

# How to Triage-Gesetz?

---

Ein Interview mit Prof. Dr. Steffen Augsberg  
zum Beschluss des Bundesverfassungs-  
gerichts vom 16. Dezember 2021

## Impressum

### Herausgeberin:

Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2022, Berlin

Diese Veröffentlichung der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. dient ausschließlich der Information. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlwerbenden oder -helfenden zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für Bundestags-, Landtags- und Kommunalwahlen sowie für Wahlen zum Europäischen Parlament.

Umschlagfoto: © iStock by Getty Images/EvgeniyShkolenko

Autorenbild: © Deutscher Ethikrat/Foto: Reiner Zensen

Gestaltung und Satz: yellow too Pasiek Horntrich GbR

Hergestellt mit finanzieller Unterstützung der Bundesrepublik Deutschland.



Der Text dieser Publikation ist lizenziert unter den Bedingungen von „Creative Commons Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 international“, CC BY-SA 4.0 (abrufbar unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode.de>).

ISBN 978-3-98574-061-1

## Auf einen Blick

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Beschluss vom 16. Dezember 2021 den Gesetzgeber verpflichtet, Vorkehrungen zum Schutz von Menschen mit Behinderung für den Fall einer pandemiebedingt auftretenden Triage zu treffen. Unter Triage ist die Auswahlentscheidung zu verstehen, die von ärztlicher Seite getroffen werden muss, wenn im Falle erschöpfter Intensivkapazitäten nicht mehr alle Patientinnen und Patienten ausreichend versorgt werden können. Nach den beiden Entscheidungen zur Bundesnotbremse vom November 2021 erschien damit der dritte Beschluss, in dem sich das höchste deutsche Gericht zu Fragestellungen rund um die Corona-Thematik äußerte. Wie ist die Entscheidung des Gerichts zu bewerten? Welche Auswahlkriterien könnten Eingang in das Gesetz finden? Und: Bietet das Gesetz für die Praxis einen tatsächlichen Mehrwert? Im Gespräch mit Prof. Dr. Steffen Augsberg, Inhaber der Professur für Öffentliches Recht an der Justus-Liebig-Universität Gießen und Mitglied des Deutschen Ethikrates, soll diesen und weiteren Fragen auf den Grund gegangen und der Beschluss auf seine konkreten Aussagen hin untersucht werden.

Der Beschluss sei zu begrüßen, soweit er Aufmerksamkeit auf versteckte Diskriminierungen von und Fehlvorstellungen über Menschen mit Behinderung lenke, so Augsberg. Er beinhalte aber Defizite mit Blick auf seine Begründung wie Folgenorientierung, die sich in der mittlerweile vorliegenden „Formulierungshilfe“ zu einem entsprechenden Gesetz fortsetzen. Sorge bereite zudem die fehlende Konsistenz in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.



**Herr Professor Augsberg, ob es ein Triage-Gesetz braucht, wurde unter Expertinnen und Experten lange diskutiert, die Politik übte sich bislang in Zurückhaltung. Bis jetzt stehen nur rechtlich unverbindliche Richtlinien und Empfehlungen von ärztlichen Fachverbänden und vom Ethikrat als Entscheidungsgrundlage zur Verfügung. Nun wurde im Dezember 2021 der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Triage-Thematik veröffentlicht. Was hat das Gericht entschieden und was bedeutet das nun für den Gesetzgeber?**

