

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>Legalen 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 Gefährdungsdelikte 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.

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.“

Kapitel 2

Paternalismus mit Legitimität in der modernen Gesellschaft

Was bedeutet und in welchen Kontexten begegnet uns das Wort „Paternalismus“ in der modernen Zeit? Wie unterscheidet sich dies von der Zeit, in der derselbe Ausdruck zuerst geprägt wurde und dann in allgemeinen Gebrauch trat? Im historischen Verlauf der Auslegung des Wortes wird man unvermeidlich mit philosophischen und rechtlichen Kritiken konfrontiert, vornehmlich in der säkularen und pluralistischen Gesellschaft; z. B. kommt in der Paternalismusdefinition zum Ausdruck, dass paternalistische Maßnahmen das Wohl des anderen befördern sollen, das durch dessen selbstschädigende Alternativenwahl beeinträchtigt würde. So 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?“²⁸

Die derzeitige Diskussion des Paternalismus als sozialetisches Problem konzentriert sich noch gänzlich auf die gegenwärtig gebräuchlichen Verwendungsweisen des Ausdrucks bzw. des Begriffs. [...] Anders als die v.a. an begrifflicher Schärfe interessierten Philosophen legen Historiker oder Soziologen in ihren Untersuchungen zum Thema in aller Regel ein Verständnis des Ausdrucks zugrunde, das oft nicht weiter ausgewiesen und scheinbar durch die Intuition des Forschers geprägt ist. So kommen in diesen Untersuchungen zwar jeweils mit demselben Ausdruck bezeichnete, jedoch in ihrer Eigenart sehr differente Phänomene in den Blick. Was so als „Paternalismus“ aufgewiesen wird, sind demnach beliebige Sachverhalte, abhängig vom unausgesprochenen Vorverständnis des Forschers.²⁹

Der historische Ursprung des englischen Ausdrucks „paternalism“ liegt im späten 19. Jahrhundert. Lange Zeit ging man davon aus, dass die erste schriftliche Nennung des Begriffs im „Oxford English Dictionary“ (OED)

²⁸ Enderlein, Rechtspaternalismus, S. 12.

²⁹ Zude, Paternalismus, S. 16. Vgl. Roberts, Paternalism, S. 15–25; Eifert, Paternalismus, S. 180–195.

aus den 1880er Jahren stammte³⁰, aber „die erste, heute greifbare schriftliche Fixierung des Ausdrucks ‚Paternalism‘ fällt in den Beginn des Jahres 1873. Vorher war der Ausdruck allenfalls mündlich in Gebrauch. Sowohl in den Zeitschriften wie auch in der *New York Times* fällt die erstmalige Nennung des Ausdrucks in dieses Jahr.“³¹ Obwohl das Wort „Paternalismus“ für das zugrundeliegende Konzept also erstmals in den Vereinigten Staaten und dann in England gebraucht wurde, wurde es dort von Gegnern des Paternalismus eingeführt³². Der Streit mit und um paternalistische Doktrinen wird recht heftig geführt, wodurch man die Funktionsbestimmung des Paternalismus in einem Staat zur Kenntnis nehmen kann. „Einschränkungen von Freiheit sind also für den Antipaternalisten nicht per se problematisch. 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.“³³ Somit ist es sinnvoll, die Grenzen paternalistischer Freiheitsbeschränkungen zu begründen.

Im Vergleich zur angloamerikanischen Diskussion in den wissenschaftlichen Disziplinen, v. a. in der Rechtswissenschaft, beginnt die Paternalismusdebatte in Deutschland erst spät. Was ist der Grund dafür? Inwiefern wird die heutige Untersuchung über den legalen Paternalismus vom Strafrecht beeinflusst? Die oben genannten Fragen werden auch dahingehend analysiert.

30 Es wird von *Tom Lamar Beauchamp* und *James Franklin Childress* direkt auf den Eintrag zum Stichwort im OED verwiesen. Die Grundbedeutung des Ausdrucks „Paternalismus“ wird im OED wie folgt dargestellt: “the principle and practice of paternal administration; government as by a father; the claim or attempt to supply the needs or to regulate the life of a nation or community in the same way as a father does those of his children.” Siehe ausführlich dazu *Beauchamp/Childress*, *Biomedical Ethics*, S. 178.

31 *Zude*, *Paternalismus*, S. 22.

32 Vgl. *Dworkin*, *Paternalism*, S. 23–28.

33 *Enderlein*, *Rechtspaternalismus*, S. 182. Siehe dazu auch *Feinberg*, *Paternalism I*, S. 137: “Thus, paternalism was regarded as a thoroughly unacceptable view by nineteenth-century liberals.”

A. Der Paternalismusbegriff

I. Die Paternalismusdefinition

Auch wenn der Begriff „Paternalismus“ selbst erst 1873 in den Vereinigten Staaten zum ersten Mal explizit genannt wurde, sind die historischen Vorläufer des Begriffs und sein Begründungsmodell weit älter:

The term “paternalism” [:] [...] the idea is much older and, indeed, appears very early in human thought. Its meaning, according to the OED, is “the principle and practice of paternal administration; government as by a father; the claim or attempt to supply the needs or to regulate the life of a nation or community in the same way a father does those of his children.” When the analogy with the father is used to illuminate the role of professionals or the state in health care, it presupposes two features of the paternal role: that the father is benevolent and beneficent, i.e., that he has the interests of his children at heart, and that he makes all or at least some of the decisions relating to his children’s welfare rather than letting them make these decisions. Paternalism poses moral questions precisely because it involves the claim that beneficence (doing good or preventing harm) should take precedence over [individual] autonomy (freedom or independence), at least in some cases.³⁴

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 können³⁵. 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

34 Geisler, Academic Literacy, S. 129. Siehe dazu auch *Beauchamp/Childress*, Biomedical Ethics, S. 154.

35 Siehe dazu *Elger*, Paternalismus, S. 24: „Interessanterweise wird nur der Begriff Paternalismus (von pater, lat. Vater) verwendet und nicht eine auf die Mutter verweisende Parallelform ‚Maternalismus‘. Möglicherweise steckt die Vorstellung dahinter, dass traditionell eine Mutter weniger autoritär auftritt und eher die Wünsche ihrer Kinder respektieren würde als ein Vater. In einer Gesellschaft, welche die Umverteilung traditioneller Gesellschafterrollen im Rahmen der Gleichberechtigung anregen möchte, wäre eine Lösung, in der Zukunft von Parentalismus zu sprechen, um die einseitige Festlegung auf ein Geschlecht zu vermeiden.“

eine Rolle ohne eigenen Willen und besonderes Vermögen zugewiesen³⁶. Als „Patriarchat“ wird die historische Gesellschaftsformation auf Basis von Familienhaushalten bezeichnet, die die Väter dominieren. Wegen der sozialen Entwicklung und kultureller Wenden hat sich das Modell des Paternalismus jedoch verändert und der Anwendungsbereich wurde allmählich eingeschränkt; z. B. stellt „in Opposition zum im 17. Jahrhundert in England aufkommenden Liberalismus [...] der Patriarchalismus den Versuch dar, das Verhältnis von Souverän und Untertan nach der Lehre und der Herrschaftskonstellation des ‚ganzen Hauses‘ zu modellieren“³⁷. Wie Zude zeigt, bezeichnet „Paternalismus“ mit dem Niedergang des Patriarchalismus aus liberaler Perspektive „die Überreste patriarchalischer Verhaltensmuster in nachpatriarchalischer Zeit“³⁸, d. h., die Begründungsstruktur des Paternalismus spielt weiterhin in allen Kulturen (traditionell oder modern) und Gesellschaftsformen (demokratisch oder autoritär bzw. patriarchal organisiert) eine exponierte Rolle, wobei die eher traditionellen Formen (z. B. die Rolle des Vaters in patriarchalen Familienstrukturen) und die moderneren Formen des Paternalismus (z. B. institutionalisierter, wohlfahrtsstaatlicher Paternalismus) koexistieren. 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.

1. Staatspaternalismus in einer pluralistischen Gesellschaft

In einer pluralistischen Gesellschaft ist es nicht mehr selbstverständlich, dass die Freiheit eines Bürgers willkürlich um des Staates willen eingeschränkt werden kann³⁹. In modernen Gesellschaften, die den Respekt

36 Vgl. Benner/Brüggen, ZfP, S. 253. Siehe dazu auch Benner/Brüggen, Mündigkeit, S. 688.

37 Drerup, Paternalismus, S. 24.

38 Zude, Paternalismus, S. 17.

39 Siehe dazu Detjen, Pluralismus und Naturrecht, S. 37: „Hinter der Wirklichkeit des Pluralismus verbirgt sich eine anthropologische Annahme. Sie besagt, dass der Mensch generell dazu berufen und die Bevölkerung eines Gemeinwesens speziell dazu befähigt ist, sich hinsichtlich der Ziele und Wege der Lebensverwirklichung vernunftgemäß selbst zu bestimmen. Sie besagt weiterhin, dass sich Selbstbestimmung und Lebensführung mündiger Individuen unterschiedlich vollziehen und dass die entsprechenden Artikulationsweisen aufgrund vielfältiger Bedingungsfaktoren perspektivisch begrenzt sind [Hervorh. d. Verf.]. Daraus resultieren die Not und

vor Freiheit und Menschenwürde ernst nehmen⁴⁰, wird jedem Menschen prinzipiell ein Grundrecht auf Selbstbestimmung, z. B. in medizinischen Angelegenheiten, zuerkannt. Aber das bedeutet nicht, dass man die Funktion des Staatspaternalismus gänzlich verneint. „In unserer Gesellschaft sind einige Formen von Staatspaternalismus durchaus akzeptiert.“⁴¹

Der Ausdruck „Paternalismus“ kann zwar einen negativen Beiklang haben, aber das paternalistische Verhalten des Staates zielt seinen Bürgern gegenüber auf deren Wohl ab. Deshalb kritisieren wir nur einen nicht zu rechtfertigenden paternalistischen Zwang. Mit diesem Begriff ist also nicht das staatliche Wohlwollen seinen Bürgern gegenüber gemeint. Kritisiert wird eine unberechtigte und übertriebene Verhaltensweise, welche die Selbstbestimmungsrechte in unangemessener Weise einschränkt.

