

# Die Vernachlässigung strafrechtlicher Wertungen in der Bekämpfung der Corona-Pandemie

Von Prof. Dr. Volker Erb, Mainz

## I. Einführung

### 1. Ausgangslage

Bei der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie hat der Staat die Freiheitsrechte der Bürger flächendeckend in einem Ausmaß beschränkt, wie dies in der Bundesrepublik Deutschland bis dahin noch niemals der Fall war und den meisten Menschen wohl auch schlechthin unvorstellbar erschien. Dies geschah im Wesentlichen durch ad hoc verordnete Maßnahmen der Exekutive, für die ihr der parlamentarische Gesetzgeber weitestgehend freie Hand ließ – wenngleich die Dinge durch das Aufgreifen einschlägiger Verordnungsermächtigungen formal „in den normalen Bahnen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts“ verliefen.<sup>1</sup> So war bis November 2020, als der neue § 28a IfSG erlassen wurde, nicht einmal das Spektrum in Betracht kommender Maßnahmen dem Gesetz als solchem zu entnehmen.<sup>2</sup> Unmittelbar in einem formellen Gesetz (nämlich in dem als „Bundesnotbremse“ bekannt gewordenen, vom 23. April bis zum 30. Juni 2021 geltenden § 28b IfSG) geregelt wurde ein Teil dieser Maßnahmen (vorübergehend) schließlich erst dann, als die Bundeskanzlerin politisch nicht mehr in der Lage war, ihre diesbezüglichen Vorstellungen in der Ministerpräsidentenkonferenz durchzusetzen – einem Gremium, dem sie seit Ausbruch der Pandemie „zugeschaltet“ war, in dem sie zwischenzeitlich eine dominante Rolle erlangt hatte und mit dem sie de facto die Geschicke des Landes lenkte.<sup>3</sup> Die Verwaltungsgerichte haben den massiven Grundrechtseingriffen allenfalls vereinzelt und punktuell – im Zusammenhang mit besonders grotesk und schikanös anmutenden Maßnahmen<sup>4</sup> – etwas entgegengesetzt, der Exekutive ansonsten aber weitestgehend freie Hand gelassen. Sie standen dabei freilich vor der Schwierigkeit, auf unsicherer Tatsachengrundlage im Eilrechtsschutz weitreichende Entscheidungen treffen zu müssen.<sup>5</sup> Unter diesem Gesichtspunkt hat schließlich auch das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der „Bundesnotbremse“ am 5. Mai 2021 sogar vor den besonders

fragwürdigen Ausgangssperren kapituliert, weil darüber nicht im Eilverfahren entschieden werden könne.<sup>6</sup>

### 2. Der Blickwinkel des vorliegenden Beitrags

Inwieweit das Vorgehen des Staates in der Corona-Krise materiell (im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen) und formell (unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung und des Gebots der Gewährung effektiven Rechtsschutzes) rechtsstaatlichen Anforderungen genüge, ist in erster Linie eine Frage des Verfassungsrechts und insofern mittlerweile Gegenstand zahlreicher Publikationen.<sup>7</sup> Es ist hier weder beabsichtigt, noch läge es in der Kompetenz eines Strafrechtlers, sich an dieser Diskussion in allgemeiner Form zu beteiligen. Im Vordergrund soll vielmehr die Frage stehen, ob bei der Konkretisierung rechtlicher Grenzen legitimen Regierungshandelns neben den in der öffentlich-rechtlichen Debatte üblicherweise zu vernehmenden Argumenten auch Wertungen der Strafrechtsordnung eine Rolle spielen könnten. Dazu werden – zunächst losgelöst von der Frage einer tatsächlichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Akteure – zwei Beispiele betrachtet, in denen solche Wertungen offensichtlich vernachlässigt wurden.

## II. Zur Relevanz strafrechtlicher Wertungen für die Beurteilung von Regierungshandeln

Auf den ersten Blick erscheint die Wahl des Strafrechts als Ansatz für eine kritische Bewertung von Maßnahmen, die die Politik zum Umgang mit einer Krise ergriffen oder unterlassen hat, vielleicht eher fernliegend: Muss nicht zunächst das öffentliche Recht bestimmen, wo das politische Handlungsermessen endet, und bleibt angesichts der Ultima-ratio-Funktion selbst bei Überschreitung dieser Grenze allenfalls in Evidenzfällen Raum für strafrechtliche Überlegungen?<sup>8</sup> Eine solche Betrachtung griffe indessen aus zwei Gründen zu kurz:

<sup>1</sup> *Lepsius*, in: *Lepsius/Nußberger/Schönberger/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, Bd. 69, 2021, S. 705 (707 f., 733 ff.).

<sup>2</sup> Kritisch unter diesem Aspekt *Volkman*, *NJW* 2020, 3153.

<sup>3</sup> Zur vorangegangenen Entwicklung der Rolle dieses Gremiums in der Pandemie eingehend *Lepsius* (Fn. 1), S. 719 ff.

<sup>4</sup> So u.a. bei den allein an den Infektionszahlen im Landkreis des Wohnorts von Reisenden anknüpfenden „Beherbergungsverboten“, vgl. *VGH München*, *Beschl. v. 28.7.2020 – 20 NE 20.1609 = BeckRS 2020, 17622*; *OVG Lüneburg*, *Beschl. v. 15.10.2020 – 13 MN 371/20 = COVuR 2020, 700*; *OVG Schleswig*, *Beschl. v. 23.10.2020 – 3 MR 47/20 = BeckRS 2020, 27894*; zu Willkür excessen der Exekutive in der ersten Phase der Pandemie *Lepsius* (Fn. 1), S. 730 f.

<sup>5</sup> Dazu *Lepsius* (Fn. 1), S. 708 f. (eingehende Übersicht über die Rechtsprechung bis Anfang 2021 S. 743 ff., kritisches Fazit S. 758 ff.).

<sup>6</sup> *BVerfG*, *Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21 = NVwZ 2021, 789*. Das erscheint allerdings insofern befremdlich, als diese Maßnahme nicht erst seit der Schaffung von § 28b IfSG, sondern aufgrund von Landesverordnungen und Allgemeinverfügungen schon zuvor monatelang praktiziert und kontrovers diskutiert worden war, so dass von den Richtern des Bundesverfassungsgerichts eigentlich zu erwarten gewesen wäre, die grundlegenden rechtsstaatlichen Bedenken (näher dazu unten III.) schon im Vorfeld reflektiert und sich eine Rechtsansicht gebildet zu haben.

<sup>7</sup> Siehe etwa Heft 38/2021 der *NJW*.

<sup>8</sup> So ein gegenüber dem *Verfasser* in Diskussionen über die mögliche strafrechtliche Relevanz des Impfstoffdebakels (siehe unten IV. und V. 2.) häufig erhobener Einwand.

### 1. Strafrechtliche Verbote als unübersteigbare Grenzen

Erstens können gerade strafrechtliche Verbote aufgrund ihres besonderen, typischerweise qualifiziertes Unrecht begründenden Gewichts Schranken markieren, deren Überschreitung auch für Regierungsverantwortliche unter allen Umständen tabu ist, so dass man insoweit definitiv nicht mehr von einer legitimen politischen Ermessensausübung sprechen kann. Eine solche Situation wäre z.B. anzunehmen, wenn eine Corona-Verordnung zur Unterbindung von Verstößen gegen die Kontaktbeschränkungen den Schusswaffengebrauch als Mittel der Wahl vorgesehen und die Vollzugsbeamten zu diesem Zweck von den Anforderungen der einschlägigen allgemeinen Vorschriften freigestellt hätte. Entsprechendes gilt freilich nur dort, wo eindeutig ein Straftatbestand (im vorgenannten Beispiel § 212 StGB oder zumindest §§ 223, 224 StGB) erfüllt ist und dafür ebenso eindeutig (vorliegend wegen offenkundiger Unverhältnismäßigkeit und Nichtigkeit der Ermächtigungsgrundlage) kein Rechtfertigungsgrund besteht. Zur Konkretisierung unscharfer Grenzen innerhalb der Grauzone von Handlungsoptionen, die gerade noch legitim erscheinen, trägt das Strafrecht insofern nichts bei.

### 2. Im Strafrecht verankerte grundlegende Wertungen der Rechtsordnung

Der Schwerpunkt des vorliegenden Beitrags soll denn auch auf einem anderen Aspekt liegen: Strafrechtliche Regelungen und Institute stehen nicht isoliert neben den grundlegenden allgemeinen Wertungen der Rechts- und Verfassungsordnung, sondern sind letzten Endes deren Ausfluss. Da sie nicht im Zentrum der Arbeit der Verfassungsrechtler stehen, ist allerdings nicht gewährleistet, dass die in ihnen verankerten Grundsätze neben den gängigen Abwägungsparametern in der verfassungsrechtlichen Diskussion eine angemessene Beachtung erfahren. Entsprechendes gilt für politische Entscheidungen: Politiker werden zwar (in ihrer Eigenschaft als im Zweifel rechtstreue Bürger) die gängigen strafbewehrten Verbote kennen und befolgen, aber in der Regel keine subtilen strafrechtsdogmatischen Überlegungen anstellen, und können deshalb durchaus bedeutende Wertungen der Rechtsordnung übersehen, die im Strafrecht Ausdruck gefunden haben, sich für Laien aber nicht ohne weiteres erschließen. Gerade im Hinblick auf die Funktion des Strafrechts, das essentielle Minimum der Anforderungen an ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen festzulegen, sollte es doch aber naheliegen, die in diesem Rechtsgebiet angelegten Grundsätze auch bei der Grenzbestimmung legitimen Handelns und Unterlassens staatlicher Stellen im Rahmen einer Krisenbewältigung in die Betrachtung einzubeziehen (und zwar völlig unabhängig von der Frage, ob und für welche Personen eine Überschreitung dieser Grenzen eventuell tatsächlich alle Voraussetzungen strafbaren Verhaltens erfüllen könnte, dazu unten VI.).

