

## Kapitel 5

### Schlussbetrachtung

Als Gegenposition zum Rechtsmoralismus betont der Rechtspaternalismus nur den Schutz der materiellen Interessen des Individuums und der Gesellschaft, d. h., er zielt auf die Vermeidung der Verletzung oder Gefahr dieser Interessen ab, was sich nicht unmittelbar auf die ethischen Anforderungen, umgekehrt auch nicht wesentlich auf das verfassungsrechtliche Prinzip der sittlichen Neutralität des Staates bezieht. Aus liberaler Sicht erwartet der Rechtspaternalismus bei der Gesetzgebung nur die Mindestkriterien, die vom basalen Konsens auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene ausgehen.

Man kann die Tugendpflicht von der Rechtspflicht nicht durch die heteronome oder autonome Erscheinungsform der Verpflichtung unterscheiden. Nach *Kant* liegt der Unterschied zwischen den Tugendpflichten und Rechtspflichten vielmehr darin, welche Instanz über den Inhalt der als verbindlich gedachten Normen entscheidet, nämlich der innere Gesetzgeber (der konkrete Betroffene selbst) oder der äußere Gesetzgeber (z. B. die Legislative). In diesem Sinn kann der Gesetzgeber über den Spielraum verfügen, ethische Pflichten zu verrechtlichen. Aber er sollte bei der Verrechtlichung der ethischen Pflichten die Kant'sche Objekt-Formel respektieren und durchsetzen. Für die postmortale Organspende kann demnach ein rechtspaternalistischer Eingriff vorgenommen werden, um willkürliche Entscheidungen der Betroffenen ohne Respekt vor dem menschlichen Leichnam bzw. der Menschenwürde des Toten zu vermeiden.

Straftatbestände, deren Strafandrohung sich gegen die zu schützende Person selbst richtet, wirken direkt paternalistisch; eine Strafnorm wirkt hingegen indirekt paternalistisch, wenn sich die Strafandrohung gegen einen Dritten richtet, der mit der Aufforderung oder Einwilligung des direkten Rechtsgutsinhabers handelt. Eine Regelung ist als hart-paternalistisch zu bezeichnen, wenn damit der Mensch zu seinem eigenen Wohl bevormundet wird, ohne Rücksicht darauf, ob dieser in der Lage ist, freiwillig über die eigenen Angelegenheiten zu entscheiden oder nicht; im Vergleich dazu orientiert sich der weiche Rechtspaternalismus am Schutz der autonomen Entscheidungsfindung des Betroffenen und seiner entsprechenden Interessen. Die positiv-rechtspaternalistischen Normen beziehen sich nicht nur auf die Schadensabwendung, sondern auch auf die Verbes-

serung des individuellen Wohlergehens als Ziel der staatlichen Eingriffe; dagegen wird eine Norm als negativ-paternalistisch bezeichnet, wenn sie dem Regelungsadressaten bestimmte Handlungen nur zum Zweck der Schadensabwendung oder der Beseitigung eines Übels untersagt. Ein Gesetz ist als aktiv-paternalistisch zu verstehen, wenn der Regelungsadressat dadurch verpflichtet wird, ein bestimmtes Verhalten unbedingt tätig durchzuführen; dagegen wird eine Norm als passiv-paternalistisch bezeichnet, wenn sie dem Regelungsadressaten bestimmte Handlungen zum Zweck der Förderung ihres Eigenwohls verbietet.

