und Juristen wollen wir jetzt nicht an der Definition unbestimmter Rechtsbegriffe herumdoktern. Aber immerhin sollten wir uns die Frage stellen, wer denn diese Interpretation des „zwingend erforderlich“ letztendlich vornehmen muss?

Es sind dies die Strafgerichte, denn **§ 5 Heilpraktikergesetz** besagt: Wer, ohne zur Ausübung des ärztlichen Berufs berechtigt zu sein und ohne eine Erlaubnis nach § 1 zu besitzen, die Heilkunde ausübt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

Zunächst sind aber auf der Handlungsebenen die in Abs. 1 Satz 2 in den Ziffern 1 bis 5 genannten Personen, angesprochen. Wir wollen jetzt nicht darüber spekulieren, ob die Alten- oder Krankenpflegerin in einer solchen Situation sich Gedanken darüber machen kann, ob die Ausübung sonst dem Arzt vorbehaltenen Tätigkeiten hier nicht zwingend erforderlich ist. Wir können nur darauf hoffen, dass ihr die Heim- oder die Pflegedienstleitung gesagt hat, sie solle machen, was sie könne, um dem kranken Menschen zu helfen, auch wenn sie wisse, dass das sonst nur der Arzt darf.

Kehren wir zur Käseglocke zurück. In **Abs. 1 Satz 3 und Satz 4** wird die mit Abs. 1 Satz 1 und 2 leicht angehobene Käseglocke wieder dicht gemacht. Es geht um die **Dokumentations- und Mitteilungspflicht an den behandelnden Arzt**.

Nur der Vollständigkeit halber: **Abs. 2** gibt eine **Ermächtigungsgrundlage für eine Rechtsverordnung** zur Erweiterung des Kreises der Normadressaten.

### **Einordnung der Vorschrift - Normverständnis**

Die Vorschrift ist als **berufsrechtliche Vorschrift** angelegt. Sie versteht sich als Ausnahmenvorschrift zu § 1 Abs. 2 HeilprG, also der Vorschrift, die die selbständige Ausübung von Heilkunde durch Ärzte und Heilpraktiker regelt.

In einer Passage der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/18111, S. 23) heißt es:

*„Die Vorschrift ist eine Ausnahmeregelung für den Fall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite. Vorrangig ist eine ärztliche Veranlassung heilkundlicher Maßnahmen, also die ärztliche Delegation. Dabei sind auch die vielfältigen Kommunikationsmöglichkeiten (z. B. Telemedizin) oder vorhandene Behandlungsstandards (SOP – Standard Operating Procedures) umfangreich zu nutzen, um eine flexible und pragmatische Handhabung der ärztlichen Delegation zu ermöglichen.“*

Diese Präzisierung der Vorrangklausel hätte eigentlich in den Gesetzestext eingefügt werden müssen.

Welche **haftungsrechtlichen Auswirkungen** die Vorschrift möglicherweise haben kann – die Beantwortung dieser Frage überlasse ich den hochspezialisierten Haftungsrechtlern.

## **Normkritik**

Meine Normkritik bezieht sich auf die Verwendung des Heilkundebegriffes mit Blick auf die in Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 genannten Gesundheitsfachberufe. Die Lektüre dieser Vorschrift legt nahe, dass nur Ärzte Heilkunde ausüben dürfen. Das ist angesichts der heilberufsgesetzlichen Entwicklungen nicht mehr richtig. § 1 Abs. 2 HeilprG ermächtigt Ärzte und Heilpraktiker zwar zur selbstständigen Ausübung von Heilkunde *insgesamt*.

Aber in den Ausbildungsgesetzen wird darauf verwiesen, dass etwa die Berufsangehörigen der *Pflegefachberufe* bestimmte Aufgaben der Heilkunde selbstständig ausüben dürfen. Bei diesen Berufen besteht für einen Teil dieser Aufgaben sogar ein *absoluter Vorbehalt der Aufgabenausübung*, auch gegenüber Ärzten (§§ 4, 5 PflBG). Bei den *Notfallsanitätern* ist nach langer Diskussion jetzt in § 2a NotSanG die *eigenverantwortliche Durchführung heilkundlicher Maßnahmen* klargestellt worden (diese Regelung ist allerdings in Kraft ab 4.3.2021, aber die Diskussion um die Vorschrift war auch schon 2020 bekannt).

Die weitere Normkritik bezieht sich darauf, dass auch Personen, die aufgrund der Modellvorhaben nach § 63 Abs. 3c SGB V selbständig ärztliche heilkundliche Tätigkeiten ausüben dürfen, nicht erwähnt werden.

## **Fazit und Ausblick**

Es ist unbestritten, dass § 5a IfSG dazu dienen sollte, den genannten Normadressaten mehr rechtliche Handlungssicherheit zu geben. Von diesem Normzweck findet sich leider nichts in der Gesetzesbegründung. Dort heißt es (BT-Drs. 19/18111, S. 23):

*„Damit sollen Ärztinnen und Ärzte insbesondere von Behandlungen entlastet werden, die ein ärztliches Tätigwerden im Ausnahmefall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nicht zwingend erfordern.“*

Damit wird das implizite, oder besser: explizite Verständnis der Gesundheitsfachberufe als arztentlastende Handlanger der Ärzte deutlich. Der Begriff der Heilhilfsberufe geistert leider immer noch durch manche Kommentare und Handbücher.

Hier kommt die oft beklagte Arztzentrierung des deutschen Gesundheitswesens zum Ausdruck, auch wenn in der Pandemie gerade die Pflegefachkräfte einen wesentlichen Beitrag geleistet haben. Die faktischen Selbstverständlichkeiten der tagtäglichen Arbeitsteilung im Gesundheitswesen sollten sich auch in der Gesetzgebung niederschlagen.