### III. Ausgangssperren

Ein Beispiel für die Missachtung einer solchen Wertung im Zusammenhang mit Corona-Maßnahmen bilden die Aus-

gangssperren, nach denen es den Bürgern zunächst auf der Grundlage von landesrechtlichen Corona-Verordnungen oder hierauf gestützten Allgemeinverfügungen, später nach dem bundesgesetzlichen § 28b IfSG zu bestimmten Zeiten untersagt war, ohne Vorliegen eines „triftigen Grundes“ ihre Wohnungen zu verlassen.

#### 1. Der besondere Rang der Fortbewegungsfreiheit

Betrachtet man die Debatte um Ausgangssperren – auf der einen Seite Politiker, die sie veranlasst, Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte, die entsprechende Rechtsverordnungen und Allgemeinverfügungen „gehalten“ haben,<sup>9</sup> das Bundesverfassungsgericht, indem es den Eilrechtsschutz gegen die betreffende Passage in der „Bundesnotbremse“ versagt hat,<sup>10</sup> sowie Befürworter in der öffentlich-rechtlichen Literatur,<sup>11</sup> auf der anderen Seite gegenläufig entscheidende Gerichte<sup>12</sup> und Kritiker im Schrifttum<sup>13</sup> –, so geht es neben vereinzelt terminologischen Auseinandersetzungen um die Begriffe „Ausgangssperre“ und „Ausgangsbeschränkung“<sup>14</sup> in erster Linie um Fragen der Verhältnismäßigkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme. Bei den Versuchen, nach dem gleichen Schema wie bei anderen Corona-Maßnahmen eine Kosten-Nutzen-Analyse zu erstellen, wurde indessen eine gravierende Besonderheit übersehen. Diese erschließt sich erst dann in aller Deutlichkeit, wenn man das Strafrecht in den Blick nimmt: Nicht nur, dass sich die Ausgangssperre im Gegensatz zu Kontaktbeschränkungen, Geschäftsschließungen usw. unmittelbar gegen ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut richtet, nämlich die Freiheit zum Verlassen des gegenwärtigen Aufenthaltsorts, deren Aufhebung den Tatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 StGB erfüllt. Hinzu kommt vielmehr der in § 35 StGB verankerte besondere Rang der persönlichen Fortbewegungsfreiheit, deren Bedrohung nach dem Gesetz als einzige neben derjenigen von Leben und

<sup>9</sup> So etwa VGH München, Beschl. v. 12.1.2021 – 20 NE 20.2933 = BeckRS 2021, 436, Rn. 44 ff.; OVG Koblenz, Beschl. v. 3.2.2021 – 3 L 84/21.KO = BeckRS 2021, 2144.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21 = NVwZ 2021, 789 Rn. 33 ff.

<sup>11</sup> Etwa *Greve/Lassahn*, NVwZ 2021, 665 (667); *Haratsch*, DÖV 2021, 538 (542); *W. Hecker*, NVwZ 2021, 795 f.; *Ziekow*, DVBl 2020, 732 (739).

<sup>12</sup> Insbesondere OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.4.2021 – 13 ME 166/21 = BeckRS 2021, 6292 Rn. 17 ff., 34 ff.; OVG Greifswald, Beschl. v. 23.4.2021 – 1 KM 221/21 = BeckRS 2021, 8471; im Nachhinein nunmehr auch VGH München, Beschl. v. 4.10.2021 – 20 N 20.767 = BeckRS 2021, 29086 Rn. 63 ff.

<sup>13</sup> *F. Schmitt*, NJW 2020, 1626; *Boehme-Neßler*, NVwZ 2021, 670 (671 ff.); *Kießling*, Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl. 2021, § 28a Rn. 43; *Katzenmeier*, MedR 2020, 461 (465); *Schwarz*, COVuR 2021, 258 (261).

<sup>14</sup> Vgl. die spitzfindige Begriffsjurisprudenz zur Rechtfertigung der Maßnahme über ihre Bezeichnung als „Ausgangsbeschränkung“ in VGH München, Beschl. v. 14.12.2020 – 20 NE 20.2907 = NJW 2021, 178 Rn. 26 ff.; dagegen zutreffend *Boehme-Neßler*, NVwZ 2021, 670.

Gesundheit geeignet ist, eine entschuldigende Notstandslage zu begründen. Dies macht die Ausgangssperre selbst dann, wenn sie als „Ausgangsbeschränkung“ Ausnahmetatbestände vorsieht (die aber jeweils nur einer Minderheit von Bürgern zugutekommen, während die Mehrheit ihre Fortbewegungsfreiheit im betreffenden Zeitraum in keiner Weise mehr ausüben kann, ohne mit dem Gesetz in Konflikt zu geraten), prinzipiell zu einem besonders gravierenden Eingriff – völlig unabhängig davon, dass sie von der Mehrheit der Menschen im Alltag de facto als weniger belastend empfunden werden mag als andere (insbesondere wirtschaftlich existenzgefährdende) Maßnahmen. Es ist die unmittelbare Übergriffigkeit gegen die Person jedes Bürgers, durch die sich das temporäre pauschale Wegsperrten der Bevölkerung von allen anderen Restriktionen unterscheidet, die sich die Politik zur Bekämpfung des Coronavirus überlegt hatte, und durch die eine grundlegend neue Dimension staatlichen Handelns eröffnet wird.<sup>15</sup>

## 2. Ergänzende Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Handhabung

Wenn dieser Umstand vor dem Hintergrund der Wertungen des StGB besonders deutlich hervortritt, so stellt sich gleichwohl die Frage, warum er nicht schon unabhängig davon viel stärker in das Zentrum der öffentlich-rechtlichen Debatte gerückt ist. Auch aus deren Binnenperspektive sollte man eigentlich eine intensivere Eruiierung von prinzipiellen, an der Art der Maßnahme anknüpfenden Einwänden jenseits der üblichen Abwägungs- und Verhältnismäßigkeitsdogmatik erwarten.

a) So ist man als Zaungast aus einem anderen Rechtsgebiet zunächst erstaunt, mit welcher Leichtigkeit das Vorliegen einer hinreichenden verfassungsrechtlichen Grundlage postuliert bzw. (so etwa in der Eilentscheidung des Bundesverfassungsgerichts) als selbstverständlich unterstellt wird.<sup>16</sup> Immerhin enthält weder das Grundgesetz eine Regelung über Ausgangssperren, noch werden diese in den Kommentaren aus der Vor-Corona-Zeit einschlägig thematisiert.<sup>17</sup> Dabei hätte die Pauschalität einer solchen Maßnahme, die sie von den (durchweg nur konkret-individuell vorzunehmenden) herkömmlichen Eingriffen in die Fortbewegungsfreiheit der Person grundlegend unterscheidet, doch ihre gesonderte Re-

gelung nahegelegt. Angesichts ihres exzessiven Gebrauchs durch die Besatzungsmächte nach dem zweiten Weltkrieg dürfte auszuschließen sein, dass sich die Mütter und Väter des Grundgesetzes ihrer nicht bewusst waren. Die einzig plausible Erklärung, warum sich das Grundgesetz dazu nicht verhält, dürfte darin liegen, dass man die Ausgangssperre damals (wie auch in den nachfolgenden Jahrzehnten bis März 2020) als typisches Unterdrückungsinstrument von Besatzungsmächten und totalitären Regimes<sup>18</sup> wahrnahm, das in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat undenkbar erschien.

b) Definitiv verbieten dürfte sich nach alledem zunächst eine Lesart, wonach Ausgangssperren nicht einmal dem Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (der mit demjenigen von Art. 104 GG identisch sei) unterfallen, sondern lediglich eine Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit darstellen sollen:<sup>19</sup> Diese Sichtweise verkennt, dass der kategoriale Unterschied zwischen der Bewegungsfreiheit als bloßem Ausdruck eines selbstbestimmten Handelns und der (im Strafrecht wie gesagt durch § 35 StGB und § 239 StGB flankierten) Freiheit der Person i.e.S. darin liegt, ob es um die Möglichkeit geht, einen bestimmten Ort aufzusuchen, oder aber darum, den gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen.<sup>20</sup> Dabei hat die besondere Qualität der Fortbewegungsfreiheit im letztgenannten Sinn nichts damit zu tun, ob eine eventuelle Beeinträchtigung im Wege einer Festnahme oder festnahmeähnlichen Zwangseinwirkung oder auf andere Weise erfolgt. Ein sanktionsbewehrtes staatliches Verbot, den gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen, muss deshalb stets als – bei flächendeckender Verhängung gegen einen Großteil der Bevölkerung entsprechend massiver – Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG interpretiert werden.<sup>21</sup> Ob die Unterbindung der Fortbewegung die Kriterien einer „Freiheitsentziehung“ i.S.v. Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG erfüllt, ist dabei sekundär und lediglich für die Frage relevant, ob Maßnahmen der betreffenden Art einem Richtervorbehalt unterliegen.<sup>22</sup>

<sup>15</sup> Zum Ganzen bereits *Erb*, Die Ausgangssperre als Bankrotterklärung des Rechtsstaats, Online-Publikation v. 14.4.2021, S. 4, abrufbar unter <https://erb.jura.uni-mainz.de/veroeffentlichungen> (15.11.2021).

