

Organverteilung, Impfen und Triage

Allokation knapper medizinischer Ressourcen nach Soft Law, ihre strafrechtliche Bewehrung und die Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG

Von Dr. Henning Lorenz, M.Mel., Halle (Saale)*

Rechtsfragen rund um die Verteilung knapper medizinischer Ressourcen haben in jüngerer Vergangenheit die Rechts-, insbesondere auch die Strafrechtswissenschaft das ein ums andere Male beschäftigt. Während die Organverteilung und ihre Manipulation mit dem Bekanntwerden des sog. Göttinger Organallokationsskandals vor etwa 12 Jahren in den Blickpunkt des Strafrechts rückte, haben das Impfen und die Triage erst im Zuge der Corona-Pandemie in den letzten vier Jahren größere Beachtung erfahren. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit der Gemeinsamkeit der drei Konstellationen, namentlich einer möglichen Festlegung der Allokationsreihenfolge durch unverbindliche Vorschriften und geht der Frage auf den Grund, ob die Allokation nach solchen Regeln vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG einer strafrechtlichen Bewehrung zugänglich ist.

I. Einleitung

Der Deutsch-Japanische Strafrechtsdialog 2024 in Halle (Saale) mit dem Titel „Der Rechtsstaat und das Straf- und Strafverfahrensrecht“ bietet Anlass und Gelegenheit dazu, die nationale Perspektive zu verlassen und in eine andere Rechtsordnung zu blicken. Dabei hat bereits im ersten Teil des DAAD-geförderten Projekts im März und April 2024 der japanische Kollege *Sota Endo* in Tokio zum Soft Law im japanischen Recht, dem § 35 jStGB und dem Gesetzlichkeitsprinzip vorgetragen. In der aktuellen Tagung hat er seine Überlegungen weiter intensiviert und vertieft.¹ Aus deutscher Perspektive? wurde die Thematik schon im Frühjahr in Japan intensiv diskutiert. Es stellte sich die Frage, ob das Thema Soft Law und Art. 103 Abs. 2 GG auch in der deutschen Strafrechtswissenschaft eine relevante Rolle spielt. Als in Japan diskutiertes Beispiel für Soft Law wurden die Regeln der ärztlichen Kunst („lege artis“) genannt, welche heute in Deutschland genauer als medizinischer Standard i.S.d. § 630a BGB („allgemein anerkannten fachlichen Standards“) bezeichnet werden. Dieser konkretisiert die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ (§ 276 Abs. 2 BGB) und findet seinerseits nähere Ausprägung in den Richtlinien, Leitlinien oder Empfehlungen von medizinischen Fachgesellschaften, die für ihn zwar ganz wesentliche Anknüpfungspunkte sind, aber keine

zwingend-konstitutive Wirkung entfalten.² Beim strafrechtlichen Vorwurf der fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB durch eine fehlerhafte ärztliche Behandlung ließe sich nun überlegen, ob die in der Strafnorm vorausgesetzte „Fahrlässigkeit“ durch die der Tod des Patienten verursacht worden sein muss, nicht letztlich unter Rückgriff auf eben dieses Soft Law begründet wird und dies ein durchgreifendes Problem mit dem Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 GG bedeutet. Teilweise wird dies in der Literatur so gesehen und die zu große Unbestimmtheit der Fahrlässigkeitsdelikte angemahnt.³ Die ganz überwiegende Auffassung hält diese jedoch mit Recht für strafverfassungsrechtlich haltbar.⁴ Dies gilt nicht zuletzt, weil eine streng-gesetzesmäßige Regelung fahrlässigen Verhaltens für das Strafrecht angesichts der unüberschaubaren Zahl gefahrenträchtiger Situationen und Verhaltensweisen unmöglich, der Rechtsgüterschutz durch das Strafrecht im Bereich der Fahrlässigkeit jedoch zumindest fragmentarisch geboten ist. Um ihn zu gewährleisten, ist der Rekurs auf einen offenen Maßstab notwendig und die Unbestimmtheit in Kauf zu nehmen.

Obleich also dieser Aspekt des Themas Soft Law und Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Strafrechtswissenschaft keine intensive Diskussion erfährt, führt der medizinische Kontext des Beispiels in eine interessante und auch praxisrelevante Richtung. Auch bei der Allokation knapper medizinischer Ressourcen wird für den Zugang und die Festlegung der Verteilungsreihenfolge mitunter auf Regeln zurückgegriffen, welche möglicherweise als Soft Law einzustufen sind. Es stellt sich hier die Frage, ob die durch die Regeln vorgezeichnete Verteilungsreihenfolge strafrechtlichen Schutz genießt. Sie wird virulent, wenn jemand diese Reihenfolge durch sein Verhalten abändert (z.B. durch Täuschung) und die Allokation weg vom Berechtigten, hin zu einer anderen Person umlenkt. Soll nun ein strafrechtlicher Vorwurf gegen diese Person unter Verweis auf die Verteilungsregeln erhoben werden, könnte man dem entgegengehalten, es werde dafür Soft Law dienstbar gemacht und daraus folge die Unvereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 GG.

² Vgl. dazu statt aller nur *Ulsenheimer/Gaede*, in: dies. (Hrsg.), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6. Aufl. 2020, Rn. 71, und aus der Rspr. etwa BGH GesR 2011, 417.

³ So etwa *Duttge*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 15 Rn. 33 ff.; *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (a.a.O.), § 1 Rn. 61 ff.

⁴ Vgl. dazu und der folgenden Diskussion nur *Kudlich*, in: *Kudlich/v. Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch*, Stand: 1.8.2024, § 15 Rn. 34 ff.; *Herzberg*, *NStZ* 2004, 593 ff.; in Bezug auf den ärztlichen Standard *Schuhr/Weng*, in: *Bülte/Dölling/Haas/Schuhr* (Hrsg.), *Strafrecht in Deutschland und Europa, Festschrift für Gerhard Dannecker zum 70. Geburtstag*, 2023, S. 687 (697 f.).

* Der Autor ist Referent am Interdisziplinären Zentrum Medizin – Ethik – Recht und Habilitand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Es handelt sich bei diesem Beitrag um das leicht angepasste Manuskript eines Vortrags, der am 27.9.2024 bei der Fachtagung „Der Rechtsstaat und das Straf- und Strafverfahrensrecht“ im Rahmen des Deutsch-Japanischen Strafrechtsdialogs 2024 in Halle (Saale) gehalten wurde.

¹ Siehe dazu *Endo*, *ZfIStw* 6/2024, 394.

Der folgende Beitrag wird zeigen, dass es sich bei diesem Szenario keineswegs um ein Glasperlenspiel aus dem akademischen Elfenbeinturm handelt. Denn mit den titelprägenden Stichworten Organverteilung, Impfen und Triage sind Sachverhalte zur Allokation knapper medizinischer Ressourcen angesprochen, die in der Medizin und im Medizinrecht eine große Rolle spielen und die zum Teil auch deutsche Gerichte wie das LG Göttingen⁵, das LG Halle⁶, das OLG Naumburg⁷ und sogar den 5. Strafsenat des BGH⁸ beschäftigt und zur Auseinandersetzung mit der Problematik um Art. 103 Abs. 2 GG bewogen haben.

II. Der Begriff des Soft Law

Doch zunächst einen Schritt zurück. Bevor sich der strafrechtlich-kernfrage nach der Vereinbarkeit eines strafrechtlichen Vorwurfs mit dem Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 GG im oben skizzierten Szenario gewidmet werden soll, ist eine Begriffserklärung notwendig: Was ist eigentlich Soft Law?