Der Wertepluralismus in der modernen Gesellschaft hat dazu geführt, dass häufig bei einer Uneinigkeit zwischen einem Staat und seinen Bürgern kritisiert wird, dass sich der Staat oder die Regierung paternalistisch verhält. Da vor allem die abendländische Gesellschaft im Gegensatz zu anderen immer pluralistischer wird, werden dort die staatspaternalistischen Maßnahmen auch immer öfter zum Vorwurf gemacht. Jedoch drängt sich zunehmend die Frage auf, vornehmlich im Zuge der COVID-19-Pandemie von 2020 bis 2023, ob dieser Vorwurf begründet ist. In der unweigerlichen Konfrontation mit der Corona-Krise wurde es zu einer großen Herausforderung, wie unsere persönlichen Handlungen direkt durch staatspaternalistische Maßnahmen gegen die Pandemie verändert werden. So ist die

Notwendigkeit, zugleich aber auch der positive Wert der Pluralität von Motivationen, Interessen, Erkenntnissen, Verhaltensweisen und Entscheidungen. Diese Pluralität muss aus Achtung vor der conditio humana offen gehalten [sic] und freigegeben werden [Hervorh. d. Verf.]. Der Pluralismus ist deshalb eine Bekundung des universellen Reichtums, aber auch der konkreten Begrenztheit menschlicher Selbstverwirklichungen, Gestaltungsformen und Bestrebungen. Vor allem aber ist er ein Ausdruck der menschlichen Freiheit [Hervorh. d. Verf.].“

40 Siehe dazu *Brugger*, Pluralismus, S. 500: „Voraussetzung und Ziel von Pluralismus ist die Freiheit des Menschen. Freie Persönlichkeitsentfaltung wird durch die Anerkennung der Vielheit und Vielfalt, also der Unterschiedlichkeit der Menschen, gefördert; Konkurrenz ist hierbei nicht auszuschließen. Pluralismus betont die Wichtigkeit des Gruppenlebens der Menschen; Vergesellschaftung und Vergemeinschaftung sind nach pluralistischer Sicht elementare Bestandteile von Menschsein oder Persönlichkeitsentfaltung, die der Staat zu achten hat.“

41 *Drerup*, Paternalismus, S. 24.

wichtige Erkenntnis populär geworden: „Du schützt dich, indem du andere schützt.“⁴²

Die Globalisierung und Liberalisierung begleitet man mit Wohlwollen oder treibt sie gar selbst voran. Die neuen Werte der Spätmoderne, das Gesundheitsbewusstsein und die emotionale Intelligenz, die intensive Elternschaft, das lebenslange Lernen und die Selbstverantwortung, die Mobilität, das Stilbewusstsein und das ökologische Bewusstsein (so auch die Sensibilität für den Klimawandel) – das alles wird von der neuen Mittelklasse getragen.⁴³

Deshalb hat die neue Mittelklasse insbesondere in der Corona-Krise einen Lebensstil mit klassischen ethischen Werten wie z. B. Respekt vor Gesetz und Ordnung zu führen. Die Erforderlichkeit des Staatspaternalismus erscheint in unserer (spät)modernen Gesellschaft sogar systemrelevant.

2. Mittel-Zweck-Relation

Angesichts dieser Erforderlichkeit ist es fraglich, wie sich der Staatspaternalismus heute definieren lässt.

Als paternalistisch sollen begründungsbedürftige Beeinträchtigungen der Freiheit einer Person dazu bezeichnet werden, Handlungsalternativen wählen zu können, deren Wahl – jedenfalls nach Auffassung des Eingreifenden – dem Wohl der Person abträglich wäre oder dieses nicht maximierte, sofern diese Freiheitsbeeinträchtigung zumindest auch dem Zweck dient, die mögliche Selbstschädigung durch die Wahl der betreffenden Handlungsalternative zu verhindern.⁴⁴

Enderlein bringt diese Erwägungen in die prägnante Formulierung einer „Mittel-Zweck-Relation“, so dass wir die den Begriffsinhalt konstituierenden Begriffsmerkmale eindeutig erkennen können. 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 die Selbstschä-

42 Bude, Pandemie, S. 14.

43 Reckwitz, Pandemie, S. 40 f.

44 Enderlein, Rechtspaternalismus, S. 8.

digung durch die freiwillige Wahl der betreffenden Handlungsalternative staatlich 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.

II. Elemente der Paternalismusdefinition

1. Beeinträchtigungen der eigenen Freiheit einer Person

a) *Freiheitsbezug*

Die angegebene Paternalismusdefinition ist freiheitsbezogen. Sie verlangt eine Beeinträchtigung der Freiheit einer Person zur Wahl von Handlungsalternativen. „Fast immer wird Zwang oder eine Form der Beeinträchtigung von Autonomie, Präferenzen oder Wahlmöglichkeiten als Merkmal paternalistischen Handelns genannt.“⁴⁵ Angesichts des direkten Zwecks dieses Zwangs ist anzunehmen, dass der Kern des Paternalismusproblems in der Usurpation fremder Entscheidungstätigkeit liegt, so dass die freiwillige Person nicht unvernünftig bzw. selbstschädigend handeln darf, sondern nur die Freiheit zu klugen oder vernünftigen Handlungen verwirklichen kann. Eine solche Usurpation kann im Nicht-selber-wählen-Lassen bestehen, also auch im Nicht-entscheiden-Lassen über Alternativen, die nicht den gerade vorfindlichen Zwecken und staatlichen oder allgemeinen Präferenzen entsprechen.

b) *Zwei Rollen desselben Handelnden*

Im Sinne *Harts*⁴⁶ sind die verschiedenen Träger der beiden Rollen von Opfer und Täter in ein und derselben Person bestimmt auszumachen. Man nimmt zunächst an, dass sich die Person (A) im Rahmen der beiden Momente des konservativen Selbst (A¹) und des aggressiven Selbst (A²)

45 Enderlein, Rechtspaternalismus, S. 8.

46 Wie die Rede vom Menschen als dem Mischwesen aus Engel und Teufel. Siehe dazu Hart, 1963, S. 33 und Hart, 1976, S. 195.

differenziert. Damit bedeutet die freiwillige Selbstschädigung, dass das sich vom konservativen unterscheidende aggressive Selbst diesem als eigenständige Entität bezeichneten anderen Selbst gegenübertritt (A^1 zu A^2). Das aggressive Selbst (A^2) koppelt sich mit seinem eigenen, autonomen Interesse gänzlich vom Selbsterhaltungsinteresse des konservativen Selbst (A^1) ab. Das Ziel der Befriedigung des eigenen unmittelbaren Interesses wird mit Kosten dieses Selbsterhaltungsinteresses der Person ausgeglichen. A^2 wird so zum „fremden Selbst“ und ist mit seinem aggressiven Eigeninteresse strukturell einer anderen fremden Person (B) gleichzusetzen.

Paternalismus als der Schutz des Menschen gegen sich selbst ist in diesem Sinn ein Schutz gegen ein anderes Selbst, das dem Selbsterhaltungsinteresse fremd gegenübersteht. Deshalb bezieht sich der staatspaternalistische Eingriff direkt auf dieses Selbsterhaltungsinteresse. Mit anderen Worten ist dieses Selbsterhaltungsinteresse der Person (A^1) als allgemeiner Zweck menschlichen Handelns oder basaler Konsens und Handlungsmaßstab auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene staatlich anerkannt und somit auch im individuellen Fall als Gut zu bewerten. Der Staatspaternalismus richtet sich also gegen die individuellen, kurzfristigen, unmittelbaren Interessen der Person (A^2). Umgekehrt kommt es bei den Grenzen des Staatspaternalismus auch darauf an, inwiefern sich der Bereich dieser Selbsterhaltungsinteressen ausdehnen kann.

Wenn es der allgemeine Zweck menschlichen Handelns ist, sich selbst zu erhalten, dann muss diese Zielbestimmung auch für die Person A gelten. Deshalb kann ein solches Interesse auch dann für die Person A postuliert werden, wenn es als Interesse auch nicht expliziert wird. Es ist ein „natürliches Gut“, das unabhängig davon besteht, ob es der Person als solches bewusst ist. [...] Mit dieser vorsichtigen Formulierung lässt Hart als Möglichkeit offen, im Einzelfall davon unbedingt ausgehen zu müssen, Selbsterhaltung sei auch hier zwingend als höchstes Gut anzunehmen.⁴⁷

Ansichts der Unbestimmtheit dieses allgemeinen Zwecks menschlichen Handelns kann der Bereich dieser Selbsterhaltungsinteressen nicht von vornherein als gegeben angenommen werden, sondern muss im Einzelfall auf die Verhältnismäßigkeit hin überprüft werden.

47 Zude, Paternalismus, S. 121.

2. Schutz der Menschen

Aufgrund der obigen Analyse stellt sich noch die Frage, worin das Wohl einer Person besteht. Diesbezüglich verweist *Feinberg* darauf, dass zwischen „desire theories“ oder „want-regarding concepts“ auf der einen Seite und „ideal theories“ auf der anderen Seite unterschieden werden soll⁴⁸. *Enderlein* denkt ferner, dass die Annahmen über das Wohl in dem Maße unter die erste Kategorie fallen, in dem sie das Wohl in näher zu präzisierender Weise als Befriedigung tatsächlicher Wünsche oder Präferenzen bestimmen, und dass die zweite Kategorie betroffen ist, soweit Komponenten und Maßstäbe des Wohles nicht aus dem Gesichtspunkt der Befriedigung tatsächlicher Wünsche oder Präferenzen des Betroffenen hergeleitet sind⁴⁹. Es ist hier fraglich, woher die Maßstäbe in der zweiten Kategorie stammen.

a) Schutz der Einzelperson in der Privatsphäre

Das oben genannte Wohl erfasst sämtliche Belange der Einzelperson, die um dieser Einzelperson willen schützens- oder förderungswürdig sind. Bei all diesen Belangen lässt sich sagen, dass der Einzelne in falscher oder unvernünftiger Weise eigene Belange beeinträchtigt, wenn er sie nicht wahrht oder fördert. Aber wenn die Selbstschädigung nicht unmittelbar oder nicht potenziell die Interessen eines Dritten beeinträchtigen kann, deutet der staatspaternalistische Eingriff eine moralisch perfektionistische Gefahrentendenz an, die innere Freiheit des Handelnden einzuschränken oder gar abzusprechen. Deshalb entsteht das hier interessierende Legitimationsproblem des Staatspaternalismus, warum und unter welchen Voraussetzungen eine Selbstschädigung auf die Interessen, Belange oder Freiheit des anderen einen negativen Einfluss nehmen kann.

b) Schutz der Individuen in der Gemeinschaft

Die oben genannten beiden Rollen desselben Handelnden bedeuten zwei Eigenschaften, nämlich die einer Einzelperson im Naturzustand und die einer Person nach ihrer fiktiven vertraglichen Übereinkunft als Bürger

48 Vgl. *Feinberg*, *Others*, S. 67 ff.

49 Vgl. *Enderlein*, *Rechtspaternalismus*, S. 12 ff.

einer geordneten Gesellschaft. Mit der politischen und wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaft weist die zunehmend engere Kooperation der Bürger untereinander auch auf die Vergesellschaftung des Individuums hin.

So ergebe sich in der Abfolge von anfänglichem Individualismus über kleinere Individuenverbände und mittelalterliche Kirche seit der Reformation die Dominanz des Staates als „the greatest of all coöperative [sic] institutions“. Und auch die Staatsform durchlaufe ihrerseits eine Entwicklung, in der „its fraternal, ethical essence“ in zunehmender „Reinheit“ in seine „wahre“ Erscheinung trete.⁵⁰

Obwohl individuelle Wünsche deshalb eher beliebig und zufällig zu äußern sind, werden sie dennoch durch die soziale Kommunikation in der Gemeinschaft, Kirche oder Staatsinstitution beeinflusst, da sie von den äußeren Umständen, die diese individuellen Wünsche künstlich hervorrufen, 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.

