

ÖffR Aufsatz

Laurena Fajen*

Die Ex-post-Triage im Lichte des Verfassungsrechts

Die Ex-post-Triage wird spätestens seit der COVID-19-Pandemie kontrovers diskutiert und ist nach dem Infektionsschutzgesetz in seiner derzeitigen Fassung ausgeschlossen. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat die Ex-post-Triage bislang keine Erwähnung gefunden. Der Beitrag befasst sich daher mit der Frage nach der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Ex-post-Triage.

A. Einführung und Problemstellung

Das Beta-Coronavirus SARS-CoV-2, das Anfang 2020 als Auslöser von COVID-19 identifiziert wurde,¹ hat mit seiner rasanten Ausbreitung die ganze Welt vor große Herausforderungen gestellt. Bilder aus Bergamo und New York zeigten schon bald in aller Deutlichkeit die Brisanz von COVID-19: Von überfüllten Intensivstationen, auf denen weder die personellen Ressourcen noch die verfügbaren Betten oder Beatmungsgeräte für alle Behandlungsbedürftigen ausreichten, über nächtliche Militärkonvois für den Abtransport der Verstorbenen bis hin zu Massengräbern.²

Auch in Deutschland kam es ab Februar 2020 zu einer zunehmenden Ausbreitung des Virus.³ Es stand zu befürchten, dass bei einem weiteren, exponentiellen Anstieg der Infektions- und Erkrankungszahlen auch die Kapazitätsgrenzen des deutschen Gesundheitssystems erreicht werden könnten und folglich die nicht ausreichend vorhandenen Behandlungskapazitäten zugeteilt werden müssten (Triage-Situation).⁴ Angesichts dieser Entwicklungen befürchteten Menschen mit Behinderung, einen schlechteren Zugang zu überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungsressourcen zu haben, und erhoben Verfassungsbeschwerden.⁵ Sie wollten einen wirksamen Schutz vor Benachteiligung aufgrund ihrer Behinderung bei der Entscheidung über die Zu-

teilung der Behandlungsressourcen erreichen, die während der COVID-19-Pandemie nicht für alle Behandlungsbedürftigen ausreichen könnten.⁶

Das Bundesverfassungsgericht äußerte sich daraufhin nur zur Ex-ante-Triage und ließ insbesondere die Frage der Verfassungsmäßigkeit der kontrovers diskutierten Ex-post-Triage offen. Der Gesetzgeber hat als Reaktion auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine Änderung des Infektionsschutzgesetzes beschlossen. Im Zuge dessen wurden im Wesentlichen das für Zuteilungsentscheidungen maßgebliche Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit eingefügt und die in einem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit⁷ noch vorgesehene Ex-post-Triage ausgeschlossen. Vor diesem Hintergrund stellt sich – unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus dem ergangenen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – die Frage, ob der kategorische Ausschluss der Ex-post-Triage aus verfassungsrechtlicher Perspektive überzeugen kann.⁸

Im Folgenden wird zunächst eine Begriffsklärung vorgenommen (B.). Da zwar der Zeitpunkt der Entscheidung bei der Ex-post-Triage ein anderer ist (nach Behandlungsbeginn), als bei der Ex-ante-Triage (vor Behandlungsbeginn), die Entscheidung im Ergebnis aber auf der gleichen Grundlage getroffen wird, werden sodann die wesentlichen Aspekte des »Triage-Beschlusses« des Bundesverfassungsgerichts sowie die Kritik an der Entscheidung dargestellt (C.). Es folgt ein Blick auf die Umsetzung des »Triage-Beschlusses« durch den Gesetzgeber (D.), die auch einen Ausgangspunkt der sich anschließenden verfassungsrechtlichen Bewertung der Ex-post-Triage bildet (E). Abschließend wird ein kurzes Fazit gezogen (F.).

B. Begriffsklärung

I. Ex-ante-Triage

Die Zuteilung von unzureichenden, überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungsressourcen zwischen

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag ging aus einer Arbeit im Rahmen eines Forschungskolloquiums im Öffentlichen Recht bei Prof. Dr. *Angela Schwerdtfeger* hervor.

1 BeckOK InfSchR/*Aligbe*, 10.1.2023, § 20c IfSG Rn. 14a.

2 *Heinig/Kingreen/Lepsius* et al., Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise, JZ 2020, 861 (861); *Froese*, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Krise, DÖV 2022, 389 (390).

3 *Kingreen*, Grundlagen des deutschen Infektionsschutzrechts, in: *Huster/Kingreen* (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2. Auflage (2022), S. 3 (19).

4 *Poscher*, Die Abwägung von Leben gegen Leben, Triage und Menschenwürdegarantie, in: *Hörnle/Huster/Poscher* (Hrsg.), Triage in der Pandemie (2021), 41 (41); BVerfG NJW 2022, 380 (382).

5 *Tolmein* im Namen der Beschwerdeführenden, Verfassungsbeschwerde, 27.6.2020, S. 3, pdf-Version S. 2, https://www.menschenundrechte.de/uploads/media/Verfassungsbeschwerde_COVID_19_Triage_Az_1_BvR_1541_20_HP.pdf (zuletzt abgerufen am 27.9.2023).

6 BVerfG NJW 2022, 380 (380).

7 *Bundesministerium für Gesundheit*, Entwurf einer Formulierungshilfe des Bundesministeriums für Gesundheit für die Fraktionen der SPD, Bündnis90/Die Grünen und der FDP zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes, Bearbeitungsstand: 5.5.2022, S. 4.

8 Nach Redaktionsschluss hat der Marburger Bund eine Verfassungsbeschwerde unter anderem bezüglich des Ausschlusses der Ex-post-Triage angekündigt (<https://www.marburger-bund.de/bayern/meldungen/marburger-bund-klagt-gegen-triage-regelung-im-infektionsschutzgesetz>, zuletzt abgerufen am 8.11.2023). Auf die dort angedeutete Argumentation mit der ärztlichen Berufsfreiheit wird in diesem Beitrag daher nicht eingegangen.

