

Triage und Behinderung

Inhalt

Das Problem.....	S. 2
Die Entscheidung	S. 3
Sachverhalt und Problematik.....	S. 3
Der Antrag	S. 4
Stellungnahmen	S. 5
Die Entscheidungsgründe	S. 13
Anerkennen der Voraussetzungen	S. 13
Wirkungen des Benachteiligungsverbots	S. 15
Es besteht Handlungspflicht.....	S. 16
Anforderungen an eine Regelung.....	S. 18
Bewertung	S. 19

Das Problem

Anfang der 2020-er Jahre führte die durch das SARS-CoV2-Virus COVID-19-Pandemie zu einer enormen Belastung der intensivmedizinischen Kapazitäten an den deutschen Krankenhäusern. Es wurden Grenzsituationen vorstellbar (und diskutiert), in denen die intensivmedizinischen Kapazitäten ausgeschöpft waren und bei neu ankommenden Patienten mit entsprechendem Behandlungsbedarf entschieden werden musste, wer von ihnen noch einer Behandlung zugeführt werden konnte (ex-ante-Triage) bzw. bei welchem Patienten mit einer geringeren Aussicht auf einen Behandlungserfolg die Therapie zugunsten der Behandlung eines Menschen mit besseren Heilungschancen beendet werden sollte (ex-post-Triage) – es ging also in des Wortes wörtlichster Bedeutung um Entscheidungen über Leben und Tod.

In dieser Situation kamen bei Menschen mit Behinderung und ihren sorgeberechtigten Angehörigen Befürchtungen auf, dass ihnen, kämen sie in eine solche Situation, bereits die Tatsache ihrer Behinderung zum Nachteil gereichen könnte und ihre tatsächliche körperliche Konstitution gar nicht mehr einer näheren Betrachtung unterzogen werden könnte – eine Benachteiligung wegen ihrer Behinderung und damit ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 des Grundgesetzes. Neun dieser Menschen wandten sich mit einer Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht (BVerfG), die sich gegen „das Unterlassen von Maßnahmen, die Beschwerdeführenden vor Benachteiligungen wegen ihrer Behinderung im Rahmen der gesundheitlichen Versorgung im Laufe der Coronavirus-Pandemie wirksam zu schützen“ richtete. Hierzu hat das BVerfG am 16. Dezember 2021 einen Beschluss veröffentlicht¹, den ich im Folgenden darzustellen versuche. Dass dies erst jetzt geschieht ist dem Umstand geschuldet, dass dieser Beschluss im Jahr 2025 erneut Bedeutung erlangt hat: In dem Bemühen, seinen Inhalt entsprechend dem in ihm enthaltenen Auftrag in eine gesetzliche Regelung umzusetzen (s. hierzu ab S. 18), hatte der Deutsche Bundestag im Jahr 2023 den § 5c in das Infektionsschutzgesetz (IfSG) eingefügt; diese Regelung hat das BVerfG mit Beschluss vom 23.09.2025 – 1 BvR 2284/23, 1 BvR 2285/23 –² mit der Begründung für nichtig erklärt, der Deutsche Bundestag sei als Bundesgesetzgeber zum Erlass einer solchen Regelung nicht befugt gewesen.

¹ BVerfG-Beschluss vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20, online auf https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/12/rs20211216_1bvr154120.html

² online auf https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2025/09/rs20250923_1bvr228423.html?nn=68080, von mir gesondert dargestellt in: „Die Triage-Entscheidung des BVerfG“, online auf http://www.politik-fuer-menschen-mit-handicap.de/documents/Zur_Triage-Entscheidung_des_BVerfG.pdf.

Die Entscheidung

Der Erste Senat des BVerfG hat seiner Entscheidung vier Leitsätze vorangestellt, von denen zwei inhaltlicher Art sind. Diese lauten:

- „1. Der Gesetzgeber hat Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verletzt, weil er es unterlassen hat, Vorkehrungen zu treffen, damit niemand wegen einer Behinderung bei der Zuteilung überlebenswichtiger, nicht für alle zur Verfügung stehender intensivmedizinischer Ressourcen benachteiligt wird.“
2. Der Gesetzgeber ist gehalten, unverzüglich geeignete Vorkehrungen zu treffen.“³

Einleitend stellen die Verfassungsrichter zunächst fest, Menschen mit Behinderung seien „in der Coronavirus-Pandemie spezifisch gefährdet“ und begründen diese Auffassung ausführlich anhand zahlreicher Quellen. Die Behindertenbeauftragten des Bundes und der Länder hätten bereits vor dem Ausbruch der Pandemie aufgezeigt, der Zugang zu medizinischer Behandlung müsse diskriminierungsfrei gestaltet sein. Forschungsergebnisse zeigten auf, dass derzeit „für Menschen mit Behinderungen weder ein chancengleicher Zugang zu Leistungen des Gesundheitssystems noch eine diskriminierungsfreie Diagnosestellung und Behandlung gewährleistet sei“.⁴

Sachverhalt und Problematik

Im Folgenden stellen die Richter die Diskussionen rund um die Befürchtungen zu knapp werdender intensivmedizinischer Behandlungsressourcen und die zu deren Verhinderung ergriffenen Maßnahmen dar, um dann lapidar festzustellen: „Gesetzliche Vorgaben für die Entscheidung über die Zuteilung nicht für alle ausreichender intensivmedizinischer Kapazitäten gibt es bislang aber nicht.“⁵ Für dem Fall der Triage gebe es auch in der Praxis „kein international konsentiertes [durch eine Übereinkunft abgesichertes; Erl. d. Verf.] abgesichertes System und ... keine allgemein geltenden oder rechtlich verbindlichen Standards“. Lediglich (im Entscheidungstext näher bezeichnete) „standardisierte Entscheidungshilfen“ fänden Anwendung. Weithin werde in der Praxis auf die von der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) erarbeiteten und mit sieben weiteren medizinischen Fachgesellschaften abgestimmten Empfehlungen zu „Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie“ (hier Stand 17.04.2020)⁶ Bezug genommen. Solche Leitlinien seien nicht mit dem

³ BVerfG Beschluss vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20 –, S. 3 des auf der Homepage des BVerfG zur Verfügung gestellten Entscheidungsabdrucks (PDF-Datei)

⁴ vgl. a.a.O., Randnr. 3 f.

⁵ vgl. a.a.O., Randnr. 5 f.

