

tiefer liegt als die des Beschlusses v. 16. 12. 2021¹⁷. Wenn „[j]edes menschliche Leben [...] als solches gleich wertvoll“ ist¹⁸, wenn „[m]enschliches Leben und menschliche Würde [...] deshalb ohne Rücksicht auf die Dauer der physischen Existenz des einzelnen Menschen gleichen verfassungsrechtlichen Schutz“ genießen¹⁹; wenn mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG „die biologisch-physische Existenz jedes Menschen vom Zeitpunkt ihres Entstehens an bis zum Eintritt des Todes unabhängig von den Lebensumständen des Einzelnen, seiner körperlichen und seelischen Befindlichkeit [...] geschützt“ wird²⁰ und wenn aufgrund der Achtung vor der Unantastbarkeit der Menschenwürde Leben nicht gegen Leben abgewogen werden darf (Rdnr. 118), dann gibt es für die Triage überhaupt kein materielles Differenzierungskriterium, das verfassungsrechtlich zulässig wäre. Ein Gesetzgeber, der entgegen seinem Schutzauftrag aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG etwas anderes anordnen würde als den radikal chancengleichen Zugang zur Intensivmedizin zu garantieren, müsste mit einer erneuten Serie von Verfassungsbeschwerden korrigiert werden. Ob das BVerfG den von ihm in ständiger Rechtsprechung bekräftigten Grundsatz der Lebenswertindifferenz des Grundrechts auf Leben als Ausdruck jener fundamentalen Gleichheit von Rechtspersonen, die unmittelbar durch den Würdesatz des Art. 1 Abs. 1 GG vermittelt wird, auch für Triage-Situationen aufrechterhält, oder ob es sich den zahlreicher werdenden Stimmen beugt, die es mit dieser Lebenswertindifferenz dann, wenn es auf sie ankommt, nicht mehr allzu genau nehmen wollen, wäre dann zu sehen.

- 17) Hierzu und zum Folgenden *Fateh-Moghadam/Gutmann*, in: *Hörmle/Huster/Poscher*, Triage in der Pandemie, 2021, S. 2918, 296ff. m. w. N. S. auch *Deutscher Ethikrat* [<https://doi.org/10.1007/s00350-022-6141-x>](https://www.ethikrat.org/publikationen/(5.1.2022), S. 3; Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627, 635f.</p>
<p>18) BVerfGE 115, 118, 139.</p>
<p>19) BVerfGE 115, 118, 152, 158; <i>Gutmann/Fateh-Moghadam</i>, in: <i>Gutmann et al.</i>, Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, S. 78ff.; <i>Sternberg-Lieben</i>, MedR 2020, 627, 631 („Eigenschaftsbewertungsverbot“); <i>Merkel/Augsberg</i>, JZ 2020, 704.</p>
<p>20) BVerfGE 115, 118, 139; <i>Lorenz</i>, in: <i>Bonner Kommentar zum GG</i>, 214. Akt. 2021, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rdnrn. 418, 429; <i>Sternberg-Lieben</i>, MedR 2020, 627, 631.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20

Stefan Huster

I. Nachdem die ersten Befürchtungen aufgekommen waren, auch in Deutschland könne in der weiteren Entwicklung der Pandemie eine Knappheit der intensivmedizinischen Behandlungsressourcen auftreten und daher eine Triage im Sinne der Entscheidung, welcher von mehreren Patienten eine potentiell überlebensnotwendige Behandlung erhält, erforderlich werden, wurde aus juristischer Perspektive zunächst deutlich, dass für diese Situation keine spezielle rechtliche Regelung vorhanden ist. Man musste daher auf das allgemeine Strafrecht zurückgreifen, was dazu führte, dass die Diskussion zunächst sehr stark von strafrechtlichen Kategorien und Problemen – etwa der Einordnung der sog. Ex post-Triage – bestimmt war¹. Angesichts des

