

Kapitel 1

Einleitung

A. Zur Problemstellung

Beim Umgang mit der postmortalen Organspende stellt sich grundsätzlich die Frage, warum die Organe nach dem Tod nicht frei zur Verfügung stehen. Auf der ethischen Ebene beruhen solche Thesen natürlicherweise auf traditionellen kulturellen Tabus in Bezug auf Tote¹. Die rechtlichen Normen setzen dagegen in der Regel einen geringeren Standard als die ethischen Regeln an, weshalb das objektive Recht für das ethische Minimum gehalten wird. Damit dürfte eine entsprechende paternalistische Einschränkung nur sehr schwer aufzunehmen und eventuell als solche abzusprechen sein, weil sie insofern im Umkehrschluss ein ethisches Maximum darstellt, als sie die Einhaltung und Durchsetzung ihrer Gebote weitgehend durch Zwang und Recht garantiert und „dadurch faktisch einen höheren Verbindlichkeitsgrad als nur ethische Regeln“² aufweist. Gleichzeitig ist das Faktum einzuräumen, dass in unsere privaten Lebensbereiche bzw. Selbstbestimmungsrechte stets unvermeidlich paternalistisch eingegriffen wird, obwohl wir uns in einer liberalen und pluralistischen Gesellschaft befinden. Mit anderen Worten berücksichtigen wir bei der Schaffung eines neuen Gesetzes nicht nur die verschiedenen Wertpositionen, sondern auch die Grenzen der paternalistischen Eingriffe: Einerseits wird der reinste Typus der wertrationalen Geltung durch das Naturrecht dargestellt³; andererseits sollten wir doch versuchen, aus der Perspektive des Liberalismus festzustellen, warum und inwieweit der reine Rechtspaternalismus in die positive Gesetzgebung zu übertragen ist⁴, auch wenn der Gesetzgeber die Einhaltung des Gebots der ethischen Neutralität des Staates verfolgen sollte⁵.

Tatsächlich existiert ein basaler Konsens in der modernen demokratischen Gesetzgebung, wie *Schmitt* zeigt: „Soziale Homogenität beruht dann,

1 Vgl. *Freud*, Totem und Tabu, S. 102.

2 Taupitz, Das Recht im Tod, S. 5.

3 Vgl. Weber, Soziologische Grundbegriffe, S. 63.

4 Vgl. *Schmitt*, Gesetz und Urteil, S. 22 f.

5 Vgl. Scheinfeld, Strafrechtspaternalismus, S. 435.

dem Begriff des Politischen entsprechend, auf der politischen ‚Unterscheidung von Freund und Feind‘: ‚Zur Demokratie gehört also notwendig erstens Homogenität und zweitens – nötigenfalls – die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen.“⁶ Deshalb bezieht sich dieser Konsens eventuell auf Ethik- und Rechtsgefühle der Allgemeinheit, die insbesondere in einem juristischen Konflikt die spontane Stellungnahme auf der Seite eines oder mehrerer Beteiligten sind⁷. Die Autonomie oder Selbstbestimmung ist zudem rechtsdogmatisch eine Freiheit bzw. die innere Freiheit. Deshalb bedeutet die Existenz der rechtlichen Einmischung in die individuelle Freiheit oder des Rechtspaternalismus einen Kompromiss zwischen der Einmischung der Staatsgewalt und der freien Entfaltung des Einzelnen, was tatsächlich auch ein basaler Konsens in der modernen demokratischen Gesetzgebung zeigt. Unter diesen Umständen stellt sich logischerweise die Frage, wie sich der Unterschied zwischen moralischem und legalem Paternalismus gestaltet.

Bemerkenswerterweise besteht ein rechtspaternalistischer Eingriff vor allem im Einsatz der Lösungen zur Zulässigkeit der Transplantatentnahme⁸. Dabei kommt die Frage auf, inwieweit diese Zulässigkeit von einer Einwilligung des Betroffenen oder seiner Angehörigen abhängig gemacht werden soll, wobei es auf den paternalistischen Verbindlichkeitsgrad ankommt. In § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG stellt dieser paternalistische Eingriff strafrechtsdogmatisch auf den Schutz der postmortalen Menschenwürde ab. Aber die Fähigkeit der Rechtsträger beginnt mit der Geburt und endet mit dem Tod; deswegen werden nach herrschender Meinung logischerweise weder subjektive Rechte eines Verstorbenen noch ein allgemeiner postmortaler Persönlichkeitsschutz dementsprechend anerkannt⁹. So ist es weiter fraglich, warum die postmortale Menschenwürde noch geschützt werden sollte, da ein Toter nicht rechtsfähig ist¹⁰; oder ob und wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht über den Tod des Menschen hinauswirkt. Im Vergleich dazu lässt sich aus dem Menschenwürdeprinzip nach Art. 1 I GG ableiten, dass der Staat verpflichtet ist, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde auch nach seinem Tod zu gewähren, was schon