Das Gericht kritisiert, in der Praxis drohten unzulässige Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen. Es nimmt deshalb den Gesetzgeber in die Pflicht, hierauf bezogene diskriminierungsfreie und -präventive Kriterien zu entwickeln. In inhaltlicher Hinsicht verweist es insoweit allein auf die kurzfristigen Erfolgsaussichten, sieht aber Raum für zusätzliche verfahrensrechtliche Absicherungen. Was damit für die Praxis, die bereits jetzt entsprechend verfährt, genau gewonnen wäre, bleibt indes unklar. Vom Gesetzgeber muss man nunmehr dennoch erwarten, dass er Regelungsvorschläge für diese dilemmatische Situation erarbeitet. Dabei wird es keine alle zufriedenstellende Lösung geben. Schließlich geht es um ein basales Gerechtigkeitsproblem, über das in ähnlicher Form seit den Anfängen der Philosophie nachgedacht und diskutiert wird. Aber trotzdem oder gerade deshalb brauchen beziehungsweise bräuchten wir eine intensive öffentliche Debatte in dem dafür vorgesehenen Forum, dem Parlament. Zuletzt war ja viel von „Sternstunden“ die Rede. Das hier wäre (wieder) ein Anwendungsfall.

**Gesetzgeber muss Regelungsvorschläge erarbeiten**

**Bei einem so fundamentalen Thema wie der Triage, wo es um nicht weniger als um Leben und Tod geht, verwundert es, dass bislang keine gesetzliche Regelung konzipiert wurde. Offiziell kam es in Deutschland zwar noch nicht zur Triage, die Krankenhäuser waren jedoch schon mehrmals an ihren Kapazitätsgrenzen, auch kamen erschreckende Bilder aus dem Ausland. Warum wurde der Gesetzgeber bislang nicht tätig?**

Um das zu beantworten, gibt es zwei Ansätze, von denen der eine vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich geteilt, der andere hingegen nicht angesprochen wird. Zum einen steht außer Zweifel, dass Verfassungs- und Gesetzesrecht der Diskriminierung aufgrund von Behinderungen bereits entgegenwirken. Genau deshalb verwendet das Gericht ja so viel Zeit darauf darzulegen, dass dennoch Probleme drohen. Zum anderen ist es innerhalb der Rechtswissenschaft umstritten, ob der Gesetzgeber überhaupt befugt ist, materiale Kriterien aufzustellen, anhand deren eine im Wortsinne existenzielle Auswahl erfolgen könnte beziehungsweise müsste. Ich gehöre zu denjenigen, die das für einen Verstoß gegen den Grundsatz der Lebenswertindifferenz halten. Andere halten entsprechende Vorgaben sub specie Wesentlichkeitslehre gerade für geboten. Es ist jedenfalls sehr zu bedauern, dass das Gericht sich hierzu nicht verhält. Ihre Frage weist

**Dringlichkeit der Entscheidungen unter und über Triagebedingungen**

zudem völlig zu Recht auf die Dringlichkeit nicht nur der Entscheidungen *unter* Triagebedingungen, sondern auch der Entscheidungen *über* Triagebedingungen hin. Insofern ist es nicht nur erstaunlich, dass das Gericht selbst für den doch eher überschaubaren Beschluss recht lange gebraucht hat. Kaum nachvollziehbar ist es zudem, warum aus dem Bundestag keine Signale kommen, ob beziehungsweise wie und wann dem Regulationauftrag nachgekommen werden soll. Glücklicherweise hat sich die Pandemie unter Omikron so entwickelt, dass derzeit keine Überlastung der Intensivkapazitäten droht. Karlsruhe erwartet allerdings explizit eine „unverzögliche“ Umsetzung seiner Vorgaben durch den Gesetzgeber – also ohne schuldhaftes Zögern. Deshalb ist es eine bedenkliche Missachtung des Gerichts, dass im Parlament beispielsweise nicht erst über die Triage und dann über eine mögliche Impfpflicht – die ja ohnehin erst im Herbst relevant geworden wäre – diskutiert wurde.

