

Beitrag Nr. 62, Jahrgang 2025

Nach dem BVerfG-Entscheid zur Triage: Wie geht es weiter?

Handlungsoptionen nach der Nichterklärung des § 5c IfSG

Prof. Dr. Josef Franz Lindner (Universität Augsburg)

Veröffentlichung: Bochum, den 17.11.2025

Veröffentlichung auf www.gesundheitsrecht.blog/bverfg-triage-2025

Bibliothekslink: <https://doi.org/10.13154/294-13751>

Empfohlene Zitierweise: *Lindner*, Gesundheitsrecht.blog Nr. 62, 2025, S.

Kurzzusammenfassung: Das BVerfG hat mit Beschluss vom 23.9.2025 die Regelung zur Triage in § 5c IfSG aus Kompetenzgründen für nichtig erklärt. Damit ist der Verfassungsauftrag aus der Entscheidung des BVerfG vom 16.12.2021 zum Schutz von Menschen mit Behinderung in einer pandemiebedingten Triage-Situation – eben zu diesem Zweck wurde § 5c IfSG erlassen – wieder offen. Er hat sich weder tatsächlich noch rechtlich erledigt. Der Bund hat zur Umsetzung dieses Verfassungsauftrages keine Gesetzgebungskompetenz. Diese liegt vielmehr bei den Ländern. Der Beitrag erörtert, welche Handlungsoptionen nun bestehen. Untätigkeit gehört nicht dazu. Sie dürfte zu einer erneuten Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG führen. Vorzugswürdig wäre die Schaffung einer Bundeskompetenz durch Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG. Politisch realistisch ist das allerdings nicht.



Dieser Aufsatz ist lizenziert unter den CreativeCommon-Bedingungen CC BY 4.0.
(abrufbar unter: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>)

A. Die Rechtslage zur Triage vor Erlass des § 5c IfSG

„Triage“ – mit diesem Begriff waren während der Corona-Pandemie die schlimmsten Befürchtungen und Ängste verbunden: Die medizinischen Kapazitäten, insbesondere Beatmungsgeräte, reichen nicht aus, um alle behandlungsbedürftigen Patienten zu versorgen. Wer wird (prioritär) behandelt, wer muss sterben? Gegenstand der aus der Militärmedizin stammenden Triage (trier – sortieren) ist es, eine medizinische Behandlungsreihenfolge festzulegen, um die medizinische Versorgung bei einem die Behandlungskapazitäten übersteigenden Patientenaufkommen zu steuern. Die Triage-Situation stellt ein Dilemma dar: Jede Entscheidung über die (prioritäre) Zuteilung eines Rettungsmittels kann zum Tod derer führen, die mangelbedingt keine lebensrettende Versorgung erhalten. Das Problem führte zu intensiven Diskussionen in Ethik und Rechtswissenschaft¹ sowie zu Stellungnahmen und Empfehlungen (intensiv-)medizinischer Fachgesellschaften². Eine belastbare gesetzliche Regelung existierte nicht.

I. Die Maßgeblichkeit des Strafrechts

Man war im Wesentlichen auf das Strafrecht verwiesen und unterschied dort zwischen der grundsätzlich straflosen ex ante- und der grundsätzlich strafbaren ex post-Triage.³ Bei der ex-ante-Triage bleibt die Zahl der verfügbaren Behandlungskapazitäten hinter der Zahl der zeitgleich (ankommenden) intensivpflichtigen Notfallpatienten zurück. Der auswählende und dabei nicht an bestimmte Priorisierungskriterien gebundene Arzt ist wegen einer unauflöslichen Pflichtenkollision gerechtfertigt und daher nicht wegen Tötung durch Unterlassen (§§ 13, 212 StGB) strafbar. Bei der ex-post-Triage sind bereits alle Behandlungsressourcen vergeben. Ein neu hinzukommender Notfallpatient kann nur gerettet werden, wenn er ein bereits von einem anderen Patienten belegte Rettungsmittel erhält, das diesem also „weggenommen“ werden müsste. Hier liegt – anders als bei der ex ante-Situation – keine rechtfertigende Kollision gleichrangiger Handlungspflichten vor. Vielmehr stößt eine Handlungspflicht (Rettung des hinzukommenden Notfallpatienten) auf eine Unterlassungspflicht (Pflicht, die zum Tod des bereits behandelten Patienten führende Wegnahme des Rettungsmittels zu unterlassen). Wegen §§ 34, 35 StGB ist die Unterlassungspflicht vorrangig. Die zum Tod führende Wegnahme ist weder nach § 34 StGB gerechtfertigt noch nach § 35 StGB entschuldigt. Ein rechtfertigender

¹ Vgl. nur Hörnle/Huster/Poscher, Triage in der Pandemie, 2. Aufl. 2024; Lindner/Schlögl-Flierl, Triage bei COVID-19, ZIG-Essay Nr. 2, 2020.