Dem deutschen Strafrecht selbst ist dieser Begriff fremd, findet in aller Regel keinerlei Erwähnung. Das mag schon damit zusammenhängen, dass englischsprachige Begriffe traditionell eher selten Eingang in die dogmatischen Überlegungen der deutschen Strafrechtswissenschaft finden, gilt das britische und angloamerikanische Common Law als Ursprung doch als zu wesensfremd (Stichwort: case law) für nützliche Wissenstransfers. Wenn man jedoch den nationalen Rahmen verlässt, die Perspektive erweitert und das Völkerrecht in den Blick nimmt, ergibt sich ein klareres Bild. Denn dort versteht man unter Soft Law im Allgemeinen *rechtlich unverbindliche* Normen, die sich beispielsweise in Erklärungen und Empfehlungen niederschlagen.⁹ Ein Beispiel hierfür sind etwa die Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten Nationen; hervorzuheben ist dabei als prominentester Fall die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte.¹⁰ Aber auch im internationalen biomedizinischen Kontext existiert Soft Law. Zu nennen sind hier etwa die drei großen UNESCO-Deklarationen, namentlich die Allgemeine Erklärung über das menschliche Genom und Menschenrechte von 1997, die Internationale Erklärung über menschliche genetische Daten von 2003 sowie die Allgemeine Erklärung über Bioethik und Menschenrechte aus dem Jahr 2005.¹¹

Den Gegensatz zum Soft Law bildet das Hard Law. Es unterscheidet sich vom Soft Law unter dem Gesichtspunkt der Verbindlichkeit, welche beim Hard Law gegeben ist.

Beispiele braucht man nicht zu suchen, sie umgeben uns Juristen jeden Tag. Das Strafrecht und das Verfassungsrecht etwa, welches uns im weiteren Verlauf des Vortrags noch begegnen wird, sind selbstredend verbindlich und damit Hard Law.

III. Allokationsvorschriften als Soft Law

Es stellt sich jedoch die Frage, ob es sich bei den im Beitrag gegenständlichen Vorschriften zur Allokation im Bereich der Organverteilung, des Impfens und der Triage um Soft Law im vorbenannten Sinne handelt. Dafür ist ein Blick auf die einzelnen Regelungen zu werfen:

1. Vorschriften zur Organallokation

Die konkrete rechtliche Ausgestaltung des Transplantationsverfahrens in Deutschland ist in mehreren Regelungswerken normiert.¹² Die einfachgesetzlichen Regelungen finden sich im Transplantationsgesetz (TPG). Dort wiederum finden sich Ermächtigungen der Bundesärztekammer (BÄK) zur Schaffung weiterer Vorgaben, welche wiederum durch eigene Regeln der Vermittlungsstelle Eurotransplant (ET), die am Ende die konkrete Zuteilungsentscheidung trifft und vollzieht, ergänzt werden. Konkret ergibt sich daraus folgendes Bild:

In § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Nr. 5 TPG ist eine Richtlinienkompetenz für die BÄK vorgesehen. Davon hat diese Gebrauch gemacht und rechtliche Vorgaben und Ausschlusskriterien für die Aufnahme in die Warteliste und die Vermittlung von Organen normiert. Diese Regeln sollen nach § 16 Abs. 1 S. 1 TPG „den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft“ feststellen. Bei der Aufnahme in die Warteliste sind dabei „insbesondere [...] Notwendigkeit und Erfolgsaussicht einer Organübertragung“ (§ 10 Abs. 2 Nr. 2 TPG) zu berücksichtigen. Bei der Organvermittlung sind „insbesondere [...] Erfolgsaussicht und Dringlichkeit“ (§ 12 Abs. 3 S. 1 TPG) zu berücksichtigen. Gegenüber den Richtlinien der BÄK detailliertere Anwendungsregeln hat ET in Form des sog. Eurotransplant Manual gem. § 5 Abs. 1 S. 2 des Vertrags über die Vermittlungsstelle (§ 12 Abs. 4 S. 1, S. 2 Nr. 3 TPG) geschaffen.

Dieses Regelungskonstrukt ist in der Vergangenheit u.a. dem verfassungsrechtlichen Einwand des Verstoßes gegen das Wesentlichkeitsprinzip ausgesetzt gewesen. Der Gesetzgeber habe die ganz konkrete Ausgestaltung der Organverteilung der BÄK und der Vermittlungsstelle ET durch ihre Allokationsvorschriften überlassen und mit den Begriffen Notwendigkeit und Erfolgsaussicht der Organübertragung nur eine rudimentäre Regelung getroffen, die keine wesentlichen Vorgaben enthält. Insofern litten die Allokationsregeln – so die zahlreichen kritischen Stimmen – an einem gesetzgeberischen Legitimationsdefizit, seien verfassungswidrig und

⁵ LG Göttingen, Urt. v. 6.5.2025 – 6 Ks 4/13 = medstra 2016, 249 ff.

⁶ LG Halle, Beschl. v. 28.2.2023 – 16 KLS 905 Js 4537/21 (2/22) = medstra 2023, 329 ff.

⁷ OLG Naumburg, Beschl. v. 28.6.2023 – 1 Ws 121/23, worin die Entscheidung des LG Halle zur Nichteröffnung des Hauptverfahrens bestätigt wurde.

⁸ BGH, Urt. v. 28.6.2017 – 5 StR 20/16 = BGHSt 62, 223 = JR 2018, 196 = medstra 2017, 354.

⁹ Vgl. nur Rossi, ZG 2020, 1 (8) m.w.N.

¹⁰ Molnár-Gábor, Ruperto Carola 20/2022, 53 f.

¹¹ Molnár-Gábor, Ruperto Carola 20/2022, 53 (55 f.).

¹² Zum Folgenden Lorenz, Tod und Teilhabe – Revision der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion im Göttinger Organallokationsskandal, 2024, A. II. 2, im Erscheinen.

nichtig gewesen.¹³ Diesem Defizit hat der Gesetzgeber versucht zu begegnen, indem er in § 12 Abs. 5 S. 1, S. 2 TPG eine Pflicht zur Vorlage und Genehmigung des Vertrags über die Vermittlungsstelle sowie in § 16 Abs. 3 TPG zur Vorlage und Genehmigung der Richtlinien der BÄK jeweils zum und durch das Bundesministerium für Gesundheit eingeführt hat. Das wird in der Literatur teilweise für ausreichend befunden.¹⁴

2. Vorschriften zur Verteilung von Impfstoff

Auch bei der Impfstoffverteilung war zu Beginn der Impfkampagne im Winter 2020 ein parlamentarisches Legitimationsdefizit und damit ein Verstoß gegen das Wesentlichkeitsprinzip vorzufinden, weil der Gesetzgeber selbst keinerlei inhaltliche Vorgaben für die zu treffenden Allokationsentscheidungen gemacht hatte. Die gleichwohl erlassenen Corona-Impf-Verordnungen sahen sich also ebenfalls dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit ausgesetzt.¹⁵ An diesem Zustand änderte sich erst zum 31.3.2021¹⁶ etwas, als in § 20i Abs. 3 S. 4 und S. 5 SGB V vom Bundesgesetzgeber inhaltliche Vorgaben für den Erlass der Corona-Impf-Verordnungen festgeschrieben wurden.

