



Busse & Miessen · Postfach 1380 · 53003 Bonn

Bonn, den 24.04.2020
(intern: ra-d48/d210-20)Sekretariat RA Dr. Pflugmacher: Frau Radermacher
Durchwahl 0228/98391-41 · E-Mail: buero.pflugmacher@busse-miessen.de

Unser Zeichen: IP-1243/18-ra

Rechtliche Stellungnahme zur Frage der Verhältnismäßigkeit des hessischen Verbotes ambulanter ärztlicher Operationen

I. Sachverhalt, Rechtslage nach der 5. Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3, § 2 der 5. Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus (5. VO) sind in Hessen ambulante Operationen untersagt, sofern keine „dringende medizinische Notwendigkeit“ besteht. Der Begriff der dringenden medizinischen Notwendigkeit wird in der Definition der §§ 1, 2 der 5. VO als nicht notwendige Behandlung bzw. Operation beschrieben. Die Verordnung gilt nach derzeitiger Rechtslage bis zum 03.05.2020.

In Hessen müssen somit derzeit alle niedergelassenen Ärzte, die ambulante Operationen durchführen, diese Tätigkeit unterlassen, sofern keine medizinische Dringlichkeit vorliegt. Dringlich sind nach der medizinischen Fachterminologie und auch dem allgemeinen Sprachgebrauch nur solche Operationen, die als Notoperation sofort

BONN

Friedensplatz 1
53111 Bonn
Tel. 0228-98 391-0
Fax 0228-630 283Dr. Torsten Arp¹
Stephan Eisenbeis¹
Michael Nimphius²
Dr. Andreas Nadler⁴
Dr. Ingo Pflugmacher^{2, 3, LB}
Michael Schorn¹
Stefanie Frfr. v. Lüdinghausen^{5, 6}
Dr. Christof Kiesgen⁹
Dr. Thorsten A. Quiel^{3, LB}
Dr. Christina Merx^{3, LB}
Dr. Vanessa Palm¹
Dr. Volker Güntzel^{10, 11, LB}
Dr. Jan Patrick Giesler, MBA
Dr. Dirk Webel, LL.M.³
Christian Huhn¹
Dr. Grischa Kehr¹¹
Andreas Frings¹⁰
Lars Kitzmann⁹
Dr. Florian Langenbacher
Dr. Jan Benjamin Daniels^{LB}
Inga Zerbes

BERLIN

Uwe Scholz^{3, 4}
Dr. Ronny Hildebrandt^{3, LB}
Sebastian Menke, LL.M.^{3, 4}
Dr. Stephan Südhoff, Notar
Florian Elsner

LEIPZIG

Walter Oertel¹
Dr. Steffen Hamannzugleich Fachanwalt für
¹Bau- und Architektenrecht
²Verwaltungsrecht
³Medizinrecht
⁴Arbeitsrecht
⁵Familienrecht ⁶Erbrecht
⁹Miet- u. Wohnungseigentumsrecht
¹⁰Handels- und Gesellschaftsrecht
¹¹Gewerblicher Rechtsschutz
^{LB} Lehrbeauftragter

Registergericht AG Essen PR 2768

Commerzbank AG Köln
IBAN: DE98 3704 0044 0230 2503 00
BIC: COBADEFFXXX
USt-IdNr.: DE 122 127 466

durchgeführt werden müssen oder bei denen ein Aufschub nur um wenige Stunden ärztlich vertretbar ist. Unzulässig sind damit in Hessen alle anderen Operationen.

Die nicht-operative Tätigkeit niedergelassener Ärzte wurde durch die Verordnungen zur Bekämpfung des Corona-Virus nicht beschränkt. Andere medizinische Dienstleistungen wie Massagen oder medizinische Fußpflege sind in Hessen weiterhin erlaubt, wenn sie medizinisch notwendig bzw. medizinisch indiziert sind (Auslegungshinweise zur 4. Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus, Stand 21.04.2020), eine Dringlichkeit wird hierbei nicht vorausgesetzt, vielmehr genügt die ärztliche Anordnung bzw. Verordnung.

Auch für Patienten, die eine medizinisch indizierte, aber nicht notfallmäßig oder innerhalb weniger Stunden durchzuführende ambulante Operation benötigen, ist diese zum Erhalt oder zur Wiederherstellung der Gesundheit erforderlich. Mit jeder Verschiebung der Operation manifestiert sich der pathologische Zustand, häufig verschlechtert er sich. Im Unterschied zu nicht indizierten Operationen, wie z.B. Schönheitsoperationen, muss der Patient aus medizinischen Gründen behandelt werden. Jedes Verbot der ambulanten Operationen führt zunächst für die derzeit behandlungsbedürftigen Patienten zu einer Verzögerung der Heilung, später führt es zu einer Verzögerung für die dann erkrankten Personen, da nach der Aufhebung des Verbotes nicht „doppelt so viele“ Operationskapazitäten zur Verfügung stehen.

II. Rechtslage

Das Bundesverfassungsgericht betont in seinen aktuellen Beschlüssen zu Grundrechtseinschränkungen infolge der COVID-19-Pandemie stets, dass die entsprechenden Landesverordnungen befristet erlassen werden und bei jeder weiteren Fortschreibung eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit dahingehend vorzunehmen ist, ob angesichts neuer Erkenntnisse zu Verbreitungswegen des Virus oder zur Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems ein Verbot weiterhin aufrechterhalten werden muss.

So ausdrücklich BVerfG vom 10.04.2020, 1 BvQ 28/20, zum hessischen Verbot der Untersagung von Zusammenkünften in Kirchen.