6 Mehring, Carl Schmitt zur Einführung, S. 39.

7 Vgl. Bihler, Rechtsgefühl, System und Wertung, S. 59; Kriele, Rechtsgefühl und Legitimität der Rechtsordnung, S. 31; Karstedt-Henke, Normen und Sanktionen, S. 236.

8 Vgl. Kübler, Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme, S. 25.

9 Vgl. Schönberger, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, S. 62.

10 Vgl. Giese, Würde-Konzept, S. 37.

vom Bundesverfassungsgericht anerkannt wurde. Aus diesem Blickwinkel stellt sich die weitere Frage, was die hier in Rede stehende Menschenwürde bedeutet. Aus der paternalistischen Perspektive ist die Menschenwürde ein absoluter Wert¹¹. Ist dieser Wert möglicherweise das Rechtsgut des § 19 TPG¹²? Nach *Samson* bezieht sich die Übertragung ganzer Organe, wie z. B. der Niere oder des Herzens, auch auf ein breiteres öffentliches Interesse¹³. Kann man durch die Abwägung zwischen den Gesamtschutz- und Individualschutzgütern feststellen, welches Rechtsgut hinter dem oben genannten Wert bzw. der Menschenwürde steht? Nicht zuletzt bezieht sich diese Interessenabwägung wiederum auf die reine Rechtspolitik¹⁴, die vielleicht dabei helfen kann, herauszufinden, wie der rechtspaternalistische Eingriff bei der Gesetzgebung zu rechtfertigen ist.

Vor Erlass des TPG ergab sich die Rechtslage aus den allgemeinen Vorschriften des Zivil- und Strafrechtes. Zusätzlich hatte sich die Ärzteschaft mit dem Transplantationskodex der Arbeitsgemeinschaft der deutschen Transplantationszentren selbst Verhaltensmaßregeln auferlegt. Im Bereich der postmortalen Organentnahme wurde *quasi* die erweiterte Zustimmungslösung praktiziert¹⁵. Die Anwendung der einzig in Betracht kommenden Rechtsvorschrift, die Störung der Totenruhe gemäß § 168 StGB, war jedoch höchst umstritten und führte nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur im Ergebnis nicht zur Strafbarkeit einer ärztlichen eigenmächtigen Organentnahme¹⁶. Die auf der Tatbestandsfassung des § 168 StGB beruhenden Strafbarkeitslücken wurden mit der Strafvorschrift des § 19 TPG beseitigt: Nach § 19 II TPG macht sich ein Arzt

11 Vgl. *Tiedemann*, Was ist Menschenwürde, S. 63.

12 Siehe dazu *Schönberger*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, S. 51: „Art. 1 Abs. 1 GG enthalte einen Auftrag an den Staat, die individuelle Würde des toten Menschen zu schützen. Der sich daraus ergebenden Notwendigkeit eines allein an den Interessen des Verstorbenen ausgerichteten Achtungsanspruchs werde ein bloßer Pietätsschutz nicht gerecht. Vielmehr verstoße er gegen das verfassungsrechtliche Untermaßverbot, weil ein von den Rechten der Angehörigen ausgehender Schutz nur zufällig mit den Belangen des Verstorbenen deckungsgleich sei. Zwar halten auch die Vertreter der herrschenden Meinung einen Schutz eigener Rechte der Angehörigen für möglich, aber nur kumulativ oder subsidiär zu einer Bewahrung originärer Persönlichkeitsbelange des Verstorbenen.“

13 Vgl. *Samson*, Probleme der Transplantation, S. 27; *Steffen*, Postmortale Organspende, S. 7; *Michaelis*, Postmortaler Schutz im Persönlichkeitsrecht, S. 8.

