

Nachwort

Diese Arbeit basiert auf einer umfassenden Studie der deutschsprachigen Literatur bezüglich des Strafrechts, der Philosophie, des Medizinrechts sowie der Rechtsphilosophie. Es ist zudem meine fünfte persönliche Monographie seit zwanzig Jahren.

Unsere Kollegen in Deutschland und auch in China haben sich ständig für die gleiche Frage, was der Rechtspaternalismus eigentlich bei postmortalen Organspenden bedeutet oder in welchem Rahmen und in wessen Selbstbestimmung dabei strafrechtlich paternalistisch eingegriffen wird, interessiert. Daher habe ich hierbei weitere Erläuterungen vorgenommen.

A. Rechtspaternalismus im weiteren Sinne

Die Gesellschaft ist zeitlich und räumlich nicht grenzenlos. Vor diesem Hintergrund sollte die Verhaltensweise der gesellschaftlichen Person autonom und heteronom reguliert werden, so dass der Kampf aller gegen alle, also *Hobbes'* Bild des Naturzustandes, zu vermeiden ist, was unerlässlich zur staatlichen bzw. rechtlichen Einmischung in die individuelle Freiheit führt. Die Autonomie oder Selbstbestimmung ist 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 ein basaler Konsens in der modernen demokratischen Gesetzgebung zeigt.

Damit ist der Rechtspaternalismus ein unvermeidliches Ergebnis der Entwicklung des staatlichen Rechtssystems. Solange dieses Rechtssystem existiert, ist er nicht aufzuheben. Deshalb stellt sich uns nur die Aufgabe, festzustellen, wie die präzisen Grenzen der rechtspaternalistischen Maßnahmen zu setzen sind.

Wir verweisen normalerweise auf ein klassisches Beispiel des Paternalismus in der modernen Gesellschaft: Obwohl deren Missachtung andere Straßenverkehrsteilnehmer nicht ansatzweise gefährdet, wird sie zwangsweise gegen den Willen derjenigen durchgesetzt, die ohne Sturzhelm bzw. unangeschnallt fahren möchten, aber es beschreibt begrifflich jedoch 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.

Der Begriff stellt eine Situation vergleichbar mit der Eltern-Kind-Beziehung dar, die nahelegt, dass bestimmte Konstellationen nach dem traditionellen Verständnis des asymmetrischen Verhältnisses eines Vaters zu seiner Familie (Frau, Kinder, Anverwandte, Gesinde) konzeptualisiert werden können. Der historische Paternalismusbegriff bezieht sich auf eine absolute hausväterliche Macht, so dass kein Familienmitglied jeglichen Rechtsanspruch gegenüber der väterlichen Gewalt stellen kann, d. h., ihnen wird ein Part ohne eigenen Willen und besonderes Vermögen zugewiesen.

I. Sowohl nach *Feinberg*⁸⁹² und *Züde*⁸⁹³ als auch nach *Hart*⁸⁹⁴ ist das **Kernelement** des Konzeptes „Rechtspaternalismus“ deswegen nicht der Schutz des Einzelnen vor Selbstgefährdungen und -schädigungen bzw. der Schaden seiner eigenen individuellen Interessen, sondern der staatliche bzw. rechtliche Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht bzw. die Autonomie oder die freiwillige Entscheidung des Handelnden: „Entscheidendes Kriterium ist vielmehr, ob eine freie Einwilligung bzw. Freiwilligkeit vorliegt oder nicht.“⁸⁹⁵

Mit diesem gemeinsamen Merkmal ist gemeint, dass der Staat die Freiheit seiner Bürger einschränkt und sie zwingt, auch gegen ihren eigenen Willen Dinge für ihr eigenes Wohlbefinden oder das Wohl der Allgemeinheit zu tun.

II. Das Ziel des paternalistischen Eingriffs besteht nicht nur im Schutz des Einzelnen vor Selbstgefährdungen und -schädigungen, sondern auch in der Gewährleistung des Selbsterhaltungsinteresses des anderen bzw. der Allgemeinheit⁸⁹⁶.

Deshalb wird die kooperierende Mehrheit zur Interessengemeinschaft der zu schützenden Personen, um den Zweck der Selbsterhaltung zu erreichen. Das Selbsterhaltungsinteresse bezieht sich zwar eigentlich auf die innere Freiheit der Person, aber tatsächlich auch auf die äußere Freiheit zwischen Bürgern. Deshalb entsprechen die unmittelbar zur Selbsterhal-

892 Vgl. *Feinberg*, Paternalism II, S. 9–15.

893 Vgl. *Zude*, Paternalismus, S. 110 f.

894 Vgl. *Hart*, 1976, S. 193 ff.

895 *Zude*, Paternalismus, S. 188.

896 Vgl. ebenda, S. 107 f.; *Möller*, Paternalismus, S. 186 ff.

tung aufgewendeten paternalistischen Mittel von Zwang und Strafe sowohl dem allgemeinen als auch dem individuellen Handlungszweck. Die Leitlinie lautet also: Je gravierender das Missverhältnis zwischen dem Wert des angestrebten Ziels, gemessen an den Maßstäben des Grundrechtsträgers, und der Größe sowie der Wahrscheinlichkeit des drohenden Schadens des Handelnden sowie gleichzeitig auch anderer, desto eher ist Paternalismus zulässig.

Dabei kommt es bei der Durchführung des paternalistischen Eingriffs **nicht** darauf an, ob Selbstgefährdungen und -schädigungen konkret oder abstrakt existieren. „So spielen Fragen nach der genaueren Bestimmung des Wohles dann keine wesentliche Rolle, wenn die Handlungsweise des Geschützten nach jeder ernstzunehmenden Theorie über das Wohl selbstschädigend ist.“⁸⁹⁷ Mit anderen Worten funktioniert dies nur als ein passender Vorwand oder eine gute Ausrede für die paternalistisch motivierte Staatshandlung⁸⁹⁸.

Solche strukturellen Vorgaben jedoch, welche primär auf das Wohl einer Person oder einer Gruppe zielen und gleichzeitig Freiheitsspielräume regulieren, stellen für den Antipaternalisten illegitime Freiheitsbeschränkungen dar, gerade weil sie benevolent motiviert sind.

Erstens ist die Freiheitsbeeinträchtigung durch die paternalistischen Maßnahmen ein Mittel, das dem direkten Zweck dient, eine konkret gefährliche Möglichkeit der Selbstschädigung durch die Selbstbestimmung des Handelnden auszuschneiden. Zweitens kann dieser Zweck der Verhinderung der möglichen Selbstschädigung jedoch nicht der Beantwortung der Frage genügen, warum staatlich in die Selbstschädigung durch die freiwillige Wahl der betreffenden Handlungsalternative interveniert werden muss. Deshalb lässt sich hier die zweite Frage stellen, ob noch ein mittelbarer Zweck, nämlich eine abstrakte Gefahr, existiert, die potenziell schädigende Auswirkungen auf allgemeine Zusammenhänge, die sozialen Ordnungssysteme oder den öffentlichen Konsens zwischen Bürgern haben kann, so dass der Staat rechtlich eingreifen muss. Dies wird in dieser Arbeit weiter thematisiert.

Bemerkenswerterweise werden die rechtspaternalistischen Maßnahmen sowie die Prüfungskriterien der individuellen Selbstgefährdungen und -schädigungen gleichzeitig auch vom Gesetzgeber selbst anerkannt oder eingesetzt, was also die Gefahr der subjektiven Willkür der Gesetzgebung

897 Enderlein, Rechtspaternalismus, S. 12 f.

898 Vgl. Zude, Paternalismus, S. 124 f.

andeutet, so dass eine unberechtigte und übertriebene paternalistische Verhaltensweise kritisiert werden sollte, welche die Selbstbestimmungsrechte in unangemessener Weise einschränkt.