3. Vorschriften zur Verteilung von intensivmedizinischen Ressourcen bei der Triage in der Pandemie

Schließlich bestand auch im Hinblick auf die Verteilung von intensivmedizinischen Ressourcen bei der Triage in der Pandemie lange Zeit ein vom Gesetzgeber unregelter Zustand. Zwar hatten sich in Deutschland schon früh medizinische Fachgesellschaften auf Empfehlungen für die Priorisierungs- und Posteriorisierungsentscheidungen in der Triage verständigt und diese veröffentlicht.¹⁷ Allerdings entfalteten diese

¹³ Vgl. ausführlich etwa *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, 2006, S. 120; *Hofmann*, Die Legitimation des § 19 Abs. 2a TPG, 2019, S. 293 ff., 302; jeweils m.w.N.

¹⁴ *Scholz/Middel*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2022, § 16 TPG Rn. 3 f. m.w.N.

¹⁵ Vgl. dazu etwa die Verfahren vor dem VG Gelsenkirchen, *Beschl. v. 11.1.2021 – 20 L 1812/20*, dem VG Hannover, *Beschl. v. 25.1.2021 – 15 B 269/21*, und dem LG Halle *medstra 2023, 329 (333 ff.)*, sowie insgesamt mit weiterführenden Verweisen auf die *Rspr. Krüger*, *GesR 2023, 273 (275 f.)*.

¹⁶ Neu gefasst durch Gesetz v. 29.3.2021 (BGBl. I 2021, S. 370).

¹⁷ Es handelt sich um die Empfehlungen: „Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der Covid-19-Pandemie. Klinisch-ethische Empfehlungen der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), der Deutschen Gesellschaft für Interdisziplinäre Notfall- und Akutmedizin (DGINA), der Deutschen Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin (DGAI), der Deutschen Gesellschaft für Internistische Intensivmedizin und Notfallmedizin (DGIIN), der Deutschen Gesellschaft für Pneumologie und Beatmungsmedizin (DGP), der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin (DGP) und der Akademie für

keine rechtliche Bindung und waren selbstredend mangels irgendwelcher Vorgaben durch den Gesetzgeber nicht im Sinne des Wesentlichkeitsprinzips legislatorisch legitimiert. Erst am Ende des Jahres 2022 hat der Gesetzgeber mit § 5c IfSG eine gesetzliche Regelung zur Triage geschaffen.¹⁸

4. Zwischenergebnis

Es lässt sich also festhalten, dass die Allokationsvorschriften auf dem Feld der Organallokation und der Impfstoffverteilung jedenfalls zu früheren Zeitpunkten einmal nach verbreiteter Sichtweise gegen das Wesentlichkeitsprinzip verstoßen haben, damit verfassungswidrig und nichtig waren. Allokationsvorgaben in den Empfehlungen medizinischer Fachgesellschaften zur Verteilung von intensivmedizinischen Ressourcen bei der Triage in der Pandemie waren von vornherein nicht als verbindliche Rechtsnormen angelegt. Es lässt sich vor diesem Hintergrund und unter diesen Prämissen nun durchaus von Soft Law sprechen. Denn die Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten Nationen, etwa die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, und die drei Vorgabekataloge für die Verteilung knapper Ressourcen eint ein wesentlicher Punkt: ihre rechtliche Unverbindlichkeit. Dass diese im Völkerrecht bereits von Anfang an intendiert oder jedenfalls bekannt ist, während dies bei den früheren Richtlinien der BÄK zur Organverteilung und den früheren Corona-Impf-Verordnungen nicht der Fall war (man ging wohl davon aus, verbindliches Recht zu setzen), kann und soll hier außer Betracht bleiben. Das gilt auch für die zahlreichen Kategorisierungsversuche von Soft Law etwa in rechtsvorbereitende, rechtsbegleitende und rechtsersetzende Regelungen, welche z. B. *Knauff* in seiner Habilitationsschrift nachgezeichnet und fortgeschrieben hat.¹⁹ Ein weiterer Punkt, den das Soft Law im Sinne des internationalen Rechts und des Völkerrechts mit den hier gegenständlichen Regelungswerken neben der Unverbindlichkeit gemein hat, ist ihr Ursprung als außerparlamentarische Regelsetzung.²⁰

Abseits dieser Gemeinsamkeiten gibt es einen weiteren Grund, den Begriff des Soft Laws auch auf die angesprochenen Allokationsvorschriften zu erstrecken. Es wurde bereits dargelegt, dass diese Terminologie in der japanischen Strafrechtswissenschaft verbreitet genutzt wird. Dabei entspricht das dortige dem hiesigen Begriffsverständnis: Es handelt sich

Ethik in der Medizin (AEM), Fassung vom 25.3.2020“, online abrufbar unter

https://aem-online.de/fileadmin/user_upload/COVID-19_Ethik_Empfehlung-v2.pdf (13.11.2024).

Vgl. dazu aus medizinischer Sicht etwa *Dutzmann/Michalsen*, *Der Chirurg 2021, 128 ff.*; aus (straf-)rechtlicher Sicht *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, *medstra 2020, 129 ff.*

¹⁸ Eingeführt m.W.v. 14.12.2022 durch Gesetz v. 8.12.2022 (BGBl. I 2022, S. 2235). Vgl. dazu nur *Rosenau*, *GA 2023, 121 ff.*; *Kubicel/Wachter*, *medstra 2023, 86 ff.*; *Engländer*, *medstra 2023, 142 ff.*

¹⁹ *Knauff*, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, 2010, S. 378 ff. Dazu auch *Rossi*, *ZG 2020, 1 (9 ff.)*.

²⁰ Vgl. dazu *Rossi*, *ZG 2020, 1 (18 f.)*.

bei Soft Law um rechtlich unverbindliche Expertenfestlegungen, die außerparlamentarischer Regelsetzung entspringen.²¹ Dies wird auch bei einem Blick auf § 35 jStGB deutlich, welcher einer Zweiteilung unterliegt und in seinem ersten Teil die Straflosigkeit von „Handlungen auf Grund eines Gesetzes oder einer Verordnung“ („act performed in accordance with laws and regulations“) und in seinem zweiten Teil die Straflosigkeit von „Handlungen in Ausübung eines berechtigten Geschäfts“ („act performed [...] in the pursuit of lawful business“) vorsieht.²² Bei Gesetzen oder Verordnungen besteht rechtliche Verbindlichkeit und eine parlamentarische Legitimation (im letzten Fall durch Delegation), während es dem „berechtigten Geschäft“ an diesen Eigenschaften gerade fehlt. Letzterer Teil des § 35 jStGB soll aber gerade das Soft Law, etwa den (fach-)ärztlichen Standard, betreffen.

Es ist nun besonders für die rechtsvergleichende Betrachtung nützlich, einen terminologischen Gleichlauf zu erzielen, wo er inhaltlich ohne durchgreifende Einwände möglich ist. Für die deutsche Strafrechtswissenschaft selbst mag der Begriff des Soft Law zwar ohne eigene Bedeutung sein, doch ermöglicht er im besten Fall den (kritischen) Transfer hier gewonnener Erkenntnis zum Soft Law und dem Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 GG in die japanische Strafrechtswissenschaft.

IV. Die Allokation knapper Ressourcen im Lichte des Strafrechts

Nach der Einstufung der Allokationsvorschriften als Soft Law im Sinne des hiesigen Begriffsverständnisses, also als unverbindliche, außerparlamentarische Regelungssetzungsakte, kann sich dem Strafrecht zugewendet werden. Was hat die Allokation knapper medizinischer Ressourcen überhaupt mit dem Strafrecht zu tun?