⁶ online abrufbar auf <https://ethik.geschichte.med.blogs.ruhr-uni-bochum.de/wp-content/uploads/2022/11/200417-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-2.pdf>

medizinischen Standard gleichzusetzen, könnten aber zu dessen Präzisierung dienen. Die DIVI-Empfehlungen behandelten allgemeine Grundsätze, Verfahren und Kriterien für Priorisierungsentscheidungen [Entscheidungen, welche Person vorrangig behandelt bzw. welche Behandlungsoption vorrangig eingesetzt werden soll; Erl. d. Verf.]. Ausgangspunkt sei der individuelle Bedarf der Behandlungsbedürftigen. Wenn die Ressourcen nicht ausreichten müsse unausweichlich entschieden werden, welche kritisch kranken Patienten intensivmedizinisch behandelt werden und welche nicht. Es sollten nicht Menschen oder Menschenleben bewertet werden; Zirl sei vielmehr, möglichst vielen Patienten eine Teilhabe an der Versorgung zu ermöglichen. Entsprechend würden Patienten mit einer nur geringen Überlebenschance nicht intensivmedizinisch behandelt. In der hier einschlägigen 2. Version der Empfehlungen werde ausdrücklich betont, dass wegen des Gleichheitsgebots eine Orientierung der Entscheidung anhand bestimmter Grunderkrankungen oder Behinderungen nicht zulässig sei.⁷

Auch die Bundesärztekammer habe eine Orientierungshilfe herausgegeben. Dieser zufolge handelten Ärztinnen und Ärzte „rechtmäßig, sofern sie sich an ihre Berufsordnung halten und den aktuellen Stand der medizinischen Erkenntnisse beachten“. Es sei einzelfallbezogen zu entscheiden. Zentrale Kriterien seien die Indikation, der Patientenwille und die klinischen Erfolgsaussichten. Der Bezug auf die aktuellen Behandlungssituation müsse gewahrt bleiben. Auch hier werde betont, dass sich die Erfolgsaussicht nicht aus dem Vorliegen einer bestimmten Erkrankung oder Behinderung ergebe. Keine der vorliegenden Empfehlungen und Stellungnahmen sei rechtlich verbindlich.⁸

Der Antrag

in den Randnrn. 12 - 20 werden die Beschwerdeführenden des Verfahrens kurz vorgestellt: Da diese Informationen für den rechtlichen Gehalt der Entscheidung ohne Bedeutung sind, wird auf deren Darstellung verzichtet. Von Belang mag sein, dass sie bis auf eine Person jüngeren Alters und teils auf eine 24-Stunden-Betreuung angewiesen sind. Zudem sind einige ehrenamtlich in der Arbeit für Menschen mit Behinderung tätig.

Mit der Verfassungsbeschwerde rügen die Beschwerdeführenden eine Verletzung des Benachteiligungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG von Art. 20 der Übereinkunft der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderung (UN-Behinderungsrechtskonvention – UN-BRK) durch den Gesetzgeber. Er habe für den Fall einer notwendig werdenden Triage im Verlauf der Coronavirus-Pandemie nichts unternommen, um sie wirksam vor einer Benachteiligung zu schützen. Handele er nicht, drohe darüber hinaus eine

⁷ vgl. BVerfG Beschluss vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20 –, Randnrn. 7 - 9

⁸ vgl. a.a.O., Randnr. 10

Verletzung ihrer Menschenwürde und ihrer Rechte auf Leben und Gesundheit (Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 2 GG). Sofern sie von einer körperlichen Behinderung und/oder intellektuellen Einschränkung betroffen sind machen sie geltend, sie seien aufgrund ihres Assistenz- und Unterstützungsbedarfs in der aktuellen (Pandemie-)Situation besonders gefährdet. „Sie müssten befürchten, im Fall der Knappheit von medizinischen Ressourcen aufgrund ihrer Behinderung schlechtere Behandlungsmöglichkeiten zu haben oder gar von einer lebensrettenden medizinischen Behandlung ausgeschlossen zu werden.“⁹

Der Gesetzgeber müsse die Triage regeln, Ob die vom Bund und den Ländern ergriffenen Maßnahmen zur Verhinderung einer Ressourcenknappheit in der Medizin erfolgreich sein würden, sei ungewiss. Eine Rechtsgrundlage für die Priorisierungsentscheidungen und zum Schutz vor Diskriminierung fehle. Nur auf ein Gesetzgebungsverfahren könnten Betroffene Einfluss nehmen, und nur eine gesetzliche Regelung könne sicherstellen, dass nach überprüfbaren Kriterien entschieden werde, sie nicht benachteiligt würden und sie schlimmstens Rechtsschutz in Anspruch nehmen könnten.¹⁰

Stellungnahmen

Das BVerfG hatte im Vorfeld seiner Entscheidung eine Reihe von Stellungnahmen erbeten.¹¹ Die wichtigsten von ihnen seien hier kurz zusammengefasst:

Die Bundesregierung stellt die seit Pandemiebeginn von ihr ergriffenen Maßnahmen zur Verhinderung einer Überlastung der Gesundheit dar und hält aufgrund dessen die Notwendigkeit einer Triage für „unwahrscheinlich“. Der rechtliche Rahmen verbiete Diskriminierungen wegen einer Behinderung. Die Leitlinien der Fachgesellschaften reichten insoweit aus; Begleiterkrankungen („Komorbiditäten“) spielten nur eine Rolle, wenn sie die Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich reduzierten. Das sei keine Diskriminierung. Die Verfassungsbeschwerde sei unzulässig. Das Grundgesetz gebe nicht vor, in welchem Umfang und mit welchem Inhalt zu seiner Umsetzung Gesetze zu erlassen seien, Sie setze sich auch nicht hinreichend mit den Empfehlungen der DIVI auseinander und zeige nicht auf, inwieweit sie zur Vermeidung einer Benachteiligung wegen einer Behinderung oder zur Wahrung der Menschenwürde der Beschwerdeführenden ein Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich sei. Die Diskriminierungsverbote gälten auch im Fall knapper Ressourcen. Zudem sei die Verfassungsbeschwerde unbegründet. Die zum Schutz vor einer Überlastung der intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten ergriffenen Maßnahmen kämen auch vulnerablen [gesundheitlich stark gefährdeten; Erl. d. Verf.] Gruppen zugute. Zum Schutz des Lebens in einer solchen Mangelsituation reiche das geltende Recht aus. Der Abbruch einer bereits begonne-

⁹ vgl. a.a.O., Randnr. 21 f.

¹⁰ vgl. a.a.O., Randnr. 23

¹¹ vgl. a.a.O., Randnr. 24

nen Behandlung zugunsten anderer Behandlungsbedürftiger (ex post Triage) sei „jedenfalls unzulässig“. Das Grundgesetz sehe lediglich vor, die Regelung grundlegender Fragen in einem förmlichen Gesetz zu regeln; Einzelpersonen könnten „keine bestimmte Regelungsdichte verlangen“. Es sei nicht zu beanstanden, eine intensivmedizinische Behandlung an ihrer Erfolgsaussicht auszurichten. Es gebe keinen Anspruch auf Erhöhung der eigenen Überlebenschancen auf Kosten der Rettung anderer. Eine möglicherweise sich aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergebende Schutzwürdigkeit sei nicht verletzt. Eine Diskriminierung sei bei sachgerechter Anwendung der DIVI-Richtlinien ausgeschlossen. Auch die Menschenwürde sei nicht verletzt: „Die Erfolgsaussicht bewerte keine Menschenleben, sondern die Überlebenswahrscheinlichkeit. Sie stelle den Eigenwert eines Menschenlebens nicht in Frage.“¹²