Zwar strebt ein moralischer Paternalist nach der Bewahrung der Moral als Kohäsionskraft der Gesellschaft und orientiert sich auch an dem Wohlergehen des Betreffenden in der Gesellschaft, aber es ist hier grundsätzlich philosophisch immer noch fraglich, auf welche Art von normativen Überlegungen sich die Rechtfertigung des paternalistischen Eingriffs stützt, weil es bei den Wohlfahrtsannahmen darauf ankommt, wie sie der individuelle Betreffende selbst subjektiv versteht. Mit anderen Worten besteht die Aufgabe des Paternalisten hier darin, Faktoren zu beseitigen, die den wahren, subjektiven, inhomogenen Willen eines Handelnden behindern. Um diese subjektive Unbestimmtheit des paternalistischen Eingriffs zu überwinden, muss man eine Verobjektivierung bzw. Generalisierung der Moralnomen versuchen und damit bestimmen, worin die objektiven Rationalitätskriterien des Wohlergehens der Allgemeinheit bestehen können.

Logischerweise stellt sich hier die Frage, was die wahre Motivation des Gesetzgebers für den Einsatz des paternalistischen Eingriffs ist. Im Wesentlichen bezieht sich dies auf die Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung oder die Gewährleistung der Rechtsordnung sowie der Moral- und Wertvorstellungen, wie z. B. öffentlichen Friedens, Familienfriedens, Tötungstabus, eugenischer Betrachtungen⁸⁹⁹ sowie Pandemieprävention und -eindämmung⁹⁰⁰.

Mit anderen Worten, „gemeint sind Auffassungen, nach denen das individuelle Wohl oder nach denen individuelle Güter nur als Bestandteil eines allgemeinen oder kollektiven Wohles oder Gutes relevant sein sollen oder nach denen der Schutz des individuellen Wohles nur deswegen und nur soweit maßgeblich ist, wie dieses Wohl einen Gesamtnutzen befördert, der oberster Maßstab sein soll. Nach solchen Auffassungen kann der Schutz des Individualwohles schon deswegen bezweckt sein, weil das Individualwohl Bestandteil der kollektiven Größe ist und weil sein Schutz daher auch das kollektive Wohl oder Gut befördert – ohne daß zugleich die Vermeidung von Nachteilen für andere relevant oder bezweckt ist.“⁹⁰¹

Obwohl individuelle Wünsche deshalb eher beliebig und zufällig zu äußern sind, werden sie dennoch durch die soziale Kommunikation in

899 Vgl. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 351–516.

900 Vgl. *Reckwitz*, Pandemie, S. 40 f.

901 *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 16 f.

der Gemeinschaft, Kirche oder Staatsinstitution beeinflusst, da sie von den äußeren Umständen, die diese individuellen Wünsche künstlich hervorgerufen, abhängig sind. Mit anderen Worten kann jede persönliche Handlung einschließlich der Selbstschädigung einen direkten oder indirekten Einfluss auf den individuellen Willen und die Fähigkeit zur Selbstbestimmung eines Dritten nehmen, sogar auf die allgemeinen Zusammenhänge, die sozialen Ordnungssysteme, den öffentlichen Konsens zwischen Bürgern sowie den basalen und minimal notwendigen Handlungsmaßstab auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene.

In der Paternalismusdefinition kommt zum Ausdruck, dass paternalistische Maßnahmen das Wohl des anderen befördern sollen⁹⁰², das durch dessen selbstschädigende Alternativenwahl beeinträchtigt würde. Anders als der Rechtsmoralismus bedeutet der Rechtspaternalismus deshalb die Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts bzw. der inneren Freiheit oder der Autonomie des Betroffenen nur für den angeblichen bzw. nominellen Schutz der materiellen Interessen des Individuums und auch der Gesellschaft, wie z. B. des individuellen Lebens, der persönlichen Gesundheit, der elementaren wirtschaftlichen Mittel oder sogar der zukünftigen Möglichkeiten der individuellen oder gesellschaftlichen Zweckverfolgung nach eigener Wahl⁹⁰³. Hier gilt daher die Vermeidung der substanziellen Verletzung oder der entsprechenden Gefährdung dieser Interessen logischerweise als maßgebliches Kriterium für die gesetzgeberische Motivation des rechtspaternalistischen Eingriffs.

Als staatlicher Paternalismus oder auch als legaler Paternalismus firmieren Doktrinen, die für die rechtliche Begründung und Durchsetzung von Gesetzen, Regeln, institutionalisierten Ordnungen und ihnen zugeordneten Praxen offen oder verdeckt in Anspruch genommen werden. So gibt es gesetzliche Regelungen gegen bestimmte Verträge (Sklaverei, Bigamie, Verkauf der eigenen Organe, Tötung auf Verlangen), gegen den Konsum bestimmter Drogen und gegen Fehlverhalten von Verkehrsteilnehmern (Hilfspflicht, Anschnallpflicht etc.). Man kann paternalistisch motivierte Gesetze einteilen in solche, die bestimmte Verhaltensweisen straf- und zi-

902 Vgl. ebenda, S. 12.

903 Vgl. ebenda, S. 13. Siehe dazu auch *Gkoutis*, Paternalismus, S. 174: „Die anhand dieser Kriterien bewirkte Einschränkung der persönlichen Autonomie ist vollkommen nachvollziehbar, [sic] und soll die Harmonisierung der mannigfaltigen individuellen Lebenspläne in einer heterogenen Gesellschaft ermöglichen, [sic] und das ungehinderte Funktionieren des Staates garantieren.“

vilrechtlich sanktionieren, solche, die bestimmte Verhaltensweisen erschweren und ihr Vorkommen unwahrscheinlicher werden lassen, und solche, die durch strukturelle Vorgaben Freiheitsspielräume einschränken. Die oben genannten Gesetze gehören zur ersten Gruppe, obligatorische Informationsveranstaltungen, Pflichtberatungen, Präventionskampagnen zur Hebung der „Sozialmoral“, gesetzliche Wartezeiten bei Scheidungen (prozeduraler Paternalismus, Paternalismus durch Verfahren) zur zweiten Gruppe, Gesetze zur Gewährleistung von Produktsicherheit und Verbraucherschutzvorschriften zur dritten Gruppe. Paternalistische Doktrinen finden sich häufig verdeckt in allen Debatten, angefangen vom Völkerrecht und dem Strafrecht sowie dem Streit über den Wohlfahrtsstaat bis hin zum Gesundheits- und Bildungssystem (z. B. Schulpflicht)⁹⁰⁴.

Die Definition der oben genannten Schutzinteressen wirkt sich auch unmittelbar auf das spätere Verständnis der Menschenwürde bezüglich der postmortalen Organspenden als Rechtsgüterbegriff aus.

III. Demnach gibt es zwar möglicherweise wirklich die oben genannten konkreten Selbstgefährdungen und -schädigungen nicht, die paternalistischen Maßnahmen beeinflussen jedoch durch die Ausübung von Zwang und Strafe die Allgemeinheit bzw. die Freiheit oder das Selbstbestimmungsrecht des anderen. Umgekehrt entsteht ein interessierendes Legitimationsproblem: „Unter welchen Voraussetzungen ist es erlaubt, die Freiheit des anderen zu beeinträchtigen, um ihn vor seiner eigenen unvernünftigen oder falschen Entscheidung zu schützen, durch die er schützenswerte eigene Belange beeinträchtigt?“⁹⁰⁵ Mit anderen Worten bezieht sich dies dogmatisch auf die strafrechtlichen Eingriffsgrenzen bzw. die Rechtsgutslehre sowie auf die Theorie der Rechtsgüter bzw. der rechtlichen Schutzzwecke⁹⁰⁶.