Betrachtet man unter dem Blickwinkel des Strafrechts die dilemmatischen Mangelsituationen bei der Organverteilung, der Impfstoffverteilung oder der Triage, stellt sich die Situation nach hiesiger Sichtweise wie folgt dar: Es existieren Institutionen bzw. Akteure im Gesundheitssystem, die weitgehend exklusiv über knappe medizinische Ressourcen verfügen und diese zuteilen. Bei der Organverteilung ist dies die Vermittlungsstelle ET mit Sitz in Leiden, in den Niederlanden, beim Impfstoff war es seinerzeit die Exekutive, etwa in der Stadt Halle also für die Kommune der Oberbürgermeister,²³ und bei der Triage und der Entscheidung über intensiv-

medizinische Ressourcen (z.B. Beatmungsgeräte, aber auch Personal) sind es jeweils die diensthabenden, in diesem Punkt entscheidungs- und weisungsbefugten Ärzte. Diese Allokateure trifft jeweils eine Garantienstellung gegenüber den entsprechend bedürftigen Personen (teilweise aus tatsächlicher Übernahme, teilweise aus institutioneller Verantwortung), die sie strafrechtlich zur Verteilung der knappen Ressourcen verpflichtet.²⁴ Sie befinden sich jedoch, weil alle Pflichten aufgrund des Mangels nicht erfüllbar sind, in einer sog. rechtfertigenden Pflichtenkollision.²⁵ Dabei steht den kollidierenden Pflichten jeweils ein sog. derivatives Teilhaberecht der bedürftigen Personen gegenüber. Es ist heute weitgehend anerkannt, dass in dilemmatischen Mangelsituation jedem bedürftigen und grundsätzlich geeigneten Patienten ein aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit

²⁴ Zur Begründung dieser Sichtweise im Göttinger Organallokationsskandal und zur Gegenauffassung Lorenz (Fn. 12), D. II. 2. a), im Erscheinen. Bei der strafrechtlichen Beurteilung der Triage war dies allgemeine Meinung, eine Garantienstellung gegenüber den hilfsbedürftigen Patienten wurde stets, oftmals auch implizit ohne nähere Herleitung, angenommen. Vgl. insofern etwa Waßmer, JA 2021, 298 (299): „Stationsarzt S ist zwar verpflichtet, beide Patienten zu retten, [...]“. Für die ausdrückliche Annahme einer Garantienstellung, vgl. Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404): „Angehörige von Heilberufen trifft in ihrem Verantwortungsbereich als Garanten eine Pflicht iSv § 13 I StGB, [...]“. Auch im Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Schaffung des § 5c IfSG ging der Gesetzgeber von einer Garantienstellung gegenüber allen Patienten und einer deshalb entstehenden Pflichtenkollision aus, S. 20: „In strafrechtlicher Hinsicht bleibt es für die Bewertung einer Zuteilungsentscheidung, wem eine überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlung bei nicht ausreichend vorhandenen Behandlungskapazitäten gewährt wird, bei den allgemeinen Regelungen, insbesondere den Vorgaben zur gewohnheitsrechtlich anerkannten rechtfertigenden Pflichtenkollision.“ Mit Blick auf die Verteilung knappen Impfstoffs ist die strafrechtliche Verantwortung der verteilenden Personen sub specie eines Unterlassungsdelikts (Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte) – soweit ersichtlich – nicht thematisiert worden, weshalb zur Frage ihrer Garantienstellung keine Positionierungen existieren. Dies mag daran liegen, dass in diesen Fällen die Quasi-Kausalität in aller Regel fehlen wird und auch ein für den Versuch erforderlicher Vorsatz kaum je nachweisbar sein wird (so auch Nunner, medstra 2022, 289 [297]). In der Regel wurden nur Vermögensdelikte (im weiteren Sinne) in den Blick genommen, vgl. etwa Fahl, medstra 2023, 71 ff. (§ 263 StGB durch Falschangaben im Impfzentrum), sowie Krüger, GesR 2023, 273 ff., und kritisch zu diesem Vogel, GesR 2023, 700 ff. (jeweils § 246 [Abs. 2] StGB durch die Nichteinhaltung der vorgegebenen Impffreiheitsfolge durch den Hallenser Oberbürgermeister).

²⁵ Vgl. für den Göttinger Organallokationsskandal Ast, HRRS 2017, 500; Lorenz (Fn. 12), D. II. 2. a) cc) (2), im Erscheinen. Vgl. für die Triage etwa Waßmer, JA 2021, 298 (299); Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404).

²¹ Endo, ZfIStw 6/2024, 394.

²² Vgl. dazu Yamanaka, Einführung in das japanische Strafrecht – Strafrecht auf der Basis der japanischen Sozialstruktur, 2018, S. 196 ff.

²³ Vgl. LG Halle medstra 2023, 329 (331 Rn. 35): „Im Ergebnis obliegt damit der Stadt H. als unterer Gesundheitsbehörde im Außenverhältnis die materiell-rechtliche Entscheidung über die Impfberechtigung im Einzelfall. Mit anderen Worten war und ist die Stadt H. dafür zuständig, eine Entscheidung darüber zu treffen, wann eine konkrete Impfdosis für einen konkreten Impfberechtigten verfügbar ist und dieser somit einen fälligen, einredefreien Speziesanspruch auf Verschaffung dieses Impfstoffs hat.“

(Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) sowie dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) hergeleitetes derivatives Teilhaberecht am Aufkommen an den knappen medizinischen Ressourcen zusteht.²⁶ Jeder Patient hat danach, am Beispiel der Organverteilung und in den Worten *Baders*, einem wichtigen Autor auf dem Feld des Organallokationsrechts, das Recht zu verlangen, „[...] bei der staatlich organisierten Organallokation mit allen anderen Patienten grundsätzlich gleichberechtigt berücksichtigt und nur nach Maßgabe sachlich begründeter und verhältnismäßiger Differenzierungskriterien übergangen zu werden.“²⁷

Nun liegt es in der Natur der Sache, dass das aus der Verfassung hergeleitete Recht auf derivative Teilhabe am Gesamtaufkommen einer bestimmten, knappen Ressource konkretisierungsbedürftig ist. Es muss gerade festgelegt werden, nach welchen Kriterien die Organe, der Impfstoff oder die Beatmungsgeräte bei der Triage konkret verteilt werden. An dieser Stelle wird es nun relevant, wenn man die Allokationsvorschriften als Soft Law einstuft. Denn wenn sie rechtlich unverbindlich sind, können sie zu dieser Konkretisierung im Sinne der verbindlichen Festlegung einer Zuteilungsreihenfolge nichts beitragen. Niemand kann auf Grundlage dieser Regelungen verlangen, dass er oder sie nun „an der Reihe“ sei und ihm die knappe Ressource zugeteilt werden müsse. Kurzum und konkret: Niemand hat einen Anspruch auf ein konkretes Spenderorgan, eine konkrete Impfdosis oder ein konkretes, gerade freies Beatmungsgerät. Alle befinden sich rechtlich betrachtet auf der gleichen Stufe und sind lediglich Inhaber des nicht konkretisierten, derivativen Teilhaberechts. Und die Allokateure sind mangels rechtlich verbindlicher Allokationsregeln auch nicht zu einer bestimmten Zuteilung verpflichtet.