Die eine Stellungnahme abgebenden *Länder* hielten eine gesetzliche Regelung der Triage teils für nicht erforderlich, sahen aber auch den Vorteil der Rechtssicherheit durch eine solche. Sachsen machte geltend, es gebe für eine große Zahl kritisch Kranker zu wenige Behandlungsmöglichkeiten. Bekannte Vorerkrankungen spielten im Einzelfall „sicher“ eine wichtige Rolle bei der Auswahlentscheidung. Das Kriterium der Erfolgsaussicht stelle aber sicher, dass sich diese am zu erwartenden Behandlungserfolg orientiere. Die Vorgaben der Behindertenrechtskonvention seien „selbstverständlich“ zu berücksichtigen. Berufsrechtlich sei klargestellt, dass die medizinische Indikation bestehen und die Behandlung dem Patientenwillen entsprechen müsse. Eine bundesweite Regelung könne Rechtssicherheit für die Ärzteschaft schaffen. Es werde ausgeführt, „es sei wichtig, dass sich die Legislative [die gesetzgebenden staatlichen Organe, also die Parlamente des Bundes und/oder der Länder; Erl. d. Verf.] mit diesem Thema befasse und eine breite gesellschaftliche Diskussion auch im Hinblick auf alle denkbaren Diskriminierungen stattfinde“.¹³

Die [Bundesärztekammer](#) führt u.a. aus, das ethische Dilemma der Zuteilung (von Behandlungsressourcen) sei „eine große Herausforderung für die Ärzteschaft; sie erwarte daher Rückendeckung von der Politik“. Bei der Entscheidung über die klinische Erfolgsaussicht einer Behandlung könnten sich „subjektive Momente“ ergeben, womit Diskriminierungsrisiken einhergehen könnten. Um Einzelinteressen „zu neutralisieren“ müssten Kriterien und Verfahren interdisziplinär und fachübergreifend nach dem Stand der Wissenschaft erarbeitet werden. Um Sorgen und Befürchtungen besonders gefährdeter („vulnerable“) Personenkreise begegnen zu können, werde deren Einbeziehung bei der Erarbeitung entsprechender Kriterien und Verfahren und die Entscheidungen hierüber diskutiert. Sie spricht sich gegen eine gesetzliche Regelung der Triage aus: Die Entscheidung müsse ärztlich bleiben; gesetz-

¹² vgl. a.a.O., Randnr. 27 - 31

¹³ vgl. a.a.O., Randnr. 32

liche Vorgaben seien nicht geeignet, diese angemessen zu lenken, denn sie sei im höchsten Grade einzelfallabhängig und zeitlich unaufschiebbar.¹⁴

Dagegen vertrat die [DIVI](#) in ihrer Stellungnahme die Auffassung, die Triage solle gesetzlich geregelt werden. Es gehe um die Lebenschancen der Bürgerinnen und Bürger und um bundesweit verlässliche („konsistente“) und gerechte Zuteilungsentscheidungen. Im klinischen Alltag komme es immer wieder zu Kapazitätsengpässen. Dann werde häufig ohne klare Kriterien spontan entschieden. Diese Rechtsunsicherheit sei für die Ärzteschaft unerträglich. Bei Befolgung ihrer diesbezüglichen Empfehlungen sei eine Behinderung oder chronische Erkrankung nicht schon als solche ein Ausschlussgrund für eine Behandlung; wichtig könne sie jedoch werden, wenn durch sie die Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich sinke. „Das sei der Fall, wenn Behandlungsbedürftige nach individueller Prognose die Behandlung auf der Intensivstation trotz aller Bemühungen mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit nicht überleben würden.“¹⁵

Die [Bundesvereinigung der Arbeitsgemeinschaften der Notärzte Deutschlands e.V.](#) (BAND) sieht den „Rettungsdienst als vorgezogene Intensivbehandlung bei kritisch Erkrankten“. In der Frühphase der SARS-CoV-2-Pandemie seien daher „Leitplanken“ bei der Zuteilung von Behandlungsressourcen erstellt worden. Diesen zufolge seien die Kriterien medizinische Bedürftigkeit, erwartbarer medizinischer Nutzen und Kosteneffektivität anzuwenden. Der erwartete medizinische Nutzen ergebe sich dann aus dem Schweregrad der Gesundheitsstörung und den verfügbaren Ressourcen. Behinderungen und chronische Erkrankungen seien hierbei als „spezifisch fehlende physiologische Ressourcen“ anzusehen. Die Erfolgsaussicht sei konkret zu bestimmen und nicht anhand atavistischer [längst überholter; Erl. d. Verf.] Erwartungen. Die Art und Weise der Dokumentation der letztlich getroffenen Zuteilungsentscheidung lasse eine spätere gutachterliche oder juristische Überprüfung nicht zu. Die Triage selbst müsse nicht gesetzlich geregelt werden, wohl aber seien Regelungen zu ihrer Vermeidung notwendig. Benötigt würden auch Vorgaben zur Aus- und Fortbildung des gesamten medizinischen Personals sowie zur nachvollziehbaren Dokumentation. Die Entscheidungskriterien sollten wegen ihrer Vielschichtigkeit in Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften geregelt und anhand wissenschaftlicher Fachgutachten überprüft werden.¹⁶

Das *Forum chronisch kranker und behinderter Menschen im PARITÄTISCHEN Gesamtverband* macht geltend, Fragen der Triage berührten die Fundamente unserer Werteordnung. Das Diskriminierungsverbot müsse eingehalten werden. Menschen mit Beeinträchtigungen und Vorerkrankungen müssten sich darauf verlassen können, die gleiche Chance auf Behandlung zu erhalten wie alle anderen auch. „Die DIVI-Empfehlungen widersprächen jedoch

¹⁴ vgl. a.a.O., Randnr. 34 f.

¹⁵ vgl. a.a.O., Randnr. 36 f.

¹⁶ vgl. a.a.O., Randnr. 38 f.

diametral [völlig in die entgegengesetzte Richtung gehend; Erl. d. Verf.] den Wertentscheidungen des Grundgesetzes hinsichtlich der Menschenwürde und des Lebensrechts der Betroffenen.“ Nach ihnen werde entschieden, „wie das bestmögliche Ergebnis für alle auf Kosten der Einzelnen zu erreichen sei“; dies verletze das Grundrecht auf Gleichheit. Das Parlament stehe „in der Verantwortung, einen Rahmen für den diskriminierungsfreien Zugang zur medizinischen Versorgung auch in Ausnahmesituationen zu garantieren“, An der Diskussion hierüber seien alle betroffenen Personengruppen zu beteiligen, also auch chronisch Erkrankte, Behinderte und Angehörige von Menschen, die sich nicht selbst äußern können. Im Gesundheitswesen müsse eine menschenrechtliche Sichtweise auf Behinderung verankert werden. Der medizinische Blick auf Behinderung sei immer noch stärker auf die Einschränkungen als auf die Teilhabemöglichkeiten ausgerichtet Der Zugang zum Gesundheitswesen entspreche noch immer nicht den Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention. Doch nur wenn Inklusion in der regulären Gesundheitsversorgung Standard sei, werde sie auch im Katastrophenfall berücksichtigt,¹⁷

