

Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Weitergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betref-

fende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

<https://doi.org/10.1007/s00350-024-6829-1>

Freiheitsrechte in der Gesundheitskrise: Staatliche Vernunftthoheit gegen individuelle Unvernunft?*

Thorsten Kingreen

I. Der grundrechtliche Schutz der Unvernunft

„Der vernünftige Mensch passt sich der Welt an. Der unvernünftige Mensch versucht beharrlich, die Welt an sich anzupassen. Aller Fortschritt hängt also vom unvernünftigen Menschen ab.“

Dieser Aussage von *George Bernard Shaw* wird der Anarchist in uns intuitiv gerne zustimmen. Mit der Unvernunft schlagen wir dem wohl geordneten Alltag ein Schnippchen. Obwohl die Wirtschaftswissenschaften seit *Adam Smith* den vernunftbegabten homo oeconomicus unterstellen, geben wir, insbesondere im Urlaub, Geld für Dinge aus, die wir nicht brauchen, und schmeißen Münzen in den Trevi-Brunnen in der Hoffnung, nach Rom zurückzukehren, obwohl genau dieses Geld für die spätere Rückkehr fehlen könnte. Und wir scheren uns auch nicht um gesundheitswissenschaftliche Erkenntnisse, wenn uns spätabends die Lust auf eine Currywurst mit „Pommes-Schranke“ erfasst und nicht um versicherungswirtschaftliche Evidenz, wenn wir mit 200 km/h über die Autobahn oder ohne Helm den Skihang herunter kacheln. Jede dieser Verhaltensweisen ist unvernünftig, aber doch von den Freiheitsrechten des Grundgesetzes geschützt¹. Die Grundrechte, insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG), schützen die Unvernunft und damit vor staatlicher Vernunftthoheit. Das Kind in uns nutzt diese Freiheit sogar besonders ausgiebig, wenn uns hohe Wächter der Vernunft auf die Unvernunft hinweisen; deshalb kaufen Menschen derzeit besonders gerne Öl- und Gasheizungen.

Die Rechtsprechung tut sich schwer mit der Rechtfertigung von Beschränkungen, die den Einzelnen lediglich vor sich selbst schützen sollen, also nicht dem Schutz Dritter dienen. Dogmatisch geht es dabei schon um die Frage der Legitimität des Eingriffsziels². In seiner frühen Rechtsprechung neigte das BVerfG dazu, das Eingriffsziel vom Eigen- in den Fremdschutz umzudeuten. Die Klassiker spielen im Recht des Straßenverkehrs, der in Deutschland schon seit jeher als Inbegriff der persönlichen Freiheit gilt³. Das BVerfG hat etwa die Helmpflicht für Motorradfahrer damit gerechtfertigt, dass „ein Kraftfahrer, der ohne Schutzhelm fährt und deshalb bei einem Unfall eine schwere Kopfverletzung davonträgt“, „keineswegs nur sich selbst“ schade. Es liege „auf der Hand, dass in vielen Fäl-

len weiterer Schaden abgewendet werden kann, wenn ein Unfallbeteiligter bei Bewusstsein bleibt.“⁴ Die Anschnallpflicht im Auto hat es zudem mit der Erwägung gerechtfertigt, dass der Sicherheitsgurt auch dagegen schützen könne, dass „bei einer Kollision ein Fahrzeuginsasse gegen einen anderen geschleudert wird.“⁵

Das klingt alles etwas bemüht, aber wir lernen: Wir tragen einen Schutzhelm beim Motorradfahren und schnallen uns im KFZ an – nicht, weil uns das schützt, sondern damit wir auch im Falle eines Unfalls soziale Wesen bleiben können, die einander helfen. Für nicht wenige von uns mag das eine etwas überraschende Perspektive sein. Mit dieser Argumentation könnte man es uns etwa auch verbieten, uns in unserer Stammkneipe sinnlos zu betrinken⁶, weil wir im volltrunkenen Zustand dem auf dem Nachhauseweg angetroffenen Opfer eines Verbrechens nicht mehr helfen oder keine Ersthilfe an einem Unfallort leisten könnten. Ein solches Verbot passte gut in die dystopische Gesellschaftsordnung in *Juli Zehs* Roman „Corpus Delicti“, in der die körperliche Optimalverfassung zur gegenseitigen und sanktionsbewehrten Bürgerpflicht überhöht wird⁷.

Die Rechtsordnung toleriert um der Freiheit willen in vielen Referenzfeldern private Unvernunft, weil ihr sozialer Bezug viel zu unspezifisch ist, aber die Autonomiever-

*) Schriftliche Fassung des auf der Jahrestagung der wissenschaftlichen Vereinigung der deutschsprachigen Medizinrechtslehrerinnen und -lehrer v. 9.–11.5.2024 in Köln gehaltenen Vortrags.

1) Programmatisch BVerfG, NJW 1999, 3399, 3401: „Auch selbstgefährdendes Verhalten ist Ausübung grundrechtlicher Freiheit.“ Aus dem Schrifttum etwa *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 191, Rdnr. 244.

2) Dazu, auch in Auseinandersetzung mit anderen Auffassungen, ausführlich *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2016, S. 257 ff.

3) *Kingreen*, Jura 2023, 46, 46.

4) BVerfGE 59, 275, 279.

5) BVerfG, NJW 1987, 180.

6) Bekifft sollte man freilich nicht sein; BVerfGE 90, 145, 197 rechtfertigt diese Ungleichbehandlung damit, dass „Alkohol eine Vielzahl von Verwendungsmöglichkeiten hat, denen auf Seiten der rauscherzeugenden Bestandteile und Produkte der Cannabispflanze nichts Vergleichbares gegenübersteht. Alkoholhaltige Substanzen dienen als Lebens- und Genussmittel; in Form von Wein werden sie auch im religiösen Kult verwandt.“ Sonderlich überzeugend ist das nicht, denn natürlich ist Cannabis ein Genussmittel und dass es im Gottesdienst keine Verwendung hat, kann in einer säkularen Gesellschaft nicht ernsthaft eine Begründung dafür sein, es außerhalb von Gotteshäusern zu verbieten.

7) *Zeh*, *Corpus Delicti*, 2009.

luste enorm wären, wenn man sie regulieren würde. Sie konzentriert den Schutz vor sich selbst vor allem auf Fallkonstellationen, in denen man davon ausgehen kann, dass die Betroffenen das Ausmaß ihrer Entscheidungen wegen deren Komplexität oder wegen unzureichender Einsichtsfähigkeit nicht einschätzen können. Das Jugendschutz- und das Verbraucherschutzrecht sind voll von einschlägigen und überwiegend auch nachvollziehbaren Bestimmungen, und dass etwa der Formzwang bei Grundstücksverkäufen sinnvoll ist, um eine vorschnelle Selbstschädigung des Grundeigentums zu vermeiden, wird auch kaum jemand bestreiten⁸. Selbstverständlich ist auch die Befugnis des Staates, „Anstöße“ zu Verhaltensänderungen zu geben, indem er vernünftiges Verhalten besonders fördert⁹. Gerade diese letzten Beispiele zeigen, dass der Staat zum Schutz des Menschen vor sich selbst legitimerweise Beratung vorsehen und Anreize setzen darf, aber ihm die Entscheidung selbst nicht abnehmen kann und darf.