Dieser Befund hat einige wenige Autoren in der Literatur für den Fall der Organallokation dazu bewogen, mangels eines Rechts eines bestimmten Patienten auf ein Organ und mangels korrespondierender Pflicht der Vermittlungsstelle zur Zuteilung eines Organs an eine bestimmte Person, jedwede Garantstellung der Vermittlungsstelle vollständig abzulehnen.²⁸ Diese Sichtweise ist aber unzutreffend.²⁹ Denn

²⁶ Vgl. für die Organallokation Fn. 27. Vgl. für die Impfstoffverteilung VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 11.1.2021 – 20 L 1812/20, Rn. 50 (juris); VG Hannover, Beschl. v. 25.1.2021 – 15 B 269/21, Rn. 27 f. (juris); LSG Niedersachsen-Bremen NZS 2021, 192; LG Halle medstra 2023, 329 (331 Rn. 33). Vgl. schließlich für die Triage *Taupitz*, MedR 2020, 440 ff.; *Streng-Baunemann*, ZIS 2021, 170 (177, 184).

²⁷ *Bader*, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 297.

²⁸ *Schroth*, NSTz 2013, 437 (443); *ders./Hofmann*, NSTz 2014, 486 (491); *dies.*, Jahrbuch für Recht und Ethik 24 (2016), 309 (322 ff.); *dies.*, in: Saliger/Isfen u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 1195 (1213); *Hofmann* (Fn. 13), S. 441 ff.

²⁹ Es können hier bereits aus Raumgründen nur einige Aspekte der Problematik erörtert werden. Zur umfangreichen Darstellung und kritischen Besprechung des Ansatzes vgl.

allein die praktischen Folgen wären gravierend und unerträglich: Allokateure könnten die Zuteilung u.U. lebensrettender Ressourcen komplett einstellen und das Strafrecht müsste dies mit der Begründung akzeptieren, dürfte jedenfalls keinen Vorwurf wegen eines Totschlags oder einer Körperverletzung durch Unterlassen erheben, dass das Recht mangels verbindlicher Allokationsvorschriften nicht vorschreibe, wer konkret gerettet werden müsse. Diese Sichtweise und ihr Ergebnis stellt aber den Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision in Gänze in Frage: Im oft zitierten Lehrbuchfall³⁰ des Vaters, der seine beiden Söhne im Meer ertrinken sieht, wird von der ganz herrschenden Meinung eine gleichrangige Pflichtenkollision angenommen, bei der der Vater, um gerechtfertigt zu sein, wählen und sich für die Rettung eines der Söhne entscheiden muss.³¹ Doch hier existieren ebenfalls keine Regeln, welche den Vorzug eines der Söhne begründen, weshalb keiner der Söhne einen Anspruch auf die Rettung und der Vater (er ist hier der Allokateur seiner Rettungskraft) keine Verpflichtung zur Rettung eines bestimmten Sohnes hat. Haben also zahlreiche Lehrbuchautoren und Kommentatoren seit Jahrzehnten geirrt und fehlte es in diesem Beispiel in Wahrheit an einer Garantstellung? Nein. Es ist liegt gerade in der Natur einer dilemmatischen Mangelsituation, dass zum Schutze der betroffenen Rechtsgüter der hilfsbedürftigen Personen bestimmte, unvermeidliche Verteilungsentscheidungen getroffen werden müssen und damit Priorisierung und Posteriorisierung einhergeht. Und es liegt in der Natur der rechtfertigenden Pflichtenkollision, dass ein Rechtsgüter-schutz hier, wenn schon nicht vollumfänglich leistbar, doch wenigstens im Rahmen des Möglichen stattfinden soll. Wer jedoch in dieser Situation wegen des Fehlens eindeutiger und verbindlicher Allokationsvorschriften bereits die Garantstellung des Allokateurs in Gänze ablehnt, versagt allen Hilfebedürftigen den strafrechtlichen Individualrechtsgüterschutz durch die Tötungs- und Körperverletzungsdelikte. Abstrakter formuliert: Er redet der Kapitulation des Strafrechts in dilemmatischen Mangelsituationen das Wort. Es liegt auf der Hand, dass das nicht richtig sein kann.

Es ist also richtigerweise an einer Garantstellung gegenüber allen hilfebedürftigen Personen nicht zu zweifeln. Die Allokateure befinden sich in einer rechtfertigenden Pflichtenkollision, bei der sie die Pflichten gegenüber diesen Personen im Rahmen des Möglichen erfüllen und die knappen Güter allokieren müssen. Die bestehende Wahlfreiheit bei der Pflichterfüllung wird, sofern man mit einer verbreiteten Ansicht die Unverbindlichkeit der Allokationsvorschriften

Lorenz (Fn. 12), D. II. 2. a), im Erscheinen. Insbesondere die Herleitung über die Grundsätze der Garantstellung kraft besonderer Pflichtenstellung, etwa bei Polizisten und ihrer Pflichten aus dem Gefahrenabwehrrecht, kann die Richtigkeit dieses Ansatzes nicht begründen und stellt daher auch keinen relevanten tatsächlichen Unterschied zum unten genannten Fall des Vaters und den ertrinkenden Söhnen dar.

³⁰ Vgl. statt aller nur *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 116.

³¹ *Roxin/Greco* (Fn. 30), § 16 Rn. 118 m.w.N.

ten annimmt, nur durch das Verfassungsrecht, namentlich die Vorgaben des derivativen Teilhaberechts eingeschränkt.

Während der COVID-19-Pandemie ist diese Sichtweise hinsichtlich der Verteilung von Impfstoff von zahlreichen Verwaltungsgerichten bestätigt worden, die über Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen zu Impfungen „außerhalb der Reihe“, d.h. abweichend von den jeweils geltenden Corona-Impf-Verordnungen, zu entscheiden hatten.³² Exemplarisch kann hier die Entscheidung des VG Gelsenkirchen genannt werden.³³ Dort hatte das Gericht zwar offengelassen, ob die in Rede stehende Corona-Impf-Verordnung gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz verstieß, weil es damals noch an einem Bundesgesetz mit Vorgaben zur Impfstoffverteilung (späterer § 20i Abs. 3 S. 4 und S. 5 SGB V) fehlte. Für den Fall eines Verstoßes und der Verfassungswidrigkeit hatte es aber zugleich festgehalten, dass die Verteilung dann durch die zuständige Stelle, dort die Stadt Gelsenkirchen, anhand der Vorgaben des derivativen Teilhaberechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG stattfinden müsse. Die Kommune müsse dabei vor dem Gleichheitsgrundsatz lediglich sachgerechte Gründe für die Festlegung der Differenzierungskriterien und der damit einhergehenden konkreten Zuteilungsreihenfolge anführen.³⁴ Hier sind viele verschiedene

³² VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 11.1.2021 – 20 L 1812/20.

³³ VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 11.1.2021 – 20 L 1812/20, Rn. 60 ff., insb. 65–67 (juris).