That most men most of the time wish to continue in existence. The actions which we speak of as those which are naturally good to do, are those which are required for survival; the notions of a human need, of harm, and of the function of bodily organs or changes rests on the same simple fact.⁵¹

Also haben die Menschen zumeist ein fundamentales Interesse daran, weiterzuleben. Mit dieser Bestimmung des eigentlichen Zwecks der Selbsterhaltung des Individuums ist das basale Sozialbewusstsein in einem Staat identifizierbar. *Ely* verweist darauf⁵², dass entweder der kleinste Individuenverband oder der Staat als „public body“⁵³ mit „public functions“⁵⁴ und

50 Zude, *Paternalismus*, S. 73.

51 Hart, 1976, S. 191.

52 Vgl. *Ely*, 1885, S. 466.

53 *Ely*, 1884, S. 46.

54 *Ely*, 1890, S. 950.

„one kind of coöperation“⁵⁵ zu begreifen sei. Dieser Verband könne sich selbst verwalten und auch sich selbst helfen, um seine unabhängigen Interessen zu verfolgen⁵⁶. Nach seinem eigenen Interesse verlangt der Staat oder die öffentliche Gemeinschaft die Selbsterhaltung jeder Person innerhalb eines solchen Individuenverbands. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Person ihr Selbsterhaltungsinteresse bewusst artikuliert oder unter Umständen sogar negiert, weil man ohne dieses paternalistische Verlangen bzw. Verbot unvermeidlich mit dem *Bellum omnium contra omnes* konfrontiert würde. Mit anderen Worten führt die Maximierung der individuellen Befriedigung tatsächlicher Wünsche oder Präferenzen zur Realisierung des aggressiven Potenzials gegenüber anderen. So erhebt sich ein stärkeres Individuum in einer begrenzten Welt gegen einen Schwächeren oder sogar im extremen Einzelfall gegen sich selbst, um seine eigenen kurzfristigen, unmittelbaren Interessen gegen das fundamentale Selbsterhaltungsinteresse notfalls unter Zuhilfenahme von Gewalt zu verfolgen. Damit gewinnt die aggressive Seite in dieser Person über die andere Seite Dominanz. Der Schutz vor der Maximierung der Realisierung des aggressiven Eigeninteresses bezieht sich auf die Naturzustandstheorie von *Hobbes*, dass man das Moment des gegenseitigen Gewaltverzichts, das Prinzip der Gerechtigkeit als Gleichheit, die Funktionen der Strafe sowie die Zielbestimmtheit der Selbsterhaltung als das oberste Gut ansehen sollte.

Hieraus ergibt sich, dass ohne eine einschränkende Macht der Zustand der Menschen ein solcher sei, wie er zuvor beschrieben wurde, nämlich ein Krieg aller gegen alle. [...] Was auch nur mit dem Krieg aller gegen alle verbunden ist, das findet sich auch bei den Menschen, die ihre Sicherheit einzig auf ihren Verstand und auf ihre körperlichen Kräfte gründen müssen. Da hat aber auch keine Betriebsamkeit statt, weil kein Vorteil davon zu erwarten ist; es gibt keinen Ackerbau, keine Schifffahrt, keine bequemen Wohnungen, keine Werkzeuge höherer Art, keine Länderekenntnis, keine Zeitrechnung, keine Künste, keine gesellschaftlichen Verbindungen; statt alles dessen ein tausendfaches Elend: Furcht, gemordet zu werden, stündliche Gefahr, ein einsames, kümmerliches, rohes und kurzdauerndes Leben.⁵⁷

55 *Ely*, 1889, S. 48.

56 Vgl. *Ely*, 1890, S. 950 ff.

57 *Hobbes*, *Leviathan*, S. 135.

Im *Bellum omnium contra omnes* kann auch nichts als ungerecht bezeichnet werden – in einem solchen Zustand finden die Begriffe „gerecht“ und „ungerecht“ nicht einmal Anwendung. Das Unrecht stellt auch die Ungerechtigkeit dar⁵⁸. Demzufolge betrifft das Selbsterhaltungsinteresse nicht nur das Individuum selbst, sondern bedeutet auch das basale öffentliche Interesse bzw. den öffentlichen Frieden⁵⁹. Gegen die Ungerechtigkeit schützen Moral und Recht als geeignete Mittel die Gewährleistung dieses Selbsterhaltungsinteresses. „Dieser Schutz – the protection of people – ist die wesentliche Aufgabe des dazu institutionalisierten Systems solcher wechselseitigen Rücksichtnahme.“⁶⁰

Wenn ein soziales Mitglied in Ausnutzung seiner temporären Überlegenheit das basale Gleichgewicht bzw. die Gerechtigkeit des allgemeinen Selbsterhaltungsinteresses stört, hat der Staat den Täter mit dem Übel der Strafe zu belegen.

Ohne Zweifel ist eine allgemeine Gerechtigkeit vorhanden, die nur von der Vernunft ausgeht; allein um bei uns anerkannt zu werden, muss diese Gerechtigkeit gegenseitig sein. Betrachtet man die Dinge nur vom menschlichen Gesichtspunkte aus, so sind die Gesetze der Gerechtigkeit in Ermangelung einer natürlichen Bestätigung derselben unter den Menschen völlig überflüssig; sie dienen nur zum Besten des Bösen und zum Nachteil des Rechtschaffenen, wenn Letzterer sie gegen jedermann beobachtet, während niemand sie ihm gegenüber befolgt. Es bedarf also

58 Vgl. ebenda, S. 140 ff.

59 Siehe dazu *Rigopoulou*, *Paternalismus*, S. 314: „Göbel sieht als Schutzgut des § 216 StGB den sozialen Frieden an: Die Erwartung der Unzulässigkeit der Tötung auf Verlangen sei geistiger Besitz der Allgemeinheit und entspreche den geltenden gesellschaftlichen Wertüberzeugungen. Bestraft werde mit § 216 StGB aber nicht der Verstoß gegen die gesellschaftlichen Moralvorstellungen, sondern die sich daraus ergebende Gefahr einer Desorientierung, die so weit gehen könne, dass die Bevölkerung dieser Norm im Wege unkontrollierter Selbsthilfe Geltung zu verschaffen suche. Dass die öffentliche Beunruhigung durch die Verhaltensweisen möglicherweise auf einem Mangel an Aufklärung beruhe, ändere an der friedenserhaltenden Funktion der Norm nichts; eine nicht aufgeklärte Gesellschaft und ein aufgeklärtes Strafrecht können nicht zusammenkommen. Ähnlich argumentiert Göbel für die Begründung der Strafbarkeit von § 228 StGB: In der pluralistischen Gesellschaft sei konsensfähig, dass schwere und irreparable Körperverletzungen als allgemein unzulässig angesehen werden; diese allgemeine Erwartung der Unzulässigkeit schwerer Körperverletzungen trotz Einwilligung reiche unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des sozialen Friedens als Strafgrund aus.“ Vgl. *Göbel*, *Einwilligung*, S. 42 ff.

60 *Zude*, *Paternalismus*, S. 108.

gewisser Verträge und Gesetze, um die Rechte mit den Pflichten zu vereinbaren und die Gerechtigkeit auf ihr Gebiet zurückzuführen.⁶¹

In der Konsequenz des grundlegenden Modells des Gesellschaftsvertrags liegt die Gewährleistung der individuellen äußeren Freiheit dem Mehrheitswillen so zugrunde, wie die Realisierung und Verbesserung der Strafgesetzgebung auf der Unterstützung durch die Mehrheit der geschützten Individuen beruht. Diese Mehrheit behält sich damit in der Summe das persönliche abgetretene Recht zurück, um gegen Zuwiderhandlungen durch die Ausübung von Zwang und Strafe einzuschreiten⁶². Deshalb wird die kooperierende Mehrheit zur Interessengemeinschaft der zu schützenden Personen, um den Zweck der Selbsterhaltung zu erreichen.

Es ist insofern die Annahme tragfähig, dass ein moralisches oder rechtliches Verbot zwar dem unmittelbaren Interesse eines Individuums kurzfristig widersprechen kann, in anderer Hinsicht jedoch nicht nur dem allgemeinen Willen, sondern grundsätzlich auch dem eigenen Willen, der ja den allgemeinen Willen mit konstituiert, entspricht.⁶³

Das Selbsterhaltungsinteresse bezieht sich zwar eigentlich auf die innere Freiheit der Person, aber tatsächlich auch auf die äußere Freiheit zwischen Bürgern⁶⁴. Deshalb entsprechen die unmittelbar zur Selbsterhaltung 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 Größe sowie Wahrscheinlichkeit des drohenden Schadens des Handelnden sowie gleichzeitig auch des anderen bzw. der Allgemeinheit, desto eher ist Paternalismus zulässig⁶⁵.

61 Rousseau, Gesellschaftsvertrag, S. 54.

62 Vgl. Hart, 1976, S. 193 ff.

63 Zude, Paternalismus, S. 110.

64 Der Mensch ist ein soziales Wesen, das nicht nur für die Anforderungen der natürlichen, sondern auch und gerade für die Anforderungen der sozialen Umwelt ausgerüstet sein muss. Siehe dazu Lampe, Rechtsgut, S. 160: „Beispiel eines solchen Grundbedürfnisses ist die Selbsterhaltung, welche sich am schärfsten ausprägt im Bedürfnis, am Leben zu bleiben – und zwar nicht nur individuell als Einzelner, sondern auch überindividuell als Sippe, Stamm, Volk oder Nation.“

65 Vgl. Möller, Paternalismus, S. 186 ff.

III. Die Unterscheidung zwischen moralischem und legalem Paternalismus

Staaten versuchen immer, ihre Bürger enger an das von ihnen gesetzte Recht zu binden, als dies der Legalität entspricht⁶⁶. Das Streben nach einer engeren Bindung der Bürger an die Rechtsordnung ist nicht zu beanstanden, wenn es durch die Werbung für die moralischen Grundlagen der jeweiligen Rechtsordnung geschieht. Aber dieses Streben stellt eine unzulässige Überschreitung der Grenzen des Rechts dar, wenn es durch das Recht staatlich erzwungen werden soll⁶⁷. Anders formuliert ist das Recht selbst nicht die Moral; Legalität und Moralität sind scharf zu unterscheiden.

1. Moral, Recht und Ethik

Die von Kant dargestellte Sittenlehre (*philosophia moralis*) besteht aus zwei Teilen: der Rechtslehre und der Tugendlehre⁶⁸.