Personen, die noch keine Behandlung erhalten haben, diese aber gleichermaßen und zur selben Zeit benötigen, wird als Ex-ante-Triage bezeichnet.⁹ Übersteigt beispielsweise die Anzahl der zeitgleich in einer medizinischen Versorgungseinrichtung eintreffenden Personen, die eine Sauerstoffbehandlung benötigen, die Anzahl der zur Verfügung stehenden Beatmungsgeräte, muss entschieden werden, wer (zuerst) behandelt wird.¹⁰

II. Ex-post-Triage

Hiervon abzugrenzen ist die Situation, in der alle verfügbaren überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungsressourcen bereits zugeteilt worden sind. Eine neu eintreffende Person könnte also nur versorgt werden, wenn hierfür die bereits begonnene Behandlung einer anderen Person mit evident schlechterer Prognose abgebrochen werden würde.¹¹

Folgendes Beispiel¹² vermag die Situation zu verdeutlichen: Person A wird seit einigen Wochen auf der Intensivstation eines Krankenhauses künstlich beatmet. Es tritt keinerlei Verbesserung ihres Zustandes ein, und die Ärzte schätzen ihre Überlebenschance als minimal ein. Person B erleidet einen schweren Schlaganfall und benötigt ebenfalls eine intensivmedizinische Behandlung, mit der ihre Überlebenschance hervorragend wäre. Die Kapazitäten der Intensivstationen sind allerdings bundesweit aufgrund der COVID-19-Pandemie erschöpft. Die Ex-post-Triage würde in dieser Situation die Einbeziehung bereits zugeteilter Behandlungsressourcen in die Zuteilungsentscheidung ermöglichen, sodass die Behandlung der Person A abgebrochen und stattdessen bei Person B aufgenommen werden könnte.

C. Erkenntnisse aus dem »Triage-Beschluss« des Bundesverfassungsgerichts

Bis zum »Triage-Beschluss« des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Dezember 2021 gab es für Zuteilungsentscheidungen bei pandemiebedingt nicht ausreichend verfügbaren überlebenswichtigen intensivmedizinischen Ressourcen keine allgemein geltenden oder rechtlich verbindlichen Standards.¹³ Die bis dahin von medizinischen Fachgesellschaften ausgearbeiteten klinisch-ethischen Empfehlungen für derartige Zuteilungsentscheidungen

stellten lediglich eine Handlungsempfehlung einer Gruppe von Experten im informellen Konsens ohne rechtliche Verbindlichkeit dar.¹⁴

I. Verletzung von Art. 3 III 2 GG

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat aufgrund der Verfassungsbeschwerde von Menschen mit Behinderungen, die Nachteile bei der pandemiebedingten Triage befürchteten, mit seinem »Triage-Beschluss« entschieden, dass der Gesetzgeber Art. 3 III 2 GG verletzt hat.¹⁵ Für den Staat folge aus Art. 3 III 2 GG der Auftrag, Menschen wirksam davor zu schützen, dass sie wegen ihrer Behinderung benachteiligt werden.¹⁶ Aus diesem Schutzauftrag könne in speziellen Konstellationen besonderer Schutzbedürftigkeit eine konkrete Schutzpflicht werden.¹⁷ Dies sei u. a. dann der Fall, wenn mit der Benachteiligung wegen einer Behinderung Gefahren für hochrangige grundrechtlich geschützte Rechtsgüter wie insbesondere für die Gesundheit und das Leben einhergehen würden oder in Situationen struktureller Ungleichheit.¹⁸ Da es bei den Zuteilungsentscheidungen um das Überleben geht, hat das Bundesverfassungsgericht Gefahren für das Leben und damit eine konkrete Schutzpflicht aus Art. 3 III 2 GG festgestellt. Diese habe der Gesetzgeber verletzt, indem er keine wirksamen Vorkehrungen getroffen hat, um zu verhindern, dass Menschen mit einer Behinderung bei der pandemiebedingten Triage benachteiligt werden.¹⁹

Im Rahmen des »Triage-Beschlusses« hat das Bundesverfassungsgericht damit erstmals eine konkrete Schutzpflicht aus Art. 3 III 2 GG hergeleitet.²⁰ Das Bundesverfassungsgericht leitet grundsätzlich aus der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte den Schutzpflichtcharakter her.²¹ Demnach enthält jedes Grundrecht eine Wertentscheidung des Grundgesetzes und der Staat ist verpflichtet, für die Umsetzung dieser Wertentscheidungen zu sorgen.²² Die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene dogmatische Herleitung staatlicher Schutzpflichten aus den Grundrechten ist in der Literatur umstritten.²³ Das Bestehen grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates ist allerdings

⁹ Marckmann/Neitzke/Schildmann et al., Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, Med Klin Intensivmed Notfmed 2020, 477 (478); Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 3. Auflage (2022), S. 206.

¹⁰ Weber (Hrsg.)/Werner, Rechtswörterbuch, 24. Auflage (2022), Stichwort Triage, S. 1639; BVerfG JZ 2022, 145 = JZ 2022, 153 (153) (Hilgendorf).

¹¹ Sonneck, Die Pflicht des Gesetzgebers, die Triage zu regeln, COVuR 2022, 130 (133); Kranz/Ritter, Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen, NVwZ 2022, 133 (136); Merkel/Augsberg, Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, JZ 2020, 704 (710 f.).

¹² Beispiel angelehnt an Hörnle/Hoven/Huster/Weigend, Wer darf weiterleben?, Warum die Ex-post-Triage erlaubt und geregelt werden muss, in: FAZ vom 28.7.2022, 6 (6).

¹³ BVerfG NJW 2022, 380 (381).

¹⁴ BVerfG NJW 2022, 380 (386).

¹⁵ BVerfG NJW 2022, 380 (381).

¹⁶ BVerfG NJW 2022, 380 (383).

¹⁷ BVerfG NJW 2022, 380 (384) unter Verweis auf BVerfGE 142, 313 (338).

¹⁸ BVerfG NJW 2022, 380 (384) unter Verweis auf BVerfGE 49, 89 (142); BVerfGE 88, 203 (252).

¹⁹ BVerfG NJW 2022, 380 (386 f.).

²⁰ Bislang beispielsweise aus Art. 2 II 1 GG in BVerfGE 142, 313 (338).

²¹ Grundlegend dazu BVerfGE 39, 1 (41 f.).

²² Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996), S. 75; Callies, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, 321 (322); vgl. zur Ableitung von Schutzpflichten aus allen Grundrechten auch BVerfGE 117, 202 (227).