14 Vgl. *Taupitz*, Das Recht im Tod, S. 10 f.; *Samson*, Probleme der Transplantation, S. 28.

15 Vgl. *Sasse*, Das deutsche Transplantationsgesetz, S. 106.

16 Vgl. *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, § 168 StGB, Rn. 4.

schließlich strafbar, der entgegen § 3 I oder II oder § 4 I 2 TPG ein Organ entnimmt¹⁷. Aus der rechtspaternalistischen Perspektive ergibt sich daraus logischerweise die Problematik, warum das ärztliche Selbstbestimmungsrecht bezüglich der Gewissensfreiheit gemäß Art. 4 I GG eingeschränkt werden muss, wie *Samson* zeigt: „Wenn dieser Eingriff als Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen angesehen wird, dann geht es in Wahrheit nicht um sozialetische Vorstellungen vom würdigen Umgang mit dem Leichnam und auch nicht um irrationalen Totenmystizismus, sondern vor allem um die Respektierung des Willens, den der Verstorbene zu Lebzeiten gebildet hatte.“¹⁸ Demnach würde die Schutzwürdigkeit der postmortalen Menschenwürde *quasi* eine Respektierung der noch lebenden Menschen bedeuten, d. h., diese rechtspaternalistische Einmischung hätte die präventive Funktion einer Versicherung der unbestimmten Lebenden, „daß auch nach ihrem Tode bei ‚Verletzung‘ ihres Andenkens ebenso verfahren werde – auch wenn es dann ebenfalls nichts mehr zu schützen geben wird.“¹⁹ Mit anderen Worten ist in Frage zu stellen, ob die hier in Rede stehende Menschenwürde auf der positiv-rechtlichen Ebene noch weiter eine Respektierung nichtexistenter Personen darstellt, auch weil man den Begriff der Menschenwürde heute noch nicht genau beschreiben kann²⁰. Unter diesen Umständen sollte ein Prüfungskriterium für eine konkrete Ordnung eingesetzt und erfüllt werden, um subjektive Willkür des Gesetzgebers zu vermeiden²¹.

Zugleich kann man nicht leugnen, dass es auf der Seite des Transplantatempfängers nicht immer um Lebensrettung geht, obwohl die Situation in

17 Vgl. *Lenckner/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, § 168 StGB, Rn. 7. Nach der Neufassung des Transplantationsgesetzes 2007 wurden die Inhalte im § 19 I TPG a. F. in den § 19 II TPG n. F. übertragen. Bisher wurden jedoch einige Materialien in der direkt zitierten Literatur nicht dementsprechend verändert. Deswegen wurde dieser Sonderfall in dieser Arbeit bereits gekennzeichnet.

18 *Samson*, *Probleme der Transplantation*, S. 32.

19 *Hassemer*, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, S. 184.

20 Siehe dazu *Tiedemann*, *Was ist Menschenwürde*, S. 67: „Andererseits wird das autonome Konzept nicht nur in außereuropäischen Kulturen als Fremdkörper wahrgenommen, sondern auch in Europa selbst. Nicht nur asiatische Werte werden ihm entgegengehalten, sondern auch traditionelle europäische Werte. Der Kampf zwischen dem heteronomischen und dem autonomen Konzept von Menschenwürde ist bis heute nicht entschieden.“

21 Vgl. *Schmitt*, *Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, S. 33; *Schroeder*, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, S. 11.

manchen Fällen so liegen mag²², was dazu führt, dass weiter zu überdenken ist, ob das Recht uneingeschränkt die Verletzung von Interessen zur Rettung höherwertiger Interessen gestatten würde. Anders gesagt: Sofern der Eingriff zur Rettung höherwertiger Güter anderer Bürger erforderlich sein sollte, müsste jeder Bürger den Eingriff in seine sämtlichen Güter einschließlich der Menschenwürde jederzeit, insbesondere im Notstand, dulden, was möglicherweise jedoch nicht unserem liberalen Verständnis der Staats- und Gesellschaftsordnung entspräche²³. So sollte angesichts der Anerkennung der postmortalen Menschenwürde weitgehend über die Solidar- bzw. Duldungspflichten bezüglich der passiven Solidarität diskutiert werden, um den Rechtspaternalismus vornehmlich im rechtfertigenden Notstand möglichst präzise zu charakterisieren.