**Die Bundesärztekammer hat sich gegen eine gesetzliche Regelung ausgesprochen. Sie betont, dass die Entscheidung ärztlich bleiben müsse. Gesetzliche Vorgaben seien nicht geeignet, diese angemessen zu lenken, denn sie sei im höchsten Maße einzelfallabhängig und zeitlich unaufschiebbar. Wie bewerten Sie diese Aussage?**

Das Argument ist problematisch, soweit es insinuiert, es handele sich um rein medizinisch-naturwissenschaftliche, nicht (auch) normwissenschaftlich zu beantwortende Fragen. Das trifft hier wie in anderen Bereichen, insbesondere der Transplantationsmedizin, nicht zu. Allerdings kann man in diesem konkreten Fall, das hatte ich bereits angesprochen, doch bezweifeln, dass die staatliche Regelungsbefugnis auch konkrete inhaltliche Entscheidungskriterien über Leben- und Sterbenlassen umfasst. Meines Erachtens ist das namentlich in der Suizidhilfeentscheidung des Bundesverfassungsgerichts eindeutig – und zutreffenderweise – abgelehnt worden. Dass das Recht sich hier zurückhalten muss, bedeutet allerdings nicht, dass keinerlei Handlungsanleitung denkbar ist. Auf diese potenzielle Normenpluralität haben wir als Deutscher Ethikrat in unserer Ad-hoc-Empfehlung Ende März 2020 hingewiesen; das halte ich nach wie vor für den richtigen Ansatzpunkt.

**Im Beschluss wird von den Beschwerdeführenden, von den Fachverbänden für Menschen mit Behinderung sowie vom Bundesverfassungsgericht selbst mehrmals auf die Vorurteile und „subjektiven Momente“ eingegangen, die zu einer Diskriminierung bei der ärztlichen Versorgung führen können. Ist dieses Defizit überhaupt gesetzlich zu lösen?**

### Problem der praktischen Rechtsanwendung

In der Tat geht es weniger um ein Problem des geltenden Rechts als der praktischen Rechtsanwendung. Dennoch können natürlich gesetzliche Klarstellungen helfen, eigentlich schon jetzt inakzeptable Praktiken zu verhindern.

Dafür würde es allerdings genügen, die Unzulässigkeit diskriminatorischer Auswahlentscheidungen hervorzuheben. Gleichzeitig wären konkrete empirische Untersuchungen erforderlich, um eine validere Daten-

grundlage für den doch massiven Vorwurf zu erhalten, dass solche Praktiken tatsächlich vorkommen.

**Wie von Ihnen bereits zu Anfang erwähnt, hat das Gericht die klinische Erfolgsaussicht im Sinne des Überlebens der aktuellen Erkrankung ausdrücklich als verfassungsgemäßes Kriterium eingestuft. Bei der konkreten Ausgestaltung des Gesetzes steht dem Gesetzgeber jedoch der gewohnte „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum“ zu. Der Gesetzgeber muss also gar keine materiellen Kriterien aufstellen. Glauben Sie, dass das Kriterium der Erfolgsaussicht Eingang in das Gesetz finden wird?**

Davon ist auszugehen, zumal es wirklich das einzige materiale Kriterium ist, das das Gericht nennt. Allerdings ist die Entscheidung zu Recht dahingehend kritisiert worden, dass damit den Betroffenen letztlich Steine statt Brot gegeben werden. Denn es ist ja durchaus zu erwarten, dass körperliche Beeinträchtigungen und Komorbiditäten sich auf diese Erfolgsaussichten auswirken. Insoweit definiert das Gericht im Grunde eine Art zulässiger Behindertendiskriminierung, unterzieht sich aber nicht der Mühe, diese zu begründen.

### Kriterium der „Erfolgsaussicht“

**Sie sagen also, dass dem Kriterium immer ein Diskriminierungsmoment inhärent ist?**

Ja, das lässt sich kaum anders verstehen, zumal wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auch auf mittelbare Diskriminierungen erstreckt. Aber anstatt hier Farbe zu bekennen, bleibt es bei den farblosen Hinweisen auf mögliche fehlende Sensibilitäten und Probleme der Praxis. Dabei wäre genau hier zu erläutern, ob und gegebenenfalls warum gerade angesichts der erkennbaren Diskriminierungsproblematik eine Orientierung an diesem Kriterium zulässig ist. So obsiegen die Beschwerdeführer zwar formal, müssen aber damit rechnen, im konkreten Bedürfnisfall dann doch zurückgesetzt zu werden. Ein solch offensichtlicher Widerspruch müsste thematisiert und aufgeklärt werden.