²³ Vgl. nur Cremer, Der sog. objektiv-rechtliche Gehalt der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Eine kritische Würdigung eines »Grundbestands des Grundrechtswissens«, in: Erbguth/Müller/Neumann (Hrsg.), Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch, Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur (1999), 59 (61 ff.); einen Überblick über die Kritik in der Literatur gibt Callies (Fn. 22), JZ 2006, 321 (323 ff.).

auch in der Literatur allgemein anerkannt,²⁴ sodass die vorgebrachten Zweifel an der dogmatischen Herleitung hier im Ergebnis keine Relevanz haben. Dass sich in diesem Fall der allgemeine grundrechtliche Schutzauftrag zu einer konkreten Schutzpflicht verdichtet,²⁵ hat das Bundesverfassungsgericht außerdem überzeugend begründet, sodass die Herleitung einer konkreten Schutzpflicht aus Art. 3 III 2 GG keinen Bedenken bezeugt.

II. Die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit

Des Weiteren hat das Bundesverfassungsgericht beschlossen, dass über die Zuteilung pandemiebedingt unzureichender, überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungsressourcen allein nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit entschieden werden soll.²⁶ Es ist also nur auf die Überlebensaussicht bezüglich der aktuellen Erkrankung abzustellen, da bei Abstellen auf eine längerfristig erwartbare Überlebensdauer eine pauschale Benachteiligung von Menschen mit Behinderung drohe.²⁷ Den Grund hierfür sieht das Bundesverfassungsgericht u. a. in der aufgrund der Behinderung tatsächlich oder – aufgrund von vorschnellen Schlüssen bei unbewusster stereotyper Wahrnehmung von Behinderungen – vermeintlich kürzeren Lebenserwartung.²⁸

Problematisch ist vor diesem Hintergrund aber, dass die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit grundsätzlich mittelbar gerade auch die Einbeziehung von Behinderungen ermöglicht: Menschen mit bestimmten Behinderungen haben gerade aufgrund der mit ihrer Behinderungen regelmäßig einhergehenden Erkrankungen auch in der akuten Erkrankungssituation im Vergleich zu Menschen ohne Behinderung eine geringere Überlebenswahrscheinlichkeit.²⁹ So wird also eine mittelbare Diskriminierung geradezu ermöglicht, was dem ersten Leitsatz des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts selbst zuwider läuft, nach dem der Staat vor unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung schützen muss. Da mittelbare Diskriminierungen genauso gegen Art. 3 GG verstoßen wie unmittelbare,³⁰ ist fraglich, ob und inwieweit auf diese Weise die konkrete Schutzpflicht aus Art. 3 III 3 GG erfüllt werden kann. Ob beispielsweise ein an formaler Chancengleichheit orientiertes Zuteilungsverfahren nach dem am Zufallsprinzip »First come, first served«³¹ unter diesem

Aspekt allerdings besser geeignet wäre, soll an dieser Stelle nicht weiter untersucht werden. Es erscheint aber wiederum schon allein bezogen auf unterschiedliche – unter anderem körperliche – Voraussetzungen und den möglichen Einfluss dieser darauf, sich in medizinische Behandlung zu begeben, zweifelhaft.

III. Keine Äußerung zur Ex-post-Triage

Angesichts der kontroversen Diskussionen um die Ex-post-Triage³² und der verbreiteten Abgrenzung³³ von Ex-ante- und Ex-post-Triage verwundert es, dass das Bundesverfassungsgericht sich dazu nicht geäußert hat. Aus der im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vorausgesetzten Definition der Triage³⁴ lässt sich schließen, dass hier nur die Ex-ante-Triage gemeint sein kann.³⁵

D. Die Umsetzung des »Triage-Beschlusses«

I. § 5c IfSG

Als Reaktion auf die an den Gesetzgeber gerichtete Aufforderung, seiner aus der konkreten Schutzpflicht aus Art. 3 III 2 GG folgenden Handlungspflicht nachzukommen und geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Benachteiligungen aufgrund einer Behinderung in pandemiebedingten Triage-Situationen zu verhindern,³⁶ wurde § 5c in das Infektionsschutzgesetz eingefügt.³⁷ § 5c IfSG enthält im Wesentlichen das Zuteilungskriterium sowie Regelungen zum Verfahren für Zuteilungsentscheidungen aufgrund von pandemiebedingt nicht ausreichend verfügbarer überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungsressourcen.

Die Voraussetzung für eine Zuteilungsentscheidung nach § 5c II 1 IfSG ist, dass alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft worden sind. Es müssen insbesondere alle Behandlungskapazitäten im jeweiligen Krankenhaus (§ 5c I 2 Nr. 1 IfSG) und – sofern eine Verlegung der betroffenen Patient:innen gesundheitlich möglich ist – auch regional und überregional ausgeschöpft sein (§ 5c I 2 Nr. 2 IfSG).

Gemäß § 5c II 4 IfSG sind bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten von der Zuteilungsentscheidung ausgeschlossen. Damit ist die

²⁴ Vgl. nur *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 39. Auflage (2023), § 4 Rn. 149 ff.; *Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 (1633 f.).

²⁵ BVerfG NJW 2022, 380 (384).

²⁶ BVerfG NJW 2022, 380 (387).

²⁷ BVerfG NJW 2022, 380 (386).

²⁸ BVerfG NJW 2022, 380 (386).

²⁹ *Bitner*, NZS-Jahresrevue 2021: Verfassungsrecht, NZS 2022, 288 (289); *Walter*, Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür, NJW 2022, 363 (363 f.).

³⁰ *Walter* (Fn. 29), NJW 2022, 363 (363) unter Verweis auf BVerfGE 151, 1 (1).

³¹ *Lübbe*, Orientierung in der Corona-Krise? Nicht mit Doppelbotschaften, MedR 2020, 434 (436); *Gaede/Kubiciel/Salinger* et al., Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, medstra

2020, 129 (133).

³² Gegen die Zulässigkeit der Ex-post-Triage argumentiert u. a. *Muckel*, Staatliche Schutzpflichten für Menschen mit Behinderungen bei der Triage, JA 2022, 259 (260); für die Zulässigkeit der Ex-post-Triage u. a. *Hörnle/Hoven/Huster/Weigend* (Fn. 11), in: FAZ vom 28.7.2022, 6 (6).