Das liberale Legitimitätsprinzip stellt im modernen Verfassungsstaat die Konsequenz dar, dass die Staatsgewalt alle Bürger als Gleiche zu behandeln verpflichtet ist, so dass die Interessen aller Bürger in gleicher Weise zu berücksichtigen sind. Dabei ist der Gesetzgeber angehalten, diese grundlegende Gleichheitsnorm im Grundgesetz zu konkretisieren. Anders als beim Rechtsmoralismus führt man für den Rechtspaternalismus keine Kriterien ein, die einer Art von moralisierendem Perfektionismus zugrunde liegen, sondern erstrebt aus liberaler Sicht Mindestkriterien, die vom basalen Konsens auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene ausgehen.

904 Vgl. *Drerup*, Paternalismus, S. 182.

905 *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 12 f.

906 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 251 f.

Zunächst basiert der rechtspaternalistische Eingriff auf der Verrechtlichung von ethischen Pflichten bzw. Tugendpflichten. Um die oben genannten Mindestkriterien weiter zu erklären, lässt sich der Begriff „Verrechtlichungsverbot“ deshalb notwendig einführen.

Deshalb hat diese Kant'sche Objekt-Formel nur eine ethisch-deklaratorische Funktion, so dass wir sie in der praktisch-juristischen Verwendung weiter durch behutsame Auslegung konkretisieren müssen. Demnach ist hier fraglich, welche ethischen Pflichten nicht verrechtlicht werden dürfen oder welche ethischen Pflichten nicht durch einen rechtlichen Zwang garantiert werden dürfen, um einen Menschen davor zu schützen, zum Mittel von außerhalb seiner selbst gelegenen Zwecken zu werden.

Mit anderen Worten stellt das Verrechtlichungsverbot also eine Voraussetzung des rechtspaternalistischen Eingriffs dar: Es widerspricht der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staat zu machen.

Dann haben wir aufgrund dieser prinzipiellen Voraussetzung die plausible Aufgabe, die Grenzen für den Rechtspaternalismus präzise zu konkretisieren. Zugleich ist bei der Konkretisierung zu betonen, dass eine paternalistische Intervention immer nur solange gerechtfertigt sein kann, wie zwischen der Intensität der Zwangseinwirkung und den realistisch eingeschätzten Erfolgchancen Verhältnismäßigkeit gewahrt ist, was auch direkt dazu führt, dass die strafrechtsdogmatische Analyse über die Verhältnismäßigkeit in Kapitel 3 durchgeführt wurde.

IV. Das Wort „paternalism“ stammt aus Großbritannien, wo es oft kritisch gesehen wird. Deutschland und andere Länder mit gesetzlicher Rechtstradition haben den Begriff erst relativ spät kennen und verstehen gelernt; einige deutsche Gelehrte haben aus wissenschaftsgeschichtlicher Sicht lange Zeit eine relativ akzeptable Haltung vertreten.

Nach *Drerup* liegt ein weiterer wichtiger Grund darin, dass sich die allgemeine philosophische Paternalismusdiskussion in Deutschland weniger profiliert hat als in angelsächsischen Ländern. Vornehmlich in der deutschen rechtsphilosophischen Debatte sind die theoretischen Analysen bezüglich der Kritik des Rechtspaternalismus eher vernachlässigt worden. Deswegen erscheint die gegenwärtige Debatte als „Importprodukt angelsächsischer Provenienz“⁹⁰⁷. Mit anderen Worten wurde der Rechtspaternalismus wegen des gravierenden Einflusses des Naturrechts, insbesondere der Kant'schen Rechtsphilosophie, unscharf vom Rechtsmoralismus bzw.

907 Vgl. *Drerup*, Paternalismus, S. 183.

dem moralisierenden Perfektionismus unterschieden, was zur genannten Vernachlässigung führte.

Deswegen ist es für uns nach wie vor notwendig, über das Wesen des Paternalismus im deutschsprachigen Raum und auch die Grenzen des paternalistischen Eingriffs in dieser Arbeit weiter zu diskutieren.

V. Man räumt ein, dass die freiwillige Entscheidung einer Person auch einen Einfluss auf die äußere Welt nehmen kann. Beispielsweise lässt sich nicht bezweifeln, dass Kannibalismus in der Allgemeinheit eine heftige Reaktion, vornehmlich Unsicherheit oder entsprechende emotionale Störungen, auslösen kann. Deswegen versuchen wir, eine rechtspaternalistische Möglichkeit zu finden, heteronome Pflichten sowohl für die Sicherheit und Erhaltung der Menschenwürde als auch für die Wahrung des öffentlichen Friedens moderat einzusetzen.

Zugleich bedeutet Liberalismus auch nicht die Verabsolutierung der individuellen Freiheit, insbesondere des Selbstbestimmungsrechts, sondern betont, wie jede persönliche Entscheidung von den Mitgliedern unserer pluralistischen Gesellschaft untereinander beachtet, anerkannt und nicht verletzt werden soll. Demnach stellt der liberale Paternalismus auf eine soziale bzw. staatliche Verpflichtung ab, ein Verhalten, das den Betroffenen selbst stark entwürdigt, zu unterbinden, um die Bedeutung des Schutzes der Menschenwürde zu intensivieren. D. h., Autonomie ist **nur** eine grundlegende substanzielle Voraussetzung und subjektive Grundgarantie, die Menschenwürde bzw. die liberalen Werte zu bewahren, was bedeutet, dass die notwendigen rechtspaternalistischen Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht aufgrund der Aufforderung des Liberalismus für die soziale Selbsterhaltung und Weiterentwicklung wirklich gerecht sind und dass sich dadurch auch die liberalen Werte individuell und kollektiv fördern oder stärken lassen.

Aus diesem Grund kann umgekehrt auch gesagt werden, dass der Paternalismus im modernen Staat im Wesentlichen die liberalen Werte erhalten müsse.

In der Literatur wird einerseits der unabhängige Spielraum des Gesetzgebers respektiert, aber andererseits müssen unsere Rechtswissenschaftler unbedingt auf Grundlage des Individualismus und Liberalismus darüber beraten, wie die staatliche Strafmacht effektiv zu begrenzen ist, was vom heutigen Standpunkt die wesentliche Bedeutung und Notwendigkeit der

Existenz von Rechtsdogmatik als ein konstanter Appell und eine liberale Mission darstellt⁹⁰⁸.

B. Autonomie und Menschenwürde

I. Wie ist die Beziehung zwischen Autonomie und Menschenwürde?

Das Wort „Autonomie“ hat rechtsphilosophisch **zwei** Bedeutungen:

„Autonomie“ wird für die von *Kant* formulierte „Selbstzweckformel“ als Persönlichkeitsprinzip gehalten. D. h., eine unabhängige Person kann selbst ihre eigenen Ziele setzen oder ändern und schließlich auch selbst realisieren. Diese Selbstwirksamkeit stellt also die individuelle Autonomie als Rechtsbegriff dar. Anders gesagt: Die Autonomie in diesem Sinne ist begrifflich ein Grundbestandteil der Menschenwürde. „Diese Auffassung, welche mit der individuumszentrierten und liberalen Orientierung des Grundgesetzes im völligen Einklang steht, qualifiziert die Selbstbestimmung als einen konstitutiven Bestandteil der menschlichen Würde und bekundet dadurch die fundamentale Bedeutung, welche der Autonomie innerhalb der geltenden Rechtsordnung zukommt. Die Freiheit zur Bestimmung des eigenen Daseins ist mithin zusammen mit dem Würdebegriff zu den Grundlagen des modernen Staates zu zählen und erweist sich unter diesem Blickpunkt als ein Wert, welcher des besonderen Schutzes bedarf. Dieser enge Zusammenhang zwischen den zwei wichtigsten Belangen des Individuums wurde im Laufe der Zeit immer deutlicher zum Ausdruck gebracht und hat sich schließlich zu einer Grundposition im Rahmen der Theorie entfaltet, welche die persönliche Autonomie als den eigentlichen ‚Kern‘ des Würdebegriffs betrachtet.“⁹⁰⁹

Mit anderen Worten ist die Autonomie zwar als ein konstitutiver Bestandteil bzw. „Kern“ der menschlichen Würde qualifiziert und man kann dadurch die fundamentale Bedeutung bekunden, dass die Freiheit zur Bestimmung des eigenen Daseins zusammen mit dem Würdebegriff zu den Grundlagen des modernen Staates zu zählen ist, aber man muss sich auch mit der Spannung zwischen Individuum und Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit befassen, was bedeutet, dass auch die individuelle Verpflichtung bezüglich der Interessen

908 Vgl. *Liu*, *Liberal Criminal Law*, S. 195 f.

909 *Gkoutis*, *Paternalismus*, S. 166 f.

der anderen oder der Allgemeinheit in Betracht kommen soll, so dass eine Verabsolutierung der Autonomie zu verhindern ist.