Der freiheitsrechtlich gebundene Staat darf und muss daher grundsätzlich davon ausgehen, dass Menschen die Dimensionen ihrer privaten Entscheidungen selbst erfassen können; die Rolle des Nanny State, der wie weiland der absolutistische Staat die Oberhoheit über die Glückseligkeit seiner Untertanen beanspruchte, steht ihm nicht zu¹⁰. Ohnehin kann keine Rechtsordnung vor jeglicher Dummheit schützen.

II. Unvernunft und individuelle Gesundheit

Besondere Probleme bereitet das Verhältnis zwischen Freiheitsrechten und staatlichem Zwang zur Vernunft im Bereich der individuellen Gesundheit. Auch hier stellt sich die Frage, mit welchen Zielsetzungen der Staat in Entscheidungen über unsere individuelle Gesundheit eingreifen darf.

1. Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG

Die Rechtsprechung des BVerfG hat insoweit eine bemerkenswerte Entwicklung genommen¹¹.

In den frühen Entscheidungen wurde die Notwendigkeit, den Menschen vor sich selbst zu schützen, insgesamt und insoweit vergleichbar mit den erwähnten straßenverkehrsrechtlichen Fällen stärker betont. Altersbeschränkungen bei der operativen Geschlechtsumwandlung und das transplantationsrechtliche Verbot der Überkreuzspende (vgl. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG) verfolgten, so das BVerfG, das legitime Ziel, Menschen daran zu hindern, „sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen.“¹² Mit ähnlichen Erwägungen wurde etwa auch das Verbot des Genusses von Cannabis legitimiert¹³.

Von dieser Linie, die sich im Schrifttum dem Paternalismus-Vorwurf ausgesetzt sah¹⁴, hat sich das BVerfG mittlerweile implizit abgewendet. Nunmehr legt es Wert auf die Feststellung, dass die „Befugnis des Staates, den Einzelnen ‚vor sich selbst in Schutz zu nehmen‘, [...] keine ‚Vernunft- hoheit‘ staatlicher Organe über den Grundrechtsträger“ legitimiere¹⁵. Die grundrechtlich geschützte Freiheit schließe auch die „Freiheit zur Krankheit“ und „damit das Recht ein, auf Heilung zielende Eingriffe abzulehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt sind.“¹⁶ Der Wille von kranken Menschen dürfe daher nicht allein deshalb außer Acht gelassen werden, „weil er von durchschnittlichen Präferenzen abweicht oder aus der Außensicht unvernünftig“ erscheine. Die staatliche Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit könne folglich nur bei krankheitsbedingter Einsichtsunfähigkeit oder Unfähigkeit zu einsichtsgemäßem Verhalten aktiviert werden¹⁷.

Nimmt man das zum Maßstab, würden etwa Beratungspflichten vor operativen Geschlechtsumwandlungen und vor einer Überkreuzspende zwar nach wie vor ein legiti-

mes Ziel verfolgen und verhältnismäßig sein, wenn man den Betroffenen danach auch wirklich die freie Entscheidung darüber zubilligt, eine Geschlechtsumwandlung oder eine Überkreuzspende¹⁸ durchzuführen. Dementsprechend kann man auch vor den zweifellos bestehenden Gefahren des Cannabiskonsums warnen und diesen auch aus Gründen des Fremdschutzes regulieren. Aber ist es tatsächlich legitim, erwachsenen Menschen den Besitz von geringen Mengen Cannabis zum Eigenkonsum zu verbieten? Die politische Antwort lautet mittlerweile: nein, und zwar nicht, weil – wie es die bayerischen Tugendwächter auf alkoholgeschwängerten Volksfesten behaupten – die Gefahren des Cannabiskonsums verharmlost werden, sondern weil es dem Staat nicht zusteht, sich zum Vernunftwächter über die Gesundheit des Einzelnen aufzuspielen.

Das gilt selbst für den Fall, dass es nicht nur um die körperliche Unversehrtheit, sondern um das Leben geht. In der Entscheidung zum Verbot der geschäftsmäßigen Tötung auf Verlangen¹⁹ leitet das BVerfG das Recht auf Beendigung des eigenen Lebens nicht aus der negativen Freiheit des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ab, wie das im Schrifttum durchaus vertreten wird²⁰, sondern greift in die höchsten Ränge des Grundgesetzes: Die selbstbestimmte Verfügung über das eigene Leben sei „unmittelbarer Ausdruck der der Menschenwürde innewohnenden Idee autonomer Persönlichkeitsentfaltung;“ sie sei, „wenngleich letzter, Ausdruck von Würde.“ Die Würde des Menschen sei folglich „nicht Grenze der Selbstbestimmung der Person, sondern ihr Grund.“ Der Mensch „bleibe nur dann als selbstverantwortliche Persönlichkeit, als Subjekt anerkannt, sein Wert- und Achtungsanspruch nur dann gewahrt, wenn er über seine Existenz nach eigenen, selbstgesetzten- Maßstäben bestimmen kann.“²¹ Der Gesetzgeber, der die geschäftsmäßige Unterstützung beim Sterben verbiete, verfolge zwar das legitime Ziel, seine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG für das Leben zu erfüllen²². Der Staat habe dafür Sorge zu tragen, dass der Entschluss, begleiteten Suizid zu begehen, tatsächlich auf einem freien Willen beruhe²³. Aber die freie Suizidentscheidung dürfe nicht unmöglich gemacht werden; das gelte keinesfalls nur für schwerkranke Menschen, sondern für jedermann²⁴. Es ist bemerkenswert, wie schneidig das BVerfG die Schutzpflicht für das Leben abräumt, indem es das Recht auf Suizid nicht auf Situatio-

8) Vgl. etwa *Schwabe*, JZ 1998, 66, 68.

9) Zu dem hier nicht näher zu behandelnden „nudging“ klassisch *Sunstein/Thaler*, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness?*, 2009.

10) Dazu im hiesigen Kontext *Hillgruber*, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 1992, S. 27 ff. und *Volkman*, *Darf der Staat seine Bürger erziehen?*, 2012, S. 27 ff.

11) Dazu etwa *Barczak*, in: *Dreier/Brosius-Gersdorf* (Begr./Hrsg.), *Grundgesetz*, Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 34.

12) BVerfGE 60, 123, 132; NJW 1999, 3399, 3401.