Fehlens spezifischer Regelungen und der damit verbundenen Orientierungsunsicherheit entwickelten die medizinischen Fachgesellschaften eine Leitlinie zum Umgang mit der Knappheitssituation². Diese Leitlinie, die nicht mehr als Empfehlungscharakter haben konnte und sich selbst auch als „klinisch-ethische Empfehlung“ bezeichnete, stellte vorrangig auf die klinische Erfolgsaussicht als Verteilungskriterium ab. Eine weitergehende Effizienzorientierung des Verteilungsmodus – etwa orientiert an Lebensalter, Lebensqualität, sozialem Wert o. ä. – wurde ausdrücklich abgelehnt. Dabei ist aber nicht zu übersehen, dass auch bereits das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht zu einer differenzierten Zuteilung der Ressourcen führt, die an den Gesundheitszustand der Patienten und die davon abhängigen Chancen der intensivmedizinischen Behandlung anknüpft. Im Ergebnis kann sich daraus eine Schlechterstellung von Menschen mit einschlägigen Vorerkrankungen oder Behinderungen ergeben. Die Leitlinie sah dementsprechend auch vor, dass nicht nur der klinische Zustand des Patienten sowie die einschlägigen Laborparameter und Scores erhoben werden, sondern auch die Komorbiditäten und der Allgemeinzustand inkl. Gebrechlichkeiten³.

Dieser Rechtszustand weckte aus zwei Gründen Bedenken, und damit kommen wir zum Verfassungsrecht. Zum einen wurde beklagt, dass in einer derartig (grundrechts-)wesentlichen Frage der Gesetzgeber nicht schweigen dürfe, sondern die Grundsätze, nach denen die Ärzte im Triage-Fall vorgehen sollen, selbst festlegen müsse⁴. Zum anderen befürchteten Menschen mit Behinderungen und Vorerkrankungen, dass sie durch das Triagekriterium der Erfolgsaussicht benachteiligt werden könnten⁵. Sie verlangten daher vom Gesetzgeber, dass er die Auswahlkriterien selbst und in einer Art und Weise regelle, die eine Behindertendiskriminierung ausschließe.

Beide Aspekte werfen ersichtlich sehr grundsätzliche normative Fragen auf. Die Regelungsverpflichtung des Gesetzgebers kollidiert mit einer gewissen Unwilligkeit, vielleicht sogar Überforderung des politischen Systems, sich in ethisch heiklen und komplexen Verteilungsfragen eindeutig zu positionieren; das ist aus der Organtransplantation, aber zuletzt auch aus der Impfpriorisierung bekannt⁶. Der Ethikrat hatte insoweit sogar grundsätzliche Vorbehalte angemeldet: Muss

- 1) Eine Sammlung der Fragen und Beiträge findet sich jetzt bei *Hilgendorf/Hoven/Rostalski* (Hrsg.), Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft, 2021.
- 2) Erste Fassung einsehbar unter <https://www.divi.de/joomlatoools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/200325-covid-19-ethik-empfehlung-v1.pdf>. Zu den medizinethischen Hintergrundannahmen der Empfehlung vgl. *Marckmann/Neitzke/Schildmann*, DIVI (Mitgliederzeitschrift der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin), Bd. 11 (2020), 4, 172ff.
- 3) S. 6f. unter 3.2. „Kriterien für Priorisierungs-Entscheidungen“ der in Fn. 2 genannten Leitlinie.
- 4) Vgl. *Bockholdt*, in: *Schlegel/Meßling/Bockholdt*, COVID-19 – Corona-Gesetzgebung – Gesundheit und Soziales, 2020, § 9, Rdnr. 138; *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1402; *Gärditz*, ZfL 2020, 381, 384ff.; *Gelinsky*, Brauchen wir ein Triage-Gesetz?, 2020; *Lindner/Schlögl-Flierl*, Triage bei COVID-19, 2020, 10f. Ähnlich bereits *Kloepfer/Deye*, DVBl. 2009, 1208, 1218f.; *Taupitz*, in: *Kloepfer* (Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, 2011, 103ff., 124; jetzt auch *ders.*, MedR 2020, 440, 441ff. Zur Wesentlichkeitstheorie in der Verfassungsrechtsprechung vgl. nur *Huster/Rux*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2020, Art. 20, Rdnrn. 172ff.
- 5) In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird daher nicht selten allein ein Zufallsverfahren für verfassungsmäßig gehalten; vgl. etwa *Engländer*, in: *Hörmle/Huster/Poscher* (Hrsg.), Triage bei einer Pandemie, 2021, S. 111, 139ff.; *Walter*, Die Zeit v. 2. 12. 2021, 15.
- 6) Vgl. *Huster*, Bedarf es für die Festlegung der Impfreihenfolge einer gesetzlichen Grundlage?, FES Forum Politik und Gesellschaft (<http://library.fes.de/pdf-files/dialog/17616.pdf>) 15. 1. 2022, 2021.