² S. etwa die Richtlinien der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI): „Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie. Version 2. Klinisch-ethische Empfehlungen.“

³ Näher Lindner, MedR 2020, 723, 24.

oder entschuldigender übergesetzlicher Notstand ist in der Rechtsprechung bislang nicht anerkannt.

II. Die Entscheidung des BVerfG vom 16.12.2021 (BVerfGE 160, 79)

Angesichts dieser Rechtslage befürchteten Menschen mit Behinderung, im Falle einer pandemiebedingten Triage diskriminierend benachteiligt und wegen ihrer Behinderung nachrangig behandelt zu werden. Deswegen wurden Verfassungsbeschwerden mit der Begründung erhoben, dass der Gesetzgeber das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG dadurch verletze, dass er für den Fall einer pandemiebedingten Triage nichts unternommen habe, um Menschen mit Behinderung wirksam vor einer Benachteiligung zu schützen. Das BVerfG hat den Verfassungsbeschwerden mit Entscheidung vom 16.12.2021 (1 BvR 1541/20 – BVerfGE 160, 79) stattgegeben: Der Gesetzgeber habe seine Pflicht zum Schutz von Menschen mit Behinderung für den Fall einer Triage verletzt: Aus dem Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergebe sich ein Auftrag, Menschen wirksam vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung zu schützen. Dieser Auftrag verdichte sich in bestimmten Konstellationen zu einer konkreten Handlungspflicht des Gesetzgebers. Da dieser entsprechende Regelungen nicht erlassen habe, sei die aus dem Schutzauftrag des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG folgende konkrete Handlungspflicht verletzt. Der Gesetzgeber müsse – auch im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention – dafür Sorge tragen, dass jede Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Verteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen hinreichend wirksam verhindert werde. Er sei gehalten, dieser Handlungspflicht unverzüglich durch geeignete Vorkehrungen nachzukommen. Bei der konkreten Ausgestaltung komme ihm allerdings ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.

B. Der Regelungsgehalt des § 5c IfSG

In Umsetzung dieses verfassungsgerichtlichen Regelungsauftrages hat der Gesetzgeber den § 5c ins Infektionsschutzgesetz eingefügt⁴. Die Regelung enthielt gesetzliche Vorgaben für die Zuteilung intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten in einer pandemiebedingten Knappheitssituation, war indes nicht auf die konkrete Corona-Pandemie beschränkt. § 5c Abs. 1 Satz 1 IfSG bestimmte, dass eine Zuteilungsentscheidung nicht diskriminieren darf, insbesondere nicht aufgrund einer Behinderung. Kern der Regelung war § 5c Abs. 2 Satz 1: das allein anzuwendende positive Zuteilungskriterium ist die „aktuelle und kurzfristige

⁴ Gesetz vom 8.12.2022, BGBl. I, 2235.

Überlebenswahrscheinlichkeit“. Diese Formulierung wirft eine Fülle von Problemen auf⁵. Der Gesetzgeber legte näher fest, welche Kriterien für diese Prognose herangezogen bzw. ausdrücklich nicht herangezogen werden dürfen (§ 5c Abs. 2 Sätze 2 und 3 IfSG). Patienten, denen bereits überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten zugeteilt worden sind, durften nach § 5c Abs. 2 Satz 4 IfSG in eine später erneut notwendig werdende Zuteilungsentscheidung nicht miteinbezogen werden. Damit wurde die ex-post-Triage verboten.