Der [Sozialverband Deutschland e.V.](#) (SoVD) hält eine gesetzliche Regelung der Triage für zwingend erforderlich; sie schaffe Rechtssicherheit. Empfehlungen medizinischer Fachgesellschaften könnten eine gesetzliche Regelung nicht ersetzen: sie entfalteten keine hinreichende Bindungswirkung. Auch könnten sie ein gleichheitssicherndes Vorgehen nicht gewährleisten. Ressourcen müssten auch in Mangelsituationen diskriminierungsfrei verteilt werden. Eine „Gebrechlichkeitsskala“ werde abgelehnt- Sie setze voraus, Ältere und Menschen mit Behinderungen hätten von vornherein schlechtere Behandlungschancen. Dies bedeute in Triage-Situationen eine erhöhte Gefahr, diskriminiert zu werden. Entscheidungen müssten individuell und konkret anhand der Schwere der Erkrankung und der Erfolgsausichten der Behandlung getroffen werden und dürften nicht schematisch erfolgen. Der Gesetzgeber solle einen Negativkatalog vorgeben [d.h. eine Liste von chronischen Erkrankungen/Behinderungen erstellen, deren Vorliegen keinen Einfluss auf die Zuteilung von Behandlungsressourcen haben darf; Erl. d. Verf.], damit die Entscheidung den Behandelnden überlassen bleiben könne. „Das Verfahren der Zuteilung medizinischer Ressourcen müsse fair, sachlich begründet und transparent sein; Gründe müssten fortlaufend und im Einzelfall überprüfbar dokumentiert werden.“¹⁸

Der [VdK Deutschland](#) betont die Wichtigkeit vorbeugender Maßnahmen im Gesundheitswesen und des Schutzes besonders gefährdeter („vulnerable“) Gruppen von Menschen. Er befürwortet eine gesetzliche Regelung zum Verfahren und zu verbotenen Kriterien bei der Zuteilung medizinischer Ressourcen. Diese Wertentscheidungen müssten wegen der Schwere der Konfliktsituation und ihrer tödlichen Folgen gesamtgesellschaftlich diskutiert

¹⁷ vgl. a.a.O., Randnr. 41 f.

¹⁸ vgl. a.a.O., Randnr. 43 f.

und vom Gesetzgeber demokratisch getroffen und legitimiert [rechtlich begründet; Erl. d. Verf.] werden. Die Zuteilung von Lebenschancen dürfe nicht in die Hände von Fachgesellschaften gegeben werden. Zu regeln seien Kontrollmechanismen und gerichtliche Rechts-schutzmöglichkeiten.¹⁹

In weiteren Stellungnahmen wurde insbesondere die Lebenssituation von Menschen mit Behinderungen beleuchtet. Das [Bochumer Zentrum für Disability Studies](#) (BODYS) hält die DIVI-Empfehlungen für rechtswidrig; sie diskriminierten alte und behinderte Menschen. Für solche Entscheidungen sei eine gesetzliche Grundlage aus verfassungs- und menschenrechtlichen Gründen geboten und auch sinnvoll, um vor Benachteiligungen zu schützen. Aus dem Grundgesetz und der UN-Behindertenrechtskonvention leite sich eine besondere Schutzpflicht von Staaten gegenüber Menschen mit Behinderungen ab. Die beiden genannten Regelwerke verböten „eine unmittelbar oder mittelbar an eine Behinderung anknüpfende Rationalisierung oder Priorisierung [Bevorzugung, Erstellung einer Rangfolge; Erl. d. Verf.] von intensivmedizinischen Leistungen. Obwohl die DIVI-Empfehlungen neutral formuliert seien, wirkten sie sich durch das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht „mehrheitlich typischerweise negativ auf Menschen mit Behinderung oder ältere Menschen aus“. Diese seien durch Begleiterscheinungen häufiger gesundheitlich beeinträchtigt als Menschen ohne Behinderung. Sie hätten häufig einen schlechteren gesundheitlichen Allgemeinzustand und erkrankten häufiger akut. Mittelbar diskriminierend sei auch das Kriterium der noch zu erwartenden Lebenszeit, da chronische Erkrankungen oder Behinderungen mit einer verkürzten Lebenserwartung verbunden sein könnten. Zum Schutz vor Diskriminierungen reiche eine einfache Verbotsregelung nicht aus. Es sei „unter Berücksichtigung der Behindertenrechtskonvention“ sicherzustellen, dass Vorurteile und Stereotype [schematische Zuordnungen; Erl. d. Verf.] keine Rolle spielen und die medizinische Behandlung nicht wegen Behinderungen oder funktionaler gesundheitlicher Beeinträchtigung verweigert werde. „Kurzfristige Überlebenserwartungen und die Aussichtslosigkeit einer Behandlung dürften nur dann eine Rolle spielen, wenn für Menschen mit Behinderungen oder chronischen Erkrankungen angemessene Vorkehrungen für eine individuelle objektiv evidenzbasierte [auf gesicherten Erkenntnissen aufbauende; Erl. d. Verf.] Einschätzung vorgesehen seien.“ Auch wird eine „barrierefreie und effektive Kommunikation“ gefordert, „um den Patientenwillen möglichst auch in der intensivmedizinischen Notsituation feststellen zu können.²⁰

Vom [Netzwerk Artikel 3](#) wird die Verfassungsbeschwerde unterstützt. Der Gesetzgeber dürfe zu einer so fundamentalen Frage von Leben und Tod nicht schweigen. Be-

¹⁹ vgl. a.a.O., Randnr. 45

²⁰ vgl. a.a.O., Randnrn. 46 - 49

hinderte Menschen aus Selbstvertretungsorganisationen müssten [in die Erarbeitung einer gesetzlichen Regelung; Einfügung durch den Verfasser] einbezogen werden. Der erklärte oder mutmaßliche Wille der Behandlungsbedürftigen müsse Vorrang erhalten; evtl. seien für dessen Ermittlung Angehörige einzubeziehen. Für die Triage wird ein „diskriminierungsfreies, nachvollziehbares und konsistentes [= verlässliches] Verfahren“ eingefordert. Die derzeit entscheidende klinische Erfolgsaussicht sei nicht objektivierbar [nicht ohne den Ausschluss persönlicher oder sachfremder Erwägungen zu ermitteln; Erl. d. Verf.] . Skalen und Scores bezügen sich auf durchschnittliche Menschen. Daher müsse den Grundsätzen einer individualisierten Medizin gefolgt werden. Das Krankenhauspersonal habe keine ausreichenden Kenntnisse über Schwerbehinderungen. Fehlendes Einfühlungsvermögen führe zu Vorurteilen und Fehlern in der Behandlung. Es komme zu Fehlprognosen zulasten behinderter Menschen, und es wirkten unbewusste Denkmuster. So würden auch neutrale Empfehlungen „zum Einfallstor für mittelbare Diskriminierung“. Personen ohne Behinderung würden häufig als Norm zugrunde gelegt, ohne dass dies hinterfragt werde. Damit sei zu befürchten, dass Menschen mit Behinderung allein wegen dieser Eigenschaft unter dem Druck einer schnellen Entscheidungsfindung rasch „aussortiert“ würden.²¹

