

### III. Zwischenfazit

Die strafrechtsdogmatische Lösung dilemmatischer Konflikte *de lege lata*, die maßgeblich von der problematischen Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen abhängt, ist nur eingeschränkt plausibel. Die Bandbreite reicht von völliger Auswahlfreiheit und Straffreiheit (Rettungsunterlassung) bis hin zu einem Tötungsvorwurf (Rettungstötung). Hier gibt es – sowohl im Allgemeinen als auch im Speziellen für die Triage – durchaus Regelungsbedarf. Erstaunlich ist, dass der erste Entwurf eines Triage-Gesetzes an diesen hochproblematischen strafrechtlichen Regeln nichts ändern will.<sup>33</sup>

#### *B. Dilemmatische Konflikte und der demokratisch gebundene Gesetzgeber*

Vor der Frage nach dem sinnvollen Inhalt eines Gesetzes *de lege ferenda* steht aber die Frage nach den Grenzen der Regelungserlaubnis. Der dilemmatische Konflikt konfrontiert die Legislative nämlich mit einer wiederkehrenden Problematik<sup>34</sup>: Wenn Leben keiner Bewertung oder Abwägung unterzogen werden darf, darf der Gesetzgeber dann überhaupt eine Norm erlassen, die materielle Abwägungskriterien enthält, um einen dilemmatischen Konflikt im Bereich des Lebensschutzes aufzulösen? Oder bleibt ihm nur die (alternativlose) Möglichkeit, Losverfahren bzw. randomisierte Verfahren vorzuschreiben? Wenn ja, woher kommt eine solche Festlegung des Gesetzgebers?

---

33 Bundesministerium für Gesundheit, Kabinett beschließt Regelungen zur Triage, Pressemitteilung vom 24.08.2022: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/kabinett-beschliesst-regelungen-zur-triage.html> (zuletzt abgerufen am 18.12.2022).

34 Poscher, Die Abwägung von Leben gegen Leben, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 41, 42 (zitiert als Poscher, in: Hörnle/Huster/Poscher [Hrsg.]).

## I. Die Position der Opponenten: Stark eingeschränkte Regelungsmöglichkeit

Der deutsche Ethikrat<sup>35</sup> und einige Stimmen aus dem Schrifttum<sup>36</sup> sind im Kontext der Triage der Auffassung, dass die Möglichkeiten des Staates abstrakt bindende Vorgaben für die Allokation knapper Ressourcen zu machen, stark begrenzt seien. Dies hänge im Wesentlichen mit Art. 1 GG zusammen.<sup>37</sup> Das Grundgesetz gebe dem Gesetzgeber insoweit (negativ) Gestaltungsgrenzen vor. Der deutsche Ethikrat arbeitet hierbei im Wesentlichen mit zwei Prämissen, die sich auf Art. 2 II 1 GG iVm Art. 1 GG zurückführen lassen: Das Gebot der Lebenswertindifferenz und das sog. Abwägungsverbot. Nach dem Gebot der Lebenswertindifferenz ist jedes Leben gleich viel wert, was unbestreitbar ist. Daraus folge aber eben – und ab hier beginnt der erläuterungsbedürftige Teil der Konklusion – dass „jede Be- oder gar Abwertung des menschlichen Lebens im Rahmen einer Abwägung insgesamt untersagt“<sup>38</sup> sei. Anders ausgedrückt: „Keine Abwägung Leben gegen Leben!“. Daraus ergebe sich die nächste folgenschwere Konklusion: Der Staat dürfe menschliches Leben nicht bewerten, und deshalb auch nicht vorschreiben, welches Leben in einer Konfliktsituation vorrangig zu retten ist. Jede Norm, die also durch materielle Kriterien vorschreibe, welches Leben im Falle einer Kollision vorrangig zu retten ist, impliziere daher eine Bewertung von Leben und verstoße gegen das Abwägungsverbot.<sup>39</sup>

---

35 Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona Krise/Ad-Hoc Empfehlung, 2020, S. 3 und 4.

36 Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704, 705; Walter, GA 2020, 656, 664; Lindner, MedR 2020, 723, 727; Fateh-Moghadam/Gutmann, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 291, 320.

37 Augsberg, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 1, 39.

38 Deutscher Ethikrat, aaO, S. 4.

39 Deutscher Ethikrat, aaO, S. 4.

## II. Die Position der Proponenten: Regelungsmöglichkeit und vielleicht sogar Regelungspflicht

Diese Position stieß im strafrechtswissenschaftlichen<sup>40</sup> und medizinethischen<sup>41</sup> Schrifttum auf erhebliche Kritik. Die Proponenten sind der Auffassung, dass eine Regelung möglich und zwingend geboten sei, eine legislative Enthaltensamkeit sei nicht hinnehmbar.<sup>42</sup> Es könne nicht von ad-hoc getroffenen Gewissensentscheidungen der Ärzte abhängen, wer Leben darf und wer sterben muss.<sup>43</sup> Dies folge aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>44</sup>, das im Rechtsstaatsprinzip verankert ist und in Gestalt der Wesentlichkeitsrechtsprechung durch das BVerfG<sup>45</sup> konkretisiert wurde. Die Entscheidung wesentlicher (im Sinne von grundrechtssensibler) Fragen müsse aus einem demokratischen Verfahren hervorgehen, das den Repräsentanten des Volkes Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten. Nichts dürfte wesentlicher sein als die Entscheidung über Leben und Tod. Hinzu komme materiell das Gebot der Effizienz.<sup>46</sup> Dieses Gebot zur Maximierung der Zahl der Überlebenden sei zwar nicht unmittelbar der Verfassung zu entnehmen und auch nicht streng utilitaristisch zu verstehen, dennoch sei es eine evidente Erkenntnis der praktischen Vernunft, und nicht nur zufällig