13) BVerfGE 90, 145, 184.

14) S. für das Verbot der Überkreuzspende treffend etwa *Gutmann*, NJW 1999, 3387, 3388.

15) BVerfGE 128, 282, 308; ferner BVerfGE 142, 313, 339; 158, 131, 160.

16) So erstmals BVerfGE 128, 282, 304.

17) BVerfGE 128, 282, 308; 142, 313, 339; 158, 131, 160.

18) Dementsprechend strebt der Gesetzgeber nunmehr eine beschränkte Zulassung der Überkreuzspende an; vgl. den entsprechenden Referentenentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes v. 22. 4. 2024.

19) Zum Folgenden bereits *Kingreen*, in: *Günther/Volkman* (Hrsg.), *Freiheit oder Leben?* 2022, S. 103, 112.

20) *Kämpfer*, *Die Selbstbestimmung Sterbewilliger*, 2005, S. 177 ff.

21) BVerfGE 153, 182, 263 f.

22) BVerfGE 153, 182, 270 ff.

23) BVerfGE 153, 182, 271.

24) BVerfGE 153, 182, 262.

nen beschränkt, die objektiv vernünftig erscheinen mögen (etwa im Fall einer mit großen Leiden verbundenen lebensbedrohlichen Erkrankung), sondern die Entscheidung darüber, ob man leben will, dem Einzelnen in jeder Lebensphase und -situation selbst überlässt. Überraschend ist schließlich auch, wie wenig Gewicht es den Gefahren beimisst, die das Angebot geschäftsmäßiger Suizidbeihilfe mit sich bringt²⁵. Weit ist es davon entfernt, der Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit die Funktion eines alles überragenden Eingriffstitels beizumessen, mit dem individuelle Unvernunft bekämpft werden kann.

Mit dieser deutlichen Betonung des Autonomiegedankens war der neue Ton im Spannungsfeld zwischen Freiheits- und Lebensschutz gesetzt: Zwar kann es in Ausnahmesituationen nach wie vor ein legitimes Ziel staatlichen Handelns sein, den Einzelnen vor fundamentalen Fehlentscheidungen in seinem Leben zu bewahren. Das BVerfG betont insoweit zu Recht die Legitimität und Notwendigkeit, die freie und informierte Willensentscheidung des Einzelnen zu prüfen. Aber die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit solcher Eingriffe sind wegen des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes wesentlich höher als beim Fremdschutz.

2. Einfaches Recht: § 52 SGB V

Auch das einfache Recht toleriert die Unvernunft in Bezug auf die individuelle Gesundheit weitgehend. Das zeigt nur beispielhaft das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung.

So könnte zwar jedes gesundheitsschädliche und anderweitig gefährliche Verhalten erhebliche Leistungspflichten der gesetzlichen Krankenversicherung auslösen und daher mit dem Argument reguliert werden, dass es einen sozialen Bezug hat, weil es der gesamten Versichertengemeinschaft schadet. Aber § 52 Abs. 1 SGB V sieht Leistungsbeschränkungen bei Selbstverschulden nur vor, wenn sich Versicherte eine Krankheit vorsätzlich oder bei einem von ihnen begangenen Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen zugezogen haben; selbst dann besteht noch ein Ermessen der Krankenkasse.

Die schlimmsten und daher obligatorisch zu ahndenden Vergehen gegen die eigene Gesundheit sind aber nach § 52 Abs. 2 SGB V andere: Haben sich Versicherte eine Krankheit durch eine medizinisch nicht indizierte ästhetische Operation, eine Tätowierung oder ein Piercing zugezogen, so hat die Krankenkasse die Versicherten in angemessener Höhe an den Kosten zu beteiligen und das Krankengeld für die Dauer dieser Behandlung ganz oder teilweise zu versagen oder zurückzufordern. Wir lernen: Man kann seinem Körper alle furchtbaren Dinge zumuten, die die Konsumgesellschaft hervorgebracht hat, man kann sogar auf die Nachsicht der Krankenkasse hoffen, wenn man sich bei einem vorsätzlich begangenen Verbrechen verletzt, aber mit der Anbringung eines Tattoos am eigenen Körper überschreitet man jegliche Grenzen der Vernunft und der Solidarität²⁶. In § 52 Abs. 2 SGB V verbinden sich spießbürgerlicher Populismus und verspannter Paternalismus auf besonders unangenehme Art und Weise. *Juli Zeh* lässt grüßen.

III. Der Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit in der Pandemie

Nun soll dies kein Text sein, der die Unvernünftigen feiert. Allzu oft sind Rechtsregeln die Folge der Verletzung von zuvor für selbstverständlich gehaltenen sozialen Anstandsregeln. Unvernunft bedeutet, anders als *George Bernhard Shaw* dies behauptet, jedenfalls keinen Fortschritt, wenn das gesundheitsschädliche Handeln sozial dimensioniert ist. Wer mit Flip-Flops auf eine Bergwanderung aufbricht, gefährdet eben nicht nur sich selbst, sondern auch die Mitarbei-

tenden der Bergwacht, die gesetzlich verpflichtet sind, sich um seine Rettung zu bemühen²⁷, und wer in Gaststätten raucht, gefährdet auch Dritte, insbesondere das Personal²⁸.

1. Die soziale Dimension von Infektionskrankheiten

Auch Infektionskrankheiten sind sozial dimensioniert²⁹. Während sich nichtübertragbare Krankheiten, wie insbesondere Erb- und Zivilisationskrankheiten, oftmals über genetische Veranlagungen und Lebensstilfaktoren individuell zuordnen lassen, werden Infektionskrankheiten durch zwischenmenschliche Kontakte übertragen und berühren damit die soziale Natur des Menschen. Indem sie alle unsere Interaktionen mit unseren Mitmenschen in Frage stellen, wirken sie sich auch auf die sozialen Ordnungen, Prinzipien und Institutionen aus, die die Gesellschaft zusammenhalten.

Die soziale Dimension der Infektionskrankheiten kommt auch in ihren Übertragungswegen und -bedingungen zum Tragen: Während es bei den mittelalterlichen Seuchen oftmals Jahrzehnte dauerte, bis sie sich über die Kontinente verbreiteten, brauchte das Corona-Virus zur Jahreswende 2019/2020 unter den Bedingungen der Globalisierung nur wenige Tage, um (vermutlich) aus China in die ganze Welt zu gelangen. Ebenso schnell wie das Virus verbreiteten sich Informationen und Falschinformationen weltweit. In einer globalisierten Welt sind Infektionskrankheiten daher globale Herausforderungen.