Das Zuteilungsverfahren war in § 5c Abs. 3 IfSG geregelt. Danach mussten Zuteilungsentscheidungen von zwei mehrjährig intensivmedizinisch erfahrenen und praktizierenden Fachärzten, die die Patienten unabhängig voneinander begutachtet haben, einvernehmlich getroffen werden (§ 5c Abs. 3 Satz 1 IfSG). Bei Dissens forderte das Gesetz die Konsultation eines dritten Facharztes hinzuzuziehen. Bei Patienten mit Behinderung oder Komorbidität (also zusätzlichen Krankheiten neben einer Grunderkrankung) muss nach § 5c Abs. 3 Satz 4 IfSG die Einschätzung einer Person mit besonderer Fachexpertise hinzugezogen werden. Die Entscheidungsgrundlagen und die an einer Zuteilungsentscheidung mitwirkenden Personen sowie deren Stimmverhalten beziehungsweise Stellungnahme mussten nach § 5c Abs. 4 IfSG dokumentiert werden. Die Absätze 5 bis 7 regelten Verfahrenspflichten für die Krankenhäuser.

C. Die Entscheidung des BVerfG vom 23.9.2025: Nichtigkeit des § 5c IfSG

Mit einer Verfassungsbeschwerde hatten sich Fachärzte im Bereich der Notfall- und Intensivmedizin unmittelbar gegen § 5c IfSG insbesondere mit der Begründung gewandt, dieser verletze ihre vom Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) geschützte Therapiefreiheit. Die Verfassungsbeschwerde war erfolgreich. § 5c IfSG, der nach Ansicht des BVerfG⁶ einen Eingriff in die Therapiefreiheit als Ausdruck der ärztlichen Berufsfreiheit darstellt, ist mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundestages bereits formell verfassungswidrig und damit nichtig. Auf die materielle Vereinbarkeit der gesetzlichen Triage-Regelung in § 5c IfSG musste das BVerfG daher nicht eingehen und hat dies – etwa in einem obiter dictum – auch nicht getan. Das BVerfG begründet das Fehlen der Gesetzgebungskompetenz – wozu es in der Entscheidung vom 16.12.2021 (s.o. A.II.) noch nichts gesagt hatte, *insofern* kommt die Entscheidung überraschend – ausführlich, im Ergebnis indes nicht überzeugend. Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 Var. 1 GG

⁵ Dazu näher *Huster/Hoernle*, in: *Hörnle/Huster/Poscher* (Fn. 1), S. 373 ff.

⁶ BVerfG, Beschl. vom 23.9.2025 – 1 BvR 2284/23.

(„Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren“) könne § 5c IfSG nicht tragen, denn er biete keine Grundlage für ein Pandemiefolgenrecht, dem die Triage zuzuordnen sei. Voraussetzung dafür, eine gesetzliche Regelung auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG stützen zu können, sei eine auf Eindämmung oder Vorbeugung bezogene Gerichtetheit der Regelung. § 5c IfSG stelle kein Instrument der Vorbeugung oder der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten dar. Die Regelung knüpfe als reines Pandemiefolgenrecht an eine Knappheit infolge einer Pandemie an, diene aber nicht deren Bekämpfung. Diese gekünstelt wirkende Unterscheidung von Pandemiebekämpfung und Pandemiefolgen vermag nicht zu überzeugen. Denn Regelungen zur Triage im Mangelfall können durchaus verhaltenssteuernde und damit präventive Wirkungen in einer Pandemie zeitigen. Je nach Gestaltung der Zuteilungskriterien werden Menschen ihr Verhalten in der Pandemie anpassen, um der Triage und dabei anzuwendenden Kriterien zu entgehen. Triage-Regelungen können also durchaus präventiven Charakter aufweisen. Zumindest hätte es nahegelegen, eine ungeschriebene Kompetenz des Bundes kraft Sachzusammenhanges oder als Annexkompetenz anzunehmen. Auch dies weist das BVerfG apodiktisch zurück: Da die Regelungen zur Triage für die Vorbeugung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten nicht unerlässlich seien, könne eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs oder eine Annexkompetenz nicht angenommen werden. Auch eine Berufung auf den Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge lasse das BVerfG – insofern überzeugend – nicht zu, da Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG hinter Art. 74 Abs. 1 Nr. 19, 19a GG als die spezielleren Kompetenztitel zurücktrete. § 5c IfSG sei auch weder Teil des bürgerlichen Rechts noch des Strafrechts und werde daher auch nicht von den entsprechenden Gesetzgebungstiteln (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1, 2 GG) erfasst. Schließlich lehnt das BVerfG auch eine Kompetenz „kraft Natur der Sache ab“: Allokationsregelungen erforderten im Pandemiefall nicht notwendigerweise eine gesamtstaatliche Regelung. Dass allein der Bund zur effektiven Beherrschung der Diskriminierungsrisiken in einer Triage-Situation in der Lage wäre, insbesondere weil den Ländern die dahingehende Handlungsfähigkeit fehle, sei nicht erkennbar. Der Umstand, dass in Fällen einer pandemischen Lage von nationaler Tragweite eine bundeseinheitliche Regelung zweckmäßiger sein könnte als eine Selbstkoordinierung der Länder, genüge für die Annahme einer Kompetenz kraft Natur der Sache nicht.