Der Begriff der Autonomie hat zwei Bedeutungen: Die eine stellt die Menschenwürde als Begründungsprinzip der Moral dar; die andere bezeichnet als Schwellenkonzept die individuelle Fähigkeit, eine eigene Entscheidung zu treffen. In der Regel hängt die persönliche Selbstbestimmung auch von den Beziehungen zu anderen Menschen in der individualistischen Gesellschaft ab. Umgekehrt kann eine persönliche Entscheidung doch ebenfalls Einfluss auf die äußere Welt nehmen. Der Gesetzgeber im liberalen Staat erwägt daher häufig individuelle Interessen einerseits und allgemeine soziale Bedürfnisse andererseits. Demnach beruht die gerechtfertigte paternalistische Intervention der individuellen Autonomie logisch unbedingt auf dem Liberalismus, nämlich auf der Wahrung der Menschenwürde als grundlegender Aufgabe der liberal-demokratischen Rechtsordnung, die im Grundgesetz an der Spitze des Grundrechtskatalogs steht. Die Anerkennung der individuellen Autonomie ist eine Grundbedingung für die Entwicklung der liberalen Gesellschaft; wenn wir uns aber zu sehr auf diese Autonomie oder Selbstbestimmung konzentrieren, führen grenzenlose persönliche Selbstbestimmungsrechte unter dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit zu vielen empirisch und theoretisch unlösbaren Problemen. Deshalb konzentrieren wir uns nicht darauf, ob der Rechtspaternalismus in der heutigen pluralistischen Gesellschaft beibehalten werden soll, sondern darauf, inwieweit paternalistische Maßnahmen im Wege der Wahrung der Menschenwürde aus liberaler Perspektive abgegrenzt und angemessen eingesetzt werden können. Vornehmlich im rechtlichen Forschungsbereich der postmortalen Organspende muss man über die Erforderlichkeit und Intensität der paternalistischen Einmischung in die Selbstbestimmung der potenziellen Organspender und ihrer nächsten Angehörigen ernsthaft nachdenken. Obwohl wir uns heute mit einem gravierenden Mangel an Spenderorganen konfrontiert sehen, ist unbedingt zu betonen, dass die Selbstbestimmung über den eigenen Körper ein zentrales Element menschlicher Würde ist.

Die Aufgabe des individuellen Rechtsguts, Willkür und Unklarheit bei der Verbrechenerschöpfung durch den Gesetzgeber zu begrenzen, bedeutet zum einen, dass ein solches Rechtsgut nicht kraft Positivierung durch den Strafgesetzgeber selbst geschaffen wird, der vielmehr umgekehrt nur erklären darf, was zum Rechtsgut geworden ist; sie stellt zum anderen dar, dass ein Verbrechenbegriff an den natürlichen oder gesellschaftlich geschaffenen Gütern der Gesellschaftsmitglieder ausgerichtet wird. Demnach stellt die systemkritische Funktion des klassischen Rechtsgutsbegriffs dar, dass die Beeinträchtigung von Individualrechtsgütern in der Regel mit der Beeinträchtigung eines konkret-gegenständlichen Tatobjektes einhergeht, das als Handlungsobjekt den als Rechtsgut zu schützenden werthafte Zustand verkörpert. Im Vergleich dazu beruht die Strafschutzwürdigkeit bzw. Strafbarkeit bei abstrakten Gefährdungsdelikten auf überpersonalen bzw. kollektiven Rechtsgütern im Rahmen des modernen Strafrechts, d. h., das Feld der kollektiven Rechtsgüter befindet sich im Rahmen der Deliktsform des abstrakten Gefährdungsdelikts. Angesichts dieser Notwendigkeit der Einsetzung abstrakter Gefährdungsdelikte muss man sich mit dem Problem auseinandersetzen, wie die Gewährleistung der strafrechtsfreien Freiheits-sphäre bzw. Menschenwürde des Individuums bei der Erweiterung bzw. Vorverlagerung des Strafbarkeitsbereiches durchzuführen ist. Tatsächlich hat sich der Rechtsgutsbegriff als nicht in der Lage erwiesen, den kollektiven Schutzgütern Grenzen im Sinne der systemkritischen Rechtsgutslehre zu setzen.

Die Sakralisierung der Person kann logischerweise eine dramatische Zuspitzung der Wertegeneralisierung bzw. des Anti-Individualismus auslösen, was dementsprechend bei der Definition der Menschenwürde dazu führt, dass der Begriff der Gattungswürde oder sinngleich der Würde des Menschen als Gattungswesen abzulehnen ist, weil der Menschenwürdeschutz unter diesen Umständen nicht von einer Übereinstimmung der individuellen Interessen mit den Interessen der Mehrheit abhängig gemacht werden darf. Um diese Nachteile oder Gefährdungen der Wertegeneralisierung, nämlich der Gattungswürde mit hohem Abstraktionsgrad, zu vermeiden, muss die Definition der individuellen Würde bei der Sakralisierung des Menschen noch unmittelbar auf die Kant'sche Objekt-Formel abstellen.