³⁴ Das ergibt sich implizit aus VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 11.1.2021 – 20 L 1812/20, Rn. 67 (juris): „Denn selbst wenn die Coronavirus-Impfverordnung insofern verfassungswidrig sein sollte [Anm. des *Verf.*: wegen Verstoßes gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz], so würde sich auch allein hieraus kein Anspruch der Antragsteller auf eine gegenüber den Bewohnerinnen und Bewohnern von Alten- und Pflegeeinrichtungen und den dort tätigen Personen bevorzugte oder zumindest zeitgleiche Impfung ergeben. Denn aus den vorgenannten Gründen wäre selbst dann, wenn die Coronavirus-Impfverordnung verfassungswidrig und damit nichtig sein sollte, die Vergabe des Impfstoffes zuerst in den Pflegeeinrichtungen keine sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber den (mindestens) 80-jährigen, die noch in häuslicher Umgebung wohnen.“ Ausdrücklicher kommen die im Text skizzierten Grundsätze beim sich dem VG Gelsenkirchen anschließenden VG Hannover, Beschl. v. 25.1.2021 – 15 B 269/21, Rn. 26 (juris), zum Tragen: „Ob die Priorisierung der Anspruchsberechtigten durch die Coronavirus-Impfverordnung mit dem verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatz vereinbar ist oder ob der parlamentarische Gesetzgeber die für die Vergabe wesentlichen Fragen selbst hätte regeln müssen, bedarf vorliegend keiner Entscheidung [...]. Denn selbst, wenn die Coronavirus-Impfverordnung als verfassungswidrig und damit nichtig anzusehen sein sollte, ergäbe sich hieraus für den Antragsteller noch kein Anspruch auf sofortige Impfung. In diesem Fall müsste der Antragsgegner die Verteilung des nur begrenzt vorhandenen Impfstoffes selbstständig unter Beachtung verfassungsrechtlicher Grundsätze [Anm. des *Verf.*: des derivativen Teilhaberechts] organisieren.“

Konzepte denkbar: Das Windhundprinzip, der vorrangige Schutz besonders vulnerabler Gruppen (z.B. vorerkrankter oder alter Personen), der Schutz für die Bewältigung der Pandemie wichtiger Personen (z.B. Mediziner, Pflegepersonal, aber auch bestimmtes Verwaltungspersonal) usw. Mit dem Gleichheitsgrundsatz unvereinbar und damit verfassungswidrig wäre etwa die unsachgerechte Impfverteilung anhand des sozialen Status oder gar anhand diskriminierender Umstände aus Art. 3 Abs. 3 GG, etwa der Religion, des Geschlechts oder der Abstammung gewesen.

V. Die strafrechtliche Bewehrung von Soft Law und ihre Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG

Was hat das alles nun aber mit Art. 103 Abs. 2 GG zu tun? Die regelhafte Allokation selbst strenggenommen nichts. Hier wird kein Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip ange-mahnt. Diskutiert wird ein solcher vielmehr – wie bereits eingangs erwähnt – in der Konstellation, in der jemand die durch Allokationsvorschriften vorgezeichnete Verteilungsreihenfolge durch sein Verhalten abändert (z.B. durch Täuschung). Dies ist in der Praxis sowohl bei der Organallokation als auch bei der Impfstoffverteilung vorgekommen. Bei der Triage ist dies glücklicherweise ein Gedankenspiel geblieben, weil Ärzte in Deutschland solch schicksalhafte Entscheidungen über Leben und Tod nicht treffen mussten. Allerdings wäre auch dort ohne Weiteres eine entsprechende Umgehung denkbar. Es soll sich im hiesigen Beitrag gleichwohl allein den zwei Praxisbeispielen gewidmet werden. Dort könnte man einem strafrechtlichen Vorwurf, welcher die Verteilungsregeln zur Begründung heranzieht, entgegenhalten, es werde dafür Soft Law dienstbar gemacht und daraus folge die Unvereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 GG. Diese These gilt es nach Darstellung der beiden Praxisbeispiele zu überprüfen.

1. Der Göttinger Organallokationsskandal und der Impfskandal des Hallenser Oberbürgermeisters

Jedem Medizinrechtler dürfte der sog. Göttinger Organallokationsskandal ein Begriff sein.³⁵ Er ist vor mehr als 10 Jahren aufgedeckt worden und hat das Vertrauen in das Organverteilungssystem seinerzeit stark erschüttert.³⁶ Einem Transplantationsmediziner wurde vorgeworfen, bereits bei der Aufnahme seiner Patienten in die einheitliche Warteliste für eine Spenderleber falsche Angaben gemacht zu haben, weil ihnen der Zugang sonst, etwa wegen der Nichteinhaltung einer 6-monatigen Alkoholabstinenz, verwehrt worden wäre. Das sind die sog. Wartelistenfälle. Außerdem wurde dem Arzt vorgeworfen, falsche Angaben in Bezug auf die den sog. MELD-Score bestimmenden Parameter abgegeben, seine Patienten damit „auf dem Papier“ kränker gemacht und ihnen somit einen besseren Platz auf der jeweiligen Match-Liste für

³⁵ Vgl. zum Fall und dem Verfahrensgang nur Lorenz (Fn. 12), C., im Erscheinen.

³⁶ Vgl. zu diesem Aspekt, Rosenau, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 689 ff.

ein Organ verschafft zu haben. Diese Fälle nennt man die sog. Manipulationsfälle. Während die Staatsanwaltschaft diese Verhaltensweisen jeweils als versuchten Totschlag anklagte, hielten zuerst das LG Göttingen und später der BGH das Verhalten für straflos. Dabei sind gerade die Ausführungen des BGH hier von Interesse. Denn die Richter des 5. Strafsenats aus Leipzig führten im Anschluss an eine Sichtweise in der Literatur³⁷ aus, dass die Annahme einer Strafbarkeit des Arztes mit dem strengen Gesetzesvorbehalt des Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar sei.³⁸ Die Idee dahinter: Dem angeklagten Arzt wurde im Kern vorgeworfen, dass er durch seine Manipulationen zu Gunsten der eigenen Patienten andere Patienten von dem Wartelistenplatz verdrängt hatte, den sie nach den Organverteilungsregeln eigentlich innegehabt hätten. Für den strafrechtlichen Vorwurf eines versuchten Totschlags sei es daher wie bei einem Blanketttatbestand zwingend notwendig, zur Bestimmung der korrekten Reihenfolge der Organzuteilung diese unverbindlichen Regeln, sie litten an dem eingangs skizzierten parlamentarischen Legitimationsdefizit, und damit Soft Law heranzuziehen. Die Entscheidung über die Strafbarkeit habe dann aber nicht der Gesetzgeber getroffen, wie es der Gesetzesvorbehalt aus Art. 103 Abs. 2 GG verlange, sondern vielmehr die das Soft Law schaffenden Institutionen, hier die BÄK und ET. Das sei verfassungsrechtlich nicht haltbar.

Auch im Rahmen des Impfskandals des Hallenser Oberbürgermeisters ist Art. 103 Abs. 2 GG relevant geworden.³⁹ Der von der Staatsanwaltschaft Halle seinerzeit angeklagte Sachverhalt lässt sich zunächst schematisch-vereinfacht wie folgt zusammenfassen: Die Angeschuldigten waren der damals bereits suspendierte und heute ehemalige Oberbürgermeister der Stadt Halle (Saale) und seine Büroleiterin. Entgegen der zum damaligen Zeitpunkt geltenden Corona-Impfverordnung sollen diese zusammen bewirkt haben, dass „17 x 30 ml Impfstoff gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (nachfolgend: Corona-Impfstoff) für Dritte, nämlich sieben Mitglieder des Katastrophenschutzstabs, die Vertreterin eines Mitglieds des Katastrophenschutzstabs, den Fahrer des Angeschuldigten als Leiter des Katastrophenschutzstabs und acht Stadträte“ außerhalb der durch die Verordnung festgelegten Reihenfolge zur Impfung bereitgestellt und sodann vorzeitig verimpft wurden. Dies wertete die Staatsanwaltschaft als veruntreuende Unterschlagung (§ 246 Abs. 2 StGB). Die damals zuständige 16. Große Strafkammer des LG Halle lehnte die Eröffnung des Hauptverfahrens aus rechtlichen Gründen ab, weil sie das Verhalten für straflos befand. Dabei

³⁷ *Schroth/Hofmann*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 523 (539).