D. Handlungsoptionen

§ 5 c IfSG ist demnach wegen formeller Verfassungswidrigkeit nichtig und auch nicht übergangsweise anwendbar. In der Sache, also über die materielle Vereinbarkeit des § 5c IfSG mit den Grundrechten des Grundgesetzes hat das BVerfG nicht befunden. Da § 5c IfSG

insbesondere der Erfüllung des verfassungsgerichtlichen Schutzauftrages zu Gunsten von Menschen mit Behinderung (s.o. A.II.) dienen sollte, ist mit der Nichtigkeitserklärung der Regelung auch der vom BVerfG ausgesprochene Regelungsauftrag wieder offen. Es existiert mit Wegfall des § 5c IfSG keine gesetzliche Regelung mehr zum Schutz von Menschen mit Behinderung, im Falle einer pandemiebedingten Triage nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligt zu werden. Fraglich ist, wie mit dieser Regelungslücke umzugehen ist. Nachfolgend daher einige Überlegungen zu möglichen Handlungsoptionen.

I. Untätigkeit

Zunächst könnte man sich auf den Standpunkt stellen, es sei trotz Nichtigkeit des § 5c IfSG keine gesetzliche Regelung mehr nötig, der Gesetzgeber könne also untätig bleiben. Das dürfte für die Gesundheitspolitik die vorzugswürdige Option sein, bedeutet das erneute Aufgreifen des Themas „Triage“ doch ein Wühlen in den noch nicht verheilten Wunden der Coronazeit, womit politisch eine erneut polarisierte Diskussion provoziert würde. Man könnte daher wie folgt argumentieren: Zwar entfalte die Entscheidung vom 16.12.2021 grundsätzlich nach § 31 Abs. 1 BVerfGG bindende Wirkung. Der vom BVerfG ausgesprochene Regelungsauftrag zum Schutz von Menschen mit Behinderung im Falle einer pandemiebedingten Triage sei mit der Regelung des § 5c IfSG aber erfüllt worden. Dadurch, dass das BVerfG diese Norm nun selbst beseitigt habe, ohne dass die mangelnde Gesetzgebungskompetenz des Bundes in der Entscheidung vom 16.12.2021 angedeutet worden sei, habe sich das BVerfG in einen Selbstwiderspruch gesetzt, der die Regelungspflicht des Gesetzgebers entfallen lasse. Zudem könne der Regelungsauftrag mangels Gesetzgebungskompetenz gar nicht mehr erfüllt werden. Diese Argumentation überzeugt nicht. Denn das BVerfG hat ja nur entschieden, dass der *Bund* keine Gesetzgebungskompetenz für die pandemiebedingte Triage hat. Insofern liegt weder ein Selbstwiderspruch des BVerfG vor noch ist die Erfüllung des Gesetzgebungsauftrages unmöglich. Dieser kann und muss von den Ländern durch – ggf. inhaltlich abgestimmte – Landesgesetze erfüllt werden.

Weiter könnte man gegen eine Regelungspflicht ins Feld führen, der Handlungsauftrag an den Gesetzgeber sei mangels faktischer Gefährdungslage zumindest derzeit hinfällig, habe sich also – prozessrechtlich gesprochen – erledigt. Es gebe keine Pandemie mehr und es sei auch keine absehbar. Auch dieses Argument für ein Untätigbleiben des Gesetzgebers ist wenig überzeugend. Zwar hat das BVerfG die Pflicht des Gesetzgebers zum Schutz von Menschen mit Behinderung unter dem Eindruck der Coronapandemie und bezogen auf diese entwickelt. Schon die Leitsätze sprechen aber dafür, dass das Gericht seine Entscheidung keineswegs auf die *konkrete* Pandemie beschränkt wissen wollte. Die Leitsätze enthalten weder das Wort

„Corona“ oder „COVID“ noch das Wort „Pandemie“. Das Gericht spricht in der überschriftlichen Benennung des Urteils allgemein von „Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage“. Auch der Tenor der Entscheidung ist sehr allgemein gehalten und keineswegs auf die konkrete Pandemie beschränkt:

„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.“

Zwar nimmt das BVerfG in der Begründung konkret auf die Corona-Pandemie Bezug. Dies ist jedoch dem Anlass der Verfassungsbeschwerden geschuldet, lässt aber nicht darauf schließen, dass das BVerfG seine Entscheidung auf die damals aktuelle Pandemie beschränkt wissen wollte. Allerdings deutet eine Passage gegen Ende des Urteils darauf hin, dass sich die vom Gericht geforderte Regelungspflicht des Gesetzgebers nicht auf alle denkbaren Triage-Situationen bezieht (Naturkatastrophen, Anschläge, Unglücke, Kriegsfall, sonstige Fälle von Kliniküberlastung), sondern auf die pandemiebedingte. So heißt es in Rn. 130 der Entscheidung, wo der Regelungsauftrag konkretisiert wird:

„Der Gesetzgeber muss zur Umsetzung der aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG hier auch wegen der Bedeutung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgenden konkreten Schutzpflicht und im Lichte der Behindertenrechtskonvention dafür Sorge tragen, dass jede Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Verteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen hinreichend wirksam verhindert wird. Der Gesetzgeber ist gehalten, seiner Handlungspflicht unverzüglich durch geeignete Vorkehrungen nachzukommen.“

Dass gegenwärtig keine Pandemie herrscht, lässt den Regelungsauftrag nicht entfallen. Denn das BVerfG hat die Pflicht allgemein und nicht nur bezogen eine aktuelle Pandemie oder einen konkreten Erreger bezogen. Da eine neue Pandemie nicht ausgeschlossen werden und die pandemiebedingte Triage möglicherweise auch rasch aktuell und konkret werden kann, besitzt der Regelungsauftrag des BVerfG nach wie vor praktische Relevanz und rechtliche Verbindlichkeit. Er muss also erfüllt werden, auch wenn ein erster Erfüllungsversuch (in Gestalt des § 5c IfSG) erfolgte, aber vom BVerfG für nichtig erklärt worden ist. Das BVerfG hat den Regelungsauftrag aus der Entscheidung vom 16.12.2021 in der Entscheidung vom 23.9.2025 auch nicht zurückgenommen oder relativiert. Untätigkeit dürfte dazu führen, dass von den

Betroffenen erneut Verfassungsbeschwerde zum BVerfG mit der Begründung erhoben würde, der Gesetzgeber sei seinem verfassungsgerichtlich festgestellten Handlungsauftrag zum Schutz von Menschen mit Behinderung in einer pandemiebedingten Triage nicht nachgekommen und verletze daher – fortgesetzt – Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.

