

Der Glaube aber an eine „einzig richtige Position“ und die Festlegung des GG auf eine „antikonsequentialistische Genetik“ und damit eine starre Regelungsgrenze, die nur noch das Zufallsprinzip zulässt, ist hochproblematisch. Demokratie ist nämlich auch Ausdruck eines Relativismus, der „Moral-Absolutheiten“ ablehnt. In einer Demokratie obliegt sonach *alles* einem offenen Diskurs, starre Positionen bestehen gerade nicht. Der demokratisch gebundene Gesetzgeber kann folglich die Normen zur Auflösung dilemmatischer Konflikte nicht bei einer bestimmten Ethik aufsuchen, sondern er schafft sie im Rahmen des demokratischen Prozesses. Art. 1 GG hat hierbei nicht die Funktion ein „anti-konsequentialistisches Verständnis des GG“ zu sichern.¹²⁵

D. Exkurs und Ausblick: Erlaubnisfähigkeit der Ex-Post-Triage?

Der Gesetzgeber hat mit § 5c des Entwurfs eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes kürzlich eine Entscheidungsregel für ärztliche Zuteilungsentscheidungen normiert. Maßgeblich ist vereinfacht ausgedrückt, wer die größte Chance hat, die Krankheit hier und jetzt zu überleben.¹²⁶ § 5 Abs. 2 Satz 4 IfSchG ordnet für die Verlaufstriage an, dass bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten von der Zuteilungsentscheidung *ausgenommen* sind. Eine sog. Ex-Post-Triage, bei der ein Mensch vom Beatmungsgerät getrennt werden müsste, um einen anderen zu retten, wird sonach explizit untersagt. Für eine bereits zugeteilte Ressource gilt damit unwiderruflich „first-come-first-served“. Die allgemeinen strafrechtlichen Regeln sollen überdies nicht modifiziert werden. Ein Rückgriff auf den rechtfertigenden Notstand, gegenüber einem Arzt, der die Behandlung eines Patienten, dessen Zustand sich trotz langanhaltender intensivmedizinischer Betreuung stetig verschlechtert, beendet und zwar ausschließlich, um die Ressource einem anderen Patienten mit sehr hoher Genesungschance zuzuteilen, macht sich wegen Tötung strafbar. Eine übergesetzliche Entschuldigung dürfte mit Blick auf das eindeutige Verbot der Ex-Post-Triage in § 5c Abs. 2 S. 4 IfSchG nicht

125 Anders Gutmann, Struktur und Funktion der Menschenwürde als Rechtsbegriff, Angewandte Philosophie, 2014, S. 49, 57, https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/kfg-normenbegründung/intern/publikationen/gutmann/07_gutmann_-_menschenw_rde_als_rechtsbegriff.pdf (zuletzt abgerufen am 26.01.2023).

126 So auch bereits BVerfG, Beschl. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20.

mehr möglich sein. Ein absurder und völlig verfehlter Einsatz des Strafrechts.

Dies hängt auch damit zusammen, dass der Behandlungsabbruch (durch Abschalten eines Geräts) zu Unrecht als aktive Tötungshandlung eingestuft wird, weshalb die auf Unterlassungen zugeschnittene rechtfertigende Pflichtenkollision nicht in Rede steht.¹²⁷ Diese bedenkliche Äquivalenzthese bezüglich Tötung und Behandlungsabbruch, die auf dem dichotomen Verhältnis von aktivem Tun und Unterlassen basiert,¹²⁸ wird in der Philosophie ebenso häufig bezweifelt, weil die Dreiteilung zwischen Töten, Geschehenlassen und Unterlassen eine größere Rolle spielt.¹²⁹ Anthropogenes „Geschehenlassen“ kann durch Tun und Unterlassen realisiert werden und ist moralisch nicht unbedingt äquivalent zur Tötung, da einem natürlichen Verlauf eine hindernde Bedingung „nur“ wieder entzogen wird.¹³⁰ So ist nach *Birnbacher* der Einzelakt des Behandlungsabbruches eines Arztes (bspw. Knopf drücken) zwar ein aktives Tun, insgesamt aber als ein Geschehenlassen und damit Unterlassen zu werten.¹³¹ Diese sprachphilosophische und ontologische Differenzierung sollte gerade im Bereich des Medizinstrafrechts unbedingt stärker diskutiert werden. Die vorherrschende Intuition, eine Ex-Post-Triage als „schlimmer“ zu bewerten als eine Ex-Ante-Triage, hänge zudem mit der subjektiven Wahrnehmung einer – gegenüber einem natürlichen Todesverlauf – höher empfundenen Bedrohlichkeit durch aktives Tun zusammen.¹³² Dies allein ist aber nicht geeignet, ein strafrechtlich relevantes Verbot der Verlaufstriage zu begründen. Stellt man im Rahmen der Instrumentalisierungsfrage auf eine Einwilligungslösung ab, so scheint es aus Sicht der „Geopferten“ durchaus Gründe zu geben, in die eigene Opferung einzuwilligen: Ein Grund könnte sein, den Leben derer mit der höheren Überlebenschance grundsätzlich (im Vorfeld der Zuteilung) den Vorrang zu gewähren, weil für diese vielleicht mehr auf dem Spiel steht oder die Chancen Aller steigen.

127 Anders ausdrücklich *Hörnle*, in: *Hörnle/Huster/Poscher* (Hrsg.), S. 165.

128 Anders *Hong*, VerfassBl. 29.03.2020 (6).

129 Ausführlich *Birnbacher*, Tun und Unterlassen, Stuttgart 1995, S. 110 (zitiert als: *Birnbacher*, Tun und Unterlassen).

130 *Mannino*, S. 68 ff. unterscheidet zwischen Töten, Geschehenlassen, Unterlassen in Anlehnung an *McMahan*, Killing, Letting Die and Withdrawing Aid, Ethics, 103, 1993, 250 ff.; *Singer*, Praktische Ethik, 1. Aufl., Cambridge 1979, S. 223 ff. identifiziert fünf wesentliche Unterschiede zwischen Töten und Sterbelassen.

131 *Birnbacher*, Tun und Unterlassen, S. 112.

132 *Birnbacher*, Tun und Unterlassen, S. 211.