40 Vgl. insbesondere *Poscher*, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), S. 76; im Ergebnis zustimmend *Engländer/Zimmermann*, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise?, NJW 2020, 1398,1402; *Gärditz*, Grundrechtliche Schutzpflichten und medizinische Ressourcenallokation in der Corona-Krise, ZfL 2020, 381, 384; *Gelinsky*, Brauchen wir ein Triage-Gesetz, 2020; *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, München 2022, 3. Aufl. S. 83; *Taupitz*, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, MedR 2020, 440, 441 f.; *Bockholdt*, in: Schlegel/Meßling/Bockholdt (Hrsg.), COVID-19-Gesetzgebung – Gesundheit und Soziales, 2020, § 9 Rn. 138; *Streng-Baunemann*, Corona-Triage – verfassungsrechtliche und strafrechtliche Perspektive, ZIS 2021, 170 ff., die sich für eine Regelungskompetenz des Gesetzgebers aussprechen.

41 *Marckmann/Neitzke/Schildmann*, Triage in der Covid-19-Pandemie – was ist gerecht?, DIVI 2020, 172, 174.

42 *Streng-Baunemann*, ZIS 2021, 170, 175 ff.; *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra 2020, 129, 130; *Rönnau/Wegner*, Grundwissen – Strafrecht: Triage, JuS 2020, 403, 404; *Taupitz*, MedR 2020, 440, 442.

43 *Gelinsky*, S. 6; *Brech*, Triage und Recht, Berlin 2008, S. 308 ff.

44 So auch *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 404.

45 BVerfGE 33, 125, 158.

46 *Hossli*, Triage-Ausbildung, in: Bergmann u.a. (Hrsg.), Die Organisation der Notfall- und Katastrophenmedizin, Wien 1985, 35–39, 35.

ein wichtiger Topos der ärztlichen Berufsethik, möglichst viele Leben zu retten und Schaden zu minimieren.<sup>47</sup>

### III. Der Gesetzgeber zwischen Abwägungsverbot und Regelungskompetenz: ein Meta-Dilemma?

Das hier angesprochene Spannungsverhältnis betrifft sonach mehrere Ebenen: Einerseits ist der Gesetzgeber offenbar mit einer aus Art. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG resultierenden Schutzpflicht konfrontiert, zugleich sollen sich aber aus Art. 1 GG und dem Abwägungsverbot wesentliche negative Gestaltungsgrenzen ergeben. Um eben diesen Konflikt soll es im Folgenden vornehmlich gehen. Ein passendes Sinnbild hierzu liefert die griechische Mythologie mit ihren Ungeheuern Skylla und Charybdis, die in einer Meeresenge lebten, zwischen denen Seefahrer hindurchmussten. Die sechsköpfige Skylla auf einer Seite fraß Menschen, wenn sie ihr zu nahe kamen. Gegenüber war Charybdis, ebenso gefährlich durch ihren Strudel, der alles hinab zog. Um Skylla auszuweichen, musste man sich aber zwangsweise Charybdis nähern und umgekehrt. Dieses Bild verdeutlicht die legislative Herausforderung: Wenn der Gesetzgeber dem Abwägungsverbot (Skylla) ausweicht und auf dem Boden einer streng deontologischen Haltung jede Abwägung untersagt, nähert er sich zwangsweise Charybdis in Gestalt einer Verletzung seiner Schutzpflicht, indem er entweder gar keine Regelung vorgibt oder aber das Zufallsprinzip vorschreibt. Dann verletzt er womöglich das Gebot der Schadensminimierung. Am Beispiel der Triage: Im letzten Fall müsste es rechtfertigbar sein, wenn am Ende alle sterben, weil das Los denjenigen mit der schlechtesten Überlebenschance trifft, obwohl wenigstens eine Person mit hoher Wahrscheinlichkeit hätte gerettet werden können.<sup>48</sup> Im Bemühen um eine Auflösung dilemmatischer Konflikte scheint der Gesetzgeber daher seinerseits mit gleichermaßen verbindlichen, aber inkompatiblen Geboten konfrontiert zu sein, was ihn selbst in eine Art „Meta-Dilemma“ stürzt. Am Ende führen alle denkbaren Alternativen nämlich zu juristisch und ethisch unerwünschten Folgen. Wie also umgehen mit diesem (Rechts-) Dilemma?

---

47 *Streng-Baunemann*, ZIS 2021, 170 ff. und *Taupitz*, MedR 2020, 440 ff.

48 So ausdrücklich *Broome*, „Kamm on Fairness“, in: *Philosophy and Phenomenological Research* 58, 1998, 956, der schreibt: „Saving *no one* would be the fairest thing to do (...)“.