<sup>16</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21 = NVwZ 2021, 789 Rn. 33 ff., wo die Problematik nicht einmal ansatzweise thematisiert wird.

<sup>17</sup> Siehe auch *Möllers*, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 15.4.2021, S. 5, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw15-de-infektionsschutzgesetz-833590> (15.11.2021).

<sup>18</sup> Zu dieser Vorbelastung der Maßnahme auch *Boehme-Neßler*, NVwZ 2021, 670; *Herzmann*, DÖV 2006, 678 (679).

<sup>19</sup> *Greve/Lassahn*, NVwZ 2021, 665 (668); *Kingreen*, in: *Huster/Kingreen* (Hrsg.), *Handbuch Infektionsschutzrecht*, 2021, Teil 1 Kap. 1 Rn. 66.

<sup>20</sup> Insofern nicht nachvollziehbar die ausdrückliche Gleichsetzung beider Aspekte bei *Kingreen* (Fn. 19), Rn. 66.

<sup>21</sup> Zutreffend *F. Schmitt*, NJW 2020, 1626; *Kießling* (Fn. 13), § 28a Rn. 41; *Guckelberger*, NVwZ Extra 9a/2020, 1 (11); *Boehme/Neßler*, NVwZ 2021, 670; *Schwarz*, COVuR 2021, 258 (260 f.); eingehend *Sangs/Eibenstein*, JZ 2021, 710 (716) m.w.N.

<sup>22</sup> Ebenso *F. Schmitt*, NJW 2020, 1626 (1627). Dies führt freilich automatisch dazu, dass eine unter den Begriff der „Freiheitsentziehung“ zu subsumierende Ausgangssperre schon deshalb verfassungswidrig wäre, weil eine solche bei einer abstrakt-generellen Maßnahme prinzipiell nicht realisierbar erscheint (aus diesem Grund eine nicht durch Ausnahmetatbestände gelockerte Ausgangssperre für verfassungswidrig erachtend denn auch *Johann/Gabriel*, in: *Eckart/Winkelmüller* [Hrsg.], *Beck'scher Online-Kommentar, Infek-*

c) Nun enthält auch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (selbstverständlich) keine absolute Gewährleistung. An der Tragfähigkeit der Schrankenbestimmung in S. 3 drängen sich im vorliegenden Zusammenhang – wiederum vor dem oben unter a) ausgeführten Hintergrund und mit Blick auf das Gewicht des betroffenen Rechtsguts – indessen erhebliche Zweifel auf: Liegt es nicht näher, Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG (ausschließlich) so zu interpretieren, dass er Freiheitsbeschränkungen bei einzelnen Personen oder allenfalls Personengruppen ermöglicht, bei denen ein hinreichend gewichtiger konkreter Anlass besteht (im vorliegenden Kontext etwa Quarantänemaßnahmen bei Vorliegen eines Ansteckungsverdachts), aber eben keine pauschale Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit der gesamten Bevölkerung?<sup>23</sup> Für eine solche Sichtweise spricht im Übrigen, dass Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG eine Beschränkung der Freiheit der Person nur „auf Grund“, nicht aber „durch“ ein Gesetz zulässt, also offenkundig keine abstrakt-generellen, sondern nur konkret-individuelle Eingriffe im Blick hat. Schon ihrem Wortlaut nach passt die Schrankenbestimmung hiernach jedenfalls nicht auf eine *unmittelbare* gesetzliche Anordnung von Ausgangssperren, wie sie – insofern in offenkundig verfassungswidriger Weise – durch § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG erfolgt ist.<sup>24</sup>

d) Neben der Frage, ob das Grundgesetz für die Verhängung von Ausgangssperren überhaupt eine Ermächtigungsgrundlage enthält, vermisst man vielfach ein hinreichendes Problembewusstsein dafür, ob die Methode, mit der die Politik durch die Verhängung von Ausgangssperren Ansteckungsgefahren bekämpfen wollte, grundsätzlich eine zulässige Form staatlicher Verhaltensregulierung sein kann:<sup>25</sup> Da

---

tionsschutzrecht mit Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung [SchAusnahmV], Stand: 1.7.2021, IfSG § 28 Rn. 35). Hieraus folgt indessen keinesfalls umgekehrt, dass eine nicht als „Freiheitsentziehung“ qualifizierte Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit für die Betroffenen per se von minderer Relevanz und deshalb auch als gegen die gesamte Bevölkerung gerichtete abstrakt-generelle Maßnahme legitimierbar wäre.

<sup>23</sup> Erb (Fn. 15), S. 2 f.

<sup>24</sup> Überzeugend *Sangs/Eibenstein*, JZ 2021, 710 (716). Ob und wie sich das Bundesverfassungsgericht in der für Ende November angekündigten abschließenden Entscheidung über die „Bundesnotbremse“ mit diesem frappierenden Aspekt auseinandersetzt, war bei Abschluss des vorliegenden Beitrags noch nicht absehbar.

<sup>25</sup> Vgl. etwa das unreflektierte Lob des entsprechenden Konzepts bei *Greve/Lassahn*, NVwZ 2021, 665 (668); vom Bundesverfassungsgericht wurde der Aspekt bei der – insoweit ohne jede Kritik erfolgten – Beschreibung der Intention des Gesetzgebers jedenfalls im Eilverfahren wiederum komplett vernachlässigt, BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21 = NVwZ 2021, 789 Rn. 35; immerhin ansatzweise ins Spiel gebracht von OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.4.2021 – 13 ME 166/21 = BeckRS 2021, 6292 Rn. 36, durch eine Betonung des Vorrangs anderer Maßnahmen zur Durchsetzung der Kontaktbeschränkungen.

ein spätabendlicher Spaziergang kein Ansteckungsrisiko begründet (wegen der geringen Zahl von Menschen auf der Straße insofern im Gegenteil besonders ungefährlich ist), haben die Ausgangssperren ja nicht einmal ansatzweise eine *unmittelbar* infektionsschützende Wirkung.<sup>26</sup> Ihr Konzept bestand vielmehr ausschließlich in dem Versuch, Menschen von wechselseitigen Besuchen abzuhalten und auf diese Weise Verstöße gegen die Kontaktbeschränkungen zu verhindern, indem man pauschal die Fortbewegungsfreiheit aller, einschließlich der mutmaßlich rechtstreuen, die Erfordernisse des Infektionsschutzes uneingeschränkt respektierenden Mehrheit, aufhob.<sup>27</sup> Regelverstöße einzelner, die tatsächlich eine Ansteckungsgefahr begründen mögen, wurden also mit einer gegen die Gesamtbevölkerung gerichteten Repressalie bekämpft.<sup>28</sup> Damit vergleichbar wäre etwa ein Regelungskonzept, das die (bekanntlich überwiegend spätabends erfolgenden) Trunkenheitsfahrten verantwortungsloser Personen dadurch zu unterbinden sucht, dass allen Autofahrern die Benutzung ihres Fahrzeugs ab einer bestimmten Uhrzeit verboten wird, sofern nicht ein eng gefasster Ausnahmetatbestand eingreift.<sup>29</sup> Entspricht das Leitbild einer solchen Form hoheitlicher Gefahrenabwehr nicht eher dem Umgang eines Bauern mit seiner Viehherde als demjenigen eines Rechtsstaats mit seinen mündigen Bürgern?

e) Die in der Ausgangssperre zum Ausdruck kommende Entgrenzung staatlicher Machtentfaltung, bei der die Freiheit der Person zur beliebigen Verfügungsmasse der Krisenpolitik degeneriert, erscheint nicht deshalb weniger beunruhigend, weil sie in anderen demokratischen Staaten Europas schon früher und z.T. exzessiver praktiziert wurde<sup>30</sup> (zuletzt erneut in Österreich, wobei angesichts der Einbeziehung selbst der geimpften Bevölkerungsmehrheit in diesem Fall von einem legitimen [rechts-]staatlichen Handeln m.E. schlechthin nicht mehr die Rede sein kann). Dieser Umstand liefert allenfalls eine psychologische Erklärung dafür, wie es auch in unserem Land zu einer derartigen Enthemmung einer politischen Mehrheit und zu der weitgehenden Gleichgültigkeit kommen

---

<sup>26</sup> So bereits OVG Lüneburg, Beschl. v. 7.4.2021 – 13 ME 166/21 = BeckRS 2021, 6292 Rn. 20.

<sup>27</sup> Zu diesem Hintergrund der Ausgangssperren BT-Drs. 19/28444, S. 12, wobei selbst die dort angeführten Einzelstudien zu dem Ergebnis kommen, dass der Einfluss von Ausgangssperren auf das Infektionsgeschehen allenfalls als „moderat“ anzusehen ist, vgl. dazu auch *Kingreen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 15.4.2021, S. 7 f, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw15-de-infektionsschutzgesetz-833590> (15.11.2021).

<sup>28</sup> Kritisch unter diesem Aspekt auch *Guckelberger*, NVwZ Extra 9a/2020, 1 (12); allgemein kritisch gegen die Rechtfertigung von Maßnahmen „mit der unterstellten gebündelten Unvernunft der Betroffenen“ *Blankenagel*, JZ 2021, 702 (704).

<sup>29</sup> Erb (Fn. 15), S. 3 f.