Der [Bundesverband Caritas Behindertenhilfe und Psychiatrie e.V.](#) (CBP) schildert in der Pandemie sich weiter vergrößernde strukturelle Schwierigkeiten in der gesundheitlichen Versorgung behinderter Menschen. Personal sei im Umgang mit Menschen mit Behinderung oft nicht hinreichend geschult. Insbesondere Menschen mit geistiger Behinderung, psychischen Erkrankungen, schweren Mehrfachbehinderungen oder Sinnesbehinderungen hätten insgesamt einen schlechteren Zugang zu Gesundheitsleistungen und -informationen. Vielfach festzustellende Vorurteile und Stigmatisierungen [hier am ehesten: unberechtigte Zuweisung von Eigenschaften; Erl. d. Verf.] könnten zu einer diskriminierenden Behandlung führen. Der Verband berichtet über Hinweise von Mitgliedsorganisationen aus dem Jahr 2020, dass in Regionen mit „extremen Infektionslagen“ Menschen mit schweren COVID-Infektionen selbst dann nicht in Krankenhäuser aufgenommen worden seien, obwohl sie in ihren (Wohn-) Einrichtungen nicht mehr hinreichend hätten versorgt werden können. Dies zeige beispielhaft, dass eine „Triage vor der Triage“ stattfinde. wenngleich dies nicht sicher mit Daten belegt werden könne. Der Gesetzgeber sei durch die UN-Behindertenrechtskonvention verpflichtet, wirksame gesellschaftliche Teilhabe zu ermöglichen und Barrieren abzubauen. Zwar habe er hierzu im Jahr 2016 den Begriff der Behinderung sozialrechtlich neu definiert. Sein Bemühen um die Umsetzung der Konvention werde jedoch hintertrieben, wenn in der Pandemie-Situation Triage-Entscheidun-

²¹ vgl. a.a.O., Randnr. 50 f.

gen an eine Behinderung oder chronische Erkrankung anknüpften. Es sei auch berichtet worden, Landesärztekammern hätten vereinfachte Patientenverfügungen verteilt, in denen Menschen oder ihre gesetzlichen Betreuer einen Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen hätten festlegen sollen. Nach Kenntnis des Verbandes gebe es „im klinischen Alltag keine allgemeinen oder verbindlichen Standards zum Umgang mit Kapazitätsengpässen, die transparent [nachvollziehbar] zur Verfügung stünden“. Dies erhöhe die Gefahr der Einflussnahme diskriminierender Denkmuster auf die Behandlung. Den DIVI-Empfehlungen fehlten „Verbindlichkeit, Transparenz und Überprüfung“. Die Einbeziehung von Begleiterkrankungen und Gebrechlichkeits-skalen in das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht sei problematisch. Der Zusammenhang sei wissenschaftlich nicht belegt. Es werde vorausgesetzt, „dass ein Leben mit bestimmten Vorerkrankungen oder Behinderungen weniger lebenswert sei“. Erkenntnisse zur erhöhten psychischen und körperlichen Widerstandsfähigkeit („Resilienz und Resistenz“) behinderter Menschen würden nicht hinreichend berücksichtigt.²²

Laut dem [Bundesverband evangelische Behindertenhilfe](#) (BeB) machten behinderte Menschen in der Pandemie zunehmend Benachteiligungserfahrungen. Ursachen für Unzulänglichkeiten in ihrer gesundheitlichen Versorgung seien nach wie vor Vorurteile, mangelnde Erfahrung und eine unzutreffende Sicht auf ihre Lebensqualität. Dem Verband lägen Erfahrungsberichte vor, denen zufolge – seiner Ansicht nach zu Recht – Betroffene befürchteten, „ohne nähere Prüfung ihrer individuellen Situation intensivmedizinisch unberücksichtigt zu bleiben“. Laien könnten annehmen, das in den DIVI-Empfehlungen den Entscheidungen über die Zuteilung von Behandlungskapazitäten zugrunde gelegte Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht erfasse auch den späteren Gesundheitszustand und die spätere Lebensqualität. Dies sei problematisch. Der Aussage, Grunderkrankungen und Behinderungen sollten bei der Triage keine Rolle spielen, stehe die gegenüber. Begleiterkrankungen minderten die Überlebenschancen bei einer Intensivtherapie. „Es bestehe die Gefahr, dass Menschen mit Behinderung automatisch der Gruppe ohne nennenswerte Erfolgsaussicht zugeordnet würden...“. Behinderungen würden häufig fälschlicherweise mit Begleiterkrankungen in Verbindung gebracht, oder es werde pauschal angenommen, behinderte Menschen würden in geringerem Umfang als andere genesen. „Eine gesetzliche Regelung der Triage sei sinnvoll, aufgrund der Schutzwicht für Leben und körperliche Unversehrtheit [aus Art. 2 GG; Anm. d. Verf.] verpflichtend und könne für Rechtssicherheit sorgen.“²³

²² vgl. a.a.O., Randnrn. 53 - 55

²³ vgl. a.a.O., Randnrn. 56 - 58

Die BAG Selbsthilfe (für Menschen mit Behinderungen, chronischen Erkrankungen und ihrer Angehörigen) befürwortet eine gesetzliche Regelung von Zuteilungsentscheidungen in der Medizin. Die rechtliche Festlegung der Gleichwertigkeit aller menschlichen Leben müsse erhalten bleiben. Die Medizin dürfe bei Triage-Entscheidungen nicht allein gelassen werden. Von höchster Wichtigkeit sei eine Regelung der Entscheidungsabläufe.²⁴

Die Interessenvertretung Selbstbestimmt Leben (ISL) merkt an, der Gesetzgeber müsse die Frage des Zugangs zur medizinischen Versorgung auch wegen der Benachteiligungsverbote im Völkerrecht regeln. Der Verzicht auf einen gesetzlichen Rahmen verletze die Schutzwürdigkeit „gegenüber allen und behinderten Menschen“. Eine unter Beteiligung der Betroffenen zu erarbeitende Regelung sei auch aus Gründen der Rechtssicherheit geboten. Mehrere Kriterien in der Intensivmedizin seien derzeit problematisch. Die Erfolgsaussicht sei ein „Einfallstor“ für die diskriminierende Auswahl der Behandlungsbedürftigen: nach den Bewertungsparametern hätten nur fitte Personen eindeutige Erfolgsaussichten. Messdaten schrieben behinderten und alten Menschen automatisch eine negative klinische Erfolgsaussicht zu und diskriminierten damit die Betroffenen. Bei der Gebrechlichkeitsskala sei zu bedenken, dass viele behinderte Menschen auf Assistenzleistungen angewiesen seien. Dies führe häufig zu der Annahme, sie seien gebrechlich. Die Anwendung dieser Skala berge die Gefahr, dass ansonsten gesunden, aber blinden oder anderweitig behinderten Menschen bei einer schweren Lungenentzündung eine schlechte Erfolgsaussicht zugeschrieben werde. Das Kriterium der Begleiterkrankungen im Zusammenwirken mit der Gebrechlichkeitsskala erhöhe für behinderte Menschen die Gefahr nicht behandelt zu werden, weil ihnen oft eine verkürzte Lebenserwartung prognostiziert werde. Dabei spielt die Orientierung an Menschen ohne Behinderung („Ableismus“) eine nicht zu unterschätzende Rolle. Zudem sei es menschenverachtend anzustreben, dass eine möglichst große Anzahl Menschen in einer Pandemie überleben solle [hier bezeichnet als „Maximierungsgebot“; Anm. d. Verf.]; dies führe zu einer statistischen Aufrechnung Menschenleben gegen Menschenleben.²⁵