³³ Vereinzelt wird vorgeschlagen, die Unterscheidung in Ex-ante-/Ex-post-Triage zu nivellieren, vgl. *DIVI/DGINA/DGAI* et al., Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, Klinisch-ethische Empfehlungen, 14.12.2021, S. 5, <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/viewdocument/6260/211214-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-3-entscheidungen-ueber-die-zuteilung-intensivmedizinischer-ressourcen> (zuletzt abgerufen am 27.9.2023)

³⁴ BVerfG NJW 2022, 380 (381).

³⁵ So auch *Muckel* (Fn. 32), JA 2022, 259 (260).

³⁶ BVerfG NJW 2022, 380 (388).

³⁷ BT-Drs. 20/3877, S. 9.

Ex-post-Triage gesetzlich explizit ausgeschlossen. Dies führt zu folgendem Widerspruch: Die Zuteilungsentscheidung über die unzureichenden Behandlungskapazitäten ist zwar gemäß § 5c II 1 IfSG nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit zu treffen. Wenn allerdings die Personen nacheinander auf der Intensivstation eintreffen – was in der Realität der Regelfall sein dürfte – und die bereits zugewiesenen Behandlungsressourcen von der Zuteilungsentscheidung ausgeschlossen sind, ist de facto vielmehr der Zeitpunkt des Eintreffens auf der Intensivstation maßgeblich.³⁸ Somit würde im Ergebnis das in § 5c II 1 IfSG festgelegte Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit ins Leere laufen und eine Zuteilung unter Beachtung des § 5c II 4 IfSG nach zeitlichen Aspekten (vgl. C. II.; »first come, first served«) erfolgen.

II. Erfüllung der Schutzpflichten aus Art. 3 III 2 GG

Als Zuteilungskriterium hat der Gesetzgeber folglich den Wortlaut des Bundesverfassungsgerichts³⁹ übernommen. Insofern kann hier auf die unter C. III. 1. dargelegten Zweifel an der Diskriminierungsfreiheit der Heranziehung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit verwiesen werden. Es kommt für die Beurteilung, ob und inwieweit der Gesetzgeber mit diesem Kriterium seiner Schutzpflicht aus Art. 3 III 2 GG nachkommt, also darauf an, wie das Kriterium der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit auch unter Berücksichtigung von § 5c II 2, 3 IfSG konkret anzuwenden ist.

Nach § 5c II 2 IfSG dürfen Komorbiditäten im Rahmen der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nur berücksichtigt werden, soweit sie diese erheblich verringern. In § 5c II 3 IfSG wird klargestellt, dass u. a. eine Behinderung nicht berücksichtigt werden darf, wenn sie sich nicht auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit auswirkt. Die Idee, sich vor diesem Hintergrund an dem in § 12 III 1 TPG für die Zuteilung eines Spenderorgans vorgegebenen Kriterium der Erfolgsaussicht zu orientieren,⁴⁰ das so eng zu interpretieren ist, dass darüber nur noch »aussichtslose Fälle«⁴¹ von einer Zuteilung ausgeschlossen werden können, vermag nicht zu überzeugen. Neben aller Kritik an dem Kriterium selbst,⁴² der zweifelhaften Vergleichbarkeit der Problemlagen im Bereich der Transplantationsmedizin und der pandemiebedingten Triage, ist nicht zuletzt fraglich, ob in einem solchen Fall überhaupt weiterhin eine intensivmedizinische Behandlung indiziert⁴³ ist.

³⁸ So auch BeckOK InfSchR/*Eckart*, 10.1.2023, § 5c IfSG Rn. 12.

³⁹ BVerfG NJW 2022, 380 (387).

⁴⁰ *Taupitz*, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, MedR 2020, 440 (443).

⁴¹ *Walter* (Fn. 29), NJW 2022, 363 (365).

⁴² Hierzu vertiefend *Augsberg*, Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen, in: *Hörnle/Huster/Poscher* (Hrsg.), Triage in der Pandemie (2021), 4 (34 ff.).

⁴³ Eine Grundvoraussetzung für die Zuteilungsentscheidung ist aber die Indikation für die intensivmedizinische Behandlung, vgl. BT-Drs. 20/3877, S. 19.

Eine Schutzpflichtverletzung kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber – wie bis vor der Einfügung des § 5c IfSG – keine Schutzvorkehrungen getroffen hat, oder getroffene Maßnahmen evident ungeeignet oder unzulänglich sind, um das Schutzziel zu erreichen bzw. erheblich dahinter zurückbleiben.⁴⁴ Da eine Begrenzung der Gefahr, dass Menschen mit einer Behinderung bei der pandemiebedingten Triage benachteiligt werden, insbesondere mit der Klarstellung in § 5c II 2, 3 IfSG, nicht zu verkennen ist, ist zumindest nicht von einer Verletzung der Schutzpflichten aus Art. 3 III 2 GG und damit insofern von einer Eignung als Grundlage für Triage-Entscheidungen auszugehen.

E. Verfassungsrechtliche Bewertung der Ex-post-Triage

Die Ex-post-Triage findet also in dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts keine Erwähnung, die Äußerungen des Gesetzgebers zum Ausschluss selbiger gehen nicht über einen pauschalen Hinweis auf das die Ex-post-Triage ausschließende Vertrauen auf Weiterbehandlung hinaus,⁴⁵ und die aktuelle Regelung führt zu einem Wertungswiderspruch (vgl. D. I.), der dafür spricht, die Ex-post-Triage zuzulassen. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden die Ex-post-Triage – unabhängig von den gegen das in § 5c II 1 IfSG festgelegte Kriterium in Bezug auf Art. 3 III 2 GG grundsätzlich bestehenden Bedenken – verfassungsrechtlich bewertet werden. Denn für Art. 3 III 2 GG ist die Unterscheidung von Ex-ante- und Ex-post-Triage nicht von Bedeutung: Ob die Gefahr struktureller Benachteiligung droht, hängt weniger vom Zeitpunkt der Entscheidung – also vor oder nach Behandlungsbeginn –, sondern vielmehr von dem Maßstab, der ihr zugrunde gelegt wird, ab.⁴⁶ Die zum Teil gesehene Gefahr, dass Behandlungskapazitäten für potenzielle Patient:innen mit guter Prognose »freigehalten« werden könnten und solche mit schlechter Prognose womöglich nicht behandelt werden würden,⁴⁷ wenn mit dem Ausschluss der Ex-post-Triage eine einmal getroffene Zuteilungsentscheidung nicht reevaluiert werden darf, vermag daran nichts zu ändern. Während im Ex-ante-Szenario anerkannt ist, dass für das medizinische Personal gleichwertige Handlungspflichten zur Rettung von Leben kollidieren,⁴⁸ ist das Freihalten von Behandlungsplätzen nicht mit einer straffreien Kollision von Handlungspflichten zu rechtfertigen.⁴⁹