<sup>30</sup> In den Versuch einer Legitimation der Maßnahme einbezogen von *Greve/Lassahn*, NVwZ 2021, 665 (668).

konnte, mit der Verwaltungsjustiz, (zumindest vorläufig) das Bundesverfassungsgericht und die Medien dies hingenommen haben.<sup>31</sup>

#### IV. Pflicht zur rechtzeitigen Optimierung der Impfstoffversorgung

Ein anderes Feld, auf dem die Politik gut daran getan hätte, sich an Wertungen der Strafrechtsordnung zu orientieren, ist die Beschaffung der Impfstoffe zu einer Zeit, als diese im Inland noch nicht in ausreichenden Mengen verfügbar waren, um jeden Impfwilligen kurzfristig damit zu versorgen.

##### 1. Bremsfaktoren bei der Impfstoffversorgung

Nachdem seit Dezember 2020 zunächst ein und bald darauf weitere Impfstoffe gegen Covid-19 alle Phasen der klinischen Erprobung durchlaufen hatten, lief die Impfkampagne in Deutschland bekanntlich schleppend an, jedenfalls deutlich langsamer als in Großbritannien und in den USA, von Israel und den Seychellen ganz zu schweigen (wobei Israel seiner Rolle als Pilotland für Biontech/Pfizer und die Seychellen aufgrund ihrer geringen Einwohnerzahl allerdings besondere Bedingungen aufwies). Die Impfstoffknappheit hielt trotz einer deutlichen Erhöhung der Liefermengen ab April 2021 letzten Endes bis Anfang Juli 2021 an und wirkte entsprechend lang als Bremse bei der Immunisierung der impfwilligen Bevölkerungsmehrheit. Für die Bundesregierung bestanden zu unterschiedlichen Zeitpunkten in mehrerlei Hinsicht faktische Möglichkeiten, dieser Situation entgegenzuwirken:

a) Im Sommer 2020 legte die Bundeskanzlerin bekanntlich Wert darauf, die Beschaffung der Impfstoffe ausschließlich über die EU vorzunehmen und hielt an dieser Linie auch dann noch fest, als die EU zögerliche Verhandlungen führte, statt möglichst schnell möglichst große Impfstoffmengen zu bestellen, wie es die USA und Großbritannien zu dieser Zeit getan haben. Im Übrigen ist nicht nachvollziehbar, warum es die Bundesregierung versäumt hat, sich von in Deutschland ansässigen Firmen bei der Vergabe von Fördergeldern zur Forschung und zum schnellen Aufbau von Produktionskapazitäten im Gegenzug Vorkaufsrechte an der Produktion der ersten Monate einräumen zu lassen.

b) Im Dezember 2020 hätte man den Start der Impfkampagne durch die Erteilung von Notfallzulassungen beschleunigen können, wie sie u.a. in Großbritannien und in den USA erteilt wurden, statt auf das Votum der Europäischen Arzneimittel-Agentur zu warten. Auf diese Weise hätte eine Reihe von Angehörigen der höchsten Risikogruppe etliche Wochen früher geimpft werden können.

c) Schließlich hätte die Bundesregierung Anfang 2021 die Möglichkeit gehabt, sich auf EU-Ebene mit aller Kraft für ein Exportverbot von Corona-Impfstoffen in Nicht-EU-Staaten einzusetzen, vergleichbar mit den zu dieser Zeit in den USA geltenden Regelungen. Nach Inbetriebnahme des Marburger Biontech-Werks im März hätte man notfalls auch auf nationaler Ebene hoheitliche Maßnahmen ergreifen können, die einen Export ausschließlich in EU-Partnerstaaten, nicht aber

in Drittstaaten erlaubt hätten. Stattdessen hat man hingenommen, dass im kritischen Zeitraum bis Mitte Mai Presseberichten zufolge fast die Hälfte der in der EU produzierten Impfstoffe in Drittstaaten exportiert wurde.<sup>32</sup> Dies hatte zwangsläufig zur Folge, dass die Impfkampagne in Europa und mithin auch in Deutschland im Frühsommer bei weitem noch nicht da angekommen war, wo sie zu diesem Zeitpunkt bereits hätte sein können.

##### 2. Zusätzliche Todes- und Erkrankungsfälle

Die Auswirkungen all dieser Verzögerungen der Impfkampagne, die zunächst mit dem Höhepunkt der „zweiten Welle“ der Ansteckungen mit der Ursprungsvariante und später mit der durch die „Alpha-Variante“ verursachten „dritten Welle“ korrelierte, liegen auf der Hand: Viele Menschen – und zwar gerade solche aus den bei der Impfung grundsätzlich priorisierten Risikogruppen – erkrankten noch zu einem Zeitpunkt, als sie bei schnellerer Verfügbarkeit größerer Impfstoffmengen bereits geimpft gewesen wären, was im Hinblick auf die bei diesen Personen besonders hohe Sterblichkeit zu einer hohen Zahl vermeidbarer Todesfälle geführt hat. Dies dürfte evident und im Grundsatz unbestreitbar sein. Diskutieren kann man allenfalls über die genaue Anzahl, bei der naturgemäß nur grobe Schätzungen möglich sind; der Wuppertaler Ökonom Paul Welfens ging insofern bereits Anfang März 2021, also vor Auslaufen der „dritten Welle“, in einem Presseinterview von 27.000 zusätzlichen Todesfällen aus.<sup>33</sup>

##### 3. Handlungsoptionen der Politik

Die deutsche Politik hätte zweifellos die Möglichkeit gehabt, durch entsprechende Maßnahmen für beschleunigte Impfstofflieferungen zu sorgen und damit eine jedenfalls im fünfstelligen Bereich anzusiedelnde Zahl von Todesfällen sowie hunderttausende z.T. extrem schwerwiegende Erkrankungsfälle in der inländischen Bevölkerung zu verhindern: Ein faktisches oder rechtliches Hindernis, der EU im Sommer ein kurzfristiges Ultimatum zur Bestellung großer Impfstoffmengen aus allen erfolgversprechenden Projekten zu stellen und nach dessen Verstreichen diese Bestellungen selbst zu tätigen, ist nicht ersichtlich. Was die Bundesregierung an einem solchen Vorgehen hinderte, war ausschließlich eine europapolitische Opportunität, die ihr Ziel einer Stärkung der Institutionen der EU am Ende noch nachhaltig verfehlte, indem letztere Gelegenheit erhielten, sich als schwerfällig und unfähig

<sup>31</sup> Erb (Fn. 15), S. 5.

<sup>32</sup> Vgl. etwa (freilich mit positiver Bewertung dieses Umstands) die Europa-Kolumne von Koch, Handelsblatt v. 17.5.2021, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/meinung/kolumnen/europa-kolumne/europa-kolumne-die-eu-ist-beim-impfstoff-management-deutlich-besser-als-ihr-ruf/27197832.html?ticket=ST-4336438-hxdj6l1BbW3ac0GbefON-ap4> (15.11.2021).

<sup>33</sup> Vgl. Mayer, Merkur.de v. 7.3.2021, abrufbar unter <https://merkur.de/welt/impfungen-corona-deutschland-todesfaelle-tote-lockdown-tote-experte-professor-kritik-90229554.html> (15.11.2021).

hig zu erweisen. Ein eventueller finanzieller Mehraufwand vorsorglicher Bestellungen und einer maximalen Förderung des aus damaliger Perspektive ebenfalls noch vorsorglichen Aufbaus großer inländischer Produktionskapazitäten konnte in diesem Zusammenhang schon deshalb kein tragfähiges Argument sein, weil eine erfolgreiche Impfkampagne ersichtlich der einzige Weg aus einer Katastrophe war, deren Fortdauer schon rein wirtschaftlich betrachtet jeden Monat Kosten verursachte, die um ein Vielfaches höher lagen, als dies selbst bei noch so großzügigen Investitionen in die Impfkampagne der Fall gewesen wäre.<sup>34</sup> Dementsprechend wird man auch die Nichterteilung einer Notfallzulassung für den Biontech-Impfstoff Anfang Dezember 2020 schwerlich damit legitimieren können, dass in diesem Fall der Staat die Haftung anstelle des Herstellers übernommen hätte.<sup>35</sup> Was schließlich den gegen Exportverbote gerichteten praktischen Einwand betrifft, man hätte auf diese Weise Gegenmaßnahmen der betroffenen Länder riskiert, unter denen die Versorgung mit Rohprodukten leiden könnte, ist Folgendes zu bemerken: Sollte eine solche Lieferabhängigkeit tatsächlich bestanden haben, hätte man das Problem ja einfach dadurch lösen können, dass man die betreffenden Staaten von einem Exportverbot ausnimmt. Das Beispiel der USA hat im Übrigen ja gezeigt, wie erfolgreich man die Impfkampagne im eigenen Land beschleunigen kann, indem man Exporte zunächst unterbindet. Es ist nicht einmal ersichtlich, dass die USA durch diese Maßnahme ernsthafte diplomatische Verwicklungen ausgelöst hätten. Die Bundesregierung hätte es in der Hand gehabt, ein entsprechendes Exportverbot zu erlassen, und zwar durch eine Rechtsverordnung gem. § 6 Abs. 1 S. 1 AWG;<sup>36</sup> hielte man eine erweiterte gesetzliche Grundla-

ge für erforderlich, hätte durch eine einschlägige Gesetzesinitiative ihre Schaffung eingeleitet werden können.