Gemäß der Analyse der langjährigen Forschungsliteratur und Dissertationen²⁴ umfasst dieses Thema – *die Grenzen zwischen Liberalismus und*

22 Vgl. Samson, Probleme der Transplantation, S. 31.

23 Vgl. Pawlik, Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie, S. 142.

24 Vgl. Gutmann, Rechtspaternalismus, S. 189–262; Reitter, Rechtspaternalismus, S. 200–290; Enderlein, Rechtspaternalismus, S. 7–168; Zude, Paternalismus, S. 15–248; Dreyer, Paternalismus, S. 105–205; Möller, Paternalismus, S. 107–218; Gkoutis, Paternalismus, S. 18–155; Elger, Paternalismus, S. 23–38; Düber, Paternalismus, S. 129–150; Hörnle, Paternalismus, S. 111–128; Rigopoulou, Paternalismus, S. 27–46; Leisner, Personalismus, S. 76–125; Ellscheid, Paternalismusproblem, S. 182–205; Duttge, Menschen, S. 145–158; Tiedemann, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 223–623; Kleinig, Menschenwürde, S. 145–171; Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur, S. 9–63; Rohrer, Menschenwürde, S. 25–80; Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 22–58; Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, S. 17–97; Giese, Würde-Konzept, S. 60–108; Kettner, Biomedizin und Menschenwürde, S. 15–80; Häberle, Menschenbild im Verfassungsstaat, S. 37–69; Luf, Menschenwürde in der Biomedizin, S. 247–265; Schroeder, Der Schutz von Staat, S. 169–200; Erbel, Sittengesetz, S. 145–208; Philipps, Ontologie, S. 36–58; Appel, Verfassung, S. 163–244; Stächel, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 30–166; Roxin, Rechtsgüterschutz, S. 135–150; Hassemer, Rechtsgutslehre, S. 98–246; Marx, Rechtsgut, S. 4–88; Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, S. 6–40; Schünemann, Rechtsgüterschutzprinzip, S. 133–154; Amelung, Die Rechtsgutstheorie, S. 155–182; Stratenwerth, Zum Begriff des Rechtsgutes, S. 377–391; Sina, Dogmengeschichte des Rechtsgutes, S. 88–100; Rudolphi, Rechtsgutsbegriff, S. 151–167; Lampe, Rechtsgut, S. 160; Lampe, Unrecht, S. 118–156; Siebert, Strafrechtliche Grenzen, S. 30–106; Beck, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, S. 29–41; Berz, Tatbestandsverwirklichung, S. 18–124; Fischer, Öffentlicher Friede, S. 339–639; Küper, Pflichtenkollision im Strafrecht, S. 48–63; König, Todesbegriff und Strafrecht, S. 10–28; Bock, Voraussetzungen der Organentnahme, S. 155–264; Pawlowski, Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, S. 73–105; Lütke, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 15–139; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 5–377; Anastasopoulou, Kollektive Rechtsgüter,

Paternalismus bei postmortalen Organspenden – folglich im Wesentlichen drei Aspekte: Rechts- oder Staatspaternalismus, Rechtsgutsschutz und Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand.

Wie kann man aus der rechtspaternalistischen Perspektive die kollektiven Rechtsgüter abgrenzen? Wie sollte man aus der Perspektive des Liberalismus paternalistische Eingriffe zur Respektierung der postmortalen Menschenwürde gestalten? Ist man vornehmlich unter den sich aktuell verstärkenden Anforderungen der paternalistischen Duldungspflichten in der Lage, die Geltungsbereiche der Mindestsolidarität aus der Perspektive der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Menschenwürde zu begründen²⁵? Diese Diskussion und Untersuchung soll zu einer neuen dogmatischen Lösung oder einem besser realisierbaren Ausweg führen, auch wenn

S. 5–317; *Tenthoff*, Strafbarkeit im Lichte des Autonomieprinzips, S. 52–56; *Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte, S. 90–156; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 29–46; *Schönberger*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, S. 5–168; *Bieri*, Der strafrechtliche Schutz des Totenfriedens, S. 54–98; *Luther*, Grundlagen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, S. 37–165; *Trockel*, Rechtswidrigkeit klinischer Sektionen, S. 28–59; *Lautenschläger*, Transplantationssystem, S. 81–148; *Nickel*, Entnahme von Organen und Geweben bei Verstorbenen, S. 130–193; *Preis*, Die Leiche im Strafrecht und Strafverfahren, S. 12–51; *Seinsch*, Schutz des Pietätsempfindens im Rahmen des § 168 StGB, S. 10–67; *Schrag*, Gefühlszustände, S. 12–117; *Kübler*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme, S. 13–33; *Schmitz*, Straftaten gegen Religion und Weltanschauung, S. 97–115; *Crusen*, Schutz des Rechtsguts der Pietät, S. 25–71; *Dreier*, Säkularisierung und Sakralität, S. 79–88; *Epitropakis*, Organallokation, S. 178–220; *Bae*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht, S. 19–89; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 53–617; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 45–226; *Schmitz*, Rechtfertigender Notstand, S. 53–182; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel, S. 229–254; *Janka*, Der Strafrechtliche Notstand, S. 248–256; *Perdomo-Torres*, Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, S. 38–53; *Rehse*, Notstand, S. 2–11; *Haller*, Notstand, S. 22–34; *Weber*, Notstandsproblem, S. 20–101; *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 34–239; *Seelmann*, Solidaritätspflichten, S. 295–304; *Kaufmann*, Subsidiaritätsprinzip, S. 89–107; *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand, S. 469–518; *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 19–191; *Coninx*, Solidaritätsprinzip, S. 13–99; *Kühl*, Begründung des rechtfertigenden Notstands, S. 143–158.