I. Kollidierende Schutzpflichten aus Art. 2 II 1 GG

Aus Art. 2 II 1 GG ergibt sich eine umfassende Schutzpflicht des Staates, die dem Staat und seinen Organen gebietet, sich schützend und fördernd vor das Leben zu stellen und

⁴⁴ BVerfG NJW 1995, 2339 (2341).

⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 20/3953, S. 2.

⁴⁶ So auch *Hörnle/Hoven/Huster/Weigend* (Fn. 12), FAZ vom 28.7.2022, 6 (6).

⁴⁷ Vgl. *Hörnle/Hoven/Huster/Weigend* (Fn. 12), FAZ vom 28.7.2022, 6 (6).

⁴⁸ *Waßmer*, Die strafrechtlichen Implikationen der Triage, JA 2021, 298 (299).

⁴⁹ *Rönnau/Wegner*, Grundwissen – Strafrecht: Triage, JuS 2020, 403 (406 f.).

es vor allem auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren.⁵⁰ In der Situation der Ex-ante-Triage kollidieren demnach Schutzpflichten aus Art. 2 II 1 GG⁵¹: Es muss zwischen mehreren Behandlungsbedürftigen entschieden werden, wer bei unzureichenden Ressourcen die lebensrettende intensivmedizinische Behandlung erhält.

In der Situation der Ex-post-Triage kollidieren ebenfalls Schutzpflichten,⁵² wenn in Frage steht, ob die überlebenswichtige Behandlung einer Person zugunsten einer anderen Person, die ebenfalls dieser Behandlung bedarf und mit dieser bessere Überlebenschancen hätte, abgebrochen werden darf.

In der Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten gibt es keine »Anspruchserfüllungsbesitzstände«⁵³, die einer anderen Person in Bezug auf ihren eigenen Schutzanspruch anspruchvernichtend entgegengehalten werden könnten. Die bereits in Behandlung befindliche Person hat keinen stärkeren Schutzanspruch als die Person, die später im Krankenhaus eintrifft. Es liegt daher eine »symmetrische Schutzpflichtenkollision«⁵⁴ vor, die dafür spricht, auch bereits zugewiesene Behandlungskapazitäten in Zuteilungsentscheidungen einzubeziehen und somit die Ex-post-Triage zuzulassen.

II. Kein Vertrauensschutz

Wie in Abgrenzung zur Ex-ante-Triage bei der Ex-post-Triage mit dem Umstand umzugehen ist, dass eine Person bereits behandelt wird, ist umstritten. Zum Teil wird angenommen, dass mit der Aufnahme der Behandlung einer Person ein schützenswertes Vertrauen entsteht, das dem Abbruch der Behandlung zugunsten einer anderen Person von vornherein entgegensteht.⁵⁵ Auch im Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes wurde das Vertrauen auf die Fortsetzung einer begonnenen Behandlung als Grund für den Ausschluss der Ex-post-Triage herangezogen.⁵⁶ Dies begegnet allerdings grundlegenden Bedenken. Ein schützenswertes Vertrauen auf die immerwährende Schutzpflichtenerfüllung, ohne das Hinzutreten weiterer Schutzberechtigter zu berücksichtigen, ist schutzpflichtdogmatisch nicht zu

erklären.⁵⁷ Es widerspricht zudem schon dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 20 III GG), eine Grundrechtsposition allein aufgrund eines individuellen oder kollektiven »Systemvertrauens[s]«⁵⁸, welches durch die Möglichkeit einer Behandlungsbeendigung im Rahmen der Ex-post-Triage erschüttert oder zerstört werde,⁵⁹ ohne eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zurücktreten zu lassen.⁶⁰

Auch über ein Vertrauen in eine unter allen Umständen fort-dauernde Behandlung kann also keine Asymmetrie im mehr-poligen Grundrechtsverhältnis begründet werden, die einen kategorischen Ausschluss später eintreffender Personen rechtfertigen könnte.⁶¹

III. Lebenswertindifferenz

Als grundgesetzliches Leitprinzip verbietet die aus dem Recht auf Leben nach Art. 2 II 1 GG in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG hergeleitete Lebenswertindifferenz⁶² eine Bewertung menschlichen Lebens und damit eine pauschale⁶³ Abwägung von Leben gegen Leben.⁶⁴ Jedes menschliche Leben ist danach als solches gleich wertvoll und genießt den gleichen verfassungsrechtlichen Schutz.⁶⁵ Das Verbot der pauschalen Abwägung von Leben gegen Leben darf allerdings nicht insofern missverstanden werden, als dass jegliche Abwägung ausgeschlossen ist. Gemeint ist damit vielmehr, dass das Leben nicht unter einen »Quantifizierungsvorbehalt«⁶⁶ gestellt ist. Ausgeschlossen ist also die bloße zahlenmäßige Abwägung; beispielsweise die Tötung eines oder mehrerer Menschen zur Rettung einer größeren Anzahl an Menschen.⁶⁷

In der Situation der Ex-ante-Triage ist unbestritten, dass die notwendiger- und unausweichlicher Weise zwischen den Behandlungsbedürftigen zu treffende Auswahlentscheidung als solche weder gegen die Garantie der Menschenwürde gemäß Art. 1 I GG noch gegen das Recht auf Leben und Gesundheit aus Art. 2 II 1 GG verstößt.⁶⁸ Es steht außer

50 BVerfG NJW 2006, 751 (757); BVerfGE 39, 1 (42).

51 So auch *Brech*, Triage und Recht, Patientenauswahl beim Massenfall Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin, Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen, in: Sodan (Hrsg.), Schriften zum Gesundheitsrecht, Bd. 11 (2008), S. 249.

