

Yueting Liu

Die Grenzen zwischen Paternalismus und Liberalismus im modernen Rechtsstaat

Eine neue Perspektive im Rahmen
der postmortalen Organspende



Nomos

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Marion Albers
Prof. Dr. Ivo Appel
Prof. Dr. Ulrich M. Gassner
Prof. Dr. Mark Makowsky
Prof. Dr. Henning Rosenau

Band 65

Yueting Liu

Die Grenzen zwischen Paternalismus und Liberalismus im modernen Rechtsstaat

Eine neue Perspektive im Rahmen
der postmortalen Organspende



Nomos

UNTERSTÜTZT VON / SUPPORTED BY



Alexander von
HUMBOLDT
STIFTUNG

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2026

© Yueting Liu

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-2221-2

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4873-5

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748948735>



Onlineversion
Inlibra



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

*Ein herzliches Dankeschön
an meine Großmutter, Frau Juan-Hong Qiu,
an Herrn Professor Dr. Lothar Philipps,
an meine Kollegen an der Universität Göttingen,
an meine Göttinger Familie sowie Freunde in Deutschland,
an meine Münchner Eltern, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult.
Claus Roxin und Frau Dr. Imme Roxin*

*Sincere Gratitude
to
Alexander von Humboldt Foundation
and
Claus Roxin Academic Research Centre for Liberalism and the
Rule of Law*

„Die Botschaft,
die wir von Jesus Christus empfangen haben und die wir an
euch weitergeben, lautet:
Gott ist Licht; bei ihm gibt es nicht die geringste Spur von
Finsternis.

Wenn wir behaupten, mit Gott verbunden zu sein, in
Wirklichkeit aber in der Finsternis leben, lügen wir, und unser
Verhalten steht im Widerspruch zur Wahrheit.

Wenn wir jedoch im Licht leben, so wie Gott im Licht ist, sind
wir miteinander verbunden, und das Blut Jesu, seines Sohnes,
reinigt uns von aller Sünde.“

1 Johannes 1:5–7

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Kapitel 1	
Einleitung	21
A. Zur Problemstellung	21
B. Gang der Untersuchung	27
Kapitel 2	
Paternalismus mit Legitimität in der modernen Gesellschaft	31
A. Der Paternalismusbegriff	33
I. Die Paternalismusdefinition	33
1. Staatspaternalismus in einer pluralistischen Gesellschaft	34
2. Mittel-Zweck-Relation	36
II. Elemente der Paternalismusdefinition	37
1. Beeinträchtigungen der eigenen Freiheit einer Person	37
a) <i>Freiheitsbezug</i>	37
b) <i>Zwei Rollen desselben Handelnden</i>	37
2. Schutz der Menschen	39
a) <i>Schutz der Einzelperson in der Privatsphäre</i>	39
b) <i>Schutz der Individuen in der Gemeinschaft</i>	39
III. Die Unterscheidung zwischen moralischem und legalem Paternalismus	44
1. Moral, Recht und Ethik	44
2. Sittengesetz und Gewohnheitsrecht	46
3. Moralischer und legaler Paternalismus	49
a) <i>Moralisierender Perfektionismus</i>	49
b) <i>Legal der Paternalismus aus liberaler Sicht</i>	52
4. Verrechtlichung von ethischen Pflichten	56
a) <i>Ethische Pflichten und Verrechtlichung</i>	57
b) <i>Verrechtlichungsverbot als Grenze des Rechtspaternalismus</i>	60