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den gesundheitsbezogenen Fremdschutz

Maßnahmen, die dazu dienen, die Übertragungswege eines Virus zu unterbrechen, verfolgen wegen der sozialen Dimension der von ihm ausgelösten Krankheit das grundsätzlich legitime Ziel, Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) zu schützen. Denn anders als bei anderen Erkrankungen, die den Einfluss- und Verantwortungsbereich des Betroffenen nicht verlassen, geht es bei Maßnahmen gegen Infektionskrankheiten vor allem um Fremdschutz. In der Pandemie haben wir lernen müssen, dass Fremdschutz nicht nur die Vermeidung der Ansteckung mit dem Corona-Virus meint, sondern auch Betroffene mit anderen Erkrankungen schützen soll, die wegen der Belastung der Krankenhäuser länger auf sog. elektive Eingriffe warten mussten.

a) Grundsätzliche Abwägbarkeit von Leben und körperlicher Unversehrtheit

Allerdings endet die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht mit der Feststellung der Legitimität des Eingriffsziels³⁰.

25) Kritisch *Lang*, NJW 2020, 1562, 1564.

26) BSG, NJW 2020, 708, 709 sieht gleichwohl keine verfassungsrechtlichen Bedenken; berechtigte Kritik demgegenüber etwa bei *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 9. Aufl. 2024, § 27, Rdnrn. 8 ff. und *Padé/Lungstras*, in: *Eichenhofer/v. Koppenfels/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 4. Aufl. 2022, § 52, Rdnr. 32.

27) Dazu im polizeirechtlichen Kontext des Rechtsgutschutzes *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2024, § 7, Rdnrn. 23 ff.

28) BVerfGE 121, 317, 349 ff.; daher trifft die liberale Kritik im Minderheitsvotum von *Masing* („Weg edukatorischer Bevormundung [...] der sich auf weitere Bereiche ausdehnen könnte und dann erstickend wirkt“, S. 388) einen unpassenden Anwendungsfall.

29) Vgl. zum Folgenden schon *Kingreen*, in: *Huster/Kingreen* (Hrsg.), Handbuch des Infektionsschutzrechts, 2. Aufl. 2022, Kap. 1, Rdnrn. 2 ff.

30) Das Folgende im Wesentlichen aus *Kingreen*, in: *Huster/Kingreen* (Hrsg.), Handbuch des Infektionsschutzrechts, 2. Aufl. 2022, Kap. 1, Rdnrn. 65 f.

Vor allem in den ersten Wochen nach Ausbruch der Corona-Pandemie ist in der öffentlichen Debatte jedoch vielfach der irreführende Eindruck erweckt worden, Leben und körperliche Unversehrtheit seien allen anderen Freiheitsrechten vorgeordnet und der staatliche Schutzauftrag rechtfertige jegliche Eingriffe in Freiheitsrechte („Jeder Corona-Tote ist einer zu viel“). Unser Unwohlsein über die Abwägbarkeit von Leben und Gesundheit rührte wohl auch daher, dass die Schäden an Gesundheit und Leben einerseits und den Freiheitsrechten andererseits unterschiedlich konkretisierbar waren. Während man die Schäden an Leben und überwiegend auch an der Gesundheit sehr plastisch in grauenhaften Zahlen ausweisen konnte, waren die Verwerfungen auf der anderen Seite mitunter diffuser, ließen sich jedenfalls nicht so präzise beziffern. Man konnte eben nicht genau quantifizieren, welche Schäden fehlender Präsenzunterricht auslöste und welche psychischen und langfristigen gesellschaftlichen Folgen Kontaktbeschränkungen haben.

Verfassungsrechtlich bricht die Behauptung „Leben und Gesundheit über alles“ allerdings mit der etablierten Grundrechtsdogmatik. Mit Ausnahme der nicht beschränkbar Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) unterscheidet das Grundgesetz nämlich nicht zwischen absolut und relativ zu schützenden Verfassungsgütern; selbst das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit kann nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG durch oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden³¹. Das BVerfG bezeichnet das Leben zwar stets als einen „Höchstwert“³² in der verfassungsrechtlichen Ordnung, bringt damit aber lediglich zum Ausdruck, dass gezielte staatliche Eingriffe in das Leben und die körperliche Unversehrtheit nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht kommen³³. Staatliche Maßnahmen, die Leben und Gesundheit nicht gezielt gefährden, sind aber selbstverständlich zulässig und in einer Risikogesellschaft schlechterdings unvermeidbar³⁴.

Der Gesetzgeber darf daher den Schwangerschaftsabbruch³⁵ und die Selbsttötung³⁶ aus Respekt vor Persönlichkeitsrechten ebenso zulassen wie es ihm im Transplantationsrecht beispielsweise gestattet ist, aus Rücksicht auf den höchstpersönlichen Charakter der Entscheidung über den eigenen Körper nicht alle Möglichkeiten der postmortalen Organspende auszuschöpfen (also insbesondere die noch im Februar 2020 im Bundestag mehrheitlich abgelehnte Widerspruchslösung³⁷) – obwohl tagtäglich Menschen auf den Wartelisten der Transplantationszentren sterben, weil für sie kein Spenderorgan zur Verfügung steht. Und er muss auch kein Tempolimit auf Autobahnen und keine Überholverbote auf Landstraßen anordnen, obwohl noch viele Menschen leben würden, wenn es diese gäbe. Alle diese Handlungen mag man als unvernünftig, ja sogar als egoistisch ansehen, aber sie sind durch die Freiheitsrechte geschützt, obwohl sie Leben und Gesundheit erheblich gefährden oder sogar vernichten.

b) Gerichtliche Kontrolldichte

Über die angemessene Gewichtung zwischen Lebensschutz und Persönlichkeitsrechten lässt sich in allen diesen Fällen trefflich streiten, aber dass der Gesetzgeber solche Abwägungen treffen darf, steht aus verfassungsrechtlicher Sicht außer Frage³⁸.

Entscheidend ist dann allerdings, mit welcher Kontrolldichte die Gerichte diese Abwägungen überprüfen. In der Pandemie sind die Verwaltungsgerichte der Herausforderung, schwerwiegende Grundrechtseingriffe unter den Bedingungen großer Unsicherheiten über das Virus zu prüfen, übrigens im Großen und Ganzen gerecht geworden. In unzähligen Entscheidungen haben sie die meisten Schutzmaßnahmen unter Hinweis auf den mit ihnen verfolgten Gesundheits- und Lebensschutz akzeptiert, aber auch diverse Bestimmungen aufgehoben, weil deren Einfluss auf

das Infektionsgeschehen nicht nachvollziehbar begründet werden konnte. Das war eine enorme Leistung der Fachgerichte; sie waren die eigentlichen Hüter der Grundrechte in der Pandemie.