**Mit dem Losverfahren könnte eine strikte Gleichbehandlung garantiert werden, weil dabei kein wertender Vergleich menschlichen Lebens stattfindet. Auch wenn die klinischen Erfolgsaussichten identisch sind, könnte das Los entscheiden. Denken Sie, dass das Zufallsprinzip gesetzlich normiert werden wird?**

Nein, das kann ich mir nicht vorstellen. Das wäre weder den Betroffenen noch ihren Angehörigen noch den Ärzten und Pflegekräften zumutbar. Es ist zudem auch höchst theoretisch anzunehmen, dass es mehrfach eine exakt gleiche Erfolgsaussicht geben kann. Einen Losentscheid vorzusehen, setzt stets eine gewisse Pauschalisierung voraus. Das könnte sogar

#### Option Losverfahren?

ausgeschlossen ist es im Übrigen, dass die nachvollziehbare Furcht vor dem Vorwurf, Menschen mit Behinderung zu benachteiligen, zu einer Art positiver Diskriminierung führt. Auch hier ist Vorsicht geboten.

die zuvor erforderliche, komplexe und komplizierte Differenzierung beeinträchtigen. Es wäre indes fatal, wenn vorschnell auf diese scheinbar einfache Methode umgeschwenkt würde. Nicht

**In der dritten Version der Richtlinien der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin e. V. wird eine Berücksichtigung des Impfstatus ausdrücklich abgelehnt. Sogar über eine Impfpflicht wurde intensiv diskutiert. Was meinen Sie: Wäre der Impfstatus ein denkbare Kriterium in einem Triage-Gesetz?**

#### Keine Berücksichtigung des Impfstatus

und insoweit nicht unmittelbar von der Entscheidung umfasst. Aber an ihn bei der Triage anzuknüpfen, bedeutete, dass der Staat ein von ihm missbilligtes Vorverhalten (dessen Kausalität für die Behandlungsbedürftigkeit zudem nur vermutet, nicht bewiesen werden könnte) im Ernstfall mit dem Tode bestraft. Das wäre nicht nur ein System-, sondern ein Zivilisationsbruch.

Das halte ich – unabhängig von der nun auch im Parlament gescheiterten Idee einer Impfpflicht – für ausgeschlossen. Der Impfstatus ist natürlich etwas anderes als eine Behinderung

**In norwegischen Empfehlungen zur Triage heißt es, dass die Nichtpriorisierung von Gesundheitspersonal in besonderem Maße schwer kranke Patientinnen und Patienten betreffen würde, die in hohem Maße von der Unterstützung dieser Personengruppe profitieren würden. Wäre eine solche gesetzliche Regelung in Deutschland denkbar?**

Nein. Das wäre eine Bewertung menschlichen Lebens, die staatlicherseits nicht vorgenommen werden darf. Es stellt auch einen offensichtlichen Widerspruch zum Kriterium der kurzfristigen Erfolgsaussicht dar. Denn damit würde ja der langfristige positive Beitrag dieser professionellen Gruppe zur Entscheidungsgrundlage.

**Halten Sie denn im Ergebnis einen Negativkatalog mit Kriterien, die nicht herangezogen werden dürfen, für vorzuzugswürdig?**

#### Ja zum Negativkatalog

Ja, das würde aus meiner Perspektive helfen, das Problem besser zu erfassen.

**Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Dezember 2021 wird teilweise als ungewöhnlich kurz und knapp begründet beschrieben. Sie haben ihn ja ebenfalls als „überschaubar“ bezeichnet. Hat das Gericht Fragen unbeantwortet gelassen, die einer Stellungnahme bedürft hätten?**

Eindeutig ja: Zentrale verfassungsrechtliche Fragen bleiben unerörtert. Das betrifft insbesondere die bereits angesprochene Problematik verfassungsimmanenter Regelungsgrenzen des Gesetzgebers – dazu gibt es

#### Zentrale verfassungsrechtliche Fragen bleiben unbeantwortet

unbedenklich. Offen bleibt auch, was das konkret bedeutet, etwa welche Zeiträume hier einbezogen werden, welche prädiktiven Präzisionsgrade

mittlerweile eine recht intensive und kontrovers geführte Debatte, an der der Beschluss aber schlicht vorbeigeht. Ähnliches gilt für die grundlegende, aber eben nicht begründete Annahme, die Orientierung an den kurzfristigen Erfolgsaussichten sei verfassungsrechtlich

erwartet werden und wie sich diese spezielle Prognostik von der medizinischen Indikationsstellung unterscheidet. Dem Gesetzgeber wird hier – insoweit bestehen Parallelen zur Suizidhilfeentscheidung – eigentlich etwas Unmögliches abverlangt; gleichzeitig beschränkt sich das Gericht auf Selbstverständlichkeiten, Floskeln und Allgemeinplätze.

### **Lässt sich das Spannungsverhältnis zwischen dem utilitaristischen Ansatz der Medizin, so viele Erkrankte wie möglich zu retten, und dem Gleichbehandlungsgebot des Grundgesetzes denn überhaupt in einen zufriedenstellenden Ausgleich bringen?**

Das ist in der Tat ein schwieriges Verhältnis. Exemplarisch zeigt sich das etwa im Transplantationsrecht, das bei der Organallokation die eigentlich kaum vereinbaren Kriterien der Erfolgsaussicht und der Dringlichkeit miteinander kombiniert. Ersteres dient der Allokationseffizienz, Letzteres dem Schutz der individuellen, verletzlichen Person. Diese hat unter der Geltung des Grundgesetzes Anspruch auf gleichen Schutz, das heißt auf Schutz, der von der Schutzbedürftigkeit her ermittelt und nicht durch andere bewertende Faktoren, etwa dem sozialen Status, der „Wertigkeit“ oder einer angenommenen Restlebensdauer, relativiert werden darf. Dieses Fundamentalprinzip unseres Verfassungsrechts erzeugt Spannungen und verursacht Kosten. Es aufzugeben, darf aber keine Option sein.

### **Was ist Ihr Fazit zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts?**

Der Beschluss ist zu begrüßen, soweit er Aufmerksamkeit auf versteckte Diskriminierungen von und Fehlvorstellungen über Menschen mit Behinderung lenkt. Er setzt im Übrigen aber leider eine Reihe von Entscheidungen fort, die nur noch eingeschränkt nachvollziehbar sind. Das betrifft interne Begründungsdefizite und -widersprüche. Sorgen

#### **Begründungsdefizite, -widersprüche und fehlende Konsistenz**

macht aber namentlich die fehlende Konsistenz. Vergleicht man etwa nur die Entscheidungen zum Klimaschutz, zur Bundesnotbremse und zur Triage, ist kaum noch zu verstehen, warum der Gesetzgeber einerseits

sehr streng, andererseits extrem großzügig behandelt wird; warum mögliche Zukunftsszenarien einmal als feststehend, dann wieder als offen behandelt werden; warum Schutzpflichten einmal als abstrakter, sodann aber als konkreter Handlungsauftrag verstanden werden; warum manche Aspekte ausführlich erörtert werden, die letztlich folgenlos bleiben (etwa das „Recht auf Schule“), andere, unmittelbar entscheidungsrelevante Maßgaben hingegen apodiktisch festgestellt, aber nicht näher begründet werden. Das fällt nicht nur Juristinnen und Juristen, sondern auch der Öffentlichkeit auf. Es wäre schlimm, wenn das hohe Ansehen des höchsten Gerichts zu den Kollateralschäden der Covid-19-Pandemie zu zählen wäre.