Der Begriff des Rechts, sofern er sich auf eine ihm korrespondierende Verbindlichkeit bezieht (d.i. der moralische Begriff desselben), betrifft erstlich nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als Fakta aufeinander (unmittelbar, [sic] oder mittelbar) Einfluß haben können.⁶⁹

Das Recht und die Ethik gehören beide explizit zur Moral. Die übliche Kontrastierung von Recht und Moral ist folglich innerhalb der Systematik der Kant'schen Moralphilosophie zumeist irreführend: „Moral“ ist der Oberbegriff zu Recht und Ethik, also kein Gegensatz zu Recht. „Wenn gleichwohl von ‚Recht und Moral‘ die Rede ist, so ist diese Gegenüberstellung legitim, wenn Beziehungen des Teilsystems Recht zu den Grundlagen des Gesamtsystems Moral thematisiert werden sollen.“⁷⁰ Recht und Ethik begründen beide Pflichten, die zu Maximen einer Handlung werden. Mit diesen Maximen soll eine Handlung vorgenommen oder unterlassen werden. Man kann zwar davon ausgehen, dass das ethische Handeln Bestand-

66 Vgl. Kühl, Naturrechtliche Grenzen, S. 84.

67 Dagegen ist die Befolgung von Tugendpflichten nur im Wege des Selbstzwanges erzwingbar.

68 Vgl. Kant, Rechtslehre, S. 37 ff. und Kant, Tugendlehre, S. 20 ff.

69 Kant, Rechtslehre, S. 38.

70 Ellscheid, Paternalismusproblem, S. 188.

teil des guten Lebens ist, und folgern, dass das unethische Handeln den Wert eines Lebens beschädigt. Aber daraus folgt noch nicht, dass dieser Defekt durch ein Verbot der unethischen Handlungsweise geheilt werden kann.

Handle so, daß die Maxime deiner Handlung ein allgemeines Gesetz werden könne, es schon anzeigt; nur daß in der Ethik dieses als das Gesetz deines eigenen Willens gedacht wird, nicht des Willens überhaupt, der auch der Wille Anderer sein könnte; wo es alsdann eine Rechtspflicht abgeben würde, die nicht in das Feld der Ethik gehört.⁷¹

Mit anderen Worten fordert das ethische Handlungsgebot, dass die Verhaltenspflicht aus dem eigenen Motiv des Handelnden erfüllt wird. Das Recht fordert diese Erfüllung in keinem Falle und kann dies auch nicht verlangen, weil die ethische Gesinnung nicht erzwungen werden kann. „Denn wie Dworkin dargelegt hat, müsste für eine solche Annahme der unplausible additive view zugrunde gelegt werden, dem zufolge die richtige Motivation für eine Handlung oder Unterlassung irrelevant ist und es nur auf das äußere Ergebnis ankommt.“⁷² Zwar kann man durch Zwang und Strafe sowie andere rechtliche Drohungen zum legalen Verhalten motivieren, so dass das Motiv der schlichten Achtung aller geltenden Gesetze den Bestand einer Rechtsordnung sichern kann, aber es bleibt dabei, dass das Recht nicht Sittlichkeit, sondern nur das vom positiven Recht umschriebene Verhalten fordert.

Bei der „Einteilung einer Metaphysik der Sitten“ definiert *Kant* die Begriffe „Legalität“ und „Moralität“ folgendermaßen:

Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die Legalität (Gesetzmäßigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität (Sittlichkeit) derselben.⁷³

71 *Kant*, Tugendlehre, S. 22.

72 *Möller*, Paternalismus, S. 131.

73 *Kant*, Rechtslehre, S. 29.

2. Sittengesetz und Gewohnheitsrecht

Das Wort „Sittengesetz“ bezieht sich auf die Naturrechtsdiskussion. In der modernen Naturrechtsdiskussion spielt die Vorstellung eine große Rolle, dass das Naturrecht abweichendem positivem Recht vorgehe⁷⁴. Für die Naturrechtsrenaissance vornehmlich in den ersten Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg war diese Vorstellung geradezu essenziell, da sich die Leute sofort vom Einfluss des Nationalsozialismus mit besonderer Betonung des Liberalismus lösen wollten.

Wollte man die Befolgung von nationalsozialistischen Gesetzen oder Befehlen als Unrecht, oder den Widerstand gegen sie als Recht, ansehen, dann bedurfte man einer Naturrechtstheorie, die den absoluten Vorrang des natürlichen vor dem positivem [sic] Recht behauptete.⁷⁵

Unter diesen Umständen wird ein Sittengesetz im Sinne eines Moralkodexes⁷⁶ zur Rechtfertigung einer Grundrechtsbeschränkung im Art. 2 I GG festgelegt. Aber der Pflichtbegriff der Moral ist im Recht unanwendbar, da der positivrechtliche Pflichtbegriff mit der radikalen Trennung von Recht und Moral keinerlei „moralische Implikation“⁷⁷ hat. Sittliches Sollen ist deshalb nicht objektivierbar, sondern nur ein Ausfluss des individuellen sittlichen Triebes und eine sittliche Selbstverpflichtung: „Eine sittliche Norm besteht für den Einzelnen nur insofern, als er sie selber setzt, sich ihr selber unterwirft, sie befolgen will,“⁷⁸ d. h., eine auf diesem individuell-autonomen Pflichtbegriff gegründete Sollensethik kann im positivrechtlichen System naturgemäß keinen Raum haben, da sie zu einer Auflösung jeder objektiven Verbindlichkeit der Rechtsordnung führen müsste⁷⁹.

74 Vgl. *Ellscheid*, Naturrechtsproblem, S. 146.

75 *Schröder*, Naturrecht, S. 419.

76 Siehe dazu *Erbel*, Sittengesetz, S. 147: „Geht man von diesem Verständnis der ‚verfassungsmäßigen Ordnung‘ aus, so besteht die Möglichkeit, das Sittengesetz als Umschreibung einer bestimmten Gruppe staatlicher Gesetze zu verstehen, nämlich derjenigen zum Schutz der ‚Sitten‘ (oder ‚Sittlichkeit‘) erlassenen Normen (im juristischen Sinne), die nicht zwingend von der ‚verfassungsmäßigen Ordnung‘ gefordert werden und daher nicht bereits deren Bestandteil sind. Theoretisch wäre es also nicht von vornherein ausgeschlossen, das Sittengesetz als Gesetz im juristischen Sinne auszulegen.“

77 Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme, S. 21 ff.

78 Ebenda, S. 35.

79 Vgl. *Schreiber*, Begriff, S. 136.

Obwohl das Wort „Sittengesetz“ im Grundgesetz auftritt als Grundschranke der Freiheit, muss es noch keineswegs als Gesetz im juristischen Sinne gemeint sein, sondern kann durchaus als eine moralische Norm mit eigenem Geltungsanspruch gedacht sein, die unabhängig davon gilt, ob und inwieweit es positivrechtlich umschrieben wird⁸⁰. Nicht zuletzt ist die Rechtsordnung hinreichend dicht und lässt wenig Lücken, in denen es überhaupt in Betracht kommen könnte, eine Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit unmittelbar kraft sittlicher Normen zu erwägen⁸¹.

Aufgrund der Nicht-Kodifizierung könnte man leicht irreführend das Gewohnheitsrecht für einen Teil des Sittengesetzes halten⁸². Gewohnheitsrecht ist ein ungeschriebenes Recht, das nicht durch die Gesetzgebung zustande kommt, sondern auf lange andauernder Anwendung von Rechtsvorstellungen und Regeln beruht, die die Beteiligten im Rechtsverkehr als verbindlich akzeptieren. Während das Gewohnheitsrecht nach modernem juristischem Verständnis als „Nebenordnung“ eine nur ergänzende, lückenfüllende Funktion zum kodifizierten Recht hat⁸³, ist es ein wichtiger Bestandteil einer heterogenen Rechtsordnung, die aus Rechtsinstituten, rechtlichen Verhaltensmustern, Prinzipien und Präzedenzfällen besteht⁸⁴. Nach *Savigny* beruht der Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts auf dem „Volksgeist“, nämlich dem Willen und der Anerkennung der Volksgemeinschaft. „Sitte und Volksglaube als innere, still wirkende Kräfte werden zur Grundlage allen Rechts, dabei ist die Gesetzgebung nur Organ des Volksgeistes.“⁸⁵ Ähnlich argumentiert *Puchta*, dass das Gewohnheitsrecht

80 Siehe dazu *Erbel*, Sittengesetz, S. 167: „Möglicherweise verbleibt aber dem Sittengesetz in Art. 2 I nur eine ethisch-deklaratorische Funktion, weil die Nachbarschranke ‚verfassungsmäßige Ordnung‘ vielleicht bereits alle rechtserheblichen ethischen Grenzen der Freiheit umfaßt.“

81 Vgl. *Kunig*, in: Münch/Kunig, GG, Art. 2 I, Rn. 26.

82 Das Gewohnheitsrecht ist noch positivrechtlich. Siehe dazu *Wieacker*, Sittengesetz, S. 31: „Diese (außergesetzlichen) Grundlagen sind teilweise noch wirklich ‚positivrechtlich‘; nicht nur beim Gewohnheitsrecht, sondern vor allem im weiten Bereich der ‚verfassungskonformen Auslegung‘. Aber auch außerhalb der ungeschriebenen Rechtsquellen bieten sich materiale Bewertungsprinzipien für die Gesetzesanwendung durch die in Gerichtsgebrauch und ‚bewährter Lehre‘ bekundeten Grundregeln guter Richterkunst einschließlich der allgemein antik-europäischen Billigkeitstradition.“

83 Vgl. *Stern*, Staatsrecht, S. 579.

84 Siehe dazu *Geis*, Gewohnheitsrecht, S. 25: „Die Lehre vom Gewohnheitsrecht reicht in das 2. Jh. n. Chr. zurück und beruht im Wesentlichen auf den Studien des römischen Politikers und Juristen Salvius Julianus.“

85 *Savigny*, Gesetzgebung, S. 12.

aus dem Grund gelte, aus dem es eine Volksüberzeugung gebe und aus dem Völker, die direkt durch gemeinsame Überzeugungen über moralische und rechtliche Freiheit zusammengehalten werden, überhaupt existieren⁸⁶. In der bundesdeutschen Rechtsordnung wird das Gewohnheitsrecht als gleichberechtigt mit Gesetzen anerkannt. Nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts entsteht Gewohnheitsrecht nicht durch ein förmliches Rechtsetzungsverfahren, sondern durch eine längere tatsächliche Übung⁸⁷. Zwar leitet sich das Gewohnheitsrecht also nicht aus geschriebenem Recht ab, *Geis* verweist jedoch darauf, dass das Gewohnheitsrecht in der zersplitterten Rechtsordnung des Deutschen Bundes eine wichtige verbindende kulturelle Klammer darstellte und dass die Vorstellung eines gemeinsamen deutschen Volkstums mit gemeinsamen Rechtsvorstellungen über das Trauma der Kleinstaaterei hinweg fungierte als eine Vorstufe der nationalstaatlichen Einigung⁸⁸.