52 So auch *Lehner*, »Triage« und Grundrechte – Überlegungen aus der Perspektive von Schutzpflichtendogmatik und Diskriminierungsverboten, DÖV 2021, 252 (261); kritisch, ob die Unterscheidung von Abwehrrecht und Schutzpflicht für die Beurteilung von Ex-ante- und Ex-post-Triage von Bedeutung sein sollte *Poscher* (Fn. 4), 41 (49 f.).

53 *Lehner* (Fn. 52), DÖV 2021, 252 (261).

54 *Lehner* (Fn. 52), DÖV 2021, 252 (261).

55 *Brade/Müller*, Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?, NVwZ 2020, 1792 (1797); *Sternberg-Lieben*, Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, MedR 2020, 627 (636).

56 BT-Drs. 20/3953, S. 2.

57 *Lehner* (Fn. 52), DÖV 2021, 252 (261).

58 *Sowada*, Strafrechtliche Probleme in der Corona-Krise, NStZ 2020, 452 (457 f.).

59 *Sowada* (Fn. 58), NStZ 2020, 452 (458); vgl. auch *Brech* (Fn. 51), S. 303 f.

60 *Lehner* (Fn. 52), DÖV 2021, 252 (261); zur Verhältnismäßigkeitsprüfung bei kollidierenden Grundrechtspositionen im Detail BVerfGE 142, 74 (97).

61 *Lehner* (Fn. 52), DÖV 2021, 252 (261).

62 *Brade/Müller* (Fn. 55), NVwZ 2020, 1792 (1796); BVerfG NJW 2006, 751 (751).

63 BVerfGE 39, 1 (58).

64 *Dederer/Gierhake/Prefß*, Ein Jahr Pandemie – eine Zwischenbilanz aus rechtsphilosophischer und verfassungsrechtlicher Perspektive (Teil 2) CO-VuR 2021, 522 (524) unter Verweis auf BVerfGE 39, 1 (58); BVerfGE 115, 118 (158).

65 BVerfGE 115, 118 (152, 158).

66 *Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 9. Auflage (2021), § 13, S. 223.

67 BVerfGE 39, 1 (58 f.); *Hufen* (Fn. 66), § 13, S. 223 unter Verweis auf BVerfGE 115, 118 (139) zu § 14 III Luftsicherheitsgesetz.

68 *Lindner*, Die »Triage« im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, MedR 2020, 723 (724).

Frage, dass es verfassungsrechtlich weder möglich noch geboten ist, die nicht für alle Behandlungsbedürftigen ausreichenden überlebenswichtigen Behandlungsressourcen niemandem zuzuteilen, um der dilemmatischen Situation durch Nichtentscheidung zu entgehen.⁶⁹ Dagegen wird im Rahmen der Diskussion um die Ex-post-Triage vorgebracht, die Beendigung der Behandlung einer Person zugunsten einer anderen Person, die bei Aufnahme der Behandlung bessere Überlebenschancen hätte, verbiete die Menschenwürde⁷⁰ und/oder stünde in einem Widerspruch zu dem Grundrecht auf Leben und sei daher unzulässig⁷¹. Die nachfolgenden Erwägungen zeigen allerdings auf, dass diese pauschalen Einschätzungen verkürzt sind, bedeutsame verfassungsrechtliche Wertungen verkennen und dass sich daraus vielmehr Argumente für die Ex-post-Triage ergeben.

1. Schutz der Gesundheit der gesamten Bevölkerung

Aus Art. 2 II 1 GG folgt nicht nur eine Schutzpflicht gegenüber dem Leben und der körperlichen Unversehrtheit des Individuums, sondern auch gegenüber dem Leben und der körperlichen Unversehrtheit der Bevölkerung.⁷² Die Gesundheit der Bevölkerung ist zwar nicht primäres Schutzgut des Art. 2 II 1 GG,⁷³ die Schutzpflicht ergibt sich aber sekundär aus der Tatsache, dass die staatlichen Pflichten aus Art. 2 II 1 GG gegenüber allen Grundrechtsberechtigten bestehen.⁷⁴ Das Menschenbild des Grundgesetzes ist zwar stark von der Achtung der individuellen Selbstbestimmung, daneben aber auch von einer Gemeinschaftsbezogen- und gebundenheit geprägt.⁷⁵

Das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Bevölkerung sind gefährdet, wenn das Gesundheitssystem an seine Kapazitätsgrenzen stößt,⁷⁶ und Intensivstationen durch das Verbot der Ex-post-Triage faktisch geschlossen werden. Eine einmal getroffene Zuteilungsentscheidung darf dann nicht reevaluiert werden. Auch vor diesem Hintergrund ist die Selbstverständlichkeit, mit der die Ex-post-Triage letztlich ausgeschlossen wurde,⁷⁷ nicht nachvollziehbar.

2. Keine Absolutheit des Lebensschutzes

Außerdem unterliegt Art. 2 II 1 GG gemäß Art. 2 II 3 GG einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Schon daraus folgt, dass der Schutz des Rechtsguts Leben nicht insofern absolut geboten sein kann, als dass diesem ausnahmslos gegenüber allen

anderen Rechtsgütern Vorrang gebührt.⁷⁸ Vielmehr ermöglicht Art. 2 II 3 GG eine Abwägung des Schutzes des Lebens mit anderen Rechtsgütern, insbesondere dem Lebensrecht anderer und trägt so gerade der Bezeichnung des Lebens als verfassungsrechtlichem »Höchstwert«⁷⁹ Rechnung.⁸⁰

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stellt dabei sicher, dass staatliche Grundrechtseingriffe in instrumenteller Hinsicht geeignet und erforderlich sind und dass das Gewicht der damit einhergehenden Beeinträchtigungen in einem angemessenen, proportionalen Verhältnis zu ihrem Zweck und dem Grad seiner Förderung durch die jeweilige Maßnahme steht.⁸¹

Nicht unberücksichtigt bleiben darf vor diesem Hintergrund auch, dass sich grundrechtliche Kollisionslagen im Verlauf und in verschiedenen Konstellationen anders bzw. verändert darstellen können,⁸² sodass eine einmalige Abwägung zugunsten einer Person nicht als statisch betrachtet werden darf. Nur die Ex-post-Triage würde diesem Umstand Rechnung tragen und eine an die jeweilige Situation ausgerichtete, neuerliche Abwägung und angepasste Entscheidungen ermöglichen.