Die Autonomie stellt zugleich auch die subjektive Fähigkeit der Selbstbestimmung als Tatsache dar. Autonomie besteht in diesem Sinne zumindest in einer minimalen Form von Rationalität, nämlich darin, gewisses kognitives und mentales Vermögen zu umfassen, um Informationen zu verstehen, Präferenzen zu bilden, reflektiert zu entscheiden, logische Kalküle richtig auszuführen und schließlich Entscheidungen durchzuführen. Hierfür wird Autonomie folglich nur als Schwellenkonzept verstanden. Als Fähigkeit ist Autonomie eine unbedingte Voraussetzung dafür, individuelle unabhängige Entscheidungen zu treffen, so dass diese Entscheidungen von Dritten und auch vom Staat respektiert werden können. Damit die Verabsolutierung der individuellen Autonomie verhindert wird, darf man zwar die staatspaternalistische Einmischung einsetzen, aber die Menschenwürde muss wesentlich nach *Kant* noch dazwischen stets respektiert und geschützt werden: „Die Menschenwürde als solche ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“⁹¹⁰, was sich direkt auf die liberale Erläuterung des Rechtsguts oder Schutzzwecks der entsprechenden strafrechtlichen Maßnahmen in Kapitel 3 bezieht.

II. Auf welche und wessen Autonomie konzentriert sich diese Arbeit?

Im Wesentlichen bedeutet Selbstbestimmung bzw. Autonomie eine freiwillige Zustimmung oder Ablehnung einschließlich durch Stillschweigen gezeigte Zustimmung. Aus diesem Grund greifen alle aktuellen gesetzgeberischen Lösungen bezüglich postmortalen Organspenden, wie z. B. Zustimmungs-, Widerspruchs-, Informations- oder Motivationslösung, in unterschiedlichem Maße in das Selbstbestimmungsrecht bzw. die subjektiv freiwillige Entscheidung des Handelnden selbst, seiner nächsten Angehörigen oder sogar des verantwortlichen Arztes als Berechtigter bzw. Inhaber des Totensorgerechts ein. Mit anderen Worten stellen diese Lösungen den Rechtspaternalismus dar, wie der erste Gutachter einräumt: Hier beruht es auf paternalistischen Überlegungen, dass man nach TPG in eine postmortale Organspende erst mit 16 Jahren einwilligen kann; selbst wenn man mit 15 Jahren schon entsprechend einsichtsfähig wäre, wird man damit per

910 Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, S. 127.

Gesetz daran gehindert, seinen freien Willen rechtswirksam zu artikulieren, ohne dass andere von der Entscheidung in eigenen Rechten betroffen wären.

Aus der strafrechtlichen dogmatischen Perspektive wird jedoch in dieser Arbeit **nur** die Autonomie bzw. die subjektiv freiwillige Entscheidung **der nächsten Angehörigen oder des verantwortlichen Arztes** als Berechtigter bzw. Inhaber des Totensorgerechts thematisiert, weil der Organspender selbst vor der Spende gestorben ist.

Zugleich werden aus der Perspektive der Angehörigen oder der anderen Institutionen mit Gewahrsam deren eigene Freiheiten rechtspaternalistisch eingeschränkt, um ihre willkürlichen Entscheidungen ohne Respekt vor dem menschlichen Leichnam bzw. der Menschenwürde zu vermeiden.

Wir konfrontieren uns unvermeidlich mit den im Folgenden genannten rechtsgeschichtlichen und gesetzgeberischen Tatsachen sowie rechtsgeschichtlich verfestigten Phänomenen:

Vor Inkrafttreten des TPG m. W. v. 01.12.1997 war die eigenmächtige Organentnahme der Leiche strafrechtlich noch allein an § 168 StGB zu bemessen. Nach der überwiegenden akademischen Ansicht und einem Großteil der Rechtsprechung zeigt sich jedoch, dass aufgrund der faktischen Zugriffsmöglichkeit auf die Leiche die verantwortlichen Ärzte oder Angehörigen über den entsprechenden Gewahrsam verfügen, was dazu führt, dass der traditionelle strafrechtliche Schutz der Leiche vor Leichenteilnahmen jeglicher Art versagt, obwohl die Gefahr für die Rechtsgüter des § 168 StGB mit den zunehmenden Möglichkeiten der Transplantation und der vielseitigen kommerziellen Verwendung von Leichenteilen ständig wächst.

Gegen Ende des 18. Jahrhunderts änderte sich die Auffassung, dass das Delikt des Leichen- und Gräberfrevels einen religiösen Charakter trüge, ganz offensichtlich. Mit wenigen Ausnahmen sehen die Partikulargesetze des 19. Jahrhunderts das Eigentum als verletztes Rechtsgut des Leichen- und Gräberfrevels an und somit wurde aus dem Religionsdelikt **ein Sachdelikt**. Die Wegnahme des Leichnams war Diebstahl, die Verletzung des Grabes Sachbeschädigung. Die Strafe war in fast allen Gesetzen Arbeitshaus oder Gefängnis bis zu einem Jahr.

Aufgrund des entsprechenden Gewohnheitsrechts sowie der allgemeinen sozialen Grunderfahrungen wird der nächste Angehörige eher als Inkarnation des Verstorbenen angesehen als andere, so dass der Leichnam im 18. Jahrhundert zur anatomisch-physiologischen Forschung unmittelbar

durch gewerbliche Leichenhändler mit der Zulässigkeit der Angehörigen des Verstorbenen abzukaufen war⁹¹¹.

Daraus lässt sich schließen, dass die verantwortlichen Ärzte oder die Angehörigen tatsächlich über die Leiche wie eigenen Besitz verfügen und sie sich selbst daher freiwillig auch für die Organspende der Leiche entscheiden können, weil eine verstorbene Person kein Rechtsträger des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes mehr ist und gleichzeitig keine anderen durch diese freiwillige Selbstentscheidung in eigenen individuell-konkreten Rechten betroffen sind. Mit anderen Worten ist eine Organentnahme dann beispielsweise zulässig, wenn die Angehörigen der Entnahme zustimmen.

Trotzdem wird die oben genannte Selbstentscheidung **seit 1997** nach § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG strafrechtlich begrenzt. Mit anderen Worten wird in die Selbstbestimmung der Totensorgeberechtigten rechtspaternalistisch eingegriffen, d. h., sie können die Leiche nicht so grenzenlos behandeln wie herrenlose Sachen oder fremde Sachen im eigenen Herrschaftsbereich:

Nach § 4 TPG muss der nächste Angehörige bei seiner Entscheidung **einen mutmaßlichen Willen** des möglichen Organ- oder Gewebespenders beachten. Dabei orientiert er sich an einem mutmaßlichen Willen des Verstorbenen und hat einen natürlichen Willen bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen⁹¹². „Bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens entsprechend § 4 Abs. 1 TPG sind die zu Lebzeiten geäußerten Überzeugungen und andere wesentliche Anhaltspunkte, die diese Einstellung des möglichen Organspenders zur Frage einer postmortalen Organspende vermuten lassen, heranzuziehen. Demgemäß sind auch persönliche Wertvorstellungen und sonstige Lebensauffassungen als Indizien zu bewerten.“⁹¹³ Mit anderen Worten ist diese Selbstentscheidung der Angehörigen – ungeachtet der gleichwohl bestehenden Möglichkeit, keine Entscheidung zu treffen – „prinzipiell am Willen des Verstorbenen auszurichten, das Recht im Sinne des Verstorbenen wahrzunehmen“⁹¹⁴.