#### 4. Bedeutung der in der Dogmatik der Unterlassungsdelikte verankerten Unterscheidung zwischen Garanten- und Solidaritätspflichten

Unabhängig davon, ob die genannten Versäumnisse tatsächlich strafrechtliche Relevanz haben könnten (dazu und zu den hiergegen vorgebrachten Einwänden unten V. 2.), zeigen im StGB verankerte Wertungen der Rechtsordnung, dass wir es jedenfalls mit einem von Rechts wegen zu missbilligenden Verhalten gegenüber der eigenen Bevölkerung zu tun haben. Dies gilt auch und gerade für die Zulassung umfangreicher Impfstoffexporte in Drittstaaten zu einer Zeit, als die Versorgung der Menschen in Deutschland und Europa noch nicht flächendeckend gewährleistet war. Versuche in Politik und Medien, Exportbeschränkungen mit dem Kampfbegriff des „Impfnationalismus“ als verwerflich zu brandmarken, lassen sich auf diesem Weg als eine moralisierende Rhetorik entlarven, die nicht mit den Vorgaben der Rechtsordnung in Einklang steht.

a) Dass die Devise „die eigene Bevölkerung zuerst“ an dieser Stelle mit den Wertungen unserer Rechtsordnung nicht nur vereinbar ist, sondern durch diese geradezu gefordert wird, zeigt ein Blick auf die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Die dort geläufige Unterscheidung zwischen Garantenpflichten und Solidaritätspflichten mit den daraus folgenden Konsequenzen für die Behandlung von Pflichtenkollisionen spricht eine eindeutige Sprache: Gerät bei einem Unfall ein eigenes und ein fremdes Kind in Lebensgefahr, und hat man de facto nur die Möglichkeit, eins von ihnen zu retten, so ist die Pflichtenkollision dahingehend aufzulösen, dass man aufgrund der Garantenstellung dem eigenen Kind helfen muss.<sup>37</sup> Die unterlassene Hilfeleistung gegenüber dem frem-

<sup>34</sup> Beispiel Schweiz: Bis zu vier Milliarden Franken kostet eine Verzögerung des Impfens um einen Monat, siehe *Benz/Feldges*, Neue Zürcher Zeitung v. 9.1.2021, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/wirtschaft/corona-impfung-kosten-der-langsamkeit-grenzen-der-schnelligkeit-ld.1595082> (15.11.2021).

<sup>35</sup> Dazu *aerzteblatt.de* v. 18.12.2020, abrufbar unter <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/119502/Coronaimpfst-off-Diese-Nachteile-birgt-eine-Notfallzulassung> (15.11.2021).

Nicht weniger angreifbar erscheint die damals vom Bundesgesundheitsminister gegebene Begründung, man wolle durch das Abwarten auf die Entscheidung der Europäischen Arzneimittel-Agentur das „notwendige Vertrauen der Menschen“ in den Impfstoff sicherstellen: Das Problem bestand im Dezember 2020 anders als heute ja nicht darin, dass es mehr Impfstoff als Impfwillige gegeben hätte. Und die Frage, ob sich nunmehr, nach reichlicher Verfügbarkeit der Impfstoffe, mehr oder weniger Menschen impfen lassen, mag von vielen Faktoren abhängen, aber mit Sicherheit nicht davon, dass man mit der Verabreichung des Biontech-Impfstoffs im Dezember 2020 bis zum Vorliegen der „bedingten“ Zulassung durch die Europäische Arzneimittel-Agentur gewartet hat!

<sup>36</sup> Kurzfristig wäre dies gem. § 6 Abs. 1 S. 1 AWG sogar per Allgemeinverfügung möglich gewesen, wie es beim Erlass eines vorübergehenden Exportverbots für medizinische

Schutzausrüstung Anfang März 2020 denn auch praktiziert wurde, vgl. *Bundesanzeiger* v. 4.3.2020, B 1.

<sup>37</sup> So die heute deutlich h.M., vgl. etwa *Neumann*, in: *Schüemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag* am 15. Mai 2001, 2001, S. 421 (436); *Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2019, Rn. 516; *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1992, 15. Abschn. Rn. 7; *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 21 Rn. 99; *Murmann*, *Grundkurs Strafrecht*, 4. Aufl. 2017, § 25 Rn. 67; *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 12. Aufl. 2020, § 49 Rn. 40, 45; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 124; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 50. Aufl. 2020, Rn. 1213; *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 68. Aufl. 2021, Vor § 32 Rn. 11b; *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 4. Aufl. 2017, § 34 Rn. 31; *Rönnau*, in: *Cirener/Radtke/Rissing van-Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 125; *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 31; *Paeffgen/Zabel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.),

den Kind wird in dieser Situation vom Gesetz hingegen nicht gefordert, sie ist i.S.v. § 323c StGB „unzumutbar“. Würde ein Elternteil gleichwohl das eigene Kind sterben lassen, um stattdessen das fremde zu retten, so hätte er also eine Strafe wegen Mordes oder Totschlags durch Unterlassen zu erwarten.

b) Dieser Vorrang von Garantienpflichten vor Solidaritätspflichten ist wiederum keine strafrechtliche Besonderheit. Auch hier ist vielmehr davon auszugehen, dass das Strafrecht umgekehrt an grundlegende Wertungen der Gesamtrechtsordnung anknüpft, deren Allgemeingültigkeit nicht dadurch in Frage gestellt wird, dass sie außerhalb strafrechtlicher Zusammenhänge in der Regel keine Aufmerksamkeit erregen, und die in einem Rechtsstaat deshalb auch für politisches Handeln verbindlich sein müssen. Im vorliegenden Kontext bedeutet dies: Bei der Frage, ob im Inland hergestellter Corona-Impfstoff zunächst einmal für die eigene Bevölkerung reserviert oder teilweise für den Export freigegeben werden soll, dürfen sich die Politiker nicht nur für ersteres entscheiden, sondern müssen dies sogar tun, um sich nicht

---

Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 32 ff. Rn. 176; a.A. *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 6 Rn. 135; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 22. Kap. Rn. 64; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 8 Rn. 137; *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 13 Rn. 77; *Stein*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 47. Letzteren ist entgegenzuhalten, dass die Unzulässigkeit, das Leben eines der Betroffenen als solches höher zu gewichten, keinen Hinderungsgrund dafür bildet, dem Unterlassungstäter aus einem anderen Grund – nämlich aufgrund seiner besonderen Pflichtenstellung – rechtlich vorzuschreiben, wie er sich in der Situation zu verhalten hat. Dabei ist unerfindlich, wie eine Hilfspflicht, die vom Gesetz ausdrücklich unter den Vorbehalt gestellt wurde, dass ihre Erfüllung „ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist“ (diesen Aspekt zutreffend hervorhebend *Beulke*, in: *Hettinger/Hillenkamp/Köhler* [Hrsg.], Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 1 [5 ff.]; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 123; *Schlehofer*, in: *Erb/Schäfer* [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 252; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 75), dem Garant die Möglichkeit eröffnen sollte, sich sanktionslos einer nach § 13 Abs. 1 StGB relevanten qualifizierten Rechtspflicht zu entziehen. Die bei Kollision tatsächlich gleichwertiger Pflichten eintretende Wahlfreiheit des Hilfspflichtigen stellt im Hinblick auf die insofern von Rechts wegen eröffnete willkürliche Herrschaft über Leben und Tod im Grunde genommen ohnehin eine Ungeheuerlichkeit dar. Sie muss deshalb – gerade wegen der besonderen Stellung des Lebensrechts – strikt auf solche Fälle beschränkt bleiben, in denen sie aufgrund einer absoluten, unter keinem wie auch immer gearteten Aspekt rechtlich auflösbaren „Pattsituation“ unvermeidbar erscheint.

dem Vorwurf einer Verletzung der höherrangigen Pflicht auszusetzen. Eine Ausnahme lässt sich allenfalls dort rechtfertigen, wo wir von grenzüberschreitenden Garantienpflichten ausgehen können. Angesichts der engen Verflechtung innerhalb der EU, die mittlerweile zu den tragenden Säulen unseres Staatsverständnisses gehört, erscheint das mit Blick auf die Menschen in EU-Partnerstaaten naheliegend. Wobei hier natürlich noch dazukommt, dass ein gegen andere EU-Länder gerichtetes Exportverbot angesichts der europaweit vernetzten Produktionsprozesse wohl tatsächlich die Zulieferketten sprengen würde. Im Verhältnis zu der Bevölkerung in Drittstaaten ist hingegen keine Sonderverantwortlichkeit deutscher Politiker ersichtlich, hier geht es ausschließlich um Solidarität.

c) Dabei war zunächst einmal auch kein Raum für eine Unterstützung der z.T. pathetisch eingeforderten<sup>38</sup> „globalen Impfgerechtigkeit“: Entsprechende Aufforderungen zum „Teilen“ haben dort ihre Berechtigung, wo es um wirtschaftliche Ressourcen geht, die zur Verbesserung der Gesundheitsversorgung in ärmeren Ländern benötigt werden. Insofern hat für Europa, wo heute so viel Impfstoff verfügbar ist, dass niemand mehr darauf warten muss, mittlerweile in der Tat die Stunde der Solidarität geschlagen, in der es dringend geboten erscheint, ärmeren Ländern so viel Impfstoff wie möglich verbilligt oder kostenlos zu überlassen. Im Frühjahr 2021 bestand das Problem aber noch nicht in einer lediglich wirtschaftlichen Knappheit, bei der man mit Fug und Recht sagen kann, wir können uns doch mit etwas weniger zufriedengeben, um anderen zu helfen. Damals betraf die Knappheit vielmehr die lebensrettenden Ressourcen als solche, und die waren mit Blick auf die Menschen, die sie konkret benötigten, letzten Endes nicht teilbar: Entweder jemand bekam seine Impfung rechtzeitig, oder er bekam sie nicht rechtzeitig, bevor er sich mit dem Virus infizierte. Die Politiker konnten ihrer Verantwortung gegenüber den Impfwilligen, die Corona in Deutschland und Europa zu dieser Zeit noch als lebensgefährliche Infektion traf, nicht ein bisschen stärker oder ein bisschen weniger stark nachkommen, um Raum für solidarisches Verhalten nach außen zu gewinnen. Gegenüber denjenigen, für die die Impfung zu spät kam, weil die Impfdosis, die sie andernfalls rechtzeitig erhalten hätten, exportiert wurde, sind sie ihrer Verantwortung vielmehr gar nicht nachgekommen. Sie haben die Prioritäten damit in einer Weise gesetzt, die ihnen aufgrund ihrer primären Verantwortung für die inländische Bevölkerung nicht zustand.

