

Droht ein Triage-„Flickenteppich“?



„Triage“ – dieser Begriff stand während der Corona-Pandemie für das worst case-Szenario: Die medizinischen Kapazitäten, insbesondere Beatmungsgeräte, reichen nicht aus, um alle behandlungsbedürftigen Patienten zu versorgen. Wer wird (prioritär) behandelt, wer muss sterben? Menschen mit Behinderung fürchteten Benachteiligung und erhoben Verfassungsbeschwerde, der das *BVerfG* mit Entscheidung vom 16.12.2021 (BVerfGE 160, 79 = NVwZ 2022, 139) stattgab: Der Gesetzgeber habe seine Pflicht zum Schutz von Menschen mit Behinderung für den Fall einer Triage verletzt: Aus Art. 3 III 2 GG ergebe sich ein Auftrag, Menschen wirksam vor einer Benachteiligung wegen Behinderung zu schützen. Dieser Auftrag könne sich zu einer konkreten Handlungspflicht des Gesetzgebers verdichten, die dieser nicht erfüllt habe. Daraufhin fügte der Gesetzgeber § 5c ins Infektionsschutzgesetz ein. Dort war bestimmt, dass im Fall einer pandemiebedingten Knappheitssituation eine Zuteilungsentscheidung nicht benachteiligen darf, zumal nicht aufgrund einer Behinderung. Als allein anzuwendendes positives Zuteilungskriterium war die „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ festgelegt. Die ex-post-Triage, also das nachträgliche Entziehen eines Rettungsmittels zu Gunsten eines anderen (später ankommenden) Patienten, wurde für unzulässig erklärt.

Gegen diese Regelung erhoben Fachärzte aus dem Bereich der Intensivmedizin Verfassungsbeschwerde mit der Begründung, sie seien in ihrer von der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) geschützten Therapiefreiheit verletzt. Auch diese Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg. Das *BVerfG* hat mit Beschluss vom 23.9.2025 (1 BvR 2284/23, BeckRS 2025, 29284) § 5c IfSG allein wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Bundes für nichtig erklärt – ohne materielle Ausführungen zur Triage. Diese Entscheidung kam überraschend, hatte das *BVerfG* doch in der Entscheidung vom 16.12.2021 den Gesetzgeber zur Regelung der Triage verpflichtet, ohne die Gesetzgebungskompetenz dort überhaupt zu thematisieren. Die Pointe ist nun, dass mit der Nichtigkeit des § 5c IfSG auch der Verfassungsauftrag aus der Entscheidung des *BVerfG* vom 16.12.2021 wieder offen ist. Dieser hat sich weder tatsächlich noch rechtlich erledigt. Dass gegenwärtig keine Pandemie herrscht, lässt den Regelungsauftrag nicht entfallen. Denn das *BVerfG* hat diesen allgemein gefasst und nicht auf die Corona-Pandemie beschränkt. Da eine neue Pandemie und die pandemiebedingte Triage durchaus wieder aktuell werden können, besitzt der Regelungsauftrag aus Karlsruhe unverändert Relevanz und rechtliche Verbindlichkeit. Er muss also erfüllt werden. Das *BVerfG* hat ihn in der Entscheidung vom 23.9.2025 auch nicht zurückgenommen oder relativiert. Doch wer muss ihn umsetzen?

Der Bund hat dafür keine Gesetzgebungskompetenz. Das hat das *BVerfG* sehr ausführlich begründet. Die Triage lässt sich auch nicht einfach dem bürgerlichen Recht zuordnen. Denn das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 III 2 GG besteht rechtsverhältnisunabhängig, so dass der Kompetenztitel des bürgerlichen Rechts für ein allgemeines Benachteiligungsverbot, etwa im AGG, nicht ausreicht. Es bleiben also nur zwei Möglichkeiten: Entweder eine Verfassungsänderung, die dem Bund die Kompetenz für die (pandemiebedingte) Triage einräumt, oder die Regelung durch den Landesgesetzgeber – mit der Konsequenz von 16 verschiedenen Triage-Gesetzen. Letzteres mag man sich eher nicht vorstellen.

Professor Dr. Josef Franz Lindner, Augsburg