Das Deutsche Institut für Menschenrechte (DIMR) weist auf die Aufforderung der UN-Generalversammlung an die Mitgliedstaaten hin, die Rechte von Menschen mit Behinderung und älteren Menschen auch in der Pandemie zu schützen. Die deutsche Rechtslage zu medizinischen Entscheidungen bei einer Triage sei „bislang von gravierenden [= schwerwiegenden] Rechtsunsicherheiten geprägt“. Es gebe keine strafrechtliche Beurteilung. Ungeklärt sei auch, ob Ärztinnen und Ärzte an Grund-

²⁴ vgl. a.a.O., Randnr. 59

²⁵ vgl. a.a.O., Randnr. 60 f-

und Menschenrechte gebunden seien. „Die Empfehlungen der DIVI, der Bundesärztekammer und des Ethikrats seien potentiell diskriminierend und dürften daher nicht zur Anwendung kommen.“ Es wirke sich „negativ auf Menschen mit neuronalen [aus dem Nervensystem herrührenden; Erl. d. Verf.] Muskelerkrankungen, Herzerkrankungen und Mehrfachbehinderungen aus, wenn die Erfolgsaussicht einer Behandlung anhand der Kriterien Lebenszeiterwartung, Komorbiditäten [Begleiterkrankungen] und Gebrechlichkeit, und diese noch dazu nach der Gebrechlichkeitsskala, beurteilt werde“. Diese Empfehlungen „reflektierten nicht den grund- und menschenrechtlichen Rahmen. Dort sei der diskriminierungsfreie Lebens- und Gesundheitsschutz festgeschrieben; das gelte auch in Risikosituationen wie einer Pandemie.“ Während die UN-Behindertenrechtskonvention einen Paradigmenwechsel hin zu einer inklusiven Gleichberechtigung fordere, orientiere sich die medizinische Beurteilung immer noch häufig an den vermeintlichen Defiziten behinderter Menschen. In einer Triage müsse das Kriterium der Erfolgsaussicht einer Behandlung eng im Sinne eines Überlebenserfolgs verstanden werden. In einem Negativkatalog müssten Kriterien durch Grundsätze ergänzt werden, die Diskriminierungen verhinderten. Den Gesetzgeber treffe eine Regelungspflicht. „Das Diskriminierungsverbot gehöre zu den Kernbereichen des internationalen Menschenrechtsschutzes.“²⁶

Die Entscheidungsgründe

Anerkennen der Voraussetzungen

Mit ihrem auf einen wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung in Gestalt eines mit ihrer Behinderung begründeten Behandlungsausschlusses im Falle einer Verknappung intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten gerichteten Begehren rügten die Beschwerdeführenden ein „gesetzgeberisches Unterlassen“, stellt der erkennende Senat einleitend fest. Dies könne Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein, was hier wegen des grundgesetzlichen Benachteiligungsverbots wegen einer Behinderung (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) auch in Betracht komme. Der Gesetzgeber könne aufgrund dieser Vorschrift verpflichtet sein, auch eine wegen einer Behinderung drohende Diskriminierung durch Private zu verhindern. Es werde von den Beschwerdeführenden [mit einer Ausnahme: eine Person konnte nicht nachweisen, dass die von ihr geschilderten Beeinträchtigungen ausreichten, um eine Behinderung im Sinne der Grundgesetz-Vorschrift zu begründen²⁷] gut begründet („substantiiert“) dargelegt, dass die Gefahr des mit ihrer Behinderung begründeten Behandlungsausschlusses im Falle knapper intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten nicht nur

²⁶ vgl. a.a.O., Randnr. 62 - 65

²⁷ vgl. a.a.O., Randnr. 81

eine vage Möglichkeit sei. Daher könne eine grundrechtliche Schutzpflicht verletzt sein.²⁸

Das BVerfG könne die Verletzung einer Schutzpflicht nur feststellen, „wenn Schutzworkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben“.²⁹ Das Instrument der Verfassungsbeschwerde stehe „nur denjenigen zu, die selbst, unmittelbar und gegenwärtig von einer möglichen Rechtsverletzung betroffen sind“. Wenn eine Verletzung des Benachteiligungsverbots wegen einer Behinderung durch Unterlassen gerügt werde müsse nachvollziehbar dargelegt werden, „dass und inwiefern für die Beschwerdeführenden selbst und unmittelbar das Risiko besteht, aufgrund einer Behinderung benachteiligt zu werden, und welche Folgen sich daraus für sie ergeben könnten“. Allein die vage Aussicht, irgendwann in der Zukunft hiervon einmal betroffen sein zu können, reiche hierfür nicht aus. Die vorliegende Verfassungsbeschwerde genüge diesen Anforderungen (wird im Folgenden näher ausgeführt).³⁰

Nachdem der Senat die in der Verfassungsbeschwerde geschilderte Sachlage und die sich aus dieser für die Beschwerdeführenden als behinderte bzw. chronisch erkrankte Menschen ergebenden Gefahren als zum Zeitpunkt der Einlegung der Beschwerde realistisch anerkannt hat stellt er gewissermaßen ergänzend fest, dass sich hieran auch zum Zeitpunkt der Verkündung der Entscheidung noch nichts geändert habe. Die in der Verfassungsbeschwerde geschilderten Risiken bestünden „erkennbar“ weiterhin. Damit sei die für die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde notwendige gegenwärtige Betroffenheit gegeben. Weiter genüge es für die Zulässigkeit der Beschwerde der Nachweis der bloßen Möglichkeit, im Laufe der Corona-Pandemie in der dargelegten Weise benachteiligt zu werden; es müsse nicht belegt werden, dass sie bereits benachteiligt worden seien oder dies zwingend drohe.³¹

Der Senat erkennt weiter an, dass die Beschwerdeführenden sowohl wegen ihrer gesundheitlichen Situation als auch wegen ihres Assistenzbedarfs in der Pandemie-Situation besonders stark gefährdet seien. Dies gelte sowohl hinsichtlich einer höheren Ansteckungsgefahr durch den zwangsläufig häufigeren Kontakt mit Menschen als auch wegen der Gefahr schwererer Krankheitsverläufe.³²

²⁸ vgl. a.a.O., Randnr. 67 f.

²⁹ s. a.a.O., Randnr. 71

³⁰ vgl. a.a.O., Randnr. 72 f.

³¹ vgl. a.a.O., Randnr. 79

³² vgl. a.a.O., Randnr. 80

Die Verfassungsbeschwerde wird – soweit sie zulässig ist³³ – auch als begründet anerkannt.³⁴

Wirkungen des Benachteiligungsverbots

Zunächst ergebe sich aus dem grundgesetzlichen Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung ein [an den Staat gerichteter; Erl. d. Verf.] Auftrag, Menschen wirksam vor einer solchen Benachteiligung zu schützen. Nach den vom BVerfG entwickelten Grundsätzen zur Definition des Begriffs „Behinderung“ im Sinne der grundgesetzlichen Vorschrift ergebe sich eine Geltung dieses Schutzes auch für chronisch Kranke, „die entsprechend längerfristig und entsprechend gewichtig beeinträchtigt sind“.³⁵

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG [die konkrete gesetzliche Grundlage des Benachteiligungsverbots wegen Behinderung; Erl. d. Verf.] entfalte eine vierfache Wirkung: er schütze abwehrrechtlich vor staatlicher Benachteiligung, enthalte einen Förderauftrag, sei als objektive Wertentscheidung in allen Rechtsgebieten zu beachten und beinhalte einen Schutzauftrag für den Gesetzgeber, der diesen in bestimmten Fällen zum Handeln verpflichte.³⁶ (Die ersten drei der genannten Wirkungen spielen hier keine bzw. keine entscheidende Rolle; die Ausführungen des Senats zu diesen bleiben daher hier unberücksichtigt.)

