

Strafrechtliche Möglichkeiten zur Triageregulung: Anforderungen nach dem Triage-II-Beschluss

BVerfG, Beschluss vom 23.9.2025 – 1 BvR 2284/23 und 2285/23

mit einer Anmerkung von Theresa Schmitt*

A. Vereinfachter Sachverhalt (Zusf. Schmitt)

Das Jahr 2020 war geprägt von der Berichterstattung über Inzidenzzahlen, Infektionsverläufe und auch über die (Über-)Belegung von Behandlungsplätzen in deutschen wie europäischen Krankenhäusern. Es verbreitete sich die Befürchtung, dass eine Triage notwendig werden würde. Aufgrund dessen wandten sich neun Beschwerdeführende¹ an das Bundesverfassungsgericht: Aufgrund eigener körperlicher Behinderung bestehe das Risiko, selbst bei der Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen benachteiligt zu werden, sollte es zu einer Triage kommen. Der Gesetzgeber habe es pflichtwidrig unterlassen, hinreichende Schutzvorkehrungen für die Betroffenen zu treffen und sie dadurch in ihrem Gleichbehandlungsrecht aus Art. 3 III 2 GG verletzt. Das Bundesverfassungsgericht gab den Beschwerdeführenden Recht: Es gestand den Beschwerdeführenden einen einklagbaren Anspruch auf Tätigwerden des Gesetzgebers zu und verpflichtete ihn, „unverzüglich geeignete Vorkehrungen zu treffen“, wobei ihm ein weiterer Gestaltungsspielraum zustehe.²

* Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie von Prof. Dr. Victoria Ibold und Doktorandin an der Universität Passau. Kontakt: theresa.schmitt@uni-passau.de.

¹ Davon acht erfolgreich; bei dem neunten Beschwerdeführer fehlte es an der Beschwerdebefugnis, da nicht hinreichend belegt worden sei, wie seine chronische Erkrankung „ihn in seiner Lebensführung konkret selbst so langfristig und schwerwiegend beeinträchtigt, dass er dem Schutz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unterfällt.“, BVerfG NJW 2022, 380 Rn. 81.

² BVerfG NJW 2022, 380 LS 1-3.



In der Reaktion auf diesen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts hat der Gesetzgeber mit der Regelung in § 5c IfSG erstmals ein Verfahren sowie Priorisierungskriterien für die sog. Ex-ante-Triage festgelegt und die Ex-post-Triage ausdrücklich verboten. Seit Erlass der Norm finden sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur zahlreiche Beiträge zu Fragen der Verfassungsmäßigkeit der Norm sowie zu ihren Einwirkungen auf das allgemeine Strafrecht.³ Im Jahr 2023 wandten sich Intensiv- und NotfallmedizinerInnen mit einer Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht: § 5c IfSG verletze sie in ihren Grundrechten: durch die Auferlegung bestimmter Verfahrens- wie Dokumentationsvorschriften; durch die Vorgabe, welche Entscheidungskriterien bei der ex-ante Triage beachtet und welche nicht beachtet werden dürfen; zuletzt durch das Verbot der sog. Ex-post-Triage. Die Norm greife in die Schutzbereiche der Therapiefreiheit als Teil der von Art. 12 I GG gewährleisteten Berufsfreiheit, der Gewissensfreiheit (Art. 4 I GG), des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG) und des Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 II GG) ein. Eine Rechtfertigung für diesen Eingriff scheitere, da die Norm nicht nur materiell, sondern sogar bereits formell verfassungswidrig sei – es fehle dem Bund bereits die Gesetzgebungskompetenz.

B. Wesentliche Entscheidungsgründe

Das Bundesverfassungsgericht gibt den Beschwerdeführenden Recht: Ihre in der Berufsfreiheit verankerte Therapiefreiheit sei verletzt, weil die Norm in das Grundrecht eingreife (I.) und es keine taugliche Schranke gebe, um die Berufsfreiheit einzuschränken (II.). Mit Fragen der materiellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes setzt sich das Gericht nicht (mehr) auseinander, da das Gesetz bereits aufgrund mangelnder Gesetzgebungskompetenz formell verfassungswidrig, damit nichtig sei und keine erforderliche Rechtsgrundlage für den Eingriff mehr darstellen kann:

³ Zur Verfassungsmäßigkeit vgl. etwa *Barnewold* NZS 2024, 621; *Duttge/Weimer* MedR 2024, 395; *Gutmann/Fateh-Moghadam* ZRP 2022, 130; *Hörnle* medstra 2023, 239; *Horter* medstra 2023, 10; *Huster/Köhler/Walther* VSSAR 2024, 3; *Wolf*, Triage in der Pandemie, 2024.

Zur Einwirkung auf das Strafrecht vgl. etwa *Berndt/Preiß* MedR 2023, 646; *Engländer* medstra 2023, 142; *Erb* GA 2024, 1; *Fateh-Moghadam/Fildir* medstra 2023, 147; *Kubiciel* VSSAR 2023, 27; *Kubiciel/Wachter* medstra 2023, 86; *Lutz*, in Erbs/Kohlhaas Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. III, 259. EL Oktober 2025, IfSG § 5c Rn. 4 f.; *Rosenau* GA 2023, 121; *Scholz* medstra 2023, 355; *Ulrich/Greiff* medstra 2023, 161; ausführlich *Wolf*, Triage in der Pandemie, 2024.

I. Therapiefreiheit als Teil der Berufsfreiheit, Art. 12 I GG

„[72] 1. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist eröffnet.

[74] Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst auch Wahl und Ausübung des ärztlichen Berufes (vgl. BVerfGE 103, 172 <183 f.>). Zur ärztlichen Berufsausübungsfreiheit gehört insb. die Therapiefreiheit (vgl. BVerfGE 102, 26 <35>; 106, 275 <304>; vgl. auch BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. März 1997 - 1 BvR 420/97 -, Rn. 27 und vom 10. April 2000 - 1 BvR 422/00 -, Rn. 14). Ärztinnen und Ärzte haben die grundrechtlich geschützte Freiheit, ihre Patientinnen und Patienten individuell nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu behandeln. [...]

[77] Als praktizierende Ärztinnen und Ärzte werden sie vom sachlichen Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst. Ihre Therapiefreiheit wird durch § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG berührt. Die in § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG gemachten Vorgaben sowohl inhaltlicher wie formeller Art zu einer Triage-Entscheidung betreffen sie in der Freiheit ihrer Entscheidung, nach erfolgter Diagnose die medizinisch notwendige und gebotene Therapie nach ihrem Ermessen auszuwählen und durchzuführen.

[78] 2. Die Regelungen des § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG greifen in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit ein.

[79] a) Art. 12 Abs. 1 GG entfaltet seine Schutzwirkung nur gegenüber solchen Normen oder Akten, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen oder zumindest die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern und infolge ihrer Gestaltung in einem so engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen, dass sie objektiv eine berufsregelnde Tendenz haben (vgl. BVerfGE 113, 29 <48>; 155, 238 <277 Rn. 96 f.> – WindSeeG; 163, 107 <134 Rn. 73>). Für einen Eingriff genügt daher nicht, dass eine Rechtsnorm oder ihre Anwendung unter bestimmten Umständen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit hat.

[80] b) Bei den Regelungen des § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG handelt es sich um Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Die Beschwerdeführenden werden in ihrer Therapiefreiheit eingeschränkt und damit in ihrer Berufsausübungsfreiheit beeinträchtigt.

[81] Dies gilt zunächst für die gesetzliche Festlegung auf das materielle Zuteilungskriterium der „aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit“ in § 5c Abs. 2 Satz 1 IfSG sowie die ergänzende Ausgestaltung durch die Negativkriterien in § 5c Abs. 2 Sätze 2 und 3 IfSG und das Benachteiligungsverbot in § 5c Abs. 1 Satz 1 IfSG. Durch diese Regelungen werden die Beschwerdeführenden in ihrer ärztlichen Entscheidung über das „Ob“ einer Behandlung eingeschränkt.

[82] Auch das Verbot der Ex-post-Triage in § 5c Abs. 2 Satz 4 IfSG hindert die Beschwerdeführenden in bestimmten Situationen, die aus ihrer Sicht für richtig gehaltene ärztliche Entscheidung zu treffen. Den Beschwerdeführenden ist es danach nicht gestattet, einen Patienten mit höherer Überlebenswahrscheinlichkeit, der erst später intensivmedizinisch behandlungsbedürftig wird, einem Patienten mit geringerer Überlebenswahrscheinlichkeit, der bereits behandelt wird, vorzuziehen. Die behandelnden Ärztinnen und Ärzte können in diesen Fällen nicht den Erkenntnisgewinn aus der bereits andauernden Behandlung berücksichtigen.

[83] Zuletzt greift auch die in § 5c Abs. 3 IfSG geregelte Verpflichtung einer abgestimmten Entscheidung nach dem Vier- beziehungsweise Sechs-Augen-Prinzip, gegebenenfalls unter Hinzuziehung einer Drittperson mit besonderer Expertise, sofern von der Zuteilungsentscheidung ein Patient mit einer Behinderung oder einer Komorbidität betroffen ist („Konsultationserfordernis“), in die Berufsausübungsfreiheit der Beschwerdeführenden ein, indem sie die individuelle ärztliche Entscheidung einem kollegialen Entscheidungsverfahren unterstellt.

[84] II. Diese Eingriffe sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. In Art. 12 Abs. 1 GG darf nur auf gesetzlicher Grundlage und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingegriffen werden (vgl. BVerfGE 141, 82 <98 Rn. 47> zum Sozietätsverbot; 145, 20 <67 Rn. 121>; 161, 1 <61 Rn. 148> – Übernachtungssteuer; 163, 107 <136 Rn. 77>; stRspr). Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung setzt voraus, dass die angegriffenen Regelungen formell und materiell verfassungsgemäß sind (vgl. BVerfGE 163, 107 <136 Rn. 77>). Hier fehlt es bereits an der formellen Verfassungsmäßigkeit, weil keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die angegriffenen Regelungen des § 5c IfSG besteht.“⁴

⁴ BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 72-84.

II. Zur formellen Verfassungswidrigkeit: Keine Gesetzgebungskompetenz

„[89] 2. Ausgehend davon sind die angegriffenen Regelungen des § 5c IfSG aufgrund ihres eigenständigen Regelungsgehalts kompetenzuell isoliert von der Gesamtregelung des Infektionsschutzgesetzes zu beurteilen (a). Anders als der Gesetzgeber meint, ist § 5c IfSG nicht unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zu subsumieren (b). Auch alternative Kompetenztitel sind nicht einschlägig (c). [...]

[91] b) Der Bund kann § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG nicht auf die Kompetenz zur Regelung von Maßnahmen gegen übertragbare Krankheiten nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 Variante 1 GG stützen. Die Regelungen in § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG, wie sie der Bundesgesetzgeber konzipiert hat, sind reine Pandemiefolgenregelungen und als solche keine Maßnahmen gegen übertragbare Krankheiten, weil sie übertragbaren Krankheiten weder vorbeugen noch diese einzudämmen helfen (aa, bb). Da die Triagerregelungen für die Vorbeugung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten nicht unerlässlich sind, kann auch nicht auf eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs oder eine Annexkompetenz abgestellt werden (cc). [...]

[121] c) § 5c Absätze 1 bis 3 IfSG lassen sich ferner, entgegen dem Vortrag der Bundesregierung, auch nicht unter den Titel konkurrierender Gesetzgebung der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG fassen. [...]

[123] Das weite Begriffsverständnis der öffentlichen Fürsorge führt mitunter zu Abgrenzungsschwierigkeiten, insb. im Gesundheitsbereich. Die Entscheidung der Verfassung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 und 19a GG, dem Bund für das Gesundheitswesen nur auf einzelne Sachbereiche beschränkte Gesetzgebungszuständigkeiten zuzuweisen, darf nicht durch eine erweiternde Auslegung der Gesetzgebungskompetenz für die öffentliche Fürsorge unterlaufen werden (vgl. BVerfGE 88, 203 <330>; 106, 62 <132>). Unterstützungsleistungen jeglicher Art zur Überwindung finanzieller, pandemiebedingter Einbußen, aber auch eine umfassende Krankenhausplanung zur Pandemiebewältigung wären bei weiter Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG von diesem Kompetenztitel erfasst. Der Bundesgesetzgeber könnte zur Gesundheitsfürsorge umfassend tätig werden, was jegliche verfassungsrechtlich angelegte Begrenzung der Gesetzgebungskompetenz im Gesundheitsbereich für den Bereich der

Pandemiebewältigung hinfällig machte. Aus der Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG scheiden daher vor allem Gesetze aus, die der Krankenversorgung, der Seuchenbekämpfung oder in sonstiger Weise in erster Linie dem Gesundheitswesen dienen. Für eine „Gesundheitsfürsorge“ kommen von vornherein nur eng umgrenzte Teilbereiche – etwa Hilfen bei gesundheitlicher Hilfsbedürftigkeit oder Maßnahmen zum Ausgleich von Krankheit oder Behinderung – in Betracht. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG begründet keine allgemeine Fürsorgekompetenz im Bereich des Gesundheitswesens; die öffentliche Fürsorge darf im Gesundheitsbereich keine Auffangfunktion einnehmen (vgl. BVerfGE 88, 203 <330>; 106, 62 <132>; vgl. dazu auch Riedel/Derpa, Kompetenzen des Bundes und der Länder im Gesundheitswesen, 2002, S. 12; Gebert, Verhaltens- und verhältnisbezogene Primärprävention und Gesundheitsförderung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2020, S. 113 f.; Degenhart, in: Sachs, GG, 10. Aufl. 2024, Art. 74 Rn. 38). [...]

[126] [...] Die nur bei Erfüllung spezifischer Voraussetzungen eröffnete Subsumierbarkeit von staatlichen Maßnahmen zur Bewältigung von Pandemien unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG (vgl. Rn. 92 bis 103) würde unterlaufen, wenn Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG hier als Auffangkompetenztitel fungierte.

[127] d) Die angegriffenen Regelungen werden auch nicht von den Gesetzgebungstiteln des bürgerlichen Rechts oder des Strafrechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) erfasst. [...]

[129] Zum Strafrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gehört die Regelung aller, auch nachträglicher, repressiver oder präventiver staatlicher Reaktionen auf Straftaten, die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen (vgl. BVerfGE 109, 190 <212>; 134, 33 <55 f. Rn. 55>).“⁵

C. Würdigung von Theresa Schmitt

I. Widerspruch in den Beschlüssen?

2021 verpflichtete das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber zum Tätigwerden, um materiellen Verfassungsvorgaben, insb. Art. 3 III 2 GG,

⁵ BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 89-129.

zu genügen. Zwei Jahre nach der Pandemie und der aufgeheizten Debatte um die Triage entschied es, dass dem Gesetzgeber die Kompetenz für § 5c IfSG fehle, er aus formellen Gründen mithin (so) nicht tätig werden durfte. Hierin offenbart sich *prima facie* ein Widerspruch: Ist der Beschluss von 2021 „falsch“? Lässt sich dieser „Widerspruch“ auflösen? Was folgt aus dem Beschluss von 2025 für eine mögliche Neuregelung?

Diese Fragen lassen sich in drei Schritten beantworten: Zunächst stellt sich die Frage, *ob* überhaupt noch eine Regelung geschaffen werden darf (1.). Erst auf zweiter Stufe stellt sich die Frage, *wer* hierfür die Kompetenz besitzt (2.) und auf dritter Stufe, *wie* eine Neuregelung gestaltet werden könnte (II.).⁶

1. Möglichkeit zum Tätigwerden

Eine Pflicht zum Tätigwerden ergab sich 2021 aus der konkreten Gefährdung der Beschwerdeführenden in der Pandemiesituation. Nun fehlt diese konkrete Gefährdung, sodass keine Pflicht zum Tätigwerden mehr besteht.

Gleichwohl darf der Gesetzgeber aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen tätig werden: In tatsächlicher Hinsicht steigt die Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Triagekonstellationen,⁷ weil die Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen⁸ und Großschadensereignisse⁹ zunehmen. Der Gesetzgeber würde nicht nur rein hypothetische Szenarien regeln, also nicht nur symbolisch tätig werden,¹⁰ sondern auf ein tatsächliches Problem reagieren. In rechtlicher Hinsicht darf er aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit zum Grundrechtsschutz der Triagierenden sowie der PatientInnen tätig werden: Eine mögliche Strafbarkeit der

⁶ Hier sollen lediglich Impulse gegeben werden.

⁷ So auch *Heller* medstra 2023, 155, 160; kürzlich: Abweisung einer Herzpatientin, *Häringer*, Warum das Klinikum Passau eine Notfallpatientin abwies, BR24 v. 29.10.2025, <https://www.br.de/nachrichten/bayern/warum-das-klinikum-passau-eine-notfallpatientin-abwies.V10sUey> (zuletzt abgerufen am 5.12.2025).

⁸ Zur zunehmenden Ressourcenknappheit statt vieler: *Fuchs* MedR 1993, 323, 326; *Krämer* MedR 1996, 1; *Schmedt* DÄBl. 2023, A-65.

⁹ Dazu zählen Kriegsfälle und terroristische Anschläge, *Kurz/Lau* DÄBl. 23/2025, A-1344 f.; Klimakatastrophen wie zuletzt im Ahrtal 2021, *Schiffarth*, Die Ahrtal-Katastrophe am 14. Juli 2021, <https://www.mwv-berlin.de/meldung!/id/477/die-ahrtal-katastrophe-am-14.-juli-2021> (zuletzt abgerufen am 5.12.2025); aber auch Pandemien, *Heller* medstra 2023, 155, 160.

¹⁰ Zur Kritik an Schein- und symbolischer Gesetzgebung s. etwa *Führ* KritV 2003, 5; *Schmehl* ZRP 1991, 251; *Schreiber* in Schäfer/Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, 1984, 178, 180 jew. m.w.N.

Triagierenden stellt einen Eingriff in deren Grundrechte dar;¹¹ in die Grundrechte der PatientInnen wird ggf. mittelbar eingegriffen, wenn eine Diskriminierung durch eine Straffreistellung vom Gericht geduldet wird. Der Gesetzgeber ist zwar nicht mehr dazu verpflichtet, tätig zu werden, ihm steht diese Möglichkeit jedoch weiterhin offen.

2. Gesetzgebungskompetenz

Besteht jedoch eine Gesetzgebungskompetenz gerade für den Bundesgesetzgeber?

Feststeht nach dem vorliegenden Beschluss: Der Bundesgesetzgeber darf eine Regelung *wie in § 5c IfSG* nicht treffen. Zugleich ist durch die Beschränkung auf den Prüfungsumfang aber nicht gesagt, dass eine Neuregelung mit anderem Inhalt und anderer Ausrichtung auf Bundesebene per se ausgeschlossen wäre.¹² Doch welche Regelung dürfte der Bund erlassen?

Die Länder sind allein zuständig, wenn und soweit es um die Ressourcenverteilung im Rahmen einer Pandemie oder die Krankenhausorganisation geht; eine allgemeine Fürsorgekompetenz im Gesundheitswesen steht dem Bund nicht zu.¹³

Eine genuin strafrechtliche Regelung dürfte der Gesetzgeber nach Art. 74 I Nr. 1 GG erlassen.¹⁴ Auch eine Regelung im AGG (Stichworte: Fürsorge und Diskriminierungsschutz) wäre denkbar und von Art. 74 I Nr. 7 GG gedeckt.¹⁵ Im Folgenden wird der Kompetenzfrage im Hinblick auf das Strafrecht nachgegangen.

¹¹ Vgl. Jarass, in Jarass/Pieroth Grundgesetz Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 9.

¹² A.A. wohl Dederer und Fateh-Moghadam, vgl. beclink 2036169.

¹³ BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 123. Fragen zur Normkollision mit dem Landesrecht sollen hier nicht weiter behandelt werden. Gleichwohl wären sie bei der Schaffung einer Neuregelung zu beachten.

¹⁴ Denkbar nach BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 132.

¹⁵ Dazu Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 3. Aufl. 2022, S. 219; Wolf, Triage in der Pandemie, 2024, S. 333 f.; krit. BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 123 ff.; BVerfG NJW 2022, 380 Rn. 124.

II. Mögliche strafrechtliche Triageregulungen

1. Strafrecht i.S.v. Art. 74 I Nr. 1 GG

Dafür stellt sich zunächst die Frage, was Strafrecht i.S.v. Art. 74 I Nr. 1 GG ist. Strafrechtliche Regelungen i.S.v. Art. 74 I Nr. 1 GG sind solche, die die staatliche Reaktion auf Kriminalunrecht bestimmen; auch Straffreistellungsgründe zählen hierzu.¹⁶ Dem Bund steht hiernach keine Sach-, sondern nur eine Sanktionskompetenz zu: Will er einen Tatbestand oder Straffreistellungsgrund schaffen, muss der diesbezügliche Sachbereich seinerseits unter die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fallen.¹⁷ Es ist daher nicht möglich, die Regelung des § 5c IfSG ohne inhaltliche Änderungen in das Strafrecht zu übertragen und Verstöße strafbewehrt zu stellen, weil eine Gesetzgebungskompetenz für Pandemiefolgen fehlt.¹⁸ Auch fehlt eine allgemeine Fürsorgekompetenz für das Gesundheitswesen, sodass es nicht möglich ist, nur auf dieses zugeschnitten strafrechtliche Regelungen zu erlassen.¹⁹ Eine strafrechtliche Regelung kann der Gesetzgeber zur Triage nur erlassen, wenn er sie nicht nur auf das Gesundheitssystem oder Pandemien begrenzt.²⁰ Wenn diese Konstellationen lediglich auch von einer allgemeinen, etwa zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens notwendigen Regelung erfasst sind – wie es auch das Medizinstrafrecht in Teilen ist –, ist dies kompetenzrechtlich möglich.

Es existiert also kein Widerspruch zwischen den Beschlüssen, denn der Bundesgesetzgeber darf eine Triageregulung – nur nicht in der Form und mit dem Inhalt des § 5c IfSG – erlassen.

¹⁶ Uhle, in Dürig/Herzog/Scholz Grundgesetz Kommentar, Bd. V, 108. EL August 2025, Art. 74 Rn. 100 ff.

¹⁷ Uhle, in Dürig/Herzog/Scholz Grundgesetz Kommentar, Bd. V, 108. EL August 2025, Art. 74 Rn. 100 ff.

¹⁸ Überzeugend und zutreffend BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 91 ff.

¹⁹ BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 121 ff., 132.

²⁰ Im Folgenden wird zur besseren Veranschaulichung weiterhin von Triagierenden und PatientInnen gesprochen. Gemeint sind jedoch auch andere Fälle der Diskriminierung in Fällen der Pflichtenkollision.

2. Der Interessenkonflikt

Gleich, ob die Triage künftig vom Bund und/oder den Ländern, im Strafrecht oder im AGG geregelt wird, zu lösen ist folgender Interessenkonflikt:

Es kollidieren Patienteninteressen: Die konkurrierenden PatientInnen haben je ein Interesse an der Erhaltung ihres Lebens und ihrer Gesundheit bzw. bei knappen Ressourcen jedenfalls an der gleichen Chance auf Zugang hierzu.

Hinzu treten ärztliche Interessen an freier Berufsausübung (Therapiefreiheit) sowie ggf. der Gewissensfreiheit.²¹ Die Interessen von PatientInnen und Behandelnden kollidieren: Je mehr Vorgaben gemacht werden, desto mehr Schutz besteht für die PatientInnen, desto mehr wird aber in die Berufsfreiheit eingegriffen. Je weniger Vorgaben gemacht werden, desto weniger wird in die Berufsfreiheit der Behandelnden eingegriffen, aber desto weniger Schutz besteht für die PatientInnen.

Kann das Strafrecht diesen Interessenkonflikt dogmatisch und verfassungsrechtlich unbedenklich auflösen? Zu diesem Zweck werden zunächst mögliche Regelungen dargestellt (3.), bevor im Anschluss strafrechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Bedenken (4.) beleuchtet werden.

3. Konkrete Regelungsmöglichkeiten

Denkbar wäre, dass der Gesetzgeber zum Schutz potentiell Diskriminierter einen neuen Tatbestand schafft:

„Wer einen anderen Menschen aufgrund eines in Art. 3 III 2 GG benannten Merkmals diskriminiert, wird bestraft“

– ggf. verknüpft mit einer objektiven Strafbarkeitsbedingung,²² um die Weite des Tatbestandes einzugrenzen:²³

„wenn das Opfer aufgrund der diskriminierenden Entscheidung stirbt oder an der Gesundheit (schwer) geschädigt wird.“

²¹ BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 55.

²² Vorbehaltlich etwaiger allgemeiner Kritik an diesem Regelungsmechanismus.

²³ Zur Kritik s. II. 4.

Rückt der Gesetzgeber das Bedürfnis der Triagierenden nach Rechtssicherheit, -klarheit sowie möglichst geringen Eingriffen in deren Grundrechte in den Mittelpunkt seiner Regelung, könnte er dies durch die (ergänzende) Einführung von Verfahrensregelungen (etwa die Beratung mit KollegInnen) als Straffreistellungsgrund wie in §§ 218 ff. StGB tun. Dies ist jedoch kompetenzrechtlich fragwürdig, weil dadurch der Länderkompetenz unterstehende Allokationsregeln im Krankenhaus getroffen werden könnten.²⁴

Ebenfalls möglich wäre es, zum Schutz der Grundrechte der Triagierenden eine rechtfertigende oder sonst straffreistellende Pflichtenkollision samt allgemeiner Ausschlussgründe zum Schutz potentiell Diskriminierter unabhängig von der Triage zu regeln:

„Kollidieren zwei gleichrangige Handlungspflichten, ist der Täter straffrei, wenn er zur Erfüllung jedenfalls einer Pflicht, eine der beiden erfüllt. Kollidieren zwei ungleichrangige Handlungspflichten, ist er straffrei, wenn er zur Erfüllung der höherrangigen Pflicht die nachrangige Pflicht nicht erfüllt. Eine Straffreistellung ist ausgeschlossen, wenn die Entscheidung zur Erfüllung einer Pflicht auf einer in Art. 3 III 2 GG benannten Eigenschaft des Opfers beruht.“

Damit würde die gewohnheitsrechtlich anerkannte Figur der rechtfertigenden Pflichtenkollision – vorbehaltlich etwaiger Fragen zur Ex-post-Triage²⁵ – kodifiziert und um diskriminierungsspezifische Aspekte ergänzt.

4. Strafrechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Bedenken

Gegen eine strafrechtliche Regelung sprechen jedoch dogmatische und verfassungsrechtliche Bedenken. Zunächst zu einem Rechtfertigungs- oder sonstigen Straffreistellungsgrund: Im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wäre eine solche Regelung zulässig, weil sie den Eingriff in die Berufsfreiheit der Triagierenden durch die §§ 211 ff. StGB abmilderte und zugleich die Behandelten vor Diskriminierungen schützte. Zudem wäre eine Normierung der Pflichtenkollision rechtssicherer als die bisherige gewohnheitsrechtliche Handhabung.

Jedoch führte ein Ausschluss der Rechtfertigung (oder sonstigen Straffreistellung) bei diskriminierenden Motiven zu Rechtsgutsvertauschun-

²⁴ BVerfG BeckRS 2025, 29284 Rn. 123, 126, 138.

²⁵ Vgl. hierzu Jansen ZIS 2021, 155, 164 ff.

gen²⁶ und der Bestrafung für sich genommen noch nicht strafwürdigen Unrechts;²⁷ Das Erfolgsunrecht der Tötung oder Körperverletzung wird kompensiert, da die Rechtsordnung dies im Falle der Pflichtenkollision gerade billigt. Weil die Unterlassung der Behandlung nicht auf einen rechtswidrigen Erfolg gerichtet ist, besteht auch kein Handlungsunrecht.²⁸ In der Diskriminierung liegt vielmehr ein bloßes Motivunrecht.²⁹ Weder ist dieses Unrecht allein strafwürdig, noch und erst recht nicht ist dieses Unrecht von den Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten erfasst.

Auch dass die Pflichtenkollision der Maximierung der Zahl Überlebender dienen soll und daher zwischen gleich- und nachrangigen Pflichten unterscheidet, Leben mithin verobjektiviert und abwägt, wäre dem Strafrecht fremd, denn dann würde man entgegen geschriebenen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen die Tötung von Einzelnen zum Wohle der Gemeinschaft erlauben.³⁰ Nicht nur das Strafrecht verbietet eine Abwägung von Leben gegen Leben, sondern auch das Verfassungsrecht, Art. 1 I GG. Statt der Rechtfertigung eine Strafbefreiung vorzusehen, würde abgelehnten PatientInnen ein Notwehr- oder jedenfalls Notstandsrecht zugestehen, was insofern den „Eingriff“ in die Menschenwürde jedenfalls im Ergebnis abmildern könnte. Auch in diesen Fällen wäre eine Regelung jedoch verfassungsrechtlich bedenklich, wenn und soweit sie der Maximierung der Überlebenden dient.

Weiter zum Diskriminierungstatbestand: Ein solcher wäre im allgemeinen Strafrecht und AGG grundsätzlich fremd.³¹ Lediglich § 397 I Nr. 1 SGB V bebußt Verstöße gegen das Neutralitätsgebot des § 25b VII SGB V, was jedoch kaum mit der Systematik des Tatbestandes³² im Übrigen vereinbar ist. Bislang werden Diskriminierungen straf-

²⁶ Engländer medstra 2023, 142, 144; ders. in Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, 111, 138 f.

²⁷ Das ergibt sich aus der Systematik des Strafrechts, dazu sogleich.

²⁸ Engländer medstra 2023, 142, 144; ders. in Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, 111, 138 f.; Jäger/Gründel ZIS 2020, 151, 161.

²⁹ Engländer medstra 2023, 142, 144.

³⁰ Zur Kritik im Hinblick auf die Bestimmung der Gleichrangigkeit der Pflichten Jansen ZIS 2021, 155, 160 ff.

³¹ Die Volksverhetzung (§ 130 StGB) oder eine Beleidigung (§ 185 StGB) schützen vorrangig andere Rechtsgüter als Art. 3 GG; so auch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, 3. Aufl. 2017, S. 64, 187 ff.; im Übrigen werden Diskriminierungen in der Strafzumessung (§ 46 II StGB) berücksichtigt.

³² Er soll vorrangig das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützen, Becker, in Becker/Kingreen SGB V, 9. Aufl. 2024, § 397 Rn. 3; BT-Drs. 20/9785, S. 64; 20/3876, S. 62.

rechtlich allenfalls mittelbar sanktioniert.³³ Dogmatisch wäre daher die Anknüpfung an ein Rechtsgut wie das Leben notwendig. Dann jedoch besteht – wie oben beschrieben – die Gefahr einer Rechtsgutsvertauschung oder Bestrafung noch nicht strafwürdigen Unrechts.³⁴

Strafrechtsdogmatische und materielle verfassungsrechtliche Bedenken sprechen daher – auch wenn das Verfassungsgericht sich mit ihnen nicht befassen musste – gegen eine Neuregelung gleich welcher Art im Strafrecht.

III. Ausblick

Mit seiner Entscheidung gab das Bundesverfassungsgericht Anlass dazu, mögliche Ausgestaltungen der Triage zu beleuchten, die sowohl den materiellen Anforderungen aus dem Beschluss von 2021 als auch den formellen Schranken aus dem Beschluss von 2025 genügen. Zutreffend und überzeugend stellte das Gericht die Kompetenzwidrigkeit von § 5c IfSG fest. Gleichwohl ist es kompetenzrechtlich möglich, eine strafrechtliche Triageregulation zu schaffen. Die vorliegende Spurensuche hat jedoch auch gezeigt: Die moralisch-ethisch, rechtlich und medizinisch umstrittene Triagekonstellation lässt sich nur schwer (straf-)rechtlich erfassen, weil dogmatische Bedenken zum geschützten Rechtsgut sowie materielle verfassungsrechtliche Bedenken zur Zulässigkeit der Pflichtenkollision bestehen. Zu führen sind zum Zwecke der Schaffung einer Neuregelung insb. die Debatten um die Zulässigkeit der Ex-post-Triage, die Zulässigkeit und Reichweite der rechtfertigenden Pflichtenkollision sowie um dogmatische Möglichkeiten und Bedenken im einfachen und Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht lässt mit seinen beiden Triage-Entscheidungen den Weg hierfür offen.

³³ *Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, Handbuch Diskriminierung (Fn. 31), S. 64, 187 ff.

³⁴ So auch *Engländer medstra* 2023, 142, 144.