Die postmortale Menschenwürde bezieht sich strafrechtsdogmatisch auf den öffentlichen Frieden als kollektives Rechtsgut. Wenn die postmortale Organtransplantation insbesondere von Ärzten oder nächsten Angehörigen der Toten eigenmächtig durchgeführt werden könnte, dann sollte in der Regel eine Störung des öffentlichen Friedens vorliegen, weil zahlenmäßig

unbestimmte, jedenfalls aber größere Bevölkerungskreise in ihrem Vertrauen auf die Schutzwirkung der Rechtsordnung hierdurch zumindest vorübergehend beeinträchtigt werden können. Jedoch orientiert sich dieses öffentliche Interesse noch wesentlich am Schutz der Individualinteressen.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip bietet zwar einen notwendigen, aber für sich genommen nicht hinreichenden Schutz vor (paternalistischen) Freiheitseinschränkungen, da die Verhältnismäßigkeit nicht als ein effektives Kriterium der Strafrechtsbegrenzung vornehmlich für die kollektiven Schutzgüter funktionieren kann.

Weil die Schutzzwecke des § 19 II TPG und des § 168 I StGB auf ein gleiches Rechtsgut bzw. den öffentlichen Frieden bezüglich der postmortalen Menschenwürde abstellen, ist hier das Verhältnis der Spezialität bzw. das Stufenverhältnis der Subordination zu beachten. *Ergo* steht § 19 II TPG zu § 168 I StGB im begriffslogischen Verhältnis der Subordination, was dazu führt, dass § 19 II TPG als ein spezieller Tatbestand nach dem Grundsatz *Lex specialis derogat legi generali* vollends die Anwendung des § 168 I StGB ausschließt. Deswegen wird die ärztliche eigenmächtige Organexplantation der in Kliniken befindlichen Leichen nach § 19 II TPG strafrechtlich sanktioniert.

Es zeigt sich begrifflich in der Solidarität, dass man ein gegenseitiges Füreinander-Einstehen in abgegrenzten Personengruppen bildet, welches auf Freiwilligkeit bzw. einem freiwilligen Zusammenschluss beruht. Im Wesentlichen bedeutet die hier in Rede stehende Solidarität auf rechtspaternalistischer Ebene eine freiwillig übernommene Pflicht der Personengesamtheit, die Freiheit und Gleichheit im Zusammenleben zu erhalten. Auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene ist die Solidarität zumindest eine grundsätzliche Sozialversicherungspflicht, wie z. B. die Duldungspflicht im Notstand. Die Legitimität der Solidarität des § 34 StGB orientiert sich grundsätzlich an der Wahrung der Menschenwürde bzw. der Autonomie auf der Eingriffsseite, da ein solidarisches Notstandsverständnis die Ausübung individueller Rechte zu weitgehend beschränken und ihre Garantie praktisch aufheben würde. Deswegen kann die Duldungspflicht nur nach aktuellen Bedürfnissen im Einzelfall eingesetzt und ausgestaltet werden, wobei das Erwägungsprinzip deutlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist.

Eine Notstandslösung bedeutet in der juristischen Praxis eine Einzelfalllösung, was logischerweise in die Rechtsunsicherheit führt, jederzeit die Möglichkeit der Notstandsrechtfertigung zu eröffnen. Deswegen ist die Or-

ganentnahme ohne Einwilligung entweder des potenziellen Spenders oder seiner Angehörigen trotz Notstands unzulässig.

Die Rettungschance funktioniert möglicherweise als Abwägungselement zur Rechtfertigung der Notstandshandlung, wenn man im Notstand gleichwertigen Interessen und auch gleichgradigen Gefahren auf beiden Seiten gegenübersteht. Hinzu kommt, dass sich die Strafunrechtsausschlussgründe im Wesentlichen nur an den Funktionen des Strafrechts selbst orientieren und neben rechtmäßigen auch die rechtswidrigen Verhaltensweisen aus der Kriminalisierungszone eliminieren, die trotz Straftatbestandsverwirklichung kein strafwürdiges Unrecht verkörpern. Aber dem Zivilrecht und dem öffentlichen Recht bleibt eine unmittelbare Heranziehung der strafgesetzlichen Regelungen über den rechtfertigenden Notstand verwehrt.