Gewohnheitsrecht ist ein Teil der Gesamtrechtsordnung, die sich aus dem geschriebenen Recht, vornehmlich auch aus den naturrechtlichen und wenigen sittlichen sowie gewohnheitsrechtlichen Komponenten zusammensetzt. Mit anderen Worten ist die Gewohnheit zunächst lediglich eine bloße Tatsächlichkeit, die nicht unbedingt den Charakter eines Verbots oder Gebots, das künftig zu beachten wäre, in sich trägt, sondern erst allmählich den Sollen-Bereich erobert. Obwohl sich das ungeschriebene Gewohnheitsrecht vom durch die Niederschrift gesetzten positiven Recht insoweit abgrenzt, als es nicht von staatlichen Organen (Legislative, teilweise auch Exekutive) im Rahmen des Normsetzungsverfahrens erlassen wird, wird vom Gesetzgeber anerkannt, dass es mit dem geschriebenen Recht gleichberechtigt ist. Man muss auch die überkommene Tatsache konfrontieren, dass die sittlichen Komponenten direkt in die verbindliche Ordnungsüberlieferung eingeflossen sind, weil das Gewohnheitsrecht während der Ermöglichung einer sittlich und sozial richtigen und konkordanten Gesamtordnung, also der Erreichung des einzig legitimen Zwecks jedes Rechtssatzes, noch nicht kodifiziert bzw. nicht radikal positiviert wird⁸⁹.

86 Vgl. *Puchta*, Gewohnheitsrecht, S. 188 ff.

87 BVerfGE 22, 114 (121); 28, 21 (28 f.); 34, 293 (303 f.); 57, 121 (134 f.); 61, 149 (203 f.).

88 Vgl. *Geis*, Gewohnheitsrecht, S. 25 f.

89 Siehe dazu *Wieacker*, Naturrechtsdiskussion, S. 6: „Könnte aber nicht der Gesetzespositivismus aus seinen eigenen Voraussetzungen und mit seinen eigenen Mitteln vor dieser Entartung bewahrt werden? Das erweist sich als unmöglich. Insbesondere verfängt die Auskunft nicht, daß sich eine positive Rechtsordnung vor diesem Verfall schon geschützt hätte, wenn sie sich selbst zur Bindung des Gesetzgebers und des

Wie oben beschrieben, kommt das Sittengesetz überhaupt nicht für das positivrechtliche System in Betracht. Aber die gesetzliche Nothilfepflicht nach § 323c StGB und die Duldungspflicht im Notstand nach § 34 StGB und nach § 904 BGB sowie andere ähnliche positivrechtliche, paternalistische Verhaltenspflichten stammen noch aus dem moralischen Prinzip der Solidarität. Somit ist es hier fraglich, ob und inwieweit man diese staats- oder rechtspaternalistische Einschränkung auf die moralische Verhaltenspflicht bzw. Sollensethik, insbesondere auf die naturrechtlichen oder sittlichen Komponenten im Gewohnheitsrecht, zurückführt, weil sich diese Einschränkung eben auf das Selbstbestimmungsrecht bzw. die innere Freiheit bezieht.

3. Moralischer und legaler Paternalismus

a) *Moralisierender Perfektionismus*

Hart gibt in „Law, Liberty, and Morality“ nicht nur eine Definition des Paternalismus, sondern auch eine Unterscheidung dadurch, dass er den Staats- oder Rechtspaternalismus und den moralischen Paternalismus, Rechtsmoralismus⁹⁰ oder moralisierenden Perfektionismus⁹¹ voneinander abgrenzt. Der moralische Paternalismus bedeutet im Sinne Harts:

Diese Anschauung des legal moralism, es sei genuine Funktion des Rechts, Handlungen, die zwar im strengen Sinn nicht schaden, aber als unmoralisch gelten, ähnlich dem Verrat (treason) zu strafen, steht der Forderung nach funktionaler Trennung von Moral und Recht strikt entgegen. Legal moralism bezeichnet also die Vorstellung, dass das Zwangs-

Richters an Grundrechte und andere rechtsstaatliche Garantien entschieden hat. Es bleibt ein Paradox, überpositives Recht durch die positive Gesetzesregel selbst einfangen zu wollen – etwa so, wie die Schildbürger, die in ihrem Rathaus die Fenster vergessen hatten, das Sonnenlicht nun in Säcken hineinzutragen gedachten.“

90 Siehe dazu *Fateh-Moghadam*, Paternalismus, S. 25: „Der Rechtsmoralismus begründet dies aber nicht mit dem Wohl des Betroffenen, sondern damit, dass bestimmte selbstschädigende Dispositionen gesellschaftliche Moralvorstellungen verletzen, zur moralischen Desintegration der Gesellschaft führen oder schlicht in sich schlecht (malum in se) seien. [...] Soweit der Moralismus zu einer Bevormundung des Einzelnen führt, kann man ihn als moralischen Paternalismus in den Paternalismusbegriff integrieren.“

91 Vgl. Hart, 1963, S. 30–38. Siehe dazu über Perfektionismus *Gutwald*, Perfektionismus, S. 88–91.

instrumentarium des Rechts nicht nur dann eingesetzt werden solle, wenn klare Verstöße gegen Rechtsregeln begangen wurden, sondern auch dann, wenn moralische Überzeugungen verletzt worden sind. Ziel des legal moralism ist die Bewahrung der Moral als Kohäsionskraft der Gesellschaft, die dafür Sorge, dass die Gesellschaft nicht auseinanderbreche. Um der Kontinuität der Gesellschaft willen müsse die Moral auch mittels des Rechts bewahrt werden.⁹²

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 Moralnormen versuchen und damit bestimmen, worin die objektiven Rationalitätskriterien des Wohlergehens der Allgemeinheit bestehen können⁹³. „Je weiter man generalisiert, desto weiter entfernt man sich jedoch von der subjektiven Perspektive, [sic] und nähert sich der Einführung objektivere [sic] Kriterien an.“⁹⁴ Demnach bezieht sich die moralische Wertung des paternalistischen Eingriffs nicht auf die einzelne Person, sondern auf den generalisierten Menschen als Vernunftwesen, so dass man sich nicht mehr an der autonomen Moral, sondern nur an der heteronomen Moral orientieren kann als Kriterium der menschlichen Vernunft.

Dadurch besteht die Gefahr, einen substanziellen Perfektionismus zu vertreten, indem man bestimmte Präferenzen einfach objektiv als gegeben setzt⁹⁵. Also besteht eine Schwierigkeit darin, wie anspruchsvoll man die Kriterien der Schwelle des paternalistischen Eingriffs gestaltet, d. h., wie hoch die Schwelle gesetzt wird. „Wenn wir fordern, dass eine autonome Entscheidung alle denkbaren Kriterien für eine freiwillige, eigene Entschei-

92 Zude, Paternalismus, S. 123.

93 Vgl. Kirste, JZ 2011, S. 806.

94 Gutwald, Perfektionismus, S. 88.

95 Vgl. ebenda, S. 88 f.

dung erfüllen muss, werden viele Entscheidungen unter diese Schwelle fallen.“⁹⁶ Man sollte z. B. nach *Feinberg* als notwendige Voraussetzung auch verlangen, dass autonome Entscheidungen nicht unter Impuls, Müdigkeit oder Nervosität, mit einem möglichst hohen Maß an Informationen und nicht unter Zeitdruck getroffen werden sollen; andernfalls würde in individuelle Entscheidungen ohne Erfüllung jeder oben genannten Bedingung paternalistisch eingegriffen⁹⁷. Deshalb darf hier nicht die Gefahr übersehen werden, dass die Schwelle so fordernd gestaltet werden kann, dass sich eine Reihe von Eingriffsmöglichkeiten eröffnet, wodurch der garantierte Freiheitsraum des Individuums extrem klein wird und man in den Bereich des moralisierenden Perfektionismus gerät⁹⁸.

Weil die möglichst hohe Schwelle des moralisierenden Perfektionismus auch möglichst viele Möglichkeiten für die Rechtfertigung des paternalistischen Eingriffs beinhaltet, sind dogmatische Rechtsbegriffe wie z. B. „Verschwörung“ oder „Korrumpierung“ zu verwässern, damit man sie auch auf ein unmoralisches Verhalten beziehen kann. Deswegen übt *Hart* Kritik an der Beliebigkeit, mit der ein Verhalten als unmoralisch eingeschätzt und damit z. B. als „Verschwörung“ oder „Korrumpierung“ bezeichnet sowie dann bestraft werden kann⁹⁹. Mit anderen Worten lässt der Rechtsmoralismus die normative Bestimmtheit in der Rechtspflege als gewichtigen Grundsatz außen vor¹⁰⁰. Diese Unsicherheit beruht auf einer gewissen Willkür, mit der anhand nicht festgelegter Maßstäbe Handlungen kriminalisiert werden könnten. So kann die Begründung für einen moralischen Paternalismus auf die Förderung der „Charakterstärke“ einer Person als Mittel auf dem Wege

96 Ebenda, S. 82.

97 Vgl. *Feinberg*, Self, S. 145–171. Siehe dazu auch *Feinberg*, Self, S. 170: “If our purpose is to decide whether some person’s impending dangerous but self-regarding conduct is voluntary enough to exempt him from protective interference, then we are likely to use standards tailored more closely to the special circumstances, and the existence of the actor’s neurotic motives becomes part of the background against which we look for (other) voluntariness-diminishing factors, like factual ignorance and external coercion.”

98 Vgl. *Papageorgiou*, Schaden, S. 229 ff.

99 Vgl. *Hart*, 1963, S. 11.

100 Siehe zur normativen Bestimmtheit in der Rechtspflege *Hart*, 1963, S. 12: “The principle of legality which requires criminal offences to be as precisely defined as possible, so that it can be known with reasonable certainty beforehand what acts are criminal and what are not.”

zum moralisch perfektionistischen Wohl der Person als Zweck verweisen, wobei diese „Charakterstärke“ ein moralisches Handeln ermöglichen soll¹⁰¹.

b) *Legal Paternalismus aus liberaler Sicht*

Als Gegenposition zum Rechtsmoralismus bedeutet der Rechtspaternalismus nur den Schutz der materiellen Interessen des Individuums und auch der Gesellschaft.

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 (Helmpflicht, Anschnallpflicht etc.). Man kann paternalistisch motivierte Gesetze einteilen in solche, die bestimmte Verhaltensweisen straf- und zivilrechtlich 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, Strafrecht, dem Streit über den Wohlfahrtsstaat, das Gesundheitssystem, das Bildungssystem (z. B. Schulpflicht).¹⁰²

Also gilt hier die Vermeidung der substanziellen Verletzung oder der entsprechenden Gefährdung dieser Interessen als maßgebliches Kriterium für den rechtspaternalistischen Eingriff¹⁰³.

101 Vgl. Drerup, Paternalismus, S. 196 ff.

102 Ebenda, S. 182.

103 Siehe dazu Hart, 1963, S. 33 und Zude, Paternalismus, S. 126: „Damit kommt Hart auch mit der Abgrenzung des Paternalismus vom Rechtsmoralismus zu einer Ge-

Zwar ist die rechtspaternalistisch motivierte Intervention manchmal auf das Wohl der Gesellschaft gerichtet, aber der Zweck dieser Intervention, anders als beim Rechtsmoralismus, beruft sich nicht auf die zwangsweise Aufrechterhaltung der abstrakten Moral der Gesellschaft, sondern noch unmittelbar auf den Schutz des Individuums.