### **Zum Schluss werfen wir noch einen Blick auf aktuelle Entwicklungen in der Debatte: Anfang März ist nun ein erster, inoffizieller Entwurf aus dem Bundesgesundheitsministerium aufgetaucht, überschrieben mit „Formulierungshilfe für die Fraktionen der SPD, Bündnis 90/ Die Grünen und der FDP“. Es kommen also langsam die ersten Regungen aus Berlin, nicht jedoch in Form einer „Sternstunde“ des Parlaments. Was sagen Sie zum konkreten Vorgehen und zur „Formulierungshilfe“ generell?**

Bedauerlicherweise wurde hier nicht die Gelegenheit genutzt, das diskursive Potenzial des Parlaments stärker zu nutzen, also seine Fähigkeit, unterschiedliche Positionen und Lösungsvorschläge abzubilden und auf dieser Basis Kompromisse zu finden. Stattdessen wurde ein zumindest

#### **„Formulierungshilfe“ wirft Fragen auf**

bislang höchst intransparentes Verfahren gewählt, das zugleich inhaltlich zahlreiche Fragen offenlässt und neue aufwirft. Zwar halte ich es für richtig, dass auf positive Allokationskriterien verzichtet wird. Aber der Verweis auf die „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“ ist doch sehr pauschal. Und wie erklärt sich die Aufzählung der Diskriminierungskriterien, die einerseits an den Katalog aus Art. 3 Abs. 3 GG anknüpft, diesen andererseits aber erweitert? Das mag beim Alter sachlich naheliegender erscheinen, aber was hat die sexuelle Identität mit Triage zu tun? Auch strukturell ist vieles unklar: Warum die Regelung im Infektionsschutzgesetz? Warum die unerklärte Begrenzung auf „pandemiebedingt“ unzurei-

chende Behandlungskapazitäten? Wieso bleiben die verfahrensrechtlichen Absicherungen so harm-, um nicht zu sagen zahnlos? Wie sollen Verstöße sanktioniert werden? Welche Konsequenzen hätten die neuen Vorschriften für die strafrechtliche Einordnung des Geschehens?

**Der Anwalt der Beschwerdeführenden, Oliver Tolmein, bezeichnete den Entwurf inhaltlich als „Desaster“. Würden Sie sich dem im Ergebnis anschließen?**

Desaster ist hart formuliert, aber die Enttäuschung verstehe ich gut. Zunächst beschränkt sich die „Formulierungshilfe“ in großen Teilen darauf, den Triage-Beschluss zu wiederholen. Dessen Schwächen setzen sich damit in dem Gesetzgebungsvorschlag fort. Soweit letzterer über die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung hinausgeht, bleibt unklar, warum darauf verzichtet wurde, partizipative Elemente einzubauen. Damit wird insbesondere den Menschen mit Behinderung, von denen ja die Verfassungsbeschwerde ausging, einerseits inhaltlich ein für sie erkennbar problematisches Kriterium vorgesetzt. Andererseits bleiben ihre spezielle Perspektive und Expertise bei der Umsetzung außen vor. So wird darauf verzichtet, eine inhaltlich schwierige Vorgabe prozedural-organisatorisch wirksam abzufedern.

## Prof. Dr. Steffen Augsberg



Prof. Dr. Steffen Augsberg war von 2011 bis 2013 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Recht des Gesundheitswesens, an der Universität des Saarlandes. Seit April 2013 bekleidet er die Professur für Öffentliches Recht an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Mitglied des Deutschen Ethikrates ist Steffen Augsberg seit 2016.

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Trier und München erfolgte die Promotion zum Dr. iur. an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (2002), das Rechtsreferendariat am Landgericht Lübeck (2002–2004) und letztlich die Habilitation an der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln (2011).