c) Verrechtlichung der einverständlichen Organentnahme	67
B. Die rechtspaternalistischen Erscheinungsformen	69
I. Direkter und indirekter Rechtspaternalismus	71
II. Harter und weicher oder schwacher Rechtspaternalismus	75
1. Harter Rechtspaternalismus als nicht autonomieorientierter Paternalismus	75
2. Weicher Rechtspaternalismus aus liberaler Perspektive	77
III. Positiver und negativer Rechtspaternalismus	81
IV. Aktiver und passiver Rechtspaternalismus	82
C. Legitimation des legalen Paternalismus	83
I. Rechtspaternalismus aus der Kant'schen Perspektive	86
II. Konsequentialistische Ansätze	90
1. Mill'scher Konsequentialismus	90
2. Öffentlicher Vernunftgebrauch als kollektivistisches Interesse aus der gesellschaftsvertragstheoretischen Perspektive	95
III. Argumente der Zustimmung aus der Perspektive der Autonomiemaximierung	101
1. Vernünftigkeit der zukünftigen Zustimmung als Entscheidungsfreiheitspaternalismus	103
2. Die vorherige Zustimmung	104
D. Paternalismus, Autonomie und Menschenwürde	106
I. Menschenwürde aus rechtlicher Perspektive	107
II. Legitimität der paternalistischen Einschränkung der Autonomie	111
1. Autonomie als Schwellenbegriff	111
2. Rechtspaternalismus aus der Perspektive des Liberalismus	112
E. Paternalistische Maßnahmen bei postmortalen Organspenden	120
I. Die Zustimmungslösung	121
1. Die enge Zustimmungslösung	121
2. Die erweiterte Zustimmungslösung	122
3. Neues Gesetz zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende	125
II. Die Widerspruchslösung	127

III. Die Informationslösung	132
IV. Die Motivationslösung	133
F. Resümee	136
Kapitel 3	
Schutzgrenzen bei postmortalen Organspenden	139
A. Schutzgrenzen aus der Perspektive der Rechtsgutstheorie	143
I. Der Rechtsgutsbegriff	143
1. Rechtsgüterschutz im klassischen Strafrecht	143
a) <i>Das systemkritische Potenzial</i>	143
b) <i>Die Substanzhaltigkeit der Rechtsgüter</i>	148
2. Rechtsgüterschutz im modernen Strafrecht	153
a) <i>Der geschichtliche Begriff überpersonaler Rechtsgüter mit der Tendenz der Vergeistigung</i>	153
b) <i>Der Strafgrund der abstrakten Gefährungsdelikte bezüglich kollektiver Rechtsgüter</i>	162
II. Postmortale Menschenwürde als strafrechtliches Rechtsgut?	165
1. Was bedeutet die rechtsbegriffliche Menschenwürde innerhalb des Rahmens der normativen Grundstruktur der pluralistischen Gesellschaft?	165
a) <i>Negativdefinition mit Staatsverpflichtung aus der Perspektive der Schutzfunktion</i>	167
b) <i>Positive Inhalte mit Tendenzen der Sakralität aus der Perspektive der Abwehrfunktion</i>	172
aa) <i>Der positive begriffliche Bestimmungsversuch der Menschenwürde</i>	172
bb) <i>Die Sakralität des Menschen</i>	174
2. Postmortale Menschenwürde aus der Perspektive des öffentlichen Friedens	181
a) <i>Die postmortale Schutzwirkung der Menschenwürdegarantie</i>	182
b) <i>Öffentlicher Frieden bezüglich § 168 StGB und § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG</i>	186
B. Schutzgrenzen bezüglich des Verhältnismäßigkeitsprinzips	194
I. Anknüpfungspunkte für die verfassungsrechtliche Prüfung	196

II. Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?	201
1. Anwendungsmöglichkeit im Strafrecht	201
2. Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit	203
3. Kollektive Rechtsgüter und Verhältnismäßigkeit	205
III. Konkretisierung am Verbot der postmortalen Organspende zugunsten fremder Personen	208
1. Legitime Zwecke, Geeignetheit und Erforderlichkeit	208
2. Angemessenheit	209
a) <i>Zweckrelevante Faktoren</i>	209
b) <i>Eingriffsrelevante Faktoren</i>	210
c) <i>Ergebnis der Abwägung</i>	210
C. Ärztliche Organtransplantation der in Kliniken befindlichen Leichen	211
I. Untersuchung des Gewahrsamsverhältnisses zum Leichnam	211
1. Die überwiegende Ansicht	211
2. Die sog. Gegenansicht	214
3. Eigener Ansatz	215
II. Eigenmächtige Organexplantation durch Ärzte	222
D. Resümee	223

Kapitel 4

Strafrechtspaternalistische Anwendungsvoraussetzungen auf dem Feld des Aggressivnotstands der postmortalen Organübertragung

A. Missbrauchsgefahr und rechtspaternalistische Grenzen der Duldungspflichten bezüglich des rechtfertigenden Notstands	227
I. Erforderlichkeit auf Erhaltungsseite	229
1. Die Interessenabwägung der notstandsfähigen Rechtsgüter	229
2. Die Notstandsgefahr	235
a) <i>Die Gegenwärtigkeit der Gefahr</i>	235
b) <i>Die historische Entwicklung und dogmatische Veränderung des Begriffs der Gegenwärtigkeit der Gefahr</i>	237