Das BVerfG hat sich demgegenüber aus der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung praktisch abgemeldet. Das zeigt die Entscheidung „Bundesnotbremse I“ zu den nächtlichen Ausgangsbeschränkungen³⁹. Natürlich ist es am besten, dass man überhaupt keine Menschen trifft, wenn ein Virus wütet, das durch zwischenmenschliche Kontakte übertragen wird. Angesichts der sozialen Natur des Menschen und der fatalen Auswirkungen von Einsamkeit auf die menschliche Gesundheit ist das aber keine sehr realistische Perspektive. Wenn, wie beim Coronavirus, die Übertragung fast ausschließlich in Innenräumen stattfindet, ist es durchaus vernünftig, sich im Freien zu treffen. Das wurde aber zwischen April und Juni 2021 bundesgesetzlich bei Überschreitung eines bestimmten Inzidenzwertes verboten, weil der misstrauische Gesetzgeber unterstellte, dass Menschen dieses vernünftige Verhalten nutzen könnten, etwas Unvernünftiges zu tun, nämlich den Ausgang zu nutzen, um andere Menschen in Innenräumen zu treffen. So kam es, dass sich Menschen ausgerechnet in den warmen Frühlings- und Sommermonaten von Vorerheit in engen, aerosolgeschwängerten Wohnungen trafen, wo sie sicher sein konnten, nicht erwischt zu werden. Viele besannen sich ihrer Hunde, die – zum Ausnahmetatbestand für Ausgangsbeschränkungen degradiert – spätnachts schlaftrunken noch auf die Straße gezerrt wurden, damit Frauen und Herrchen den nächtlichen Heimweg rechtskonform ausgestalten konnten.

Diese Vernunftlosigkeit des Staates über unser Alltagsverhalten, die Unterstellung, dass Menschen, die doch prinzipiell ein Interesse an ihrer eigenen Gesundheit und an der Beendigung der Pandemie haben, sich unvernünftig verhalten würden, kann man schon als grob übergriffig empfinden. Sie mag die Verspanntheit mancher Zeitgenossen abbilden, die ohnehin hinter jeder Ecke eine Gefahr wittern und ihr ganzes Leben danach ausrichten, ob irgendwo irgendwie von irgendjemandem irgendwann etwas droht. Dennoch ist es politisch nicht sonderlich klug, die gesamte Bevölkerung unter den Generalverdacht der Unvernunft zu stellen.

In seiner Entscheidung zu den nächtlichen Ausgangsbeschränkungen räumt das BVerfG gleichwohl „mit perfekter dogmatischer Artistik nahezu alles ab, was dem Gesetzgeber

31) BVerfGE 88, 203, 253f.: „Der Schutz des Lebens ist nicht in dem Sinne absolut geboten, dass dieses gegenüber jedem anderen Rechtsgut ausnahmslos Vorrang genösse; das zeigt schon Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG.“ Ferner etwa *Kesten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 3. Aufl. 2022, S. 153 und *Kloepfer*, VerwArch 2021, 169, 176f.

32) Zuletzt etwa BVerfGE 153, 182, 270.

33) Vgl. zu den historischen Kontexten *Kingreen*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Lebens, in: *Skriebeleit/Helm* (Hrsg.), *Verdrängt. Die Erinnerung an die nationalsozialistischen „Euthanasie-Morde“*, 2023, S. 244ff.

34) Zur Unterscheidung zwischen gezielten und ungezielten Eingriffen in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 9. Aufl. 2021, Art. 2, Rdnrn. 171ff.

35) BVerfGE 88, 203, 255.

36) BVerfGE 153, 182, 260ff.

37) BT-Dr. 19/11096.

38) *Kämmerer/Jischkowski*, GesR 2020, 341, 342f.; *Katzenmeier*, MedR 2020, 1, 3; vgl. ferner bereits die Beiträge von *Huster*, VerfBlog 22.3.2020; *Kingreen*, VerfBlog 20.3.2020 und *Volkmann*, VerfBlog 20.3.2020.

39) Transparenzhinweis: Ich war Prozessbevollmächtigter der Beschwerde führenden Abgeordneten der FDP-Bundestagsfraktion im Verfahren „Bundesnotbremse I“ (BVerfGE 159, 223); das Folgende aus *Kingreen*, Jura 2023, 43, 51f.

das Leben schwer machen könnte⁴⁰. Seine Grundrechtsprüfung ist allenfalls „Dienst nach Vorschrift“: *Erstens* wird dem Gesetzgeber wegen der tatsächlichen Unsicherheiten über die pandemische Entwicklung und die Wirksamkeit der Schutzmaßnahmen sowie wegen seiner besonderen demokratischen Legitimation⁴¹ ein extrem weiter Einschätzungsspielraum zugestanden. Der Gesetzgeber halte sich innerhalb des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums, wenn „nicht ersichtlich“ sei, „dass die Beschränkungen die Erreichung der Gesetzeszwecke in keiner Weise fördern oder sich sogar gegenläufig auswirken könnten.“⁴² An einem solchen Maßstab, der in offensichtlichem Widerspruch zum Maßstab des 2. Senats in der Entscheidung zur Suizidbeihilfe steht⁴³, wird natürlich „kaum eine Maßnahme scheitern“⁴⁴, und genauso war es ja auch beabsichtigt. *Zweitens* entwertet das BVerfG vor allem die Angemessenheitsprüfung, indem es sich auf die Bewertung eines Gesamtschutzkonzepts zurückzieht. Es meint, dass es die Angemessenheit der Ausgangsbeschränkungen „nur in ihrem Zusammenwirken“ mit weiteren Maßnahmen bewerten könne⁴⁵. Das führt zu einem weitgehenden Verzicht auf die Prüfung der Einzelmaßnahme: Sie wird nicht auf bestimmte Effekte bezogen, weil sie zu einem „Gesamtschutzpaket“ gehört und daher nicht isoliert betrachtet werden dürfe⁴⁶. Sie muss sich daher auch nur im Rahmen dieses Gesamtschutzkonzepts rechtfertigen. Dabei wäre die Überprüfung des Effekts eines Verbots, sich im Freien aufzuhalten und damit ein Virus zu bekämpfen, das sich vor allem in Innenräumen überträgt, ja nicht ganz abwegig gewesen. Für den Senat reicht es aber aus, dass die Ausgangsbeschränkungen „nicht offensichtlich wirkungslos oder gar kontraproduktiv“ gewesen seien⁴⁷. Ohnehin seien sie ja in ein Zeitfenster (22 Uhr abends – bis 5 Uhr morgens) gefallen, in dem „Aktivitäten außerhalb einer Wohnung oder Unterkunft für die meisten Menschen quantitativ geringere Bedeutung haben.“⁴⁸ Solche privatsoziologischen Betrachtungen über das Alltagsverhalten der bürgerlichen Mehrheitsgesellschaft möchte man ungern auf andere Freiheitsrechte übertragen: Soll man die Versammlungsfreiheit einschränken können, weil die meisten Bürger ohnehin noch nie auf einer Demonstration waren? Für eine solche Argumentation musste sich der Senat aus dem Schrifttum die berechnete Rüge der „Rechtsschutzverweigerung“⁴⁹ einfangen.