Der nächste Angehörige ist nur dann zu einer Entscheidung nach § 4 TPG befugt, wenn er in den letzten zwei Jahren vor dem Tod des möglichen Organ- oder Gewebespenders zu diesem persönlichen Kontakt hatte.

„Im Bereich des Transplantationswesens sind die genannten, auf der Tatbestandsfassung des § 168 (StGB) beruhenden Strafbarkeitslücken mit

911 Vgl. Kretschmer, Leichenfrevel, S. 253 f.

912 Vgl. BT-Drs. 13/8027, S. 9.

913 Lautenschläger, Transplantationssystem, S. 93.

914 Ebenda, S. 95.

der Strafvorschrift des § 19 TPG beseitigt.“⁹¹⁵ Nach § 19 II TPG macht sich der Arzt bei seiner eigenmächtigen Organentnahme strafbar.

Aus der rechtspaternalistischen Perspektive darf die Autonomie bzw. die subjektiv freiwillige Selbstbestimmung der Totensorgeberechtigten nicht verabsolutiert werden, damit sich die Gefahr vermeiden lässt, die Würde eines toten Menschen zu verletzen⁹¹⁶.

III. Was beinhaltet wesentlich das Rechtsgut bzw. der Schutzzweck des § 19 II TPG und des § 168 I StGB?

Wie oben dargestellt, 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.

Wörtlich geht diese paternalistische Einmischung davon aus, dass die Totensorgeberechtigten einen mutmaßlichen bzw. natürlichen Willen des möglichen Organspenders berücksichtigen müssen, so stellt sich logischerweise die Frage, was bei einem solchen Verstorbenen wesentlich zu respektieren oder schützen ist, weil es zivilrechtsdogmatisch doch kein postmortales allgemeines Persönlichkeitsrecht gibt: „Die Ursache für die Verneinung der Subjektseigenschaft [sic] von Verstorbenen in Zivil- wie Verfassungsrecht liegt in einem Rechtsbegriff, der auf eine jahrhunderte-lange Tradition zurückblickt: Dem Begriff der Person“⁹¹⁷; „die Fiktion eines Rechtssubjekts, wie bei einer postmortalen Teilrechtsfähigkeit des Verstorbenen, ist damit bei Annahme einer allgemeinen Rechtspflicht **ent-behrlich**.“⁹¹⁸ Deswegen bezieht sich die oben genannte Frage nicht auf das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht, sondern auf die allgemeine Rechtspflicht zur Respektierung des **Persönlichkeitsbildes** Verstorbener,

915 Lenckner/Bosch, in: Schönke/Schröder, § 168 StGB, Rn. 7.

916 Vgl. BT-Plenarprotokoll 13/99, S. 8827–8831.

917 Schönberger, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, S. 65 f.

918 Fromlowitz, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. 150.

was sich durch eine Präzisierung der Art. I und II GG darstellt⁹¹⁹. Mit anderen Worten beruht der postmortale Persönlichkeitsschutz allein auf der **Menschenwürde**.

Wenn es keinen individuellen Träger von Individualrechtsgütern mehr gibt, existiert auch kein individuelles Interesse an deren Schutz. Also gibt es in diesem Fall nach *Hassemer* entweder überhaupt kein Interesse mehr oder es gibt noch ein allgemeines Interesse daran, dass beispielsweise Verunglimpfungshandlungen gegenüber Verstorbenen kriminalisiert werden. Dieses allgemeine Interesse kann wiederum nur das Interesse lebender Menschen bedeuten, denn Tote haben kein oder nur ein auf sie von Lebenden projiziertes Interesse. Für die Vorschriften zum „Schutz der Toten“ bleibt als Schutzgut demnach allein das Interesse der Lebenden. Dieses Interesse kann kein Individualrechtsgut bezüglich der systemtranszendenten Funktion begründen, denn es handelt sich im Wesentlichen nur um Nachwirkungen oder Ausstrahlungswirkungen des Persönlichkeitsrechts des lebenden Menschen: Nicht der verstorbene Mensch, sondern der lebende Mensch hat ein schützenswertes Interesse daran, dass sein Persönlichkeitsbild auch nach seinem Tod nicht verfälscht und über seinen Körper nicht beliebig verfügt wird.

Wenn der Leichnam vollständig zersetzt oder zu Staub zerfallen ist oder wenn seine Totensorgeberechtigten oder sogar die anderen Lebenden den Schutz des Leichnams verlassen, dann stellt sich die Frage, ob oder wie die Würde des Verstorbenen noch schützenswert ist.

Im Wesentlichen setzt die Definition der Menschenwürde freilich ein Maß an Evidenz und gesellschaftlichem Konsens über die Menschenwürdewidrigkeit des betreffenden Tuns voraus, wenn in fallweiser Konkretisierung unter Verzicht auf einen allgemeingültigen Begriff der Inhalt der Menschenwürde vom Verletzungsvorgang her erschlossen und mit Umschreibungen wie Erniedrigung, Brandmarkung oder Verächtlichmachung ansatzweise umschrieben wird. Unter diesen Umständen bedeutet nach den systemkritischen Rechtsgutslehren der bloße Verstoß gegen die Menschenwürde noch keine Rechtsgutsverletzung; aber wenn hinter der angeblichen Menschenwürde zugleich andere substanzielle Interessen existieren, sind die entsprechenden materiellen Rechtsgutsverletzungen nach *Roxin* noch nicht abzusprechen⁹²⁰.

919 Vgl. BGHZ 50, 133 (139); BVerfGE 30, 173 (194).

920 Vgl. *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 141 f.

Demnach stellt sich nur **die idealisierte Fiktion** dar, dass die Würde, die jedem Menschen zu Lebzeiten zukommt, auch nach seinem Tod wirken würde. In der Wirklichkeit verhindert der Gesetzgeber nur durch die oben genannte allgemeine Rechtspflicht zur Respektierung des Persönlichkeitsbildes Verstorbener bzw. die staatliche Schutzverpflichtung⁹²¹ gegenüber verstorbenen Personen **ein Unsicherheitsgefühl** in der lebenden Bevölkerung bzw. **deren allgemeine Angst vor Störung der Totenruhe**, was sich schließlich auf **den öffentlichen Frieden** bzw. **die oben genannte Gewährleistung des Selbsterhaltungsinteresses des anderen** bzw. **der Allgemeinheit** bezieht.

Durch die Negativ- und Positivdefinition der rechtsbegrifflichen Menschenwürde ist es Fakt, dass der basale Konsens noch notwendig in säkular-pluralistischen Gesellschaften weiter aufgebaut wird, um **die vergleichbaren Konkretisierungskriterien** der sakralisierten Menschenwürde zu verwirklichen, was weiter zeigt, warum und inwieweit man aus der Perspektive des Liberalismus paternalistische Eingriffe zur Respektierung der postmortalen Menschenwürde gestalten sollte: Der basale Konsens bezieht sich jedoch nicht nur auf eine soziale Norm, sondern auch weiter auf einen nicht leicht veränderlichen Anteil dieser Norm: Die Würde des Menschen ist vielmehr der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Zustimmung von Menschen zu der ihre Gesellschaft regelnden Ordnung und insbesondere zur Ausübung staatlicher Gewalt allein gedacht werden kann. Sie enthält ein unveränderliches Element, denn unter der Voraussetzung etwa, daß staatliche Gewalt über Leben, körperliche Integrität oder Freiheit sollte willkürlich verfügen können, kann die Zustimmung der Betroffenen nicht jederzeit gedacht werden.