Das genannte Grundrecht ziele „darauf, rechtliche und gesellschaftliche Ausgrenzung zu verhindern und zu überwinden“. Insofern ergebe sich aus ihm ein Schutzauftrag. Dieser ließe sich nicht erfüllen, wenn er sich nur auf Konstellationen beschränkte, die unmittelbar vom Staat zu verantworten sind. Dies begründe einen Auftrag an den Gesetzgeber, behinderte Menschen auch vor einer entsprechenden Benachteiligung durch Dritte zu schützen. Dieser Schutzauftrag könne sich unter bestimmten Umständen zu einer Handlungspflicht des Staates verdichten. Zwar seien Private – anders als der Staat – nicht unmittelbar an das grundgesetzliche Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung gebunden. Der (staatliche) Schutzauftrag könne sich aber „in bestimmten Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit zu einer konkreten Schutzpflicht verdichten“. Hierzu gehöre „die gezielte, als Angriff auf die Menschenwürde zu wertende Ausgrenzung von Personen wegen einer Behinderung“. Eine Handlungspflicht könne zudem bestehen, „wenn mit einer Benachteiligung wegen einer Behinderung Gefahren für hochrangige grundrechtlich geschützte

³³ q. Fn 27

³⁴ BVerfG Beschluss vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20 –, Randnr. 86

³⁵ vgl. a.a.O., Randnr. 89 f.

³⁶ vgl. a.a.O., Randnr. 92

Rechtsgüter einhergehen“. „Das ist insbesondere der Fall, wenn der Schutz des Lebens in Rede steht.“ Auch in „Situationen struktureller Ungleichheit“ könne sich eine solche Handlungspflicht ergeben.³⁷

Es besteht Handlungspflicht

Nach einer Darstellung der internationalen Rechtsgrundlagen zur Verhinderung von Diskriminierungen von Behinderung betroffener Menschen³⁸ kommt der Senat zu dem Ergebnis, „angesichts des Risikos der Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Zuteilung knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen“ gebe es eine Verdichtung des staatlichen Schutzauftrags zu einer konkreten Handlungspflicht. „In einer Rechtsordnung, die auf eine gleichberechtigte Teilhabe behinderter Menschen an der Gesellschaft ausgerichtet ist..., kann eine Benachteiligung wegen einer Behinderung nicht hingenommen werden, der die Betroffenen nicht ausweichen können und die unmittelbar zu einer Gefährdung der ... als überragend geschützten Rechtsgüter Gesundheit und Leben ... führt. Die Betroffenen können sich zudem nicht selbst schützen.“ Außerdem gebe es Anzeichen für ein Risiko, bei einer möglicherweise anstehenden Entscheidung über die Zuteilung knapper Behandlungsressourcen – und damit in letzter Konsequenz über Leben und Tod – einer Benachteiligung wegen einer Behinderung ausgesetzt zu sein.³⁹

Die (in dieser Arbeit bereits mehrfach erwähnten) DVI-Empfehlungen beseitigten das Risiko einer Benachteiligung nicht. Sie seien rechtlich nicht verbindlich, sondern die Handlungsempfehlung einer Expertengruppe. Damit seien sie auch nicht gleichbedeutend mit dem medizinischen Standard, sondern „nur ein Indiz für diesen“. In diesen Kriterien wird die Erfolgsaussicht als „Wahrscheinlichkeit, die akute Erkrankung durch Intensivtherapie zu überleben“ definiert. Dies sei, so der erkennende Senat, ein zulässiges Kriterium. Es stelle nicht auf eine Bewertung menschlichen Lebens ab, sondern nur auf die Erfolgsaussichten der wegen der aktuellen Erkrankung angezeigten Intensivtherapie. Anders verhielte es sich, würde auf eine längerfristig erwartbare Lebensdauer abgestellt. In diesem Fall würden Menschen mit Behinderungen regelmäßig nicht oder nur nachrangig behandelt, weil sie tatsächlich oder vermeintlich eine kürzere Lebenserwartung haben. Dies umso mehr, als die stereotype

³⁷ vgl. a.a.O., Randnr. 96 f.

³⁸ Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention – UN-BRK), Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR, Zivilpakt), Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR, Sozialpakt), vgl. a.a.O., Randnrn. 101 - 107

³⁹ vgl. a.a.O., Randnr. 108 – 110; zur Begründung insbesondere der letztgenannten Einschätzung bezieht sich der Senat auf zahlreiche der weiter oben in dieser Arbeit wiedergegebenen Stellungnahmen.

[automatische, formelhafte; Erl. d. Verf.,] Wahrnehmung von Behinderungen zu vorschnellen Schlüssen auf eine kürzere Lebensdauer verleiten könne.⁴⁰

Trotz seiner verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit könne das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht zum Einfallstor für eine Benachteiligung für Menschen mit Behinderungen werden. Es berge ein Risiko, dass in den Empfehlungen andere Erkrankungen im Sinne von Begleiterkrankungen und Gebrechlichkeit als negative Faktoren für die Erfolgsaussichten intensivmedizinischer Behandlungen bezeichnet werden. Es begegne zwar „für sich genommen“ ebenfalls keinen Bedenken, dass diese Kriterien nur dann in die Beurteilung einfließen sollen, „wenn sie ,in ihrer Schwere oder Kombination die Überlebenswahrscheinlichkeit bei einer Intensivtherapie erheblich verringern“. Es bestehe jedoch auch hier das Risiko, dass die Überlebenswahrscheinlichkeit nicht eindeutig auf die aktuelle Krankheit bezogen werde. Dann sei es nicht ausgeschlossen, dass eine Behinderung pauschal mit Begleiterkrankungen in Verbindung gebracht oder reflexartig mit schlechten Genesungsaussichten verbunden werde. Außerdem fehle bei dem Kriterium der „Gebrechlichkeit“ eine Klarstellung zu seiner eingeschränkten Anwendbarkeit, wie es sie zu den Begleiterkrankungen gebe. Zu ihrer Einschätzung werde auf eine Skala verwiesen, die Behinderung nicht berücksichtigt und für andere Zwecke entwickelt und bewertet worden ist. Auch hier gelte, dass ihre Verwendung nicht von vornherein unzulässig sei. Allerdings berge die Beurteilung anhand einer solchen Skala die Gefahr einer Benachteiligung: aus der Tatsache des Assistenzbedarfs behinderter Menschen für alltägliche Verrichtungen könne „vorschnell auf Gebrechlichkeit geschlossen werden“. Damit könnten auch „Vorstellungen von einer schlechteren Lebensqualität behinderter und assistenzbedürftiger Menschen einhergehen, was ebenfalls zu einer Benachteiligung führen kann“.⁴¹