„Die Einwilligung eines ‚Opfers‘ ändert nichts an der eventuellen Beurteilung einer Handlung als harmful und an der damit gegebenen Legitimität der Intervention.“¹⁰⁴ D. h., die Definitionshoheit darüber, was als verletzend oder leidvoll gilt, liegt außerhalb der Beurteilungskompetenz des betroffenen Individuums. Mit anderen Worten können die rechtspaternalistischen Maßnahmen nur vom Gesetzgeber anerkannt oder eingesetzt werden.

Bei Überlegungen über die Rechtfertigung des rechtspaternalistischen Eingriffs ohne Verstoß gegen das Gebot ethischer Neutralität¹⁰⁵ sieht sich der Gesetzgeber mit der Schwierigkeit konfrontiert, wie die Kriterien der Schwelle dieses Eingriffs in einer freiheitlich-pluralistischen Gesellschaft gestaltet werden können¹⁰⁶.

genüberstellung von Verhinderung physischen Leids einerseits und Durchsetzung moralischen Verhaltens andererseits. Wer die Verhinderung physischen Leids als Rechtfertigung strafrechtlicher Intervention akzeptiere, müsse nicht auch damit einverstanden sein, dass unmoralisches Verhalten, das niemanden verletze, zu bestrafen sei. [...] Der Verstoß gegen moralische Prinzipien allein stellt für Hart keinen hinreichenden Rechtfertigungsgrund dar.“

104 Zude, Paternalismus, S. 126.

105 Drerup hält das verfassungsrechtliche Prinzip der ethischen Neutralität des Staats für teilweise lückenhaft. Siehe dazu Drerup, Paternalismus, S. 190–191: „Indem der demokratische und liberale Staat die Entwicklung der Autonomie unterstützt und die Schüler mit einer Vielzahl von Weltbildern und Lebensweisen konfrontiert, macht er es jenen Eltern schwer, die ihren Kindern ein bestimmtes Glaubenssystem vermitteln möchten, und erst recht jenen Gruppen, die sich dem Einfluss der Mehrheitsgesellschaft zu entziehen bestrebt sind, um einen Lebensstil aufrechtzuerhalten, [der] eher auf [der] Achtung der Tradition als auf der Autonomie des Individuums und seiner kritischen Urteilskraft fußt. Die Neutralität des Staates ist also nicht vollständig. [...] Die populären, von antipaternalistischen Motiven inspirierten Forderungen, der Staat solle sich nicht um das Glück der Individuen kümmern, weil er darüber keine verbindlichen Aussagen machen könne, er solle sich vielmehr strikt neutral verhalten bezüglich unterschiedlicher Auffassungen über das Gute bzw. das gute Leben, unterschätzen die Möglichkeiten normativer Verständigung (auch der Forschung zum guten Leben) und überschätzen die Möglichkeiten der Einhaltung des Neutralitätsgebots.“

106 Vgl. Scheinfeld, Strafrechtspaternalismus, S. 310 ff.

Im Verfassungsstaat wird die Handlungsfreiheit einer Mehrheit und einer Minderheit gleich geschützt, also darf der Staat nicht wegen der Interessen von Mehrheiten die Freiheitssphären von Minderheiten beschneiden; andernfalls wird eine Ungleichbehandlung seitens des Staates geschaffen oder vertieft. Da es in einer pluralistischen Gesellschaft verschiedene Handlungsarten gibt, ist es schwierig, eine bestimmte Art der Entscheidung als die einzig rationale Art zu bezeichnen, auf die man entscheiden kann.

Zwar bezieht sich der Rechtspaternalismus auf die individuelle Selbstbestimmung bzw. die innere Freiheit, die sich innerhalb der Systematik der Kant'schen Moralphilosophie an der autonomen Moral orientieren soll, aber dies bedeutet nicht, dass der Rechtspaternalismus unmittelbar mit moralischen Faktoren bzw. ethischen Elementen, insbesondere mit der ethischen Neutralität des Staates, in Zusammenhang steht. Mit anderen Worten ist er nur mit den rechtlich substanziellen Interessen fest verbunden, wie *Wohlers* betont:

Zunächst können nur die Interessen als strafrechtlich relevante Interessen anerkannt werden, die sich innerhalb des normativen Rahmens der Gesellschaft halten. Wie bereits oben dargelegt wurde, hat dies für eine pluralistische Gesellschaft zur Konsequenz, daß Verhaltensweisen, die darauf abzielen, den Pluralismus als Grundstruktur der Gesellschaft zu bekämpfen, von vornherein keinem als legitim anzuerkennenden Interesse dienen können. Ebensowenig ist das Interesse an der Unterdrückung bestimmter Konzeptionen des Guten ein strafrechtlich legitimes Interesse [Hervorh. d. Verf.] – jedenfalls dann, wenn sich die bekämpfte Konzeption des Guten ihrerseits noch innerhalb des Rahmens der normativen Grundstruktur der pluralistischen Gesellschaft bewegt.¹⁰⁷

Eigentlich bedeutet das verfassungsrechtliche Prinzip der ethischen Neutralität des Staates keine Untätigkeit des Gesetzgebers oder Richters beim Einsatz oder der Interpretation der Kriterien der rechtspaternalistischen Intervention¹⁰⁸. In Wirklichkeit stammt dieses Prinzip aus der Gleichbehandlung und Gleichberechtigung gemäß Art. 3 GG, d. h., entweder eine

107 *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 275.

108 Siehe dazu *Huster*, Neutralität, S. 86 ff.: „Von dem Erfordernis der Rechtfertigungsbedürftigkeit staatlichen Handelns gelangt man nicht automatisch zu einem Gebot der Neutralität in ethischen Fragen. Welche Konsequenzen das Legitimitätsprinzip mit sich bringt, hängt davon ab, was wir als rechtfertigenden Grund zu akzeptieren bereit sind.“

Mehrheit oder eine Minderheit muss gleich, positiv vor der Verletzung der rechtlich substanziellen Interessen, die sich nicht unmittelbar auf ethische Angelegenheiten bzw. religiös-weltanschauliche Fragen¹⁰⁹ beziehen, geschützt werden¹¹⁰. 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 konkretisieren¹¹¹. So gilt faktisch,

dass Institutionen, und insbesondere der Gesetzgeber, beim Erlassen von Vorschriften Generalisierungen vornehmen müssen. So müssen Wege gefunden werden, wie man die subjektive Perspektive in die Konstruktion von gesetzlichen Maßnahmen mit einbezieht, etwa durch die Aggre-

109 Siehe dazu ebenda, S. 87 f.: „Die grundrechtliche Freistellung weltanschaulich-religiöser Überzeugungen und privater Lebensformen zeigt, daß der öffentlichen Gewalt nach der Konzeption des Grundgesetzes jedenfalls kein umfassendes Mandat zur Regulierung dieses Bereichs zusteht. Religiös-weltanschauliche Überzeugungen im engeren Sinne sind darüber hinaus in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vollständig einer staatlichen Bewertung entzogen. Zudem erklärt der Ansatz über den politischen Skeptizismus, warum im Verfassungsrecht von staatlicher Neutralität nicht nur in religiös-weltanschaulichen, sondern allgemeiner in ethischen Angelegenheiten die Rede ist: In beiden Hinsichten bestehen in modernen Gesellschaften, deren Mitglieder keiner einheitlichen Konzeption des Guten verpflichtet sind, vergleichbare Differenzen und entsprechende Begründungsschwierigkeiten. Auf diese Weise wird deutlich, was die verschiedenen Sachbereiche verbindet, in denen eine staatliche Verpflichtung zu ethischer Neutralität in Betracht kommt: Es geht immer darum, ob und inwieweit dem Staat Begründungen zur Verfügung stehen, um in diesen ethisch imprägnierten Bereichen tätig zu werden.“

110 Siehe dazu BVerfGE 24, 236 (24 f.): „Bei der Würdigung dessen, was im Einzelfall als Ausübung von Religion und Weltanschauung zu betrachten ist, darf das Selbstverständnis der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nicht außer Betracht bleiben. Zwar hat der religiös-neutrale Staat grundsätzlich verfassungsrechtliche Begriffe nach neutralen, allgemeingültigen, nicht konfessionell oder weltanschaulich gebundenen Gesichtspunkten zu interpretieren (BVerfGE 10, 59 (84 f.); 12, 45 (54); 19, 1 (8); 19, 226 (238 ff.); 19, 268 (278 ff.)). Wo aber in einer pluralistischen Gesellschaft die Rechtsordnung gerade das religiöse oder weltanschauliche Selbstverständnis wie bei der Kultusfreiheit voraussetzt, würde der Staat die den Kirchen, den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nach dem Grundgesetz gewährte Eigenständigkeit und ihre Selbständigkeit in ihrem eigenen Bereich verletzen, wenn er bei der Auslegung der sich aus einem bestimmten Bekenntnis oder einer Weltanschauung ergebenden Religionsausübung deren Selbstverständnis nicht berücksichtigen würde (BVerfGE 18, 385 (386 f.)).“

111 Vgl. Huster, Neutralität, S. 90–124.

gation von tatsächlichen Präferenzen. Auf jeden Fall ist aus meiner Sicht Zurückhaltung bei der Konstruktion von weich paternalistischen Maßnahmen angebracht. [...] Dies bedeutet nicht, dass man keine objektiven, generellen Kriterien für paternalistische Regelungen finden kann oder soll.¹¹²

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 ausgehen¹¹³. Hier ist es deshalb fraglich, welche Anforderungen zu diesen Kriterien der rechtspaternalistischen Maßnahmen gegen die individuelle Selbstbestimmung werden können.

4. Verrechtlichung von ethischen Pflichten

Es gelingt der Kant'schen Rechtsphilosophie am Leitfaden dieser Begriffe, Recht und Ethik zu trennen¹¹⁴. Die Unterscheidung von Legalität und Moralität deutet an, dass sowohl Legalität als auch Moralität Weisen der Erfüllung von praktischen Vernunftgesetzen sind.