Die Kant'sche Objekt-Formel ist für die Definition der Menschenwürde zum einen inhaltsleer, nichtssagend und vage; zum anderen versagt sie bei wortwörtlichem Verständnis als Mittel zur Bestimmung von Menschenwürdeverletzungen: Denn ganz unvermeidlich wird jeder Mensch als Mittel und nicht als Zweck von anderen Menschen wie auch der staatlichen Gewalt in vielen Situationen des Lebens behandelt. D. h., diese Formel stellt vielmehr dar, dass der Mensch nicht zum „bloßen Mittel“ degradiert bzw. instrumentalisiert und damit seiner Freiheit beraubt werden darf. Hinter dem Menschenwürdeschutz steht dabei ein eindeutig benennbares Kollektivinteresse, nämlich der öffentliche Frieden.

921 Vgl. *Tiedemann*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 530 f.

Weil der Orientierungspunkt für die systemkritische Funktion des klassischen Rechtsgutsbegriffs das konkrete Handlungsobjekt ist, sollte man aus der systemkritischen Perspektive für die weitere Begrenzung staatlicher Strafmacht versuchen zu analysieren, ob und wie die Verbindung des Schutzes des abstrakten öffentlichen Interesses im allgemeinen Sinne mit dem Schutz des konkreten individuellen Interesses zu konkretisieren ist, wenn man rechtsbegrifflich die Menschenwürde für ein kollektives Rechtsgut hält.

Demnach ist der Endzweck des Strafrechts hier zwar der Schutz der Gesamtheit bzw. des öffentlichen Interesses im allgemeinen Sinne, aber der unmittelbare Zweck ist der Schutz der Existenz des Einzelnen als Mitglied der Gesellschaft, was ein Grundprinzip für die Abwägung der Strafwürdigkeit bezüglich des öffentlichen Friedens darstellt: Die Privatsphäre des Bürgers, vornehmlich das Selbstbestimmungsrecht, darf im Einzelfall nicht übermäßig bzw. nicht unverhältnismäßig durch die strafrechtliche Einwirkung eingeschränkt werden. Hieraus ergibt sich logischerweise aus Sicht der gewohnheitsrechtlichen und strafrechtsdogmatischen Systematik die rechtspaternalistische Frage, ob oder inwieweit sich ein verantwortlicher Arzt oder ein nächster Angehöriger selbst als Berechtigter bzw. Inhaber des Totensorgerechts willkürlich für die Organtransplantation eines Toten entscheiden kann, wenn es an einer zu Lebzeiten des Verstorbenen erklärten Einwilligung in eine postmortale Organspende fehlt.

IV. Die Notwendigkeit einer Auseinandersetzung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip

Bei den oben genannten Konkretisierungskriterien ist man unvermeidlich mit der Herausforderung konfrontiert, wie die rechtspaternalistische Einmischung für ein kollektives Rechtsgut⁹²² aus liberaler Perspektive begrenzt werden kann, weil die klassische Rechtsgutslehre fast nie systemkritisch funktionieren kann. „Die neue dogmatische Strömung hat das Rechtsguts-

922 Siehe dazu *Hillgruber*, Schutz des Menschen, S. 163: „Allerdings kann eine Verhaltensweise, die sich zunächst als bloße Selbstschädigung darstellt, sozialschädliche Folgewirkungen auslösen. Der grundrechtliche Schutz der Selbstgefährdung verbietet lediglich, ihr als solcher, d. h., ausschließlich zum Zweck des Schutzes des Menschen vor sich selbst, nicht aber zu anderen präventiven Zwecken entgegenzuwirken.“

konzept als Grundlage ihres Systems zwar übernommen, übte aber zugleich heftige Kritik an den bisherigen Ausführungen zu seinem Inhalt und seiner Funktion. Ihre Einwände richteten sich insbesondere gegen die fehlende Klarheit und die materielle Unbestimmbarkeit des Begriffs, da es der bisher führenden theoretischen Richtung des naturalistischen Positivismus immer noch nicht gelungen war, eine brauchbare Richtschnur für die einheitliche und erschöpfende Bestimmung aller schutzwürdigen Lebensinteressen der Menschengemeinschaft zu entwickeln.“⁹²³

Diese Voraussetzung bezieht sich also unmittelbar auf einen Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers beim Einsatz paternalistischer Eingriffe, um die öffentlichen Interessen bzw. die Kollektivrechtsgüter zu schützen. Damit ist es hier fraglich, wie diese Interessen abgegrenzt werden können, weil sonst bei der paternalistischen Einmischung die Gefahr besteht, dass durch die Anerkennung des objektivierenden Ansatzes, der jeder individuellen Freiheitsausübung eine Pflicht zum Schutz vor Kollektivgefährdung in der Gemeinschaft zuschreibt, eine Überlagerung der subjektiv-rechtlichen Seite der Grundrechte bzw. eine Verobjektivierung des subjektiven Charakters der Grundrechte verursacht wird. Zwar kann die Ungewissheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, jenes Gesetz zu erlassen, auch wenn es von großer Tragweite ist, aber er muss doch die Objekt-Formel der Menschenwürde verfolgen, um zu vermeiden, rechtspaternalistischen Regelungen weitgehend unbegrenzt Tür und Tor zu öffnen. Deswegen beruht die Abgrenzung des Paternalismus auf einer nötigen Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeits- und Rechtsgutsprinzip.

Anders ausgedrückt: Die subjektive Sicherheit bzw. das Sicherheitsgefühl stellt nur ein Scheinrechtsgut dar, weil es sich bei dieser Sicherheit nur um die Abwesenheit von abstrakter Gefahr oder ideeller Bedrohung handelt, was in kriminalpolitischen Zusammenhängen das Fehlen von strafbaren konkreten Rechtsgutsgefährdungen und -verletzungen bedeutet. Deshalb ist es notwendig, ein vergleichbares Kontrollkriterium für den Gesetzgeber zu finden, nämlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip, was bei modernen Strafrechtswissenschaftlern bezüglich der systemimmanenten Rechtsgutstheorie möglicherweise nur **eine einzige Alternative** bedeuten würde, um die liberale Schwelle für den Einsatz strafrechtlicher Sanktionsnormen bezüglich der überindividuellen Güter anzusetzen.

923 Gkoutis, Paternalismus, S. 194.

Aus der systemkritischen Perspektive ist der legitime Zweck im Duktus des Verhältnismäßigkeitsprinzips möglicherweise zwar bloß ein Synonym für den strafrechtlichen Rechtsgutsbegriff, man räumt jedoch unvermeidlich ein, dass sich die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bzw. Angemessenheit auf der Basis des Unterschiedes zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm praktisch meistens nur für die strafrechtliche Sanktionsnorm gänzlich vornehmen lässt.

Zwar kann ein Konsens über die hochkomplexen Wirkungszusammenhänge zwischen Strafrecht und menschlichem Verhalten allenfalls im diskursiven Prozess demokratischer Willensbildung hergestellt werden, aber nicht von einer gerichtlichen Instanz schlicht gesetzt werden⁹²⁴, was trotzdem die dogmatische Bedeutung und akademische Diskussionsnotwendigkeit darüber nicht leugnen kann, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip noch eine Kontrolle und Prüfung nicht im Regelfall, sondern im Einzelfall vornehmen kann. So bedeutet diese Einzelfallprüfung bzw. die Kontrolle im konkreten Fall im Wesentlichen auch noch eine Respektierung der gesetzgeberischen Spielräume. Darüber hinaus besitzt die oben genannte akademische Diskussionsnotwendigkeit ihren eigenen unabhängigen Existenzwert. Deshalb wird sie nicht durch das heute bestehende Gesetzgebungssystem und die eigene Tradition der Legislative, auch nicht durch die aktuellen Praktiken der Judikative beeinflusst, denn die juristische theoretische Forschung hat einen viel größeren Umfang als Gesetzgebung und Rechtspraxis.