Auch die von der DIVI anlässlich der Vorstellung der zweiten Version dieser Empfehlungen am 23. April 2020 herausgegebene Pressemitteilung deute auf Risiken einer Benachteiligung wegen einer Behinderung hin. U.a. werde dort ausgeführt, neben dem Schweregrad der aktuellen Erkrankung spielten „relevante [= bedeutende] Begleiterkrankungen mit prognostisch [= aller Erwartung nach] eingeschränkter Lebenserwartung eine wesentliche Rolle“. Dies könne zu der Annahme verleiten, für die Zuteilung medizinischer Ressourcen spiele nicht nur das aktuelle Überleben, sondern auch die weitere Lebenserwartung eine wichtige Rolle. In einer weiteren Pressemeldung vom 30. Juli 2020 betone die DIVI zwar nochmals, die Empfehlungen bezögen die Erfolgsaussicht ausschließlich auf die Wahrscheinlichkeit, die aktuelle

⁴⁰ vgl. a.a.O., Randnr. 114 - 117

⁴¹ vgl. a.a.O., Randnr. 118

Erkrankung zu überleben. Allerdings verweise sie in ihrer zu diesem Verfahren abgegebenen Stellungnahme selbst darauf, im Klinikalltag würden derartige Entscheidungen „ohne klare Kriterien vielfach ad hoc [= spontan, ohne zu überlegen]“ getroffen, und beschreibe die damit einhergehende Unsicherheit. Diese sei für die Ärzte „unerträglich“. Auch die Bundesärztekammer habe Diskriminierungsrisiken eingeräumt. „Insofern erscheint nicht hinreichend gewährleistet, dass die Betroffenen in einer solchen Situation wirksam vor einer Benachteiligung wegen ihrer Behinderung geschützt sind.“ – Nach alledem lägen „belastbare Anhaltspunkte“ dafür vor, dass in einer durch eine Verknappung intensivmedizinischer Behandlungsressourcen gekennzeichneten Situation die konkrete Gefahr einer Benachteiligung wegen einer Behinderung bestehe. Betroffene könnten sich in der akuten Situation einer Behandlungsbedürftigkeit nicht selbst wirksam schützen, und sie könnten ihnen auch nicht ausweichen.⁴²

Hiergegen habe der Gesetzgeber bislang keine Vorkehrungen getroffen. Es fehlten hinreichend wirksame Vorgaben zum Diskriminierungsschutz im Gesundheitswesen. Die in der SARS-CoV-2-Pandemie zum Impfschutz und zur Testung behinderter Menschen auf diese Infektion getroffenen Regelungen seien „keine Vorkehrungen für die Verteilungsentscheidung über knappe intensivmedizinische Ressourcen“. Ärztinnen und Ärzte befänden sich im Falle einer Triage bereits ohnehin in einer extremen Entscheidungssituation. In dieser könne es „besonders fordernd“ sein, auch behinderten Menschen die notwendige medizinische Versorgung zukommen zu lassen. Das gelinge nur, „wenn sichergestellt ist, dass allein nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit entschieden wird“. Die geltenden bundes- und landesrechtlichen Regelungen [die im Einzelnen aufgezählt und in ihrer Wirkung bzw. Nichtwirkung kurz beschrieben werden] konnten dies nicht sicherstellen. Auch das ärztliche Berufsrecht vermöchte dies nicht zu gewährleisten.⁴³

Anforderungen an eine Regelung

Im Folgenden skizziert der Senat das mögliche Aussehen der vom Gesetzgeber zu treffenden Regelung.⁴⁴ In Bezug auf das eingangs dieser Darstellung geschilderte „Problem“ ergibt sich hier ein sehr interessantes (und im Zusammenspiel mit der dort genannten neuerlichen Entscheidung des BVerfG zu diesem Komplex befremdendes) Detail: „Sofern dies nach Einschätzung des Gesetzgebers wirksamen Grundrechtsschutz verspricht, kann er sich für ein Mehraugen-Prinzip bei Auswahlent-

⁴² vgl. a.a.O., Randnrn. 119 - 121

⁴³ vgl. a.a.O., Randnrn. 123 - 125

⁴⁴ vgl. a.a.O., Randnrn. 156 -128

scheidungen entscheiden.“⁴⁵ In dieser aktuellen Entscheidung hat nämlich der gleiche Senat festgestellt, dass die zwischenzeitlich vom Gesetzgeber gefundene Regelung unzulässig in die ärztliche Berufsfreiheit eingreift, nach der eine Zuteilungentscheidung von zwei ärztlichen Personen einvernehmlich getroffen werden und im Falle von deren Nichteinigung mithilfe einer dritten ärztlichen Person eine mehrheitlich getroffene Entscheidung herbeizuführen ist.⁴⁶ (Eine Bewertung dieses Umstandes finden Sie in meinem Artikel „Zur Triage-Entscheidung des BVerfG“⁴⁷

Bewertung

Mit dieser Entscheidung hat das BVerfG einen durchaus bemerkenswerten Beitrag zur weiteren Ausgestaltung des grundgesetzlichen Verbots der Benachteiligung wegen einer Behinderung und damit zum Schutz behinderter Menschen vor Diskriminierungen – in diesem speziellen Fall sogar mit möglicherweise tödlichen Folgen – geleistet. Dabei ist es in seiner Argumentation in einem sehr erheblichen Umfang den von den Selbsthilfeverbänden behinderter Menschen und sich um die Verbesserung von deren Lebenssituation bemügenden Organisationen (vgl. ab S. 8) gefolgt, während die von der seinerzeit aus CDU/CSU und SPD gebildeten Bundesregierung vorgelegte Stellungnahme (s. S. 6 f.) in Anbetracht der von dem Gericht vorgelegten Entscheidungsgründe von einer nahezu völligen Verkennung der Sach- und insbesondere der Rechtslage zeugte. Die Entscheidung macht dabei auch eine gewisse Dringlichkeit der Schaffung einer gesetzlichen Regelung von Triage-Situationen deutlich. Zwar hat sich die Situation in der Gesundheitsversorgung in Deutschland seit der Verkündung dieses Beschlusses nach dem Ende des Jahres 2025 nach wie vor festzustellende Ende der SARS-CoV-2-Pandemie normalisiert, so dass derzeit das Eintreten einer solchen Situation als extrem fernliegend erscheint (übrigens ist sie trotz entsprechender – auch in dieser Entscheidung erwähnter Befürchtungen auch während der Pandemie nicht eingetreten). Dennoch hat gerade diese Pandemie deutlich gemacht, dass sich ein solches Geschehen jederzeit wiederholen könnte. Unter diesem Gesichtspunkt muss die zuletzt erwähnte neuerliche Entscheidung des 1. BVerfG-Senats zu diesem Komplex mindestens auf Befremden stoßen.

Düsseldorf, den 15. Dezember 2025

⁴⁵ a.a.O., Randnr. 128

⁴⁶ vgl. BVerfG- Beschluss vom 23.09.2025 – 1 BvR 2284/23, 1 BvR 2285/23 –, Randnr. 83 i.V.m. Randnr. 14

⁴⁷ online auf [www.politik-für-menschen.mit-handicap.de/documents/Zur_Triage-Entscheidung_des_BVerfG.pdf](http://www.politik-fuer-menschen.mit-handicap.de/documents/Zur_Triage-Entscheidung_des_BVerfG.pdf)