nicht jede positive gesetzliche Regelung von Verteilungskriterien bei der Triage zu einer unzulässigen Bewertung von Menschenleben führen? Und der Verdacht der Unfairness gegen die Erfolgsaussicht als Allokationskriterium verweist auf die philosophischen Tiefenbohrungen zum Verhältnis von Gleichheits- und Effizienzorientierungen in Verteilungsfragen, auch und gerade im Gesundheitswesen⁸. Denn anders als bei der klassischen Triage verteilen sich die Umstände, die zu differenzierten Erfolgsaussichten führen, hier nicht ganz zufällig: Wer wie schwer betroffen ist, wenn der ICE entgleist oder das Flugzeug abstürzt, kann man vorher nicht wissen – wer aber voraussichtlich aufgrund einer Behinderung oder Vorerkrankung bei der Corona-Triage die schlechteren Karten hat, ist heute schon recht klar. Das macht eine kontraktualistische Rechtfertigung der Orientierung an der Erfolgsaussicht hier schwierig, und auf eine rein utilitaristische Begründung wird man ungerne ausweichen wollen.

II. Genau diese beiden Aspekte lagen der Verfassungsbeschwerde von neun Bürgern mit Behinderungen oder Vorerkrankungen gegen die derzeitige Rechtslage zugrunde⁹. Man durfte daher auf die Entscheidung des BVerfG gespannt sein: Würde das Gericht, den Gesetzgeber tatsächlich zu einer Festlegung der Triagekriterien verpflichten? Und würde es die klinische Erfolgsaussicht als Kriterium verwerfen oder zumindest deutlich einschränken? Leider werden die Erwartungen enttäuscht, denn die Entscheidung lässt beide Fragen offen. Nachdem – nachvollziehbarerweise – der Erlass einer einstweiligen Anordnung im Juli 2020 abgelehnt worden war¹⁰, brachte das Gericht das Hauptsacheverfahren dann schon dadurch auf ein falsches Gleis, dass es im September 2020 einen Katalog mit Fragen zur Einschätzung der tatsächlichen und rechtlichen Situation an eine Reihe von Institutionen und Verbänden übersandte, die sich insbesondere mit der Situation von Menschen mit Behinderungen beschäftigen. Von diesem Adressatenkreis war nun von vornherein keine Klärung der verfassungsrechtlichen Grundsatzfragen zu erwarten. Und tatsächlich schafft es das Gericht dann auch, zu beiden Fragen schlichtweg nichts zu sagen: Der Gesetzesvorbehalt wird gar nicht angesprochen, und das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht wird kurzerhand und ohne jede Begründung für „verfassungsrechtlich unbedenklich“ (vgl. Rdnrn. 116, 118) erklärt¹¹. Stattdessen ergeht sich das Gericht in Vermutungen, dass die von den medizinischen Fachgesellschaften und ärztlichen Standesvertretungen empfohlenen Kriterien nicht in jeder Hinsicht präzise und gegen Missverständnisse, die zu Nachteilen für behinderte Menschen führen können, immun seien (Rdnrn. 118ff.). Das ist nun nicht nur ein problematischer Misstrauensnachweis gegenüber den Intensivmedizinerinnen, sondern auch in der Sache nicht zielführend. Denn heraus kommt nun lediglich eine vage Verpflichtung des Gesetzgebers, verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, die diese Unzulänglichkeiten verhindern: Einführung des Mehraugen-Prinzips, Vorgaben für die Dokumentation, spezifische Vorgaben für die Aus- und Weiterbildung des intensivmedizinischen Personals (Rdnr. 128) – Dinge, die auch die medizinischen Fachgesellschaften schon empfohlen und getan haben. Das soll der Ertrag der ganzen verfassungsrechtlichen Triage-Diskussion sein? Im Grunde lässt sich mit diesem Ergebnis nicht einmal eine Regelungspflicht des Gesetzgebers begründen; es hätte dann völlig ausgereicht, ihn zunächst beobachten zu lassen, ob die Intensivmediziner das Entscheidungsverfahren in der Triage vernünftig organisieren¹². Einige für das Selbstverständnis des Gemeinwesens zentrale Kernfragen – Was müssen wir politisch und rechtlich entscheiden und was dürfen wir zivilgesellschaftlichen Einrichtungen überlassen? Was bedeutet Gleichheit beim Zugang zu knappen medizinischen Ressourcen, wann werden Menschen mit schlechteren Gesundheitschancen insoweit diskriminiert? – werden hier zu

Anwendungsproblemen im klinischen Alltag („Vorurteile und mangelnde Sensibilität gegenüber Menschen mit Behinderungen lauern überall“) verharmlost und bleiben dadurch unbeantwortet.