3. Gleicher Maßstab für die Ex-ante- und Ex-post-Triage

Wenn in der Situation der Ex-ante-Triage – mangels »normativer Irrationalität«⁸³ und damit mangels Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – anerkannt wird, dass die Abwägung bei erkennbar erheblich höheren Chancen auf Rettung der einen Person zugunsten dieser Person ausfällt,⁸⁴ kann für die Beurteilung der Ex-post-Triage kein anderer Maßstab angesetzt werden. Das Leben der später eintreffenden intensivmedizinisch behandlungsbedürftigen Person kann nicht per se weniger schützenswert sein,⁸⁵ als dasjenige der bereits in intensivmedizinischer Behandlung befindlichen Person, sodass die Abwägung der Lebensrechte auch hier bei deutlich überwiegender Chance auf Rettung zugunsten der neu eintreffenden Person ausfallen könnte.⁸⁶

⁶⁹ Lindner (Fn. 68), MedR 2020, 723 (724).

⁷⁰ V. Münch/Kunig/Kunig/Kämmerer, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Auflage (2021), Art. 2 Rn. 99.

⁷¹ Muckel (Fn. 32), JA 2022, 259 (260).

⁷² Brech (Fn. 51), S. 194; Hufen (Fn. 66), § 13, S. 221; vgl. auch BVerfGE 4, 7 (15 f.).

⁷³ Spickhoff (Hrsg.)/Steiner, Medizinrecht, Beck'sche Kurzkommentare, Bd. 64, 4. Auflage (2022), Art. 2 GG Rn. 15; Brech (Fn. 51), S. 194.

⁷⁴ Steiner, Das Bundesverfassungsgericht und die Volksgesundheit, MedR 2003, 1 (2); Brech (Fn. 50), S. 194; vgl. auch BVerfG NJW 2022, 139 (149).

⁷⁵ Brech (Fn. 51), S. 194.

⁷⁶ Froese (Fn. 2), DÖV 2022, 389 (390 f.).

⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 20/3953, S. 2.

⁷⁸ BVerfGE 88, 203 (253 f.); Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 19. Auflage (2022), § 12, S. 97.

⁷⁹ BVerfGE 39, 1 (42).

⁸⁰ Vgl. Poscher (Fn. 4), 41 (50).

⁸¹ Poscher (Fn. 4), 41 (52); vgl. zur Bedeutung der Verhältnismäßigkeit zur Bewältigung von Grundrechtskollisionen in der Pandemie vertiefend Goldhammer/Neuhöfer, Grundrechte in der Pandemie – Allgemeine Lehren, JuS 2021, 212 (214 ff.).

⁸² Zur realen Unzuverlässigkeit von Verlaufsprognosen vertiefend Walter (Fn. 29), NJW 2022, 363 (365).

⁸³ Poscher (Fn. 4), 41 (63).

⁸⁴ Vgl. hierzu auch die Feststellung, dass die Regelung von Kriterien für Triage-Entscheidungen nicht von vornherein im Widerspruch dazu steht, dass Leben nicht gegen Leben abgewogen werden darf in BVerfG NJW, 380 (388).

⁸⁵ Vgl. Hörnle/Hoven/Huster/Weigend (Fn. 12), FAZ vom 28.7.2022, 6 (6).

⁸⁶ So im Ergebnis auch Poscher (Fn. 4), 41 (63).

4. Kein Eingriff in die Menschenwürde

Die Menschenwürde schützt den »soziale[n] Wert- und Achtungsanspruch«⁸⁷ eines jeden Menschen, aus dem sich das Verbot ergibt, ihn »zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder [...] einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt«⁸⁸. Sobald der Schutzbereich von Art. 1 I GG eröffnet ist und eine Maßnahme in diesen eingreift, liegt aufgrund der Unantastbarkeit der Menschenwürde eine Grundrechtsverletzung vor.⁸⁹

a) Kein notwendiger Zusammenhang der Verletzung von Art. 2 II 1 und Art. 1 I GG

Die Wahrung und Verletzung des Achtungsanspruchs, der sich aus der Menschenwürde ergibt, und des Rechts auf Leben korrelieren nicht notwendigerweise.⁹⁰ Wenn Art. 2 II 1 GG nicht verletzt wird, bedeutet dies nicht zwingend, dass auch eine Verletzung von Art. 1 I GG nicht in Betracht kommt.⁹¹ Anders gewendet folgt daraus auch, dass zwar das Leben als biologisch-physische Existenz des Menschen die Basis der Menschenwürde ist,⁹² aber nicht in jedem staatlicherseits zu verantwortenden Tod eines Grundrechtsträgers eine Verletzung des sich aus der Menschenwürde ergebenden Achtungsanspruchs liegt.⁹³ Zur Verdeutlichung abseits der pandemiebedingten Triage dient hier der finale Rettungsschuss.⁹⁴ Wenn also beispielsweise zur Rettung einer (unschuldigen) Geisel, der Geiselnahmer getötet wird, liegt darin kein Eingriff in Art. 1 I GG. Vielmehr liegt darin ein Eingriff in Art. 2 II 1 GG, der wiederum durch Art. 2 II 1 GG und entsprechende polizeirechtliche Eingriffsgrundlagen gerechtfertigt sein kann, sofern er das einzige Mittel zur Rettung der Geisel ist.⁹⁵ Auch die Rechtfertigung eines Eingriffs in das Recht auf Leben schließt allerdings nicht per se eine Verletzung des aus der Menschenwürde folgenden Achtungsanspruchs aus.⁹⁶

b) Keine Missachtung der Subjektqualität

Bezogen auf Entscheidungen in der Situation der Ex-post-Triage ist für die Beurteilung der Verletzung von Art. 1 I GG also von Relevanz, ob die Subjektqualität der Be-

troffenen hierdurch missachtet wird. Sofern eine Abwägung, in Anerkennung eines grundsätzlich gleichen Rechts auf Leben, anhand eines Kriteriums wie der Überlebenswahrscheinlichkeit getroffen wird, kommt hierin gerade zum Ausdruck, dass die Betroffenen als »gleichwertige autonome Subjekte«⁹⁷ geachtet werden. Eine Verletzung von Art. 1 I GG liegt dann nicht vor.