- 25 Siehe dazu *Iwangoff*, Duldungspflichten im rechtfertigenden Notstand, S. 93: „Notwendige Voraussetzung zur Bildung von Selbstbewusstsein ist die Anerkennung des Gegenübers als Gleichberechtigter: nur unter dieser Voraussetzung kann man selber die Anerkennung eines Gleichwertigen erhalten. Voraussetzung der Rechtsordnung ist also die wechselseitige Anerkennung als Gleichberechtigte. Nur zur Erhaltung dieses Verhältnisses hat Hegel ein Notrecht anerkannt, nur zur Erhaltung eines Rechtssubjekts hat jedes Mitglied einer Gesellschaft die Pflicht zur Duldung eines Eingriffs in seine eigenen Rechtsgüter, obwohl es selber an der Entstehung der Gefahr unbeteiligt ist.“

wir uns heutzutage ständig mit der angeblich entgegengesetzten Wirkung von moralisierendem Perfektionismus, Rechtspaternalismus, Humanismus, Utilitarismus und Liberalismus konfrontiert sehen²⁶.

B. Gang der Untersuchung

Angesichts der spezifischen epochalen Bedeutung des Rechtspaternalismus insbesondere für die heutige, krisenbehaftete Welt werden in diesem Beitrag die Definition, Position und Funktion des Rechtspaternalismus bezüglich postmortaler Organspenden im strafrechtsdogmatischen System diskutiert.

In Kapitel 2 wird untersucht, wie die Unterscheidung zwischen moralischem und legalem Paternalismus getroffen wird. Man kann auf ein klassisches Beispiel des Paternalismus in der modernen Gesellschaft verweisen: Obwohl deren Missachtung andere Straßenverkehrsteilnehmer nicht ansatzweise gefährdet, wird sie zwangsweise gegen den Willen derjenigen durchgesetzt, die ohne Sturzhelm bzw. unangeschnallt fahren möchten. Aber dies beschreibt begrifflich nicht das ganze Bild des Paternalismus. In der oben genannten Literatur findet man mühelos zahlreiche Unterteilungen paternalistischer Akte oder Normen: direkter und indirekter Rechtspaternalismus, harter und weicher oder schwacher Rechtspaternalismus, positiver und negativer Rechtspaternalismus, aktiver und passiver Rechtspaternalismus und so weiter. Durch diese Differenzierung wird versucht, die Verrechtlichung von ethischen Pflichten zu thematisieren: Unter welchen Voraussetzungen können sich die ethischen Verbindlichkeiten in rechtliche Pflichten verwandeln? Ferner werden die Erscheinungsformen des Rechtspaternalismus unterschieden, damit solchen rechtspaternalistischen Pflichten eine angemessene Grenze gesetzt werden kann. Für die Legitimation des legalen Paternalismus sollte weiter über seine rechtsphilosophischen Grundlagen diskutiert werden. Dabei muss auch der Begriff der Selbstbestimmung bzw. Autonomie umfassend definiert werden, um die Beziehung zwischen Menschenwürde und Paternalismus aus der liberalen Perspektive darzustellen. Schließlich interessieren wir uns noch für die pa-

26 Siehe dazu *Fröhlich/Langebeck*, Solidarität und Selbstbestimmung, S. 198: „Die Achtung der Würde eines Menschen zeigt sich darin, dass wir ihm in Freiheit begegnen. Da Freiheit mit Solidarität verknüpft ist, zeigt sich Achtung der Würde außerdem darin, die Verhältnisse zwischen Menschen in den Blick zu nehmen.“

ternalistischen Maßnahmen im TPG, vornehmlich bezüglich postmortalen Organspenden.