III. Das ist nicht nur intellektuell unbefriedigend, sondern wirft auch – über die Problematik der Triage hinaus – Fragen für die verfassungsrechtliche Maßstababildung auf, wie im Folgenden anhand von zwei Beispielen aus dem Transplantationsrecht angedeutet werden soll. Zum einen: Wenn in der hiesigen Entscheidung zur Triage der Gesetzesvorbehalt nicht einmal angesprochen und eine gesetzliche Regelung der Triagekriterien ausdrücklich freigestellt wird (Rdnr. 128: „hat der Gesetzgeber selbst zu entscheiden, ob er Vorgaben zu den Kriterien von Verteilungsentscheidungen macht“), könnte der Gesetzgeber nicht ganz ohne Plausibilität schlussfolgern, dass es dann allemal bei der – vielfach als missglückt und defizitär kritisierten, aber immerhin überhaupt existenten – gesetzlichen Regelung zur Organverteilung in § 12 Abs. 3 S. 1 TPG bleiben kann. Zum anderen könnte man aus der „Unbedenklichkeit“ des Kriteriums der Erfolgsaussicht (Rdnr. 118) entnehmen, dass dieses Kriterium auch im Rahmen der Organverteilung – wie gelegentlich gefordert¹³ – eine größere Rolle spielen darf, obgleich auch dagegen erhebliche Einwände geltend gemacht worden sind¹⁴. Letztlich weiß man das alles aber nicht, weil sich das BVerfG zu den zentralen Fragen ausschweigt.

- 7) Vgl. *Deutscher Ethikrat*, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, 2020, 4; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 714. Kritisch dazu *Huster*, in: *Hörmle/Huster/Poscher* (Hrsg.), Triage bei einer Pandemie, 2021, S. 83, 90ff.
- 8) Erwähnt seien dazu nur zwei neuere deutschsprachige Publikationen: *Dufner*, Welche Leben soll man retten?, 2021; *Lübbe*, Non-aggregationismus, 2015.
- 9) Die Antragsschrift ist zugänglich unter https://www.menschenundrechte.de/uploads/media/Verfassungsbeschwerde_COVID_19_Triage_Az_1_BvR_1541_20_HP.pdf.
- 10) Vgl. BVerfG, NVwZ 2020, 1353.
- 11) Vgl. dazu schon die Kritik bei *Huster*, <https://verfassungsblog.de/much-ado-about-nothing/>.
- 12) Zur verfassungsrechtlichen Beobachtungspflicht vgl. *Huster*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 24 (2003), 1 ff.
- 13) Vgl. etwa *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444 ff.
- 14) Vgl. etwa *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: *Gutmann u.a.* (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, 73 ff.

Vorwurf des Abrechnungsbetrugs bei Abrechnungen eines Pflegedienstes

StGB §§ 13, 263

Zu den Voraussetzungen eines Vermögensschadens i. S. v. § 263 StGB bei einem Dauerschuldverhältnis. (Leitsatz des Bearbeiters)

BGH, Beschl. v. 30. 6. 2021 – 1 StR 177/21 (LG Mannheim)

Problemstellung: In seinen beiden Grundsatzentscheidungen v. 23. 6. 2010 (BVerfGE 126, 170) und v. 7. 12. 2011 (BVerfGE 130, 1) hat das BVerfG klargestellt, dass sich aus Art. 103 Abs. 2 GG konkrete Anforderungen an die Auslegung des Schadensmerkmals bei den Vermögensdelikten (§§ 263, 266 StGB) ergeben. Dem kommt erhebliche praktische Bedeutung unter anderem

Eingesandt von Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Martin Stellpflug, Berlin; bearbeitet von Rechtsanwalt Jürgen Pauly, HammPartner Rechtsanwälte PartG mbB, Wolfgangstraße 92, 60322 Frankfurt am Main, Deutschland