Etwas anderes ergibt sich, wenn stattdessen pauschal hierarchisiert wird. Wenn eine Triage-Entscheidung beispielsweise anhand von Kriterien erfolgt, die unter der Prämisse stehen, dass bestimmte Grundrechtsträger mit einer geringeren menschlichen Würde ausgestattet sind, als andere und dadurch ihr Status als autonomes Subjekt infrage gestellt wird, verstößt diese gegen Art. 1 I GG.⁹⁸ Eine Zuteilungsentscheidung aufgrund der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nach § 5c II 1 IfSG beruht also gerade nicht auf einem solchen Kriterium.

Auch die Unterschiede der Ex-ante-Triage und der Ex-post-Triage können folglich auf die Feststellung von Verletzungen von Art. 1 I GG keinen Einfluss haben.⁹⁹ In beiden Situationen der Triage wird die Subjektqualität der Betroffenen gleichermaßen nicht notwendigerweise missachtet.

F. Fazit

Die Vorstellung, dass eine überlebenswichtige Behandlung zugunsten eines anderen beendet wird, mag befremdlich erscheinen. Vor diesem Hintergrund ist im Grundsatz zumindest nachvollziehbar, dass die Ex-post-Triage im ersten Zugriff intuitiv häufig anders wahrgenommen und eingeschätzt wird als die Ex-ante-Triage, bei der Behandlung nicht beendet, sondern zugunsten eines anderen nicht aufgenommen wird. Allerdings erscheint die Vorstellung, dass, wenn (wie im Eingangsbeispiel unter B. II. dargestellt) aufgrund der de facto Schließung von Intensivstationen infolge des Ausschlusses der Ex-post-Triage, ein akut lebensbedrohliches, aber eigentlich gut zu behandelndes Ereignis wie ein Schlaganfall, zum Tod führen würde, nicht weniger befremdlich.

Bei genauerer Betrachtung der Ex-post-Triage unter verfassungsrechtlichen Aspekten hat sich zudem gezeigt, dass die Argumente und Bedenken, die gegen die Ex-post-Triage angeführt werden, vielmehr Argumente für die Ex-post-Triage darstellen. Insbesondere kollidieren auch in der Situation der Ex-post-Triage in symmetrischer Weise Schutzpflichten aus Art. 2 II 1 GG (vgl. E. I.), was gerade dafür spricht, bereits zugeweilte Behandlungskapazitäten in Zuteilungsentscheidungen einzubeziehen. Das als Grund für den Ausschluss der Ex-post-Triage herangezogene Vertrauen auf die Fortsetzung einer begonnenen Behandlung ist darüber hinaus verfassungsrechtlich wohl kaum haltbar

⁸⁷ BVerfG NJW 1993, 1457 (1458).

⁸⁸ BVerfG NJW 1993, 1457 (1458).

⁸⁹ *Hufen*, Die Menschenwürde, Art. 1 I GG, JuS 2010, 1 (2); vgl. auch BVerfGE 115, 118 (160).

⁹⁰ So auch *Goldhammer/Neuhöfer* (Fn. 81), JuS 2021, 212 (213).

⁹¹ *Poscher* (Fn. 4), 41 (65); vertiefend zu (möglichen) Wechselwirkungen zwischen dem Recht auf Leben und der Menschenwürde *Kramer*, Die pandemiebedingte Triage-Situation und das Regelungsziel der Maximierung der Überlebendenzahl, DÖV 2023, 19 (25).

⁹² BVerfG, NJW 2006, 751 (757).

⁹³ *Poscher* (Fn. 4), 41 (65).

⁹⁴ Vgl. *Goldhammer/Neuhöfer* (Fn. 81), JuS 2021, 212 (213).

⁹⁵ Beispiel nach *Hufen* (Fn. 66), § 10, S. 169.

⁹⁶ Vgl. *Wittreck*, Menschenwürde und Folterverbot, Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG, DÖV, 873 (874 f.): Ein Grundrechtsträger, dessen Tötung gerechtfertigt wäre, dürfte auch dann nicht gefoltert werden, wenn es keine andere Option zur Rettung seiner Opfer gäbe.

⁹⁷ *Poscher* (Fn. 4), 41 (74).

⁹⁸ Zur Autonomie und Selbstbestimmung des Menschen als Kern der Menschenwürde *Hufen* (Fn. 89), JuS 2010, 1 (3 f.); vgl. auch *Poscher* (Fn. 4), 41 (74).

⁹⁹ So auch *Poscher* (Fn. 4), 41 (76).

(vgl. E. II.). Auch vor dem Hintergrund von Art. 2 II 1 GG ist eine Ex-post-Triage geradezu geboten, da mangels Absolutheit des Lebensschutzes nie sicher vorhersehbare Behandlungsverläufe mit der Möglichkeit der Reevaluation von Zuteilungsentscheidungen korrespondieren sollten und nur so adäquate Abwägungsentscheidungen möglich sind (vgl. E. III. 2.)). Schließlich steht auch aus Art. 1 I GG bei Achtung der Subjektqualität der Betroffenen der Ex-post-Triage nicht entgegen (vgl. E. III. 4. b)).

Sollte im Rahmen der in § 5c VII 1 IfSG vorgesehenen Evaluation an der bisherigen Regelung des Zuteilungskriteriums trotz der dargelegten Bedenken – möglicherweise mangels geeigneter Alternativen – festgehalten werden, spricht daher vieles dafür, die Ex-post-Triage zuzulassen, nicht zuletzt, um den Wertungswiderspruch im Rahmen der aktuellen Regelung zu vermeiden (vgl. D. I.).

Nicht vergessen werden darf bei alledem, dass eine Triage immer nur in Ausnahmesituationen erforderlich wird. Allen Triage-Situationen ist eine spezifische Tragik gemein; hier kann es keine guten, sondern allenfalls vorzugswürdige Entscheidungen geben.¹⁰⁰ Jede Entscheidung über die Verteilung der unzureichenden Behandlungsressourcen führt unweigerlich zu einem Verlust von Menschenleben.¹⁰¹

¹⁰⁰ Merkel/Augsberg (Fn. 11), JZ 2020, 704 (714).

¹⁰¹ So auch Gaede/Kubiciel/Salinger et al. (Fn. 31), medstra 2020, 129 (130).