³⁸ Es handelt sich um tragende Erwägungen des BGH *medstra* 2017, 354 (356 f. Rn. 30 ff.) in den Wartelistenfällen und nichttragende Erwägungen in den Manipulationsfällen, wo die Straflosigkeit letztlich auf den fehlenden Tötungsvorsatz gestützt worden ist (BGH *medstra* 2017, 354 [358 f. Rn. 43 ff.]).

³⁹ Vgl. zum nachfolgenden Sachverhalt LG Halle *medstra* 2023, 329 ff.

führte die Kammer unter Berufung auf die Entscheidung des BGH im Göttinger Organallokationsskandal u.a. ins Feld, dass eine Strafbarkeit unter dem Aspekt des in Art. 103 Abs. 2 GG garantierten Gesetzlichkeitsprinzips ausscheide.⁴⁰ Die Begründung fiel dementsprechend parallel aus: Für den strafrechtlichen Vorwurf der Unterschlagung von Impfstoff außerhalb der vorgesehenen Reihenfolge sei es wie bei einem Blanketttatbestand zwingend notwendig, zur Bestimmung der korrekten Reihenfolge der Impfstoffverteilung die unverbindlichen Regeln der damaligen Corona-Impf-Verordnung und damit Soft Law heranzuziehen. Die Entscheidung über die Strafbarkeit habe dann aber nicht der Gesetzgeber getroffen, wie es der Gesetzesvorbehalt aus Art. 103 Abs. 2 GG verlange, sondern vielmehr der Ordnungsgeber. Das sei verfassungsrechtlich nicht haltbar.

2. Kritik an der strafbarkeitseinschränkenden Argumentation um Art. 103 Abs. 2 GG

Auf den ersten Blick erscheint die dargestellte Argumentation um Art. 103 Abs. 2 GG überzeugend. Wenn man jemandem die Umgehung einer festgelegten Reihenfolge anlastet und dies mit dem strafrechtlichen Vorwurf der Unterschlagung oder gar des versuchten Totschlags verknüpft, dann ist es nicht unplausibel, darin die Konstruktion einer Art Blanketttatbestand zu sehen und an die festlegenden Vorschriften strenge verfassungsrechtliche Anforderungen des Gesetzlichkeitsprinzips zu stellen und bei ihrem Verfehlen eine Strafbarkeit auszuschließen. Beim näheren Hinsehen erweist sich die Argumentation jedoch als nicht überzeugend.⁴¹

Es ist zunächst der Göttinger Organallokationsskandal und der strafrechtliche Vorwurf des versuchten Totschlags in den Blick zu nehmen. Für diesen sind, anders als der BGH meint, die Allokationsvorschriften überhaupt nicht zwingend heranzuziehen. Der Normbefehl des § 212 Abs. 1 StGB ist vollständig und nicht ergänzungsbedürftig: Verursache nicht den zurechenbaren Tod eines anderen Menschen. Geht man entsprechend der Prämissen dieser Sichtweise davon aus, dass die Allokationsvorschriften wegen eines Verstoßes gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz an einem Legitimationsdefizit leiden, sie also als Soft Law unverbindlich sind, liegt für die Vermittlungsstelle ET eine gleichrangige Pflichtenkollision vor. In dieser Konstellation folgt aus § 212 Abs. 1 StGB das in sich vollständige Verbot, die Wahlfreiheit des Allokateurs zu manipulieren. Hat dieser sich einen Willen zur Verteilung der knappen Ressource Organ gebildet, ist diese Auswahl vom außenstehenden Täter zu akzeptieren. Setzt er sich darüber hinweg, ist in seiner Manipulation die Verhinderung oder der Abbruch eines rettenden Kausalverlaufs zu sehen und er verursacht damit den Tod derjenigen Person, die der Allokateur retten wollte oder versucht dies jedenfalls.

⁴⁰ LG Halle *medstra* 2023, 329 (336 Rn. 101 ff.). Ebenso *Streng-Baunemann*, in: Bülte/Dölling/Haas/Schuhr (Fn. 4), S. 687 (697 f.).

⁴¹ Vgl. zum Ganzen *Lorenz* (Fn. 12), D. II. 2. c), im Erscheinen.

Dies wird in der strafrechtlichen Dogmatik nahezu einhellig⁴² als strafbarer Totschlag oder, wenn die Kausalität im Einzelfall nicht festgestellt werden kann,⁴³ als Totschlagsversuch eingestuft.

Die Besonderheit des Göttinger Organallokationsskandals, die den BGH wohl zu seiner irrigen Sichtweise bewogen hat, liegt nun darin, dass der Wille des rettenden Allokateurs durch die Allokationsvorschriften und damit durch Soft Law antizipiert ist. Man weiß deswegen, nach welchen Kriterien die Vermittlungsstelle ET die Spenderorgane angeboten und verteilt hätte, weil für den Willensbildungsprozess Regeln aufgestellt wurden. Wenn aber der Wille das entscheidende Kriterium für die Zuteilungsreihenfolge und damit für die Begründung der Strafbarkeit ist, kann es auf die Verbindlichkeit der Vorschriften nicht ankommen. Denn die Vermittlungsstelle wollte sich, das wird von niemandem in Abrede gestellt, an diese Vorgaben halten.⁴⁴

Die Richtigkeit der hier vertretenen Sichtweise bestätigt sich, wenn man die Argumentation des BGH auf die Probe der Verallgemeinerungsfähigkeit stellt. Im klassischen Lehrbuchfall der rechtfertigenden, gleichrangigen Pflichtenkollision des Vaters bezüglich seiner ertrinkenden Söhne existiert, wenn er sich sodann entschieden hat, nur sein Wille zur Rettung eines von ihm ausgewählten Sohnes. Er hat diesen Willen ohne irgendwelche Vorgaben, etwa Allokationsvorgaben in Gestalt von Soft Law, gebildet. Wendet man bei einer Manipulation seines Willens, die zur Rettung des anderen Sohnes führt, deshalb nun ein, der strafrechtliche Vorwurf des Totschlags könne lediglich unter Heranziehung seines Willens gelingen und dies sei wegen Verstoßes gegen das Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 GG verfassungswidrig, weil sein Wille keine vom Gesetzgeber legitimierte Vorgabe sei? Nein. Der Wille des Vaters zur Rettung begründet den strafrechtlichen Schutz des ausgewählten Sohnes, ebenso wie der antizipierte Wille der Vermittlungsstelle ET den Schutz der Patienten entlang der ordnungsgemäßen Reihenfolge der Organverteilungsliste begründet. Wer diesen Willen umgeht, macht sich wegen eines vollendeten oder versuchten Tötungsdelikts strafbar, wenn die weiteren Voraussetzungen der Strafbarkeit vorliegen. Es sei an dieser Stelle nur der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen,

dass dies beim Göttinger Organallokationsskandal nicht der Fall gewesen ist.⁴⁵

Nach diesen Überlegungen soll sich dem Fall des Hallenser Oberbürgermeisters gewidmet werden. Der Normbefehl des ihm vorgeworfenen § 246 Abs. 2 StGB ist eindeutig: Eigne dir oder einem Dritten keine fremde bewegliche und dir anvertraute Sache rechtswidrig zu. Eine Drittzueignung ist in der Anweisung des Oberbürgermeisters an das zuständige Personal zu sehen, den von ihm ausgewählten Personen den Impfstoff zu verabreichen.⁴⁶ Die entscheidende Frage ist, ob dies rechtswidrig war. Rechtswidrig ist eine Zueignung dann, wenn kein fälliger und einredefreier Anspruch auf die Sache besteht.⁴⁷ Nun könnte man meinen, dass dies nur mithilfe der Corona-Impf-Verordnung beantwortet werden kann, weil darin die Impfreihenfolge festgelegt war. Und wenn man das Urteil der Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit auf die Verordnung stützt, könnte man versucht sein, die blankettartige Heranziehung dieses Soft Law als Problem des Art. 103 Abs. 2 GG zu sehen. In Wahrheit spielt das Gesetzlichkeitsprinzip jedoch auch hier keine Rolle. Die Verwaltungsgerichte haben während der COVID-19-Pandemie – wie bereits erwähnt – dargelegt, wie sich die Situation bei Verfassungswidrigkeit der Corona-Impf-Verordnung darstellte: Die zur Verteilung zuständige Kommune musste dann das derivative Teilhaberecht selbst konkretisieren, war mithin berechtigt, anhand von sachlichen Gründen die Verteilung vorzunehmen.⁴⁸ Im Fall war es also – wie das LG Halle zutreffend ausgeführt hat⁴⁹ – der für die konkrete Zuteilungsentscheidung zuständige Verfügungsberechtigte, der angeklagte Oberbürgermeister, der unter diesen Maßgaben festlegte, wer eine Impfdosis bekam. Er begründete mit seiner Entscheidung, die sich im verfassungsrechtlichen Rahmen hielt (die vorrangige Impfung wichtigen Verwaltungspersonals ist ein sachlicher Grund) einen Anspruch der sodann geimpften Personen. Damit fehlte es an der Rechtswidrigkeit der Zueignung und eine Strafbarkeit schied aus.⁵⁰ Insofern lag die 16. Große Strafkammer des LG Halle im Ergebnis richtig. Das alles hat aber mit Art. 103 Abs. 2 GG nichts zu tun. Denn der vom Oberbürgermeister gefasste Wille zur Impfung außerhalb der unverbindlichen Reihenfolge ist vom Gesetzgeber ebenfalls nicht legitimiert, ohne dass sich das LG Halle daran – zu Recht – stört! Die Argumentation um Art. 103 Abs. 2 GG besteht schließlich auch im Fall des Hallenser Oberbürgermeisters nicht den Test der Verallgemeinerungsfähigkeit. Bei der Rechtswidrigkeit der Zueignung entscheidet sich die maßgebliche Frage, ob ein konkreter Anspruch

⁴² Vgl. dazu statt aller *Roxin/Greco* (Fn. 30), § 11 Rn. 33: „Einigkeit besteht darüber, dass in solchen Fällen der Handelnde als Täter eines vollendete Begehungsdelikts bestraft werden muss, wenn der von ihm unterbundene Kausalverlauf den tatbestandsmäßigen Erfolg war [sic!] mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte.“

⁴³ Zur Kausalitätsproblematik im Göttinger Organallokationsskandal *Lorenz* (Fn. 12), D. III., im Erscheinen.

⁴⁴ Zur einschränkenden Bedingung des rechtlichen Schutzes der hintergangenen Wahlfreiheit, welche im Fall eines derivativen Teilhaberechts die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben bei der Willensbildung notwendig macht, *Lorenz* (Fn. 12), D. II. 2. e) cc) (3) (c) (bb) und (cc), im Erscheinen.

⁴⁵ Vgl. zu den zahlreichen weiteren Problemen des Göttinger Organallokationsskandals auf Ebene der Kausalität, der objektiven Zurechnung und des Vorsatzes *Lorenz* (Fn. 12), D. III. und E. I., im Erscheinen.

⁴⁶ LG Halle medstra 2023, 329 (333 Rn. 62); zust. *Lorenz*, medstra 2023, 337 (338); *Krüger*, GesR 2023, 273 (274).

⁴⁷ Statt aller *Wittig*, in: Kudlich/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 4), § 246 Rn. 11.

⁴⁸ Vgl. Fn. 33; ebenso *Krüger*, GesR 2023, 273 (275).

⁴⁹ LG Halle medstra 2023, 329 (331 Rn. 35).

⁵⁰ Zum Ganzen auch *Lorenz*, medstra 2023, 337 (338 ff.).

besteht oder nicht besteht in aller Regel gerade nicht unmittelbar aus einem Bundesgesetz oder einer darauf beruhenden Verordnung heraus, sondern vielmehr aus der Anwendung zivilrechtlicher oder ggfs. öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch betroffene Vertragsparteien.⁵¹ Der Oberbürgermeister durfte als Verfügungsberechtigter über den Impfstoff in gleicher Weise eine Verteilung anweisen und einen Anspruch begründen, wie es ein anderer Verfügungsberechtigter, etwa ein Eigentümer, über eine ihm gehörige Sache darf. Im letzteren Fall wird der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit jedoch völlig zu Recht nicht erhoben.

VI. Fazit

Es hat sich gezeigt, dass die in der japanischen Strafrechtswissenschaft gebräuchliche Terminologie des Soft Law jedenfalls zu rechtsvergleichenden Zwecken durchaus auch in Deutschland verwendet werden kann. Versteht man darunter rechtlich unverbindliche Expertenfestlegungen, die außerparlamentarischer Regelsetzung entspringen, fallen bestimmte Vorschriften zur Allokation knapper medizinischer Ressourcen unter den Begriff. Solche sind in der Vergangenheit u.a. auf den Gebieten der Organverteilung, des Impfens und der Triage relevant geworden. Gerade in den beiden erstgenannten Konstellation ist auch das Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 StGB in den Blick gerückt. Es stellt sich die Frage, ob die durch die Regeln vorgezeichnete Verteilungsreihenfolge einer strafrechtlichen Bewehrung zugänglich ist. Das wird etwa relevant, wenn jemand die Reihenfolge durch Täuschung manipuliert. Geschehen ist dies im Göttinger Organallokationsskandal. Doch nicht nur dort, sondern auch im Impfskandal des Hallenser Oberbürgermeisters, wurde die Problematik virulent. Die in beiden Fällen von den Gerichten ins Feld geführte Argumentation, die jeweils in Rede stehenden Straftatbestände (§ 212 StGB und § 246 Abs. 2 StGB) seien ohne die Inbezugnahme der Regeln unvollständig, müssten daher wie Blanketttatbestände behandelt werden und eine solche Auslegung könne vor Art. 103 Abs. 2 GG keinen Bestand haben, überzeugt aus den dargelegten Gründen nicht. Es bleibt zu hoffen, dass die in der Diskussion um den Göttinger Organallokationsskandal begründete und vom LG Halle im Impfskandal aufgegriffene Sichtweise keine weitere Gefolgschaft findet.

⁵¹ In diesem Sinne auch *Krüger*, *GesR* 2023, 273 (276).