d) Da es um Leben und Tod in der eigenen Bevölkerung ging, ist auch nicht ersichtlich, welche übergeordneten Interessen die Politik hätten legitimieren sollen, ihre diesbezüglichen Schutzpflichten hintanzustellen: Der Regierung eines freiheitlich-demokratischen Rechtsstaats steht es nicht zu, zur Verfolgung außenpolitischer Ziele über die Leichen eigener Bürger zu gehen. In einer solchen Situation mussten eventuell

---

<sup>38</sup> Vgl. etwa *Engelhardt*, Rundfunkbeitrag in „Deutschlandfunk Kultur“ v. 1.4.2021, abrufbar unter [https://www.deutschlandfunkkultur.de/impfplattform-covax-die-reichen-laender-zuerst.979.de.html?dram:article\\_id=495055](https://www.deutschlandfunkkultur.de/impfplattform-covax-die-reichen-laender-zuerst.979.de.html?dram:article_id=495055) (15.11.2021).

drohende diplomatische Missstimmungen, Beeinträchtigungen von Handelsbeziehungen und unerwünschte geopolitische Folgen der „Impfstoffdiplomatie“ Russlands und Chinas in anderen Weltgegenden notfalls eben hingenommen und ertragen werden. Entscheidend für die Unvereinbarkeit der Inanspruchnahme eines politischen Handlungsermessens mit den Anforderungen des Rechts war an dieser Stelle, dass wir es nicht mit einer graduellen Steigerung des allgemeinen Lebensrisikos zu tun hatten, bei der die Politik mehr oder weniger frei ist, wie sie damit umgeht. Es ging vielmehr um eine so massive und konkrete Bedrohung von Leib und Leben großer Bevölkerungsgruppen, dass deren Abwendung von Rechts wegen allerhöchste Priorität genießen musste. Das Interessante ist dabei, dass die Bundesregierung Letzteres ja im Wesentlichen selbst so gesehen hatte: Wie sonst hätte sie die Corona-Pandemie zum Anlass nehmen können, Grundrechte über Monate hinweg flächendeckend in einer Weise einzuschränken, wie es diese Republik zuvor nicht einmal ansatzweise erlebt hat? Dann war von der Bundesregierung aber zu verlangen, bei der Beschaffung eines lebensrettenden Impfstoffs in vergleichbar robuster Weise zu agieren, wie sie das beim „Lockdown“ tat. Sie war dazu sogar umso mehr verpflichtet, als hier keine Eingriffe in Grundrechte der Bürger im Raum standen, die auch dort, wo es um Leben und Tod geht, immer noch eine Abwägung erforderlich machen, sondern ausschließlich politische Opportunität.<sup>39</sup> Wann, wenn nicht hier, sollten jemals die „besonderen Umstände“ vorliegen, unter denen sich die politische „Gestaltungsfreiheit in der Weise verengen [kann], dass allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht genüge getan werden kann“<sup>40</sup>?

## V. Strafbarkeit der verantwortlichen Politiker?

Wenn man das Vorgehen der Politik in den beiden hier ausgeführten Zusammenhängen somit als mit grundlegenden Wertungen der Rechtsordnung unvereinbar bezeichnen kann, ist damit natürlich noch nicht gesagt, ob sich die federführenden Akteure dabei strafbar gemacht haben. Die dafür notwendigen spezifischen Voraussetzungen sind weitaus schwieriger zu beurteilen. Ihre Prüfung führt z.T. auf rechtliches Neuland, weshalb hier nur eine vorläufige Einschätzung möglich ist. Dabei ist ihr grundsätzliches Vorliegen tendenziell zu bejahen, wobei eine effektive Strafbarkeit freilich an § 17 S. 1 StGB scheitern dürfte.

<sup>39</sup> Dazu bereits *Erb*, Strafbarkeit des Unterlassens einer maximalen Beschleunigung der COVID-19-Impfungen in Deutschland durch die Bundesregierung, Online-Publikation Januar 2021, S. 3 f., abrufbar unter <https://erb.jura.uni-mainz.de/files/2021/03/Gutachten-Coronaimpfstoff.pdf> (15.11.2021).

<sup>40</sup> Für die Möglichkeit entsprechender Ausnahmen vom Grundsatz, wonach „dem Gesetzgeber bei der Erfüllung von Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu[komme], der auch Raum lässt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen“, ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 4.5.2011 – 1 BvR 1502/08 = NVwZ 2011, 991 Rn. 38.

## I. Verhängung von Ausgangssperren

Was die verfassungswidrige Verhängung von Ausgangssperren betrifft, so ist zunächst danach zu differenzieren, ob diese durch formelles Gesetz (so im Falle der „Bundesnotbremse“ in § 28b IfSG) oder durch rechtswidrige Rechtsverordnungen oder Allgemeinverfügungen erfolgte. Im erstgenannten Fall kommen strafrechtliche Sanktionen schon deshalb nicht in Betracht, weil eine ausdrückliche Aufhebung der persönlichen Fortbewegungsfreiheit in einem Gesetz zugleich zum Ausdruck bringt, dass die Maßnahme nicht strafbar sein soll, womit eine Bestrafung aller wie auch immer beteiligten Akteure – ungeachtet einer eventuellen Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit – von dem zur Tatzeit gegebenen Gesetzeswortlaut nicht gedeckt und mithin nach Art. 103 Abs. 2 GG unzulässig wäre.<sup>41</sup> Bei denjenigen, die Ausgangssperren durch rechtswidrige Rechtsverordnungen oder Allgemeinverfügungen anordnen oder solche Anordnungen vollziehen, ließe sich hingegen über eine Anwendung von § 239 StGB diskutieren. Dabei käme das bekannte Problem zum Tragen, inwieweit ein psychischer Zwang, der die Ausübung der Fortbewegungsfreiheit erschwert, aber nicht faktisch unmöglich macht, eine „Freiheitsberaubung auf andere Weise“ darstellt. Auch wenn die heute h.M. davon ausgeht, dass die Bindung eines anderen an den gegenwärtigen Aufenthaltsort durch Instrumentalisierung seiner Angst vor Nachteilen hiervon grundsätzlich nicht erfasst wird,<sup>42</sup> dürften gute Gründe dafür sprechen, einen (in diesem Zusammenhang bislang soweit ersichtlich nicht thematisierten) durch sanktionsbewehrte hoheitliche Anordnungen erzwungenen Verzicht auf Fortbewegung unter diese Tatbestandsvariante zu subsumie-

<sup>41</sup> Ein Anwendungsfall der Radbruchschen Formel, mit der das BVerfG in der „Mauerschützen-Entscheidung“ die Nichtanwendung eines zur Tatzeit gesetzlich normierten Rechtfertigungsgrunds legitimieren wollte (BVerfG, Beschl. v. 24.10.1996 – 2 BvR 1851, 1853, 1875, 1852/94 = BVerfGE 95, 96 [133 ff.]) wäre hier selbstverständlich nicht diskutabel, so dass die Fragwürdigkeit einer hierauf gestützten Einschränkung des – von Art. 103 Abs. 2 GG ohne jeden Vorbehalt garantierten – Grundsatzes „nullum crimen sine lege“ (dazu *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Januar 2021, Art. 103 Abs. 2 Rn. 133 f.) dahinstehen kann. Für den – wesentlich eleganteren – Ansatz des BGH, einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG in den „Mauerschützen-Fällen“ deshalb zu verneinen, weil die Nichtanwendung des seinerzeit im Grenzgesetz der DDR geregelten Rechtfertigungsgrunds unter Einhaltung der Wortlautgrenze mit einer verfassungsrechtlich zulässigen abweichenden Auslegung begründet werden konnte (BGH, Urt. v. 3.11.1992 – 5 StR 370/92 = BGHSt 39, 1 [29 f.]), ist im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls kein Raum.

<sup>42</sup> Vgl. etwa *Wieck-Noodt*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 30 f.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 37), § 239 Rn. 6b; *Wolters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 239 Rn. 7; tendenziell a.A. allerdings wohl BGH, Beschl. v. 8.3.2001 – 1 StR 590/00 = NSZ 2001, 420.



ren. Hier ist nämlich die aus Opfersicht drohende Konfrontation mit der unüberwindbaren Übermacht staatlicher Zwangsausübung zu berücksichtigen, die ja z.B. auch allgemein zum Anlass genommen wird, bei einer vorgetäuschten Beschlagnahme das Vorliegen einer Vermögensverfügung zu verneinen.<sup>43</sup> Einer Strafbarkeit entgehen dürften die verantwortlichen Politiker und Verwaltungsbeamten in dieser Konstellation richtigerweise (nur) dadurch, dass sie an die Rechtmäßigkeit ihres Vorgehens geglaubt haben und man ihnen diese Einschätzung angesichts dessen Deckung durch die meisten Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte nicht als vermeidbaren Verbotsirrtum i.S.v. § 17 S. 2 StGB vorwerfen kann.