IV. Prozeduralisierung der Abwägungsentscheidungen

Ungeachtet der Kritik am Abwägungsausfall in der Entscheidung des BVerfG zu den nächtlichen Ausgangsbeschränkungen muss man allerdings eingestehen, dass die materiell-rechtlichen Vorgaben für die gerechte Abwägung im Einzelfall dürtig sind; die Abwägung ist insbesondere in den Fällen, in denen schnell und unter den Bedingungen von Unsicherheit gehandelt werden muss, im Kern politisch.

Wir müssen uns daher nicht nur mit der Frage befassen, wie abgewogen wurde, sondern auch damit, wer abgewogen hat. Insoweit bieten die Schulschließungen interessantes Anschauungsmaterial. Dass die Schulen in Deutschland in der Pandemie im bundesdeutschen Gesamtdurchschnitt 38 Wochen geschlossen waren, während etwa unsere Nachbarn Schweiz und Frankreich ihre Schulen nach ersten Lockdowns im Frühjahr 2020 den gesamten Winter 2020/21 offen gehalten haben⁵⁰, wird heute in vielen Bilanzen als politischer Fehler bezeichnet. Diese (zutreffende) Beobachtung wirft vor allem ein Licht darauf, wer auf welchen Rat und nach welchen Maßstäben in krisenhaften Zusputzungen entschieden hat – und wer nicht:

1. Fragwürdige Institutionalisierung der Bund-Länder-Konferenzen

Weil es um fundamentale, grundrechtswesentliche Abwägungsentscheidungen ging, könnte man vermuten, dass der

Deutsche Bundestag das Heft des Handelns in die Hand nehmen und die notwendigen Abwägungsentscheidungen gesetzlich einhegen würde⁵¹.

Tatsächlich war er, vorsichtig gesagt, eher passiv. Das überrascht, denn die zu Beginn der Pandemie zur Verfügung stehenden infektionsrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen waren auf Masernausbrüche in Kindergärten und bakteriell verunreinigte Dorfteiche zugeschnitten, aber nicht auf eine Pandemie, die im März 2020 sehr plötzlich flächendeckende Breitbandeingriffe unabhängig von individuell zurechenbaren Gefahren erforderlich machte. Es bestand also an sich akuter gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Dennoch unternahm der Bundestag zunächst wenig, um in den einschlägigen §§ 28 ff. IfSG die erforderlichen Rechtsgrundlagen auch für die flächendeckenden Schulschließungen zu schaffen. So konnte *Horst Dreier* noch ein halbes Jahr nach Ausbruch der Pandemie nur konstatieren, dass „Parlamente als zentrale Orte der Demokratie“ bei der Pandemiebekämpfung „praktisch kaum vor“ kamen⁵². Die Pandemie-Governance war geprägt durch Landes-Rechtsverordnungen, die – durch gubernative Bund-Länder-Konferenzen koordiniert – über acht Monate hinweg auf der Grundlage präpandemischer Gesetze erlassen wurden. Die politischen Auseinandersetzungen, die im Bundestag nicht geführt wurden, fanden auf der Straße statt, auf der alsbald wissenschaftsfeindliche Esoteriker und selbsternannte Querdenker das Wort führten.

Erst nachdem mehrere Gerichte Zweifel daran angedeutet hatten, „ob die [...] angegriffenen Maßnahmen noch mit den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts [...] vereinbar sind“⁵³, wurde nach acht Monaten Pandemie ein neuer § 28a IfSG geschaffen, der als Ermächtigungsgrundlage für die vielen Lockdown-Maßnahmen dienen sollte. Leider beschränkt er sich aber weitgehend und weiterhin darauf, retrospektiv alle Maßnahmen aufzuzählen, die in der Vergangenheit so ergriffen wurden. Die für gefahrenabwehrrechtliche Normen notwendigen tatbestandlichen Grenzen, die die grundrechtliche Eingriffstiefe reflektieren, fehlen hingegen weitgehend.

Die Unbestimmtheit der Rechtsgrundlagen für die Schutzmaßnahmen gegen das Virus und der Wunsch nach einheitlichen Regeln begünstigte im ersten Pandemiewinter die faktische Institutionalisierung der Bund-Länder-Konferenzen. Zwischen dem 29.9.2020 und dem

40) Formulierung bei *Rixen*, VerfBlog 25.5.2022, allerdings bezogen auf die Entscheidung zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, die er als Fortsetzung der in der Bundesnotbremse-Entscheidung erfolgten „Neuausrichtung der Verhältnismäßigkeit“ begriffte.

41) So BVerfGE 159, 223, Rdnr. 171.

42) BVerfGE 159, 223, Rdnr. 288.

43) Dazu näher *Kingreen*, Woher weißt Du das? Eine Selbstbefragung in verfassungsrechtspraktischer Absicht, 2024, S. 110 ff.

44) *Rhein-Fischer/Nußberger*, EuGRZ 2022, 184, 195.

45) BVerfGE 159, 223, Rdnr. 290. Dezidiert a. A. *Mangold*, VVD-StRL 80, 2021; 7, 20; ihr folgend *Rhein-Fischer/Nußberger*, EuGRZ 2022, 184, 193 f.

46) *Lepsius*, Ito 3.12.2021.

47) BVerfGE 159, 223, Rdnr. 279.

48) BVerfGE 159, 223, Rdnr. 301.

49) *Schoch*, NVwZ 2022, 1, 4; zu Recht kritisch auch *Boehme-Neffler*, NVwZ Beilage 2022, 34 f.; *Degenhart*, NJW 2022, 123, 125; *Schwarz*, NVwZ-Beilage 2022, 3, 4 f.; *Thurn*, VerfBlog 3.12.2021.

50) Evaluation der Rechtsgrundlagen und Maßnahmen der Pandemiepolitik. Bericht des Sachverständigenausschusses nach § 5 Abs. 9 IfSG, 2022, S. 92. – Transparenzhinweis: Ich war Mitglied dieses Ausschusses.

51) Zum Folgenden *Kingreen*, NJW 2021, 2766, 2767 ff.

52) *Dreier*, DÖV 2021, 229, 241.

53) So etwa VGH Bayern, Beschl. v. 5.11.2020, 20 NE 20.2468, Rdnr. 11.

22.3.2021 trat sie insgesamt 14mal⁵⁴, also etwa im Zwei-Wochen-Takt zusammen. Verfassungsrechtlich ist eine Bund-Länder-Koordination als Instrument des kooperativen Föderalismus⁵⁵ zwar selbstverständlich zulässig. Aber verfassungspolitisch erweist sie sich primär dort als notwendig, wo die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern Lebenszusammenhänge zerschneidet und daher gesamtstaatliche Kommunikation und Kooperation angezeigt ist wie namentlich im Bildungsbereich⁵⁶. Im Infektionsschutzrecht ist das aber nicht der Fall: Der Bund kann die ihm in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zugewiesene Gesetzgebungskompetenz mit üblicher Beteiligung des Bundesrates voll umfänglich ausschöpfen, zumal das Subsidiaritätsprinzip in Art. 72 Abs. 2 GG nicht anwendbar ist. Der Bund muss also nur hinreichend bestimmte Gesetze erlassen, die die Länder dann als eigene Angelegenheit ausführen (Art. 83, 84 Abs. 1 GG) bzw. auf deren Grundlage sie Rechtsverordnungen (Art. 80 Abs. 1 GG, §32 IfSG) erlassen. Gubernative Bund-Länder-Koordination ist im demokratischen Rechtsstaat keine Kompensation für defizitäre Gesetzgebung.

Dass der Bund-Länder-Mechanismus in der Pandemie sehr weitgehend die Funktion der Bundesgesetzgebung übernommen und das Landesverordnungsrecht politisch determiniert hat, ist daher jedenfalls verfassungspolitisch alles andere als trivial. Für den Schutz der Grundrechte ist das formalisierte Gesetzgebungsverfahren von erheblicher Bedeutung. In ihm sollen Mehrheit und Minderheit politische Zielkonflikte und divergierende Interessen artikulieren. Daher räumt Art. 76 Abs. 1 GG sowohl der Regierung als auch der Opposition das Recht zur Gesetzesinitiative ein⁵⁷. Die Opposition bleibt auch im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens eine wichtige Akteurin. Sie kann namentlich im Rahmen von Anhörungen in den Ausschüssen (§ 70 GOBT) kritischen wissenschaftlichen Sachverstand in den Rechtsetzungsprozess einspeisen und es über Repräsentanten der Zivilgesellschaft einer kritischen Gegenöffentlichkeit ermöglichen, blinde Flecken im Regelungsprogramm der Parlamentsmehrheit aufzudecken. Das Gesetzgebungsverfahren bürgt auf diese Weise gleichermaßen für Qualität wie für Pluralität; seine Regeln im Grundgesetz und der Geschäftsordnung des Bundestages sind Bedienungsanleitungen für einen gelingenden demokratischen Rechtsstaat.

2. Verhältnis von Wissenschaft und Politik

Bund-Länder-Konferenzen können diese „institutionalisierte Kompromissbildung“⁵⁸ hingegen schon deshalb nicht leisten, weil sie die Opposition im Bundestag ausschließen⁵⁹. Sie reduzieren damit aber auch die Möglichkeit, multidisziplinäres Wissen zu generieren und gegenläufige Interessen zu gewichten und begünstigen eklektizistische Schnellschussentscheidungen, die „der eigenen Politik einen improvisiert zusammengeflackten Mantel des Rationalen überwerfen“⁶⁰. Entscheidungen wurden als Ergebnis von Ratschlägen „der Wissenschaft“ ausgeflagt – auch wenn „die Wissenschaft“ nur aus einer Handvoll von ins Kanzleramt gebetenen Virologen und Epidemiologen bestand, die schon in der Vergangenheit verlässlich die politische Linie unterstützt hatten und sich dann in abendlichen Talkshows unter dem Label „La science, c’est nous“ feiern ließen.

Die Schulschließungen stehen damit auch exemplarisch für die Gefahr, dass durch die politisch nicht geprüfte Übernahme von selektivem Expertenwissen, „Exekutive und Experten zu einer grundrechtsinsensiblen Expertokratie verschmelzen“⁶¹ und politische Entscheidungen als vermeintlich alternativlos dem Diskurs entzogen werden. Die Erfahrung, dass die Parlamente in der Pandemie zu jeder Zeit handlungsfähig geblieben sind, ist beruhigend; beunruhigend ist, dass sie sich derart den Schneid haben abkaufen lassen.

Dass im Rückblick selbst *Karl Lauterbach* die Schulschließungen als Fehler bezeichnet, aber sie damit rechtfertigt, diese seien doch „von den Wissenschaftlern, die die Bundesregierung beraten haben, angeraten worden“⁶², zeigt, dass das Verhältnis zwischen beratender Wissenschaft und entscheidender Politik und das Problem der einseitig-klarenden Entscheidungskultur schon im Ansatz nicht verstanden wurde. „Der Wissensstand“, der angeblich „nicht gut genug“ war⁶³, wird allein auf die Gefährdung der Kinder in den Schulen durch das Virus und dessen mögliche Weitergabe bezogen, aber nicht auf die psychosozialen Nebenwirkungen von Schulschließungen und Kontaktbeschränkungen für ihr Aufwachsen. Dazu gab es hinreichendes Wissen in den Sozial- und Bildungswissenschaften und nicht zuletzt in der Pädiatrie⁶⁴ – es wurde aber nicht abgerufen, weil der natur- und lebenswissenschaftliche Tunnelblick es überhaupt nicht zuließ, auch diese Disziplinen als relevante „Wissenschaft“ wahrzunehmen und das Virus als auch gesellschaftlichen Tatbestand zu verstehen. Auch die Klimakrise verlangt nicht nur nach naturwissenschaftlicher Expertise, und der Ukrainekrieg wird bestimmt nicht durch die vielen Militärexperten beendet, denen auch seriöse Medien die Meinungsführerschaft übertragen haben.

Bemerkenswert ist übrigens, dass selbst der multidisziplinär besetzte Ethikrat im Rückblick selbstkritisch einräumen muss, dass er „die komplexen Krisenerfahrungen von Kindern und Jugendlichen während der Pandemie stärker ins Zentrum der Debatten und der Aufmerksamkeit“ hätte rücken und „die Politik so beraten sollen, dass sie den Jüngeren mehr Unterstützung zukommen lässt“, wie es seine Vorsitzende *Alena Buyx* stellvertretend für „viele“ im Ethikrat formuliert hat⁶⁵. Dieses anerkennenswerte Eingeständnis wirft Fragen nach der wissenschaftlichen Beratungskultur auf. Dem Ethikrat können ja nicht ernsthaft Wissen und Sensibilität für die psychosozialen Folgewirkungen der Schulschließungen gefehlt haben; gerade im Bildungskontext ist auf das Problem, dass die Pandemie soziale Spaltungen weiter vertieft, schon frühzeitig hingewiesen worden⁶⁶. Offenbar bewahrt selbst seine wissenschaftlich-institutionelle Unabhängigkeit ein Gremium, das im öffentlichen Raum operiert und dessen Stellungnahmen stets auch politisch gedeutet werden, nicht vor politischer Rücksichtnahme in Krisensituationen. Die Distanzerwartungen zur Politik, die bisweilen an die Wissenschaft herangetragen werden, werden enttäuscht, wenn Wissenschaft politisch

54) <https://de.wikipedia.org/wiki/Bund-L%C3%A4nder-Konferenz>.

55) *Rudolf*, Kooperation im Bundesstat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 141.

56) *Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 126, Rdnr. 102.

57) *Kersten*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz. Kommentar, Art. 76 [2019], Rdnr. 2.

58) *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung – besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980–1983), 1988, S. 404 ff.

59) Das Folgende zum Teil aus *Kingreen*, VerfBlog 7.3.2023.

60) *Gärditz*, JöR 69, 2021; 505, 519.

61) *Kulick/Vasel*, Das konservative Gericht, 2021, S. 144.

62) <https://www.zeit.de/gesundheit/2023-01/karl-lauterbach-corona-massnahmen-kitas-schulen-fehler>.

63) <https://www.spiegel.de/panorama/bildung/lauterbach-sieht-schulschliessungen-im-rueckblick-kritisch-a-74fd14-57eb-4770-81b6-074a74bb5de8>.

64) Evaluation der Rechtsgrundlagen und Maßnahmen der Pandemiepolitik. Bericht des Sachverständigenausschusses nach § 5 Abs. 9 IfSG, 2022, S. 91 ff.

65) Die Zeit 5/2023 v. 26. 1. 2023, S. 11.

66) *Huster/Kingreen/Volkman*, taz v. 26. 3. 2020, <https://taz.de/Krisenmanagement-und-Ungleichheit!/5674368/>.

gedeutet wird und zur Legitimation von Entscheidungen erhalten muss, die im Kern politisch sind.

In der Bilanz der Schulschließungen deprimiert es, wie schnell und einschneidend auf der einen Seite die junge Generation in der Pandemie zum Schutz der Alten in die Pflicht genommen werden konnte und wie unerträglich lange es auf der anderen Seite dauert, wenn es gilt, die Lebenschancen der Jungen in der Klimakrise zu schützen und dafür auch und gerade diejenigen in die Verantwortung zu nehmen, die mit ihrem Lebensstil zu eben dieser Krise beigetragen haben. Dass der Ethikrat die außerordentlichen Lasten junger Menschen und das Verhältnis der Generationen nicht von vornherein deutlicher artikuliert hat, enttäuscht. Wir sind den Jungen etwas schuldig.

Und wir lernen, dass Wissenschaft ihre Stärken am besten ausspielen kann, wenn sie frei von privatsociologischen Vorannahmen und politischen Rücksichten operiert. Dann wird es ihr auch am besten gelingen, individueller Unvernunft mit der Rationalität ihrer Methoden entgegenzutreten.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

Sanktionen des Sozialrechts – Zündstoff im Medizinwirtschaftsstrafrecht? Die nächste Karriere des Abrechnungsbetruges*

Karsten Gaede

Der Abrechnungsbetrag im Gesundheitswesen wurde oft besprochen; auch ich selbst trage dazu nicht erstmals vor. Das Thema bleibt aber brandaktuell. Der Beitrag soll im Vergleich weniger beleuchtete Aspekte des Betruges aufgreifen, die zunehmend eine größere Bedeutung erlangen. Vor allem soll er das Sozialrecht in den Debattenfokus rücken.

In einem ersten Schritt nehme ich den aktuellen forensischen Stand des Medizinwirtschaftsstrafrechts auf (I.). Zweitens schildere ich den Status quo der Verfolgung des Abrechnungsbetruges (II.). Drittens hinterfrage ich die Auslegung des Sozialrechts, das in das Strafrecht einfließt (III.). In meinem vierten Schritt trage ich strafrechtsdogmatische Kritik an der Position der Strafgerichte vor (IV.). Ein Fazit in Thesen beschließt die Ausführungen.

I. Der letzte Stand des Medizinwirtschaftsstrafrechts

Es ist bekannt, dass das StGB vom Abrechnungsbetrag¹, über die Amtsträgerkorruption² bis hin zur Untreue³ für die Verfolgungspraxis im Gesundheitswesen ausgeleuchtet und damit weithin anwendungstauglich gemacht wurde. Zum Teil wurden Schwerpunktstaatsanwaltschaften geschaffen⁴. All dies ist für einen Wirtschaftszweig, in dem jährlich knapp 500 Milliarden Euro umgesetzt werden⁵, als solches weder erstaunlich noch wissenschaftlich zu rügen.

1. Gesetzgeberischer Impuls

Als letzte bedeutende Formung des Medizinwirtschaftsstrafrechts gelangen wir schnell zur Schaffung der Bestechlichkeit und der Bestechung im Gesundheitswesen (§§ 299a und 299b StGB). Das Parlament hat mit den §§ 299a und

299b StGB unterstrichen, dass es im wirtschaftlichen Kontext im Gesundheitswesen sogar spezifische Delikte als erforderlich ansieht. Seit dem 4. 6. 2016 ist es strafbar, wenn jemand als Angehöriger eines qualifiziert ausgebildeten Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung dieses Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er in einer von der Norm näher geregelten Fallgruppe einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge. Bei der Schaffung der in § 299b StGB ergänzten Strafnorm nahm der Gesetzgeber an, dass er das Strafrecht erweitern würde. Er nahm an, dass Betrug und Untreue in diesen Konstellationen nur teilweise anwendbar seien⁶.

* Schriftliche Fassung des auf der Jahrestagung der wissenschaftlichen Vereinigung der deutschsprachigen Medizinrechtslehrerinnen und -lehrer v. 9.–11. 5. 2024 in Köln gehaltenen Vortrags.

1) S. wegweisend BGH, NStZ 1995, 85 f.

2) Zu den sog. Drittmittelfällen etwa BGHSt 47, 295 = MedR 2003, 41; BGHSt 48, 44 = MedR 2003, 224.

3) M. w. N. Ulsenheimer/Gaede, in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. 2021, Rdnrn. 1684 ff.

4) Hierzu etwa Findl, medstra 2022, 275, 276.

5) Die Gesundheitsausgaben in Deutschland beliefen sich 2022 auf 498,1 Mrd. Euro; für 2023 wird ein leichter Rückgang auf 494,8 Mrd. Euro prognostiziert, Quelle: Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 167 v. 25. 4. 2024.

6) BT-Dr. 18/6446, S. 12: „Auch die auf Vermögensschutz ausgerichteten Straftatbestände der Untreue (§ 266 StGB) und des Betrugs (§ 263 StGB) greifen bei korruptiven Verhaltensweisen nicht immer ein. So kann zwar beispielsweise die ärztliche Verordnung von Arzneimitteln oder Hilfsmitteln, deren Preise um die Kosten für unzulässige Rückvergütungen überhöht sind, zu einer Strafbarkeit wegen Betrugs oder Untreue führen [...]. Andere strafwürdige Formen von Korruption im Gesundheitswesen werden aber [...] nicht erfasst. [...]“