In Kapitel 3 wird versucht, das Rechtsgut im § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG zu thematisieren: die wesentliche Bedeutung des hier in Rede stehenden Schutzinteresses in den Bereichen der systemimmanenten und -kritischen Rechtsgutslehren. Mit anderen Worten wird die freiwillige Selbstentscheidung der Totensorgeberechtigten gesetzgeberisch bzw. strafrechtspaternalistisch begrenzt, obwohl keine anderen Individuen durch diese Selbstentscheidung in eigenen konkreten Rechten betroffen sind. Deshalb stellt sich logischerweise die Frage, wofür eine solche rechtspaternalistische Einmischung gestaltet wird, d. h., was die Rechtsgüter und die rechtlichen Schutzzwecke bei dieser Einmischung im Wesentlichen bedeuten, wenn die Selbstgefährdungen und -schädigungen der Totensorgeberechtigten bzw. der Schaden ihrer eigenen individuellen Interessen sogar nicht existieren. Wenn das Rechtsgut im § 19 TPG deshalb den öffentlichen Frieden darstellt, dann beruht die Anerkennung dieses kollektiven Rechtsguts auf der Legitimität der Generalprävention im modernen Strafrechtssystem. Deswegen sollten neben der Analyse im Bereich der Rechtsgutslehre noch andere Ausgangspunkte wie z. B. das Verhältnismäßigkeitsprinzip probiert werden, um Umfang und Grenzen zulässiger Vorfeldkriminalisierung festzulegen. Demgegenüber ist über die Begründungsbedürftigkeit der Strafan drohung, insbesondere gegen die ärztliche eigenmächtige Organexplantation, nachzudenken.

In Kapitel 4 erfolgt die Begrenzung der Solidar- bzw. Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand. Die Notstandslösung²⁷ impliziert eine rechtspaternalistische Einmischung bezüglich postmortalen Organspenden im Ag-

27 Siehe dazu *Rosenau*, Widerspruchslösung, S. 66: „§ 34 StGB normiert, dass bei einer Gefahr für ein Leben in ein Rechtsgut eingegriffen werden kann, wenn das geschützte Leben das eingegriffene Rechtsgut wesentlich überwiegt. Es ist kaum zu bezweifeln, dass man bei Anwendung dieser Norm stets eine Transplantation ermöglichen könnte. Denn das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen ist nur noch ein minderes Substrat, welches wir aus der gelebten Menschenwürde herleiten. Einen besonders hohen Stellenwert hat dieses Recht genauso wenig wie die Annahme eines Totensorgerechts der Angehörigen. Jedenfalls muss es gegenüber einem Leben, das durch die Transplantation gerettet wird, deutlich zurücktreten. Das Recht auf Leben der potentiellen Organempfänger überwiegt wesentlich das postmortale Persönlichkeitsrecht. Man ist also gar nicht gehalten, mit einer Sozialpflichtigkeit des Einzelnen zu argumentieren und anzunehmen, dass es gegenüber der Gemeinschaft eine Verpflichtung zum Wohle bedürftiger Patienten gebe, Eingriffe in den Leichnam und eine Organspende zuzulassen. Schon die schlichte Anwendung des § 34 StGB

gressivnotstand. In dieser Arbeit wird demnach weiter analysiert, wie die Duldungspflicht des Angriffsadressaten bzw. des unbeteiligten Dritten im Aggressivnotstand bezüglich postmortalen Organspenden die paternalistische Einschränkung des individuellen Selbstbestimmungsrechts nicht nur des Verstorbenen, sondern auch seiner nächsten Angehörigen bedeutet, ob und inwieweit es die Möglichkeit der Notstandsrechtfertigung beispielsweise bei Ärzten gibt.

Zwar wird die Mindestsolidarität in § 34 StGB betont, aber wir stellen gleichzeitig die Fragen, was diese Mindestsolidarität im Wesentlichen bedeutet, unter welchen Voraussetzungen die Sozialpflichtigkeit im Notstand allgemein anerkannt werden kann und wo sich die Obergrenzen der paternalistischen Einmischung in passive Selbstbestimmungsrechte auf der Eingriffsseite befinden sollten. Schließlich wird durch eine Fallanalyse der ärztlichen eigenmächtigen Organexplantation die Bedeutung der Wahrung der Menschenwürde vornehmlich bei dieser Begrenzung der Duldungspflichten im rechtfertigenden Notstand erklärt.

eröffnete die Möglichkeit der Transplantation. Indes kommt diese Lösung aus rechtlichem Grund nicht in Frage.“