Das Verbot der Durchführung ambulanter Operationen erweist sich hiernach als nicht mehr verhältnismäßig, sodass es über die derzeitige Befristung auf den 03.05.2020 hinaus nicht zu verlängern ist:

1. Zweck der Kontaktminimierung und Verhinderung der Verbreitung des Virus

Die nicht-operative Behandlung von kranken Menschen ist den niedergelassenen Ärzten erlaubt. In diesem Bereich der konservativen Behandlung finden aufgrund der höheren Anzahl von Behandlungsfällen mehr Arzt-Patienten-Kontakte statt als bei ambulanten Operationen. Die Kontaktverminderung und damit die Verhinderung der Verbreitung des Virus kann somit nicht Motiv oder Rechtfertigung für das Verbot ambulanter Operationen sein, da sonst auch alle medizinisch nicht dringenden konservativen Arzt-Patienten-Kontakte hätten untersagt werden müssen. Dies ist – zu Recht – nicht geschehen.

Gerade Ärzte können aufgrund ihres Wissens um Krankheitserreger und die Notwendigkeit hygienischer Maßnahmen besser als andere Berufsgruppen sicherstellen, dass die empfohlenen und erforderlichen Hygieneschutzmaßnahmen eingehalten werden. Darüber hinaus wird in einer Arztpraxis jeder Patient namentlich erfasst, sodass eine etwaig notwendige Identifikation von Kontaktpersonen sichergestellt ist. Dies ist auch der Unterschied zu Ladenlokalen, die mit einer Verkaufsfläche bis 800 m² geöffnet sind. Unter Berücksichtigung der Einlassbeschränkung von einer Person pro 20 m² können sich in einem Ladenlokal mit 800 m² Fläche bis zu 40 Personen aufhalten. Diese Anzahl wird in ambulanten OP-Zentren oder Arztpraxen praktisch nie erreicht.

Das legitime Ziel der Kontaktminimierung und Verhinderung der Verbreitung rechtfertigt nicht das Verbot ambulanter Operationen.

2. Schutzzweck des Freihaltens von Behandlungsressourcen

Das ebenfalls mit der 5. VO verfügte Behandlungs- und Operationsverbot für Krankenhäuser und sonstige stationäre Einrichtungen rechtfertigt sich mit der Freihaltung von Behandlungsressourcen zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens. Diese Ressourcen sind stationäre Betten und Beatmungsgeräte.

Ambulant operierende niedergelassene Ärzte verfügen nicht über stationäre Betten. Sie verfügen auch in aller Regel nicht über Beatmungsgeräte. Die vorhandenen Geräte sind den zuständigen hessischen Behörden bereits gemeldet worden. Bei einem etwaig zukünftig entstehenden Bedarf (derzeit besteht dieser nicht) kann hierauf zugegriffen werden.

Bis zu einem solchen etwaigen Bedarf erfordert der Schutzzweck der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens aber nicht das Verbot ambulanter Operationen. Derzeit werden keine zusätzlichen Geräte benötigt; stationäre Betten haben ambulanten OP-Zentren und Arztpraxen nicht.

3. Schutzzweck der Minimierung des Verbrauches von Schutzausrüstung

Es könnte schließlich denkbar sein, dass mit dem Verbot ambulanter Operationen der Zweck verfolgt wurde, Schutzausrüstung (Masken und Kittel) nicht zu verbrauchen, um diese bei einem zukünftig evtl. entstehenden Bedarf Krankenhäusern zur Verfügung zu stellen. Inzwischen werden die Bedarfe für Krankenhäuser weitgehend über die zentralisierte Beschaffung durch die Bundesregierung gedeckt. Auch hat die Europäische Union ein Exportverbot verfügt. Das Bundesland Bayern hat ein Gesetz erlassen, welches ihm erlaubt, Unternehmen zur Herstellung solcher Schutzausrüstungen zu verpflichten. Es ist nicht ersichtlich oder auch nur aufgrund von Indizien wahrscheinlich, dass das bei ambulanten Operationen benutzte Schutzmaterial in irgendeinem relevanten Verhältnis zu nicht gedeckten Bedarfen hessischer Krankenhäuser stünde.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass das Bundesland Hessen derzeit keine rechtliche Möglichkeit hätte, auf Schutzmaterial zuzugreifen, welches bei ambulant operierenden niedergelassenen Ärzten vorhanden ist. Im hessischen Landesrecht existiert keine Norm, die eine Beschlagnahme dieser Gegenstände ermöglichen würde. Falls es also Ziel des Verbotes ambulanter Operationen sein sollte, Bestände an Schutzausrüstung zu erhalten, so wäre das gewählte Mittel rechtlich nicht geeignet, da es keinen Zugriff, also keine Beschlagnahme, dieser Güter ermöglicht.

III. Ergebnis

Es kann dahinstehen, ob das Verbot ambulanter Operationen, für die keine dringende medizinische Notwendigkeit besteht, bei Erlass der 5. Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus verhältnismäßig war. Der Ordnungsgeber muss wegen des hiermit verbundenen Eingriffes in die Berufsfreiheit bei jeder Fortschreibung des Verbotes prüfen, ob der schwerwiegende Grundrechtseingriff angesichts neuer Erkenntnisse zum Verbreitungsweg des Virus und einer etwaigen Überlastung des Gesundheitssystems noch verhältnismäßig ist und verantwortet werden kann. Dies ist nicht mehr der Fall. Die Verbote nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 und § 2 der 5. Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus sind deshalb mit Ablauf des 03.05.2020 aufzuheben.

(Dr. Ingo Pflugmacher)
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht