

**Ergänzende Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für
Gesundheit „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes“
(20. Juli 2022)**

Die unterzeichnenden Juristinnen und Juristen nehmen ergänzend zu den Ausführungen der Taskforce COVID-19 der AWMF Stellung. Dieser Schritt bedarf einer Erklärung, da das Ministerium wohl keine juristische Fachgesellschaften um Stellungnahmen gebeten hat. Wir gehen jedoch davon aus, dass es sinnvoll sein könnte, Fehleinschätzungen zu rechtlichen Fragen auszuräumen, die u.a. in der Presseberichterstattung zur ersten Version des RefEntwurfs zu finden waren.

1. Zu § 5c Abs. 1, Abs. 2 S. 1-3 IfSG-RefEntwurf, insbes. Abstellen auf die „aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit“: Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat im Beschluss vom 16.12.2021 beschrieben, was sich aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG („Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“) ergibt. Für den Gesetzgeber ist damit der verfassungsrechtliche Rahmen abgesteckt. Das BVerfG hat es ausdrücklich als zulässig bezeichnet, bei der Verteilung von Behandlungsressourcen in einer gesetzlichen Regelung auf die Aussicht, die akute Erkrankung zu überleben, abzustellen.¹ Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung ist es nicht überzeugend, dass mit Blick auf den IfSG-RefEntwurf in der Presse von einer „Brüskierung jener Menschen mit Behinderung, die in Karlsruhe geklagt haben“ und einer „Diskriminierung“ gesprochen sowie suggeriert wurde, dass nur ein Losverfahren Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG entspreche.² Das geht eindeutig an den Vorgaben vorbei, die das BVerfG für eine neue gesetzliche Regelung entwickelt hat. Den Aspekten, die zum Erfolg der Verfassungsbeschwerde geführt hatten (Gebrechlichkeit und Komorbiditäten dürfen kein eigenständiges Zuteilungskriterium sein), trägt der Entwurf Rechnung.

2. Zu § 5c Abs. 2 S. 4 IfSG-RefEntwurf (Ausschluss von Ex-post-Triage): Nach dem derzeitigen Bearbeitungsstand soll die sog. Ex-post-Triage explizit verboten werden. Wie die Stellungnahme der Taskforce COVID-19 aufzeigt, würde dies in einer schweren Pandemie bedeuten, dass § 5c Abs. 2 S. 1 schnell obsolet würde. Dass zwei oder mehrere Patienten *gleichzeitig* in die Notaufnahme eingeliefert werden, dürfte in der Praxis weniger häufig vorkommen als zeitversetztes Eintreffen.³ Der Grundansatz, wonach die Überlebenswahrscheinlichkeit

¹ BVerfG, Beschluss v. 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, Rn. 116, 118; s. dazu die Beiträge von Gutmann, Huster und Taupitz in MedR 2022. Gutmann (MedR 2022, 217, 219) geht davon aus, dass es sich nur um ein *obiter dictum* ohne bindende Wirkung handle. Das kann nicht richtig sein. Die zentrale Kernaussage des Beschlusses ist, dass der Gesetzgeber eine Schutz- und Handlungspflicht hat, dabei aber ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum besteht. Wenn man mit Gutmann medizinische Prognosen als Entscheidungskriterium ablehnt, bliebe nur eine einzige Folgerung: Es müsste gelöst werden. Eine solche radikale Verengung möglicher Entscheidungskriterien mag man rechtsphilosophisch oder politisch fordern, aber der verfassungsrechtliche Rahmen für den Gesetzgeber im Beschluss des BVerfG fällt anders aus.

² Berndt, Süddeutsche Zeitung vom 8.5.2022.

³ Taupitz, MedR 2022, 181 (184).

maßgeblich sein soll, wird durch § 5c Abs. 2 S. 4 deshalb in den meisten Fällen umgeworfen. Die aktuelle und kurzfristige Überlebenschance würde nicht verglichen, sondern es würden nur diejenigen behandelt, die zufällig zuerst eintrafen und ggf. mit langen Liegezeiten alle Behandlungsplätze belegen. Später eintreffende Patienten würden gar nicht mehr oder nicht mehr den Standards entsprechend intensivmedizinisch versorgt.

Die unter Umständen folgenschwere Hinzufügung eines neuen Satz 4 in § 5c Abs. 2 wurde möglicherweise durch Interventionen in der Presse befördert. Die in der ersten Version des RefEntwurfs vorgesehene Möglichkeit des Behandlungsabbruchs nach Re-Evaluierung wurde folgendermaßen kritisiert: „Strafrechtler werten ein solches Vorgehen als Totschlag“.⁴ Zum *heute* geltenden Recht gibt es in der Tat Stellungnahmen, die eine Ex-post-Triage als rechtswidrig einordnen⁵, während andere bereits nach jetziger Gesetzeslage eine Rechtfertigung für möglich halten.⁶ Diese Diskussion entstand, weil es noch keine konkret auf das Problem zugeschnittene gesetzliche Regel gibt, sondern allgemeine strafrechtliche Rechtfertigungsgründe zu prüfen sind. Ein Denkfehler ist es, hieraus Schlüsse für die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers zu ziehen. Die Diskussion unter Strafrechtswissenschaftlern hätte sich erledigt, wenn die Ex-post-Triage ausdrücklich gesetzlich zugelassen oder verboten würde.

Die Rechtsprechung des BVerfG steht einer gesetzlichen Zulassung nicht entgegen. In der Entscheidung vom 16.12.2021 wurde die Ex-post-Triage nicht thematisiert. Es besteht kein Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Vielmehr würde die *de facto*-Schließung von Intensivstationen behinderte ebenso wie nicht behinderte Menschen treffen, die trotz akut lebensbedrohlichem, gut zu behandelndem Zustand, etwa einem Herzinfarkt oder Schlaganfall, bei Verschlechterung einer Vorerkrankung, pandemiebedingter Neuerkrankung oder nach einem Unfall, keine Chance hätten, intensivmedizinisch versorgt zu werden. Es ist auch nicht wahrscheinlich, dass das BVerfG aus Art. 1 Abs. 1 GG ableiten würde, dass der Gesetzgeber die Ex-post-Triage nicht zulassen dürfe. Mit dem staatlich angeordneten Abschuss eines Passagierflugzeugs, vom BVerfG als Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG eingeordnet,⁷ ist der Abbruch eingeleiteter intensivmedizinischer Behandlung bei schlechterer Überlebensprognose nicht zu vergleichen.⁸ Das BVerfG betont generell, dass Aussagen zu Art. 1 Abs.

⁴ Haarhoff, Der Tagesspiegel vom 6.5.2022.

⁵ Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1401); Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704 (710 ff.); Sowada, NStZ 2020, 452 (457 ff.); Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627 (635); Walter, GA 2020, 656 (671 ff.); Engländer sowie Fateh-Moghadam/Gutmann, in Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, 291 (329 ff.), 111 (119 ff.); Waßmer in Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Hrsg.), Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft, 2021, 341 (350 ff.).

⁶ Ast, ZIS 2020, 268 (272 ff.); Taupitz, MedR 2020, 440 (446 f.); Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (134 f.); Hoven, JZ 2020, 449 (452 ff.); Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151 (156 ff.); Frister, Kubiciel, Rostalski sowie Weigend in Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Hrsg.), Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft, 2021, 131 (140 ff.), 217 (225 f.), 265 (279 ff.), 375 (392 ff.); Hörnle, in Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, 149 (166 ff.); Rosenau, in Satzger u.a., StGB, 5. Aufl. 2021, Vor §§ 32 ff. Rn. 60.

⁷ BVerfG, Urteil vom 15.2. 2006 - 1 BvR 357/05 -, Rn. 119 ff.

⁸ Taupitz, MedR 2020, 440 (442 f.); Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 (132, 135).

1 GG stark kontextabhängig sind.⁹ In der Entscheidung vom 16.12.2021 wurde explizit klargestellt, dass das Abstellen auf die Aussicht, die akute Erkrankung zu überleben, keine Bewertung menschlichen Lebens bedeutet.¹⁰ Auch auf Schutzpflichten für das Leben anderer Patientinnen und Patienten hat das BVerfG hingewiesen.¹¹

4. Zur Begründung für § 5c IfSG-RefEntwurf: Wenn ein Parlamentsgesetz die Kriterien für Zuteilungsentscheidungen festlegt, ist damit nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung entschieden, dass gesetzeskonforme Zuteilung erlaubt ist und nicht strafrechtlich verfolgt wird. Der Verweis auf strafrechtliches Gewohnheitsrecht, d.h. die allgemeinen Regeln der rechtfertigenden Pflichtenkollision im RefEntwurf (S. 17), ist überflüssig, jedoch unschädlich.

Problematisch ist es aber, wenn unklare Andeutungen echte Rechtsunsicherheit schaffen. In den Passagen des RefEntwurf zur Begründung des Verbots der Ex-post-Triage (S. 19) findet sich folgende Einschätzung: „Vorgaben für die strafrechtliche Behandlung dieser Konstellation sind durch die Regelung nicht beabsichtigt. Darüber haben die zuständigen Staatsanwaltschaften und unabhängigen Gerichte unter Berücksichtigung der allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze im konkreten Einzelfall zu entscheiden.“ Das ist schwer verständlich. Warum sollte ein explizites Verbot von Ex-post-Triage in einem Parlamentsgesetz strafrechtlich irrelevant sein und statt dem spezielleren Gesetz auf „allgemeine Grundsätze“ abgestellt werden? Soll die Möglichkeit einer außergesetzlichen Entschuldigung angedeutet werden, wobei vollkommen offen ist, wie das die Strafverfolgungsbehörden handhaben würden? Was ist mit zivilrechtlichem Schadensersatz nach einer durch § 5c Abs. 2 S. 4 IfSG RefEntwurf als rechtswidrig gebrandmarkten Zuteilungsentscheidung? Behandelnde, die in der Notlage einer zugespitzten Pandemie unter extremem Stress stehen, verdienen Rechtssicherheit.¹² Wenn Behandelnde sich in verzweifelter Lage dafür entscheiden, zu reevaluieren und das Leben der Menschen mit guter Prognose zu retten, und sie nicht dafür bestraft werden sollen, müssen Neubewertung und entsprechend begründete Behandlungsabbrüche zugelassen werden, wie es die erste Version des RefEntwurfs vorsah und wie es die Taskforce COVID-19 der AWMF in ihrer Stellungnahme vorschlägt.

Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE)

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie,
Leibniz Universität Hannover

Prof. Dr. Georg Freund

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie, Philipps-Universität Marburg

⁹ BVerfG, Urteil vom 15.2.2006 - 1 BvR 357/05 -, Rn. 121.

¹⁰ Fn. 1, Rn. 116; in Rn. 128 wird darauf verwiesen, dass anders als bei der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz die Unantastbarkeit der Menschenwürde nicht den Ausschlag gebe. S. dazu, dass phänomenologische Unterschiede zwischen Ex-ante- und Ex-post-Triage für die Beurteilung nach Art. 1 Abs. 1 GG keine Rolle spielen, Poscher, in Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, 41 (76).

¹¹ Fn. 1, Rn. 127.

¹² Kubiciel (Fn. 6) 229; Huster, in Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, 83 (99).

Prof. Dr. Helmut Frister

Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Heinrich Heine Universität Düsseldorf; Mitglied des Deutschen Ethikrats

Prof. Dr. Karsten Gaede

Lehrstuhl Strafrecht II – Deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Bucerius Law School Hamburg

Prof. Dr. Tatjana Hörnle, M.A. (Rutgers)

Direktorin der Abteilung Strafrecht, Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg; Honorarprofessorin, Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Elisa Marie Hoven

Lehrstuhl für deutsches und ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medienstrafrecht, Universität Leipzig; Richterin des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen

Prof. Dr. Stefan Huster

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie, Ruhr-Universität Bochum

Prof. Dr. Christian Jäger

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel

Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht, Universität Augsburg

Prof. Dr. Michael Lindemann

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Universität Bielefeld

Prof. Dr. Ralf Poscher

Direktor der Abteilung Öffentliches Recht, Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg; Honorarprofessor, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. Dr. Henning Rosenau

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung, Universität zu Köln, Mitglied des Deutschen Ethikrats

Prof. Dr. Jochen Taupitz

Seniorprofessur für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Mannheim, Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim

Prof. Dr. Uwe Volkmann

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Goethe-Universität Frankfurt am Main

Prof. Dr. Thomas Weigend

Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Universität zu Köln

Kontaktadresse:

Prof. Dr. Tatjana Hörnle

Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht

Günterstalstr. 73, 79100 Freiburg i. Br.

Tel. +49 761 7081-600, Email: t.hoernle@csl.mpg.de