Da nun aber alle praktischen Vernunftgesetze oder auch alle moralischen Gesetze zwei Stücke – ein objektives Sollen und eine Triebfeder zur Erfüllung der Sollensforderung – enthalten, kann das Begriffspaar „Legalität/Moralität“ nicht einem Teilbereich der „Methaphysik der Sitten“

112 Gutwald, Perfektionismus, S. 88.

113 Durch den weiteren Einsatz empirischer Daten oder Umfragewerte könnten wir einen wissenschaftlichen Lösungsweg finden, präzise Mindestkriterien darzustellen. Siehe dazu Hayek, Spontane Ordnung, S. 98: „Die Erhaltung unserer Kultur war zweifellos nur möglich, weil die Moralregeln, deren Funktion die Menschen nicht einhalten konnten, durch religiöse Sanktionen belegt wurden. Wenn die meisten Menschen nicht den Glauben an Sanktionen bei der Durchbrechung der traditionellen Moral gehabt hätten, die im Sinne der Wissenschaft gewiß nicht Wahrheiten sind, so verdanken wir das nur dem Umstand, daß die Menschen andere Dinge geglaubt haben, und zwar die richtigen Dinge, die vom wissenschaftlichen Standpunkt aus gesehen aber gar nicht moralisch sind. Dies sind symbolische Wahrheiten in dem Sinn, daß sie uns das Richtige tun lassen, mit einer Begründung, die vom wissenschaftlichen Standpunkt aber als kaum gültig gelten sollte.“

114 Vgl. Samson, Moralität, S. 180.

vorbehalten sein, etwa die Legalität dem Rechtsbereich und die Moralität dem Moralbereich.¹¹⁵

Nach der Kant'schen Rechtsphilosophie erfolgt die Begrenzung des Rechtsbereichs auf die Beurteilung äußeren Verhaltens im zwischenmenschlichen Bereich¹¹⁶. Demnach wird der rechtspaternalistische Eingriff auch durch staatliche Gesetze vorgenommen, aber die Erklärung der Legalität der rechtspaternalistischen Maßnahmen über die oben genannten Kriterien ist komplizierter als bei anderen staatlichen Zwängen, weil sich die paternalistischen Rechtspflichten ebenso wie Tugendpflichten auch gleichzeitig auf die persönliche Autonomie beziehen.

a) *Ethische Pflichten und Verrechtlichung*

Zwar sind Legalität und Moralität, nämlich Rechts- und Tugendpflichten, voneinander streng abgrenzbar, aber *Wieacker* verweist darauf, dass das Rechtsgebot nach wie vor allein die Ordnung des äußeren Verhaltens zum Gegenstande hat und dass dieses Verhalten auch gerade um seines Gesinungswertes willen vorgeschrieben sein mag, weil die Rechtsordnung fast immer auf Gebote elementarer Sittlichkeit, d. h. auf die von allen rechtlich Denkenden respektierten Grundsätze der praktischen Moral, zielt. Andernfalls würden solche positiven Entscheidungen des Gesetzgebers in allen Gesetzen, insbesondere im Grundgesetz, „ohne ihren Zusammenhang mit den beiden fundamentalen Prinzipien Kants, nämlich mit dem Verzicht auf eine heteronome Ethik und mit dem Satz, daß der Mensch nicht zum Mittel von außerhalb seiner selbst gelegenen Zwecken gemacht werden dürfe, ihren möglichen Sinn verlieren.“¹¹⁷

Mit anderen Worten gibt es die Möglichkeit, dass sich die ethischen Verbindlichkeiten auf einer allgemeinen Basis, nämlich der Erfüllung von praktischen Vernunftgesetzen, in rechtliche Pflichten verwandeln. Der Basisgrund der Verwandlung oder der Verrechtlichung der ethischen Verbindlichkeiten ist die Heteronomie der Pflichtnormen.

115 *Kühl*, Naturrechtliche Grenzen, S. 81.

116 Diese Begrenzung bedeutet auch eine Begrenzung des Strafrechtsbereichs, denn der spezielle Geltungsbereich des Strafrechts kann nicht über den Regelungsbereich des Rechts insgesamt hinausgehen, da das Strafrecht ein Teilgebiet des Rechts ist.

117 *Wieacker*, Sittengesetz, S. 25.

Zunächst beruhen die Rechtsnormen mit einer heteronomen Generierung und Verpflichtungskraft nur auf dem geltenden positiven Recht im Sinne einer objektiven Ordnung. Dagegen wird die moralische Verpflichtung charakterisiert als autonom. In der Konsequenz führt die innere Anerkennung dieser moralischen Verpflichtung zu einer vollständigen Subjektivierung moralischer Normen. Die Subjektivierung wird von einem konkreten Einzelnen als der autonom-normsetzenden Instanz erledigt¹¹⁸.

Aber wenn man die „Autonomie“ der moralischen Wertung nicht auf die einzelne Person, sondern auf den generalisierten Menschen als Vernunftwesen bezieht, ist die autonom-normsetzende Instanz nicht diese einzelne Person, sondern die Autorität. Demnach wird eine am Kriterium der menschlichen Vernunft orientierte, autonome Moral zu einer autoritätsgebundenen, heteronomen Moral. Kühl zeigt dieses Phänomen auch im Strafrecht:

Die Tugendpflicht gegen andere ist zunächst die Achtungspflicht, welche „der Rechtspflicht, niemandem das Seine zu schmälern, analog erscheint, weil sie eigentlich nur negativ ist (sich nicht über andere zu erheben)“. Bei den Achtungspflichten könnte der Rechtsbereich und damit auch die Strafbarkeitsgrenzen hinsichtlich von Ehrverletzungen – „äußere Bezeugung der Geringschätzung“ – diskutiert werden. Nach Kant ist sie in wohl nur scheinbarem Widerspruch zum geltenden Recht erst bei der „Verleumdung (eine falsche, vor Recht zu ziehende Nachrede)“, noch nicht bei der üblen Nachrede („etwa für andere Nachteiliges ins Gerücht zu bringen“) erreicht.¹¹⁹

Mit anderen Worten kann man die Tugendpflicht von der Rechtspflicht nicht mehr durch die heteronome oder autonome Erscheinungsform der Verpflichtungen unterscheiden.

Die Pflichten nach der rechtlichen Gesetzgebung können nur äußere Pflichten sein, weil diese Gesetzgebung nicht verlangt, daß die Idee dieser Pflicht, welche innerlich ist, für sich selbst Bestimmungsgrund der Willkür des Handelnden sei, und, da sie doch einer für Gesetze schicklichen Triebfeder bedarf, nur äußere mit dem Gesetze verbinden kann. Die ethische Gesetzgebung dagegen macht zwar auch innere Handlungen zu Pflichten, aber nicht etwa mit Ausschließung der äußeren [Her-

118 Vgl. Kirste, Recht, S. 9 f.

119 Kühl, Naturrechtliche Grenzen, S. 91 f.

vorh. d. Verf.], sondern geht auf alles, was Pflicht ist, überhaupt. Aber eben darum, weil die ethische Gesetzgebung die innere Triebfeder der Handlung (die Idee der Pflicht) in ihr Gesetz mit einschließt, welche Bestimmung durchaus nicht in die äußere Gesetzgebung einfließen muß, so kann die ethische Gesetzgebung keine äußere (selbst nicht die eines göttlichen Willens) sein, ob sie zwar die Pflichten, die auf einer anderen, nämlich äußeren Gesetzgebung beruhen, als Pflichten, in ihre Gesetzgebung zu Triebfedern aufnimmt. Hieraus ist zu ersehen, daß alle Pflichten bloß darum, weil sie Pflichten sind, mit zur Ethik gehören; aber ihre Gesetzgebung ist darum nicht allemal in der Ethik enthalten, sondern von vielen derselben außerhalb derselben [Hervorh. d. Verf.]. So gebietet die Ethik, daß ich eine in einem Verträge getane Anheischigmachung, wenn mich der andere Teil gleich nicht dazu zwingen könnte, doch erfüllen müsse: allein sie nimmt das Gesetz (*pacta sunt servanda*), [sic] und die diesem korrespondierende Pflicht aus der Rechtslehre als gegeben an. Also nicht in der Ethik, sondern im Ius [Hervorh. d. Verf.], liegt die Gesetzgebung, daß angenommene Versprechen gehalten werden müssen. Die Ethik lehrt hernach nur, daß, wenn die Triebfeder, welche die juridische Gesetzgebung mit jener Pflicht verbindet, nämlich der äußere Zwang, auch weggelassen wird, die Idee der Pflicht allein schon zur Triebfeder hinreichend sei. Denn wäre das nicht, und die Gesetzgebung selber nicht juridisch, mithin die aus ihr entspringende Pflicht nicht eigentliche Rechtspflicht (zum Unterschiede von der Tugendpflicht), so würde man die Leistung der Treue (gemäß seinem Versprechen in einem Verträge) mit denen Handlungen des Wohlwollens und der Verpflichtung zu ihnen in eine Klasse setzen, welches durchaus nicht geschehen muß. Es ist keine Tugendpflicht, sein Versprechen zu halten, sondern eine Rechtspflicht, zu deren Leistung man gezwungen werden kann. Aber es ist doch eine tugendhafte Handlung (Beweis der Tugend), es auch da zu tun, wo kein Zwang besorgt werden darf. Rechtslehre und Tugendlehre unterscheiden sich also nicht sowohl durch ihre verschiedenen Pflichten, als vielmehr durch die Verschiedenheit der Gesetzgebung, welche die eine oder die andere Triebfeder mit dem Gesetze verbindet [Hervorh. d. Verf.]. Die ethische Gesetzgebung (die Pflichten mögen allenfalls auch äußere sein) ist diejenige, welche nicht äußerlich sein kann; die juridische ist, welche auch äußerlich sein kann. So ist es eine äußerliche Pflicht, sein vertragsmäßiges Versprechen zu halten; aber das Gebot, dieses bloß darum zu tun, weil es Pflicht ist, ohne auf eine andere Triebfeder

Rücksicht zu nehmen, ist bloß zur inneren Gesetzgebung gehörig. Also nicht als besondere Art von Pflicht (eine besondere Art Handlungen, zu denen man verbunden ist) – denn es ist in der Ethik sowohl als im Rechte eine äußere Pflicht –, sondern weil die Gesetzgebung, im angeführten Falle, eine innere ist und keinen äußeren Gesetzgeber [Hervorh. d. Verf.] haben kann, wird die Verbindlichkeit zur Ethik gezählt.¹²⁰

Nach *Kant* befindet sich der Unterschied zwischen den Tugend- und den Rechtspflichten darin, welche Instanz über den Inhalt der als verbindlich gedachten Normen entscheidet, nämlich der innere Gesetzgeber¹²¹ (der konkrete Betroffene selbst) oder der äußere Gesetzgeber (z. B. die Legislative). Zusammenfassend betrifft das staatliche Recht das menschliche Handeln, „insofern es nicht durchgängig von Erfahrungsgesetzen festgelegt, sondern selbstbewusst-frei durch Normen des ‚Sollens‘ oder – vorgreifend – Freiheitsgesetze bestimmbar ist, die daher in der logischen Form ‚präskriptiver‘ oder ‚praktischer‘ Sätze auftreten: ‚Was soll ich tun?‘; [sic] oder: es ist ‚gut‘ oder ‚recht‘, dieses oder jenes zu tun, zu unterlassen.“¹²² Das Recht bedeutet eine vom ethisch guten Handlungszweck unterschiedene, von der Legislative eingesetzte objektive Regel für das äußere, interpersonale Handeln mit zwingender Verbindlichkeit.

Der Gesetzgeber, vornehmlich in der heutigen Risiko- und Sicherheitsgesellschaft, erhält den Spielraum, ethische Pflichten zu verrechtlichen bzw. rechtspaternalistische Einschränkungen einzusetzen¹²³.

b) Verrechtlichungsverbot als Grenze des Rechtspaternalismus

Hinsichtlich der unterschiedlichen Instanzen zwischen den Tugend- und den Rechtspflichten werden die ethischen Pflichten ebenfalls in zwei Teile getrennt: heteronome oder autonome Pflichten¹²⁴. Dazu stellt *Ellscheid* wei-

120 *Kant*, Rechtslehre, S. 29 f.

121 Siehe dazu *Ellscheid*, Paternalismusproblem, S. 189: „Eine inhaltliche Trennung setzt zunächst einmal voraus, dass nicht alle Pflichten aus der äußeren Gesetzgebung stammen, sondern einige nur und direkt aus der inneren Gesetzgebung.“

122 *Köhler*, Recht, S. 3.