So gleich wie *Kaspar*⁹²⁵ analysiert diese Arbeit weiter im Einzelfall, ob und inwieweit das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Einzelfall bezüglich § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG als die oben genannte Kontrollschwelle funktioniert. Trotzdem zeigt sich durch diese Analyse, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip zwar einen notwendigen, aber für sich genommen leider nicht hinreichenden Schutz vor (paternalistischen) Freiheitseinschränkungen bietet.

Tatsächlich hat sich der Rechtsgutsbegriff als nicht in der Lage erwiesen, den kollektiven Schutzgütern Grenzen im Sinne der systemkritischen Rechtsgutslehre zu setzen. Doch auch die Verhältnismäßigkeit kann nicht als effektives Kriterium der Strafrechtsbegrenzung für die kollektiven Schutzgüter funktionieren, wie *Appel* darlegt: „Der Formelkompromiß des

924 Vgl. *Goeckenjan*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 187 f.

925 Vgl. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 489–498.

Verfassungsgerichts lautet daher regelmäßig auf einen weiten und praktisch nur im äußersten Grenzbereich überprüfbaren Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Die nach außen hin hochgehaltene gesteigerte Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsprüfung erweist sich damit im Ergebnis als weitgehend verbal.“⁹²⁶

C. Aggressivnotstand aus der rechtspaternalistischen Perspektive

I. Die Notstandslösung⁹²⁷ impliziert eine rechtspaternalistische Einmischung bezüglich postmortaler Organspenden im Aggressivnotstand. In dieser Arbeit wird demnach **nur** weiter analysiert, wie die Duldungspflicht des Angriffsadressaten bzw. des unbeteiligten Dritten im Aggressivnotstand bezüglich postmortaler Organspenden die paternalistische Einschränkung des individuellen Selbstbestimmungsrechts nicht nur vom Verstorbenen, sondern auch von seinen nächsten Angehörigen bedeutet, ob und inwieweit es die Möglichkeit der Notstandsrechtfertigung beispielsweise bei Ärzten gibt. Hiermit ist unbedingt zu zeigen, dass sich die hier angesprochene Analyse wesentlich nicht auf den Organmangel selbst bezieht, weil der Organmangel tatsächlich nicht nur mit der Lösungsstrategie, die Spendenbereitschaft zu erhöhen, sondern auch mit vielen anderen schwerwiegenden realistischen Problemen zusammenhängt; beispielsweise werden immer noch alle Organe (von nicht verwandten Spendern) früher oder später abgestoßen⁹²⁸.

II. Zum einen ist die Organtransplantation angesichts der Entwicklung medizinischer Technologien und der Fortschritte der medizinischen Forschung kein unersetzbares Behandlungsmittel gegen Organversagen mehr; zum anderen macht „der bis heute erreichte Stand der Medizin die Entscheidung über die Dringlichkeit einer Organverpflanzung allerdings wesentlich schwieriger. Die Indikationslagen für eine Transplantation haben sich ausgeweitet und mit zunehmender Überwindung immunologischer

926 *Appel*, Verfassung, S. 174 f.

927 Siehe dazu *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 48 f.: „Bis zum EU-Beitritt Bulgariens galt aber dort die Notstandslösung [Hervorh. d. Verf.]. – Unabhängig von der Situation in diesen Ländern ist mit der Notstandslösung eine weitere Regelungsmöglichkeit bezeichnet, die, lässt man die politische Aussichtslosigkeit einer entsprechenden Initiative beiseite, ausdrücklich und mit guten Gründen für verfassungskonform erklärt wird.“

928 Vgl. *Manzei*, Widerspruchslösung, S. 101.

Barrieren wird diese Entwicklung tendenziell fortschreiten. Es ist deshalb zu vermuten, daß eine Transplantation schon bald nicht mehr erst ins Auge gefaßt wird, wenn sie die ultima ratio ist, sondern bereits dann, wenn sie bessere Resultate als herkömmliche Behandlungsmethoden verspricht. Bei Nierentransplantationen wird die gegenwärtige Gefahr bereits heute nicht mehr ohne weiteres zu begründen sein, da der Patient über einen relativ langen Zeitraum mit Hilfe der Dialyse sein Nierenversagen kompensieren kann⁹²⁹. Deswegen kann man schließlich auch nicht verleugnen, dass entweder die Notstandslösung oder die Widerspruchslösung **nur ein rein rechtliches Mittel** ist und die beiden jedoch das praktische Versorgungsproblem der Transplantationsmedizin nicht wesentlich lösen oder noch nicht grundlegend die aktuellen Behandlungsmethoden verbessern können. Unter diesen Umständen bezieht sich das Beispiel, entweder Fall A⁹³⁰ oder Fall B⁹³¹, nicht auf die direkte Kollision der beiden Rechtsgüter⁹³², **insbesondere bemerkenswerterweise** zwischen dem konkreten Patienten im Notstand und dem potenziellen Empfänger auf der Warteliste, sondern entweder auf die uneingeschränkte Anerkennung der postmortalen Menschenwürde im Falle A oder auf die Interessenabwägung oder die Angemessenheitsprüfung im Falle B, was jedenfalls auf allgemeinen Notstandsüberlegungen beruht.

Im Falle B wird auch nach *Pawlik* nur die gegenwärtige Gefahr zum Gegenstand der Rechtfertigungsabwägung nach § 34 StGB. Nach *Meißner* beruht das Wahrscheinlichkeits- und Gegenwärtigkeitsurteil der hier in Rede stehenden Gefahr insbesondere auf den verschiedenen Graden der Rettungschancen in der Notstandslage und auch auf der eigenen Grunderkrankung der Patienten.

929 *Bock*, Voraussetzungen der Organentnahme, S. 258.

930 Fall A: Der Arzt A im Entnahmekrankenhaus hat die eigenmächtige Nierenentnahme der in der Klinik befindlichen Leiche ohne Einwilligung des Verstorbenen B oder seiner Angehörigen durchgesetzt, um den Patienten C im Notstand zu retten.

931 Fall B: Der Arzt A im Entnahmekrankenhaus hat die beauftragte Nierenentnahme mit der Einwilligung des Verstorbenen B oder seiner Angehörigen ordnungsgemäß wahrgenommen, und nach der Erfüllung seiner Aufgaben muss das postmortale Organ rechtzeitig unmittelbar transportiert werden, um den potenziellen Empfänger D auf der Warteliste zu retten. Aber in Wirklichkeit hat A mit diesem Organ eine Organübertragung zur Erreichung des Zwecks der Heilbehandlung für den Patienten C im Notstand durchgeführt.

932 Die hier in Rede stehende Kollision bedeutet beispielsweise nicht, dass Leben gegen Leben steht. Siehe dazu *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 132 ff.

Wenn zwei gleich geschützte Interessen mit gleich großen Gewichten auf beiden Seiten der Waagschale liegen und dadurch das Recht letztlich nichts hinsichtlich dieser Kollision aussagt, darf und muss jeder Mensch für sich selbst handeln. Hierfür betont *Lenckner* vornehmlich: „Dann aber wäre der Interessenabwägungsgrundsatz nicht nur wertlos, sondern geradezu falsch, denn er würde immer irgendwo auf halbem Weg stehenbleiben und Gesichtspunkte außer acht lassen, die für eine gerechte Entscheidung von ausschlaggebender Bedeutung sein können.“⁹³³ Demnach kann man die Notstandshandlung im Falle B nur durch Angemessenheitsprüfung rechtfertigen. Anders gefragt: Auf welcher Seite ist der Zweck der Heilbehandlung effizienter durch diese Notstandshandlung zu erreichen? Oder wer hat eine größere Chance, gerettet zu werden?