## 2. Versäumnisse bei der Impfstoffbeschaffung

Komplizierter liegen die Dinge hinsichtlich einer möglichen Strafbarkeit wegen Tötungs- und Körperverletzungsdelikten durch Unterlassen im Hinblick darauf, dass die damalige Bundeskanzlerin und ihr Gesundheitsminister einer maximalen Beschleunigung der Impfkampagne unter den oben unter IV. 1. und 3. ausgeführten Gesichtspunkten keine maximale Priorität eingeräumt haben.

a) Relativ leicht überwindbar wären wohl Probleme im Zusammenhang mit der (Quasi-)Kausalität des Unterlassens, die daraus resultieren, dass es schwierig sein dürfte, diese in Bezug auf *ganz bestimmte* Erkrankungen- und Todesfälle nachzuweisen: Hier wäre zunächst zu überlegen, ob bei Taten mit einer unüberschaubaren Vielzahl von Opfern deren jeweilige Identität überhaupt sicher feststehen muss, oder ob es nicht genügt, mit der erforderlichen prozessualen Sicherheit eine Mindestzahl an Opfern festzustellen.<sup>44</sup> Unabhängig davon bestünde u.U. aber auch die Möglichkeit, dass sich ein Gericht in einigen konkreten Einzelfällen eine prozessual hinreichende Gewissheit verschaffen kann, dass frühere Impfungen den tatbestandsmäßigen Erfolg verhindert hätten. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass spätestens im Frühjahr 2021, als man die Impfkampagne noch durch ein Exportverbot hätte beschleunigen können, für jedermann offenkundig war, dass jeder Tag Verzögerung Menschenleben kostet, die Verantwortlichen dies also als Folge ihrer Prioritätensetzung in Kauf nahmen und mithin bedingt vorsätzlich handelten. Das würde hinsichtlich der dann in Betracht kommenden §§ 212, 13 StGB und §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13

StGB ggf. eine Versuchsstrafbarkeit eröffnen, für die es keiner Kausalitätsfeststellung bedarf.

b) Größere Schwierigkeiten bereitet die für eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts gem. § 13 StGB erforderliche Garantenstellung, die bei Regierungspolitikern – wohl aufgrund der bislang fehlenden Praxisrelevanz – soweit ersichtlich noch nicht diskutiert wurde. Der *Verfasser* hat diese an früherer Stelle bejaht, weil nicht ersichtlich ist, warum diejenigen, die in der Staatsführung höchste Ämter übernehmen, für die ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Aufgaben beim Schutz von Leib und Leben der Bevölkerung nicht in gleicher Weise strafrechtlich haften sollten, wie das bei sonstigen Amtsträgern auf den unterschiedlichsten Hierarchieebenen unstreitig der Fall ist.<sup>45</sup>

aa) Dem sind die Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags in einer Ausarbeitung vom 18.2.2021<sup>46</sup> mit der Begründung entgegengetreten, eine solche Garantenstellung könne weder aus dem Amtseid noch aus der allgemeinen staatlichen Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit hergeleitet werden: Ersterer bringe lediglich eine ethisch-moralische Verpflichtung zum Ausdruck, während Letztere in diesem Zusammenhang im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG zu unbestimmt und im Übrigen zu uferlos sei; so ließe sie sich z.B. ebenso gut im Zusammenhang mit tödlichen Verkehrsunfällen zur Begründung einer Garantenpflicht aktivieren, diesen durch Einführung einer generellen Geschwindigkeitsbegrenzung entgegenzutreten.<sup>47</sup> Der Unterschied zu anderen Amtsträgern liege dabei darin, dass für Regierungspolitikern keine gesetzliche Zuweisung ganz bestimmter Schutz-

<sup>45</sup> Erb (Fn. 39), S. 3.

<sup>46</sup> Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, WD 7 - 3000 – 012/21, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/829898/542c143a0152558970c821201b06999c/WD-7-012-21-pdf-data.pdf> (15.11.2021).

<sup>47</sup> Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags (Fn. 46), S. 9 ff. Die zusätzliche, auf einen Zeitungsartikel mit einem Interview des Staatsrechtslehrers Markus Ogorek im Wiesbadener Kurier v. 10.2.2021, S. 4, zurückgehende Behauptung einer weitergehenden „Uferlosigkeit“ des hier vertretenen Ansatzes in dem Sinn, dass sich „nach dieser Logik [...] auch Mitglieder des Bundestages strafbar machen“ könnten, indem sie es unterlassen, ein Gesetz zu beschließen oder einzubringen, liegt neben der Sache: Parlamentarier unterscheiden sich sowohl in ihrer Rechtsstellung als auch in der Reichweite ihrer individuellen Möglichkeiten, staatliche Maßnahmen unmittelbar effektiv zu steuern, von der – die weisungsbefugte Spitze der Exekutive bildenden – Regierung so fundamental, dass ihre strafrechtliche Behandlung durch diejenige von letzterer in keiner Weise determiniert wird. Bei ihnen dürfte die Zuschreibung einer persönlichen strafrechtlichen Verantwortung für die Entscheidungen des Parlaments in der Tat fernliegend sein; eine nähere Untersuchung dazu würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen.

<sup>43</sup> BGH, Urt. v. 2.5.1952 – 4 StR 867/51 = NJW 1952, 796; BGH, Urt. v. 16.10.1952 – 5 StR 330/52 = NJW 1953, 73 (74); BGH, Beschl. v. 15.3.2011 – 4 StR 40/11 = NJW 2011, 1979 Rn. 7; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 43. Aufl. 2020, Rn. 115; *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Fn. 42), § 242 Rn. 96; *Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 37), § 242 Rn. 35.

<sup>44</sup> Vgl. dazu *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 59 ff.; kritisch gegenüber derartigen Ansätzen zu einer derartigen „Opfer-Wahlfeststellung“ *K. Tiedemann/I. Tiedemann*, in: Geppert/Bohnert/Rengier (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, 1992, S. 139 (144 ff.).

pflichten bestehe.<sup>48</sup> Im Übrigen drohten erhebliche „Verwerfungen in Bezug auf den Gewaltenteilungsgrundsatz“, wenn die Strafverfolgungsorgane über Handlungspflichten von Regierungsmitgliedern entscheiden wollten, bei denen diesen ein politischer Ermessensspielraum zukommt.<sup>49</sup>

bb) Der Ansatz, die Spitze der Exekutive wegen ihrer umfassenden Zuständigkeit und der insofern naturgemäß geringeren Spezifizierung ihrer Aufgaben von einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit für pflichtwidriges Unterlassen freizustellen, ist im Ansatz verfehlt und stellt die Dinge auf den Kopf. Wäre der Ansatz zutreffend, so müsste er für Unternehmensleitungen bei konsequenter Betrachtung in gleicher Weise gelten. Bei diesen ist aber anerkanntermaßen das Gegenteil der Fall – für sie folgt aus ihrer Allzuständigkeit für die Geschicke des Unternehmens und die Folgen seiner Tätigkeit bekanntlich eine (ggf. auch strafrechtlich sanktionierte) umfassende Verantwortung.<sup>50</sup> Beim Staatsapparat ist nun aber ebenso wenig einzusehen wie bei Wirtschaftsunternehmen, warum die strafrechtliche Relevanz eines Versagens vor den dienstlichen Verpflichtungen ausgerechnet bei denjenigen enden sollte, die in der Hierarchie, die sie kraft ihrer Weisungsbefugnisse kontrollieren, an der Spitze stehen. Dass die Garantenpflichten auf diese Weise letzten Endes die Summe aller Zuständigkeiten der Organisation für den Schutz strafrechtlich geschützter Rechtsgüter umfassen, liegt hier wie in der Natur der Sache und begründet keine *zusätzliche* Unbestimmtheit, die über das im Zusammenhang mit § 13 StGB allgemein zu konstatierende Maß hinausginge. Im Hinblick auf die Möglichkeiten, Aufgaben in weitem Umfang zu delegieren, kann man ihnen auch nicht per se eine unzumutbare Uferlosigkeit attestieren.

cc) Das Problem liegt an ganz anderer Stelle und ist als solches auch keineswegs auf Regierungsangehörige beschränkt, sondern betrifft in gleicher Weise Hoheitsträger auf nachgeordneten Ebenen bis hin zum Streifenpolizisten, aber auch Angehörige von Wirtschaftsunternehmen, die eigenverantwortliche Entscheidungen treffen und dabei Sicherheitsaspekte gegen andere Interessen abwägen müssen: Die Sicherheit kann in solchen Fällen ungeachtet ihres hohen Stellenwerts keinen Vorrang um jeden Preis beanspruchen. Um einen Stillstand des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens zu vermeiden, werden gewisse Abstriche vom maximal denkbaren Schutz vor Gefahren von der Rechtsordnung vielmehr als „erlaubtes Risiko“ toleriert.<sup>51</sup> Aus diesem Grund haften Regierungsvertreter in dem gegen die hier vertretene Position als *argumentum ad absurdum* in Stellung gebrachten Beispiel (s.o. 2. b) aa) ebenso wenig für tödliche Verkehrsunfälle, die durch das Fehlen einer allgemeinen Geschwindigkeitsbegrenzung bedingt sind, wie der Geschäftsführer einer