II. Angemessenheit auf Eingriffsseite	240
1. Das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr	241
2. Angemessenheit der Notstandshandlung	243
B. Fallanalyse	247
I. Ärztliche Organentnahme im Notstand ohne Einwilligung des Verstorbenen und seiner Angehörigen	248
1. Solidarität aus der rechtspaternalistischen Perspektive	248
a) <i>Solidarität als juristischer Begriff</i>	248
b) <i>Erforderlichkeit der Solidarität</i>	252
2. Menschenwürdegarantie als Bewertungsmaßstab der Duldungspflicht im § 34 StGB	254
a) <i>Grenze der Solidarität</i>	254
b) <i>Rechtswidrigkeit im Falle A</i>	257
II. Ärztliche Organentnahme im Notstand mit Einwilligung des Verstorbenen und seiner Angehörigen	261
1. Die Kollision gleichwertiger Interessen und die Bestimmung der Rechtfertigung	261
2. Strafunrechtsausschließungsgründe als zivilrechtliche Erlaubnissätze und öffentlich-rechtliche Eingriffsnormen im Falle B?	266
C. Resümee	269
Kapitel 5	
Schlussbetrachtung	273
Nachwort	279
A. Rechtspaternalismus im weiteren Sinne	279
B. Autonomie und Menschenwürde	287
I. Wie ist die Beziehung zwischen Autonomie und Menschenwürde?	287
II. Auf welche und wessen Autonomie konzentriert sich diese Arbeit?	288
III. Was beinhaltet wesentlich das Rechtsgut bzw. der Schutzzweck des § 19 II TPG und des § 168 I StGB?	291
IV. Die Notwendigkeit einer Auseinandersetzung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip	294

Inhaltsverzeichnis

C. Aggressivnotstand aus der rechtspaternalistischen Perspektive	297
D. Ergänzende Bemerkungen	300
Literaturverzeichnis	303

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
Aufl.	Auflage
AG	Arbeitsgericht
AK-GG	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Bd.	Band
bes.	besonders
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsa- chen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsa- chen
BR	Bundesrat
BT	Bundestag; Besonderer Teil
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG-A	Richterausschuss des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfG(K)	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsge- richts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise

Abkürzungsverzeichnis

ca.	circa
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DVO	Durchführungsverordnung
ebd.	ebenda, Verweis auf Referenz aus unmittelbar vorangehender Fußnote
EG	Europäische Gemeinschaft
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
f., ff.	folgende, fortfolgende
FS	Festschrift
Ges.	Gesetz
ges.	gesetzlich
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
Hervorh. d. Verf.	Hervorhebung des Verfassers/der Verfasserin
hM oder h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. d.	im Sinne der/des
i. V. m.	in Verbindung mit
insbes.	insbesondere
iSv oder i. S. v.	im Sinne von
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
LG	Landgericht
LVerfG	Landesverfassungsgericht

m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
m. W.	meines Wissens
m. W. v	mit Wirkung vom
MBO-Ä	(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte
MedR	Medizinrecht
MK-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	Nomos Kommentar Strafgesetzbuch
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
o.	oben
o. ä.	oder ähnlich
o. Ä.	oder Ähnliches
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer(n)
Rspr.	Rechtsprechung
RT	Rechtstheorie
RT-Drs.	Reichstags-Drucksache
RW	Rechtswissenschaft
S.	Satz (bei Rechtsnormen); Seite
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
TPG	Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz)

Abkürzungsverzeichnis

u. a.	unter anderem/und andere
u. E.	unter Einschränkung
u. U.	unter Umständen
usw.	und so weiter
v.	vom; von
v. a.	vor allem
v. H.	vom Hundert
Vgl./vgl.	vergleiche
VzW	Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZdSfR	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZfP	Zeitschrift für Pädagogik
Ziff.	Ziffer(n)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik/Strafrechtswissenschaft
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zzgl.	zuzüglich

Im Übrigen wird auf das *Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache* (Kirchner, Hildebert/Böttcher, Eike, 10. Aufl., Berlin 2021, Walter de Gruyter) verwiesen.