III. Da in dieser Arbeit über die ärztliche Organentnahme im Notstand **ohne** Einwilligung des Verstorbenen und seiner Angehörigen diskutiert wird, wird konsequenterweise die ärztliche Organentnahme im Notstand **mit** Einwilligung des Verstorbenen und seiner Angehörigen analysiert. Wie in dieser Arbeit dargestellt, wird der konkrete Patient im aktuellen Notstand oder der potenzielle Empfänger auf der Warteliste im Falle B noch wesentlich direkt durch die eigene Grunderkrankung gefährdet bzw. beeinträchtigt. Deshalb bedeuten die Rettungschancen, die durch die ärztliche Rettung bzw. Behandlung verwirklicht werden, **nur ein individuelles Anwartschaftsrecht, aber nicht das individuelle Leben selbst.** Mit anderen Worten beschreibt die Rechtfertigung der Verteilung dieser Rettungschancen im Falle B die allgemeinen Notstandsüberlegungen darüber, inwieweit dieses Anwartschaftsrecht oder -interesse durch die Duldungspflicht in der Notstandslage rechtspaternalistisch beschränkt bzw. wie darin eingegriffen wird. Demnach handelt es sich bei diesem Anwartschaftsrecht wesentlich um die im Falle B abzuwägenden Interessen. Dann wird eigentlich ausgedrückt: Die gegenseitig verletzten Rechtsgüter, z. B. das Anwartschaftsrecht des Patienten C gegen den potenziellen Empfänger D auf der Warteliste, sind zwar gleichwertig, aber ein Rechtsgut von beiden ist abstrakt; mit anderen Worten wird insbesondere das Interesse bzw. die entsprechende Gefahr des potenziellen Empfängers D noch nicht konkret bestimmt oder beurteilt. Deshalb funktioniert nur die Abwägung der Rettungschancen bei der Angemessenheitsprüfung im Sinne des Notstands.

Nach *Diettrich* werden die Rettungschancen für beide Seiten bei der Angemessenheitsprüfung erst recht entscheidend und spielen möglicherweise

933 *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 129.

unter diesen Umständen sogar eine einzige Rolle, wenn nach lediglich abstrakter Güterabwägung vom Rangverhältnis her die verletzten Rechtsgüter gleichwertig sind oder sie nach dieser abstrakten Abwägung nur unbedeutende Unterschiede aufweisen. Nur durch den konkreten Vergleich der Rettungschancen kann der Arzt deswegen in der *Ex-ante*-Betrachtung bei vermeintlich kollidierenden bzw. widersprüchlichen, anscheinend gleichrangigen, jedoch abstrakten Personenwerten von C und D die Beurteilung treffen, dass der Patient C eine größere Rettungschance als D hat, nicht nur weil C sich schon im Krankenhaus des Arztes befindet und das Spendenorgan dabei auch nicht weiter transportiert werden muss, sondern auch, weil der aktuelle Grad der körperlichen Gefährdung beim Organempfänger D noch nicht von diesem Arzt konkret und deutlich festgestellt werden kann. In diesem Sinn lässt sich eine Anwendung des § 34 StGB im Falle B methodisch legitim begründen.

IV. Zunächst sollten die Schädigungen oder Gefährdungen des potenziellen Organempfängers, die durch die ärztliche Notfallrettung im Falle B verursacht werden, wie z. B. die Verlängerung der Wartezeit, nicht übertrieben werden⁹³⁴, wie oben dargestellt. Zweitens ist dieser Arzt zwar vielleicht wegen des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB nicht strafbar, er kann jedoch möglicherweise aufgrund der Ordnungswidrigkeit eine zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Verantwortung tragen, denn er begeht wesentlich einen Verstoß gegen das von anderen Gesetzen vorgesehene Organverteilungssystem. Demnach stellt sich eine akademisch notwendig weiter zu argumentierende Frage, ob und inwieweit ein strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund im Zivilrecht oder auch im öffentlichen Recht funktionieren kann⁹³⁵. Hierbei räumt man jedoch ein, dass die entsprechende Diskussion nicht einen Gegenstand strafrechtsdogmatischer Überlegungen bildet. Unter diesen Umständen wird diese Frage am Ende dieser strafrechtlichen Arbeit nur kurz analysiert und erklärt.

D. Ergänzende Bemerkungen

I. Wenn der Gesetzgeber selbst die Gesetzgebungsbefugnis unbegrenzt ausdehnen kann, dann verliert dieser Gesetzgeber in einer modernen zivilisierten und freiheitlich-demokratischen Gesellschaft, die sich kontinuier-

934 Vgl. Manzei, Widerspruchslösung, S. 73 ff.

935 Siehe dazu Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 362–372.

II. Im Gegensatz zum moralischen Paternalismus ist der Rechtspaternalismus nur mit den rechtlich substanziellen Interessen des Handelnden, des anderen oder der Allgemeinheit fest verbunden, die durch das autonome Verhalten beschädigt oder gefährdet werden. Während in die Selbstentscheidung des Handelnden rechtspaternalistisch eingegriffen wird, ist die Freiheit des anderen oder der Allgemeinheit auch durch eine identische Bestimmung einzuschränken, um den Handelnden selbst vor seiner eigenen unvernünftigen oder falschen Entscheidung zu schützen, durch die er schützenswerte eigene Belange beeinträchtigt. Im Wettstreit zwischen diesen beiden Einschränkungen bzw. Eingriffen müssen wir uns deshalb über die Bedeutung des liberalen Individualismus im Klaren sein. Daraus folgt, dass **die rechtspaternalistische Eingriffsgrenze auch die Grenze des Rechtsliberalismus**, z. B. insbesondere in der Corona-Krise, andeutet.

III. Als internationaler Wissenschaftler aus China beschäftige ich mich stets mit Forschung im Bereich des Strafrechts, der Rechtsphilosophie, des Medizinrechts und des Verfassungsrechts von Deutschland, was natürlich für mich selbst eine kultur-, sprach-, traditions- und rechtsordnungsübergreifende oder rechtsvergleichende wissenschaftliche Arbeit bedeutet. Demnach bin ich der Überzeugung, dass wir für jede wissenschaftliche Fragestellung und ihre entsprechenden Forschungsergebnisse eine offene Haltung sowie eine internationale Perspektive einnehmen, Toleranz und Geduld bezüglich menschlicher Rationalität üben sowie die Methoden des naturalistischen Positivismus anwenden sollten, denn es gibt keine einheitliche Standardantwort in unseren modernen multikulturellen Gesellschaften.

IV. In der rechtsvergleichenden Untersuchung sollten wir jedoch die universellen Werte des Liberalismus und der Rechtsstaatlichkeit hochhalten. Damit sind die gegenseitigen akademischen Vorurteile und sogar Diskriminierungen in der gleichen Wertdimension des gleichen Rechtsglaubens⁹³⁶ sowie -gefühls unbedingt auszunehmen, damit die menschliche Unwissenheit allmählich im selben akademischen Feld beseitigt und der Fortschritt der Vernunft synchronisiert gefördert werden kann.

301

V. 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.

VI. Alle Kapitel in dieser Arbeit sind inhaltlich logisch miteinander verbunden. Die Argumente unterstützen sich gegenseitig konsequent. So ist abschließend festzuhalten, dass der Paternalismus seit der Prägung des Begriffs in der Kritik steht; trotzdem basiert seine Existenz innerhalb eines limitierten Umfangs noch auf dem menschlichen Grundkonsens der modernen Gesellschaft bezüglich der Aufrechterhaltung sozial basaler Traditionen, der erweiterten Ordnung des menschlichen Zusammenwirkens bzw. der spontanen Sozialordnung⁹³⁷ sowie grundlegender existenzieller Voraussetzungen des individuellen Lebens.

937 Vgl. *Hayek*, Spontane Ordnung, S. 98 ff.