Chemiefirma für Gesundheitsschäden von Anwohnern durch einen Betriebsunfall, den er bei Einhaltung aller Sicherheitsvorschriften nicht durch zusätzliche, überobligationsmäßige Schutzvorkehrungen verhindert hat. Entsprechendes gilt im öffentlichen wie im privaten Sektor auch für Verantwortungsträger auf untergeordneten Hierarchieebenen, die ein ihnen eingeräumtes sicherheitsrelevantes Ermessen in vertretbarer Weise ausgeübt haben. Die Dinge ändern sich jedoch in allen Fällen, wenn der Ermessensspielraum und mit diesem das erlaubte Risiko für das betroffene Rechtsgut überschritten wird. Um eine übermäßige strafrechtliche Haftung zu verhindern, die die Entscheidungsfreudigkeit der Verantwortlichen in ihrerseits gefährlicher Weise hemmen könnte, mag es sich in bestimmten Bereichen anbieten, die Strafbarkeit auf offensichtlich unvertretbare Entscheidungen zu beschränken (entsprechend einem Ansatz, den die Rechtsprechung bei der Anwendung von § 266 StGB etabliert hat<sup>52</sup>). Ebenso wie bei untergeordneten Amtsträgern und Verantwortlichen in Wirtschaftsunternehmen muss es aber auch für Regierungspolitiker eine Schwelle geben, jenseits derer die evidente Verletzung von Pflichten zum Schutz strafrechtlich geschützter Rechtsgüter strafrechtliche Sanktionen nach sich zieht. Eine andere Sichtweise liefe darauf hinaus, der Spitze der Exekutive eine nur noch auf politischer Ebene sanktionierbare, aber von den Bindungen des Rechts vollständig gelöste Herrschaft über Leben und Tod einzuräumen. Dies sollte sich in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat eigentlich von selbst verbieten.

dd) Die Differenzierung zwischen einigermaßen vertretbaren Ermessensentscheidungen und evidenten Überschreitungen des legitimen politischen Handlungsspielraums liefert zugleich den Schlüssel zur Überwindung der Bedenken, die die Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags hinsichtlich der Gewaltenteilung vorgebracht haben: Dieser Grundsatz wäre in der Tat verletzt, wenn die Justiz eine allgemeine Kontrolle des Ermessens von Regierungsmitgliedern in Anspruch nehmen wollte, um alle möglichen Folgen politischer Entscheidungen einer strafrechtlichen Sanktionierung zuzuführen. Die Dinge ändern sich jedoch wiederum, sobald offenkundige und gravierende Pflichtverstöße im Raum stehen: Könnten sich die Regierenden auch in diesem Fall noch hinter dem Grundsatz der Gewaltenteilung verschanzen, um mit dessen Hilfe eine durch keine persönlichen Sanktionsrisiken mehr begrenzte Handlungsfreiheit zu erlangen, so würde seine Funktion auf den Kopf gestellt. Angesichts der grundsätzlichen Gleichwertigkeit von aktivem Tun und garantenpflichtwidrigem Unterlassen kann eine strafrechtliche Ahndung dabei auch prinzipiell nicht auf das aktive Tun beschränkt werden. So ist nicht einzusehen, warum der Grundsatz der Gewaltenteilung erlauben sollte, einen Minister für von ihm angeordnete standrechtliche Erschießungen strafrechtlich zur Rechenschaft zu ziehen, nicht jedoch für eine willkürlich unterlassene Anordnung von Maßnahmen zur Rettung einer Vielzahl vom Tod bedrohter Bürger des Lan-

<sup>48</sup> Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags (Fn. 46), S. 11 f.

<sup>49</sup> Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags (Fn. 46), S. 12 f.

<sup>50</sup> Grundlegend im „Lederspray-Fall“ BGH, Urt. v. 26.6.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106 (123 ff.).

<sup>51</sup> Allgemein zu dieser Rechtsfigur *Roxin/Greco* (Fn. 37), § 11 Rn. 66 ff.

<sup>52</sup> Grundlegend BGH, Urt. v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187 (192); im Schrifttum etwa *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 37), § 266 Rn. 19b m.w.N.

des. Um zu verhindern, dass sich eine Staatsanwaltschaft anschickt, durch ein fragwürdiges Strafverfahren die laufenden Regierungsgeschäfte zu stören und auf diese Weise „Verwerfungen in der Gewaltenteilung“ heraufzubeschwören, könnte man allenfalls verfassungspolitisch in Erwägung ziehen, Regierungsmitgliedern auch dann, wenn sie nicht zugleich Parlamentarier sind, eine Immunität zu gewähren, die eine Strafverfolgung vor Ende der Amtszeit nur bei Aufhebung derselben durch den Bundestag erlaubt.

ee) Nach alledem bleibt zu klären, ob die Versäumnisse, die der damaligen Bundeskanzlerin und ihrem Gesundheitsminister bei der Beschaffung des Covid-19-Impfstoffs vorzuwerfen sind, eine offenkundige und schwerwiegende Überschreitung ihres legitimen politischen Handlungsspielraums darstellen. Die hierfür maßgebliche Frage lautet: Konnte man das im Frühjahr 2021 für einige hunderttausend Menschen in Deutschland bestehende und sich bei einigen zigtausend von ihnen realisierende Risiko, infolge der unterbliebenen Ausschöpfung aller Möglichkeiten zur Beschleunigung der Impfstoffbeschaffung an der Krankheit zu sterben, wenigstens ansatzweise noch mit üblichen allgemeinen Lebensrisiken wie dem Tod infolge einer Grippeerkrankung oder infolge eines Verkehrsunfalls vergleichen, bei denen die Politik in Abwägung mit beliebigen gesellschaftlichen Interessen entscheiden kann, inwieweit sie zu ihrer weiteren Absenkung aktiv wird? Oder handelte es sich um eine Katastrophe, deren tödliche Folgen den Rahmen eines solchen Risikos offensichtlich bei weitem sprengten, und die das Rechtsgut „Leben“ damit in einer Unmittelbarkeit bedrohte, die für legitime politische Gegenerwägungen keinen Raum mehr ließ und die bedingungslose Ergreifung aller Maßnahmen erforderte, sofern diese nicht ihrerseits eine unmittelbare Gefährdung hochstehender Rechtsgüter beinhalteten? Für Letzteres spricht vorliegend nicht nur die Dimension der Katastrophe, die nach Zahl der in kurzer Zeit drohenden zusätzlichen Todesfälle (von einer weitaus größeren Zahl ernster, z.T. schwerwiegender und mit Langzeitfolgen verbundener zusätzlicher Erkrankungen gar nicht zu reden) wohl jede vermeidbare Gefährdung, die üblicherweise als „allgemeines Lebensrisiko“ eingestuft wird, um ein Vielfaches überschritt. Hinzu kommt vielmehr der bereits oben unter II. 4. d) angesprochene Gesichtspunkt, dass die Bundesregierung die in dieser Phase der Coronapandemie drohenden Gefahren für Leib und Leben selbst als so massiv und konkret eingestuft hat, dass sie ihnen – bei innerhalb des allgemeinen Lebensrisikos angesiedelten Gefahren schlechthin undenkbar – mit extrem einschneidenden Mitteln bis hin zur weitgehenden Suspensierung elementarer Grundrechte der Bürger begegnen durfte und musste.

c) Die Entscheidung über die Strafbarkeit fällt hiernach wiederum bei der Bewertung des – sicherlich auch hier gegebenen – Verbotssirrtums als „vermeidbar“ oder „unvermeidbar“. In diesem Fall wird man der damaligen Bundeskanzlerin und ihrem Gesundheitsminister wohl aufgrund der – wenn auch sehr oberflächlichen und im Ergebnis nicht überzeugenden – Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags nicht vorwerfen können, dass sie die Rechtspflicht zur Sicherstellung einer schnellstmöglichen Impfstoffversor-

gung unter Hintanstellung aller gegenläufigen politischen Belange verkannt haben.

## VI. Schlussbemerkung

Wenn sich die Bundeskanzlerin, ihr Gesundheitsminister und andere für den staatlichen Umgang mit der Corona-Krise verantwortliche Personen hiernach *nicht* strafbar gemacht haben, ist dies im Hinblick darauf, dass sie in einer von Ungewissheiten beherrschten Situation zweifellos nach bestem Wissen und Gewissen um einen angemessenen Umgang mit der allgemeinen Notlage bemüht waren, sicherlich kein unbefriedigendes Ergebnis. Es bedeutet aber nicht, dass das Strafrecht zur Art und Weise, wie die Regierung – und sei es in einer noch so extremen Ausnahmesituation – mit ihren Bürgern umgeht, von vornherein nichts zu sagen hätte: Soweit grundlegende Wertungen der Strafrechtsordnung die Fragwürdigkeit bestimmter Vorgehensweisen offenbaren, und dies ggf. weitaus deutlicher, als es die gängigen Argumentationsmuster des öffentlichen Rechts leisten könnten, ist die Strafrechtswissenschaft berufen, die entsprechenden Positionen möglichst früh in die Debatte einzuführen. Dass damit zumindest die abstrakte Möglichkeit einer Strafbarkeit der betreffenden Politiker ins Spiel kommt, liegt in der Natur der Sache. Praktische Relevanz würde diese indessen nur dann erlangen, wenn die strafrechtlichen Bedenken im allgemeinen Diskurs frühzeitig ein solches Maß an Aufmerksamkeit fänden, dass sich die Verantwortlichen nicht mehr auf die Unvermeidbarkeit eines Verbotssirrtums berufen könnten.