II. Bundesgesetzliche Regelung im AGG?

Den nach alledem fortbestehenden Regelungsauftrag aus der Entscheidung des BVerfG vom 16.12.2021 kann der Bundesgesetzgeber nicht erfüllen. Dazu ist die Rigidität, mit der das BVerfG die Gesetzgebungskompetenz des Bundes verneint hat, zu eindrücklich. Man könnte an eine bundesgesetzliche Regelung der Triage im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) denken⁷. Allerdings hat der Bundesgesetzgeber auch für das Antidiskriminierungsrecht keine eigene Gesetzgebungskompetenz, sondern er muss sich dafür jeweils auf besondere bereichsspezifische Kompetenztitel stützen, z.B. für das Arbeitsrecht oder das bürgerliche Recht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 12 GG). Ein allgemeines Diskriminierungsverbot im Rahmen der Triage kann indes nicht dem bürgerlichen Recht zugeordnet werden, auch nicht dem Recht des Behandlungsvertrages (§§ 630 a ff. BGB). Denn das vom BVerfG postulierte Verbot der Benachteiligung von Menschen mit Behinderung in einer pandemiebedingten Triage gilt unabhängig davon, ob zwischen Arzt und Patient eine bürgerlich-rechtliche Rechtsbeziehung besteht. Das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG besteht rechtsverhältnisunabhängig, so dass der Kompetenztitel des bürgerlichen Rechts für ein allgemeines Benachteiligungsverbot nicht ausreicht. In der Sache stellen gesetzliche Vorgaben für die Ärzte im Falle einer pandemiebedingten Triage keine bürgerlich-rechtlichen Regelungen dar, sondern solche für die ärztliche Berufsausübung, wofür die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern liegt.⁸ Auch verfahrensrechtliche Vorgaben für die Ärzte und Krankenhäuser lassen sich nicht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG stützen. Zudem wäre ein allgemeines, rechtsverhältnisunabhängiges Verbot der ex post-Triage, wie es § 5c Abs. 2 Satz 4 IfSG vorsah, keine bürgerlich-rechtliche Regelung. Daher ist der Weg über das bundesgesetzliche AGG nicht geeignet, den Regelungsauftrag des BVerfG vollständig zu erfüllen.

⁷ Vgl. etwa *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 3. Aufl. 2022, S. 217 f.

⁸ BVerfG, aaO, Rn. 131: „§ 5c Absätze 1 bis 3 IfSG betreffen vielmehr einen dem ärztlichen Berufsstand generell und umfassend aufgegebenen Pflichtenkanon. Die in § 5c IfSG geregelten ärztlichen Pflichten bestehen zudem gegenüber allen Patienten, die der knappen Ressource bedürfen und deshalb in die Zuteilungsentscheidung einbezogen werden. Die Gesetzentwurfsbegründung hebt daher hervor, dass die Regelungen unabhängig von den vertraglichen Beziehungen zwischen Patienten und Arzt anzuwenden sind“. Deswegen hat das BVerfG auch keinen Raum für eine geltungserhaltende Reduktion des § 5c IfSG der Norm auf bürgerlich-rechtliche Verhältnisse gesehen.

III. Landesgesetzliche Triage-Regelungen

Gefordert ist demnach der Landesgesetzgeber, genauer die 16 Landesgesetzgeber. Hier bestehen mehrere Optionen: (1) Jeder Landesgesetzgeber erlässt ein eigenes, politisches verantwortetes Pandemie-Triage-Gesetz. (2) Die Länder verständigen sich auf exekutiv-föderaler Ebene im Rahmen der Gesundheitsfachministerkonferenz und sodann der Ministerpräsidentenkonferenz auf einheitliche Regelungen, die dann von den Landesparlamenten in entsprechende Gesetzgebungsakte gegossen werden. (3) Die Länder schließen einen intraföderalen Staatsvertrag und regeln dort die Materie.

IV. Schaffung einer Gesetzgebungskompetenz für den Bundesgesetzgeber

Man wird den genannten Handlungsoptionen entgegenhalten, eine derartig wesentliche und heikle Materie wie die pandemiebedingte Triage sollte nicht den Landesparlamenten überlassen werden. Dies berge – bei allen inhaltlichen Verständigungsmöglichkeiten der Länder – die Gefahr (deutlich) divergierender Regelungen und damit verbundener Akzeptanzverluste. Allerdings besteht eine Landeskompentenz auch bei anderen wesentlichen und inhaltlich heiklen Bereichen, etwa im Rettungsdienstwesen, im Katastrophenschutz oder allgemein im ärztlichen Berufs(ausübungs)recht. Gleichwohl wäre zu überlegen, dem Bundesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz für die Triage zu verschaffen. Hierfür bedürfte es einer Änderung des Grundgesetzes, namentlich einer Ergänzung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG. Das wäre wohl der vorzugswürdige Weg gegenüber 16 Landesgesetzen. Allerdings dürfte er politisch eher wenig realistisch sein. Dass die Zwei-Drittel-Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat, die nach Art. 79 Abs. 2 GG erforderlich sind, erreichbar sind, erscheint aus politischen Gründen bei diesem Thema wenig aussichtsreich. Wer sollte sich des Themas annehmen und mit welchem politischen „Gewinn“?