123 Vgl. *Barczak*, Der nervöse Staat, S. 186 ff.

124 Siehe dazu *Stratenwerth*, Verhaltensdelikten, S. 158: „Die Abgrenzung von Recht und Moral bedeutet zunächst – auch historisch – die Trennung von Privatsphäre und Öffentlichkeit [Hervorh. d. Verf.]. Sie hat dort begonnen, wo dem Einzelnen, als ein erster Schritt zur Religionsfreiheit, zugestanden wurde, seiner Glaubensüberzeu-

ter dar, dass es besondere ethische Pflichten gibt, die eine Teilklassse bilden. Darin können die ethischen Pflichten teilweise durch rechtliche Zwänge garantiert werden, doch gibt es weiter eine Trennlinie zwischen Recht und Ethik, wodurch andere ethische Pflichten nicht aus der juristischen Gesetzgebung, sondern nur aus der inneren Gesetzgebung stammen¹²⁵.

„Kennzeichnet man die innere Gesetzgebung nur durch das Motiv der Moralität, so ergibt sich noch keine inhaltliche Trennung zwischen Rechtspflichten und ethischen Pflichten und erst recht keine Trennung innerhalb der ethischen Pflichten danach, ob sie verrechtlicht werden können oder nicht.“¹²⁶ Mit anderen Worten werden nach *Kant* die beiden, ethischen und rechtlichen, Verpflichtungen also auch dem Prinzip der Autonomie des Willens als dem obersten Prinzip der allen Gesetzgebungen, nämlich Ethikgesetz- und Rechtsgesetzgebung¹²⁷, gerecht. Nach diesem Prinzip kann der Mensch selbst, unabhängig von fremden Einflüssen, über praktische Vernunft verfügen.

Das Prinzip der Autonomie ist also: nicht anders zu wählen, als so, daß die Maximen seiner Wahl in demselben Wollen zugleich als allgemeines Gesetz mit begriffen sein. Daß diese praktische Regel ein Imperativ sei, d. i. der Wille jedes vernünftigen Wesens an sie als Bedingung notwendig gebunden sei [Hervorh. d. Verf.], kann durch bloße Zergliederung der in ihm vorkommenden Begriffe nicht bewiesen werden, weil es ein synthetischer Satz ist. [...] Allein daß gedachtes Prinzip der Autonomie das

gung zu folgen, solange das nur in seinen eigenen vier Wänden geschah, also nach außen nicht weiter in Erscheinung trat.“

- 125 Siehe dazu *Ellscheid*, Paternalismusproblem, S. 190: „Es ist nämlich in vierfacher Weise von ethischen Pflichten die Rede. Es gibt (1) indirekt-ethische Pflichten, (2) direkt-ethische Pflichten, (3) besondere ethische Pflichten, um die es Kant vornehmlich zu gehen scheint, und (4) Pflichten, die die Ethik mit dem Recht gemeinsam hat. Eindeutig ist, dass es sich bei den indirekt-ethischen Pflichten (1) um die Rechtspflichten handelt. Indirekt-ethisch werden sie genannt, weil auch sie, obwohl nur durch Recht generiert, aus Moralität erfüllt werden sollen. Direkt-ethische Pflichten (2) sind solche, die unmittelbar – d. h. nicht über die juristische Gesetzgebung vermittelt – aus der inneren Gesetzgebung (dem Gewissen) stammen. Ein Beispiel, auf das ich noch zurückkommen werde, ist das Verbot, andere Menschen zu töten. Dieses Verbot gälte im ethischen Sinne auch dann, wenn es im Recht eine Parallele nicht gäbe. Es handelt sich also um eine Pflicht, die die Ethik mit dem Recht gemein hat (4).“

126 Ebenda, S. 189.

127 Vgl. *Sensen*, Tugendlehre, S. 39 f.

alleinige Prinzip der Moral sei [Hervorh. d. Verf.], läßt sich durch bloße Zergliederung der Begriffe der Sittlichkeit gar wohl dartun.¹²⁸

Mit der Idee der Freiheit ist nun der Begriff der Autonomie unzertrennlich verbunden, mit diesem aber das allgemeine Prinzip der Sittlichkeit, welches in der Idee allen Handlungen vernünftiger Wesen eben so zum Grunde liegt, als das Naturgesetz allen Erscheinungen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Und so sind kategorische Imperativen möglich, dadurch, daß die Idee der Freiheit mich zu einem Gliede einer intelligibelen Welt macht, wodurch, wenn ich solches allein wäre, alle meine Handlungen der Autonomie des Willens jederzeit gemäß sein würden, da ich mich aber zugleich als Glied der Sinnenwelt anschau, gemäß sein sollen, welches kategorische Sollen einen synthetischen Satz a priori vorstellt, dadurch, daß über meinen durch sinnliche Begierden affizierten Willen noch die Idee ebendesselben, aber zur Verstandeswelt gehörigen, reinen, für sich selbst praktischen Willens hinzukommt, welcher die oberste Bedingung [Hervorh. d. Verf.] des ersteren nach der Vernunft enthält.¹²⁹

Wie wir bereits in der praktischen Welt gesehen haben, erhält man aus den allgemeinen ethischen Verpflichtungen keine bestimmten Verhaltensmuster, weil die Autonomie des Willens keine bestimmten gesollten Willensrichtungen darstellt. In diesem Zusammenhang stellt *Kant* die Frage, ob es eine notwendige Bedingung und Grenze für die Autonomie aller vernünftigen Wesen gibt, so dass die Freiheit als Eigenschaft des Willens aller vernünftigen Wesen bewiesen werden kann¹³⁰.

Die Frage ist also diese: ist es ein notwendiges Gesetz für alle vernünftige Wesen, ihre Handlungen jederzeit nach solchen Maximen zu beurteilen, von denen sie selbst wollen können, daß sie zu allgemeinen Gesetzen dienen sollen? [...] Nun sage ich: der Mensch, und überhaupt jedes vernünftige Wesen, existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muß in allen seinen, sowohl auf sich selbst, als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden.¹³¹

128 *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 75.

129 Ebenda, S. 90 f.

130 Vgl. ebenda, S. 57, 83.

131 Ebenda, S. 57 ff.

Mit anderen Worten stellt die hier genannte Zweckformel des kategorischen Imperativs die Grundlage der Einsetzung der Verpflichtungen, nämlich der inneren und äußeren Gesetzgebung, dar.

Wenn es denn also ein oberstes praktisches Prinzip, und, in Ansehung des menschlichen Willens, einen kategorischen Imperativ geben soll, so muß es ein solches sein, das aus der Vorstellung dessen, was notwendig für jedermann Zweck ist, weil es Zweck an sich selbst [Hervorh. d. Verf.] ist, ein objektives Prinzip des Willens ausmacht, mithin zum allgemeinen praktischen Gesetz [Hervorh. d. Verf.] dienen kann. Der Grund dieses Prinzips ist: die vernünftige Natur existiert als Zweck an sich selbst [Hervorh. d. Verf.]. [...] Handle so, daß du die Menschheit [Hervorh. d. Verf.], sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest [Hervorh. d. Verf.].¹³²

Diese Zweckformel wird vornehmlich bei der Verrechtlichung der ethischen Pflichten, nämlich beim Einsatz der rechtspaternalistischen Eingriffe, ausgedrückt.

Als die von Kant inspirierte Auffassung von Menschenwürde gilt bis heute weitgehend die von Günter Dürig im alten GG-Kommentar verwendete „Objekt-Formel“: Die Menschenwürde als solche ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.¹³³

Diese Auffassung wird auch vom Bundesverfassungsgericht vertreten: Es widerspricht der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staat zu machen¹³⁴. Im Strafrecht expliziert das Gericht weiter diese Forderung:

Das Gebot zur Achtung der Menschenwürde bedeutet insbesondere, daß grausame, unmenschliche und erniedrigende Strafen verboten sind (BVerfGE 1, 332 (348); 6, 389 (439)). Der Täter darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wertanspruchs und Achtungsanspruchs gemacht werden (BVerfGE 28, 389 (391)).¹³⁵

132 Ebenda, S. 60.

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

134 Vgl. BVerfGE 27, 1 (6).

135 BVerfGE 45, 187 (228).

Aber in der normativen Anwendung bzw. der dogmatischen Zitierung stößt man auf die Frage, ob diese Kant'schen rechtsphilosophischen Ausführungen direkt, eindeutig in die Rechtspflege, insbesondere für die strafrechtliche Verwendung, einzuführen sind¹³⁶. *Scheinfeld* zeigt auch das Problem dieser konkreten Verwendung der Objekt-Formel im Bereich der Organspende für die genaue Erklärung über die Selbstbestimmung der Spenderperson:

Diese Objekt-Formel ist aber letztlich nicht mehr als ein Platzhalter, der den Rechtsanwender zur eigentlichen Wertung erst auffordert. Diesen Zweck erfüllt sie überdies in denkbar schlechter Weise, weil sie, hochirreführend wie sie ist, zu falschen Lösungen anleitet. Sie ist zum Teil zu weit, zum anderen Teil zu eng. Zum Deduzieren eignet sich diese Formel nicht. Auf die Unwägbarkeiten der Formel müssen wir uns aber nicht einlassen.¹³⁷

Deshalb hat diese Kant'sche Objekt-Formel nur eine ethisch-deklaratorische Funktion, so dass wir sie in der praktisch-juristischen Verwendung weiter durch behutsame Auslegung¹³⁸ konkretisieren müssen. Demnach ist hier fraglich, welche ethischen Pflichten nicht verrechnet 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.

Nach *Kant* bedeutet der Zweck die eigene Vollkommenheit und die fremde Glückseligkeit:

Man kann diese nicht gegeneinander umtauschen und eigene Glückseligkeit einerseits mit fremder Vollkommenheit andererseits zu Zwecken machen, die an sich selbst Pflichten derselben Person wären. Denn eigene Glückseligkeit ist ein Zweck, den zwar alle Menschen (vermöge des Antriebes ihrer Natur) haben, nie aber kann dieser Zweck als Pflicht angesehen werden, ohne sich selbst zu widersprechen [Hervorh. d. Verf.].

136 Vgl. *Mohr*, Menschenwürde, S. 474 f.

137 *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 418.

138 Siehe dazu *Wieacker*, Sittengesetz, S. 23: „Ist die Bestimmung des Verhältnisses von Recht und Sittlichkeit nach der geltenden deutschen Rechtsordnung, wie sie im Grundgesetz und der Gesamtheit aller anderen Gesetze erscheint, eine praktisch-juristische, so ist zunächst die praktische Sozialethik zu erschließen, die sich aus dem eigenen Selbstverständnis dieser Rechtsordnung durch behutsame Auslegung ergibt.“

Was ein jeder unvermeidlich schon von selbst will, das gehört nicht unter den Begriff von Pflicht; denn diese ist eine Nötigung zu einem ungern genommenen Zweck. Es widerspricht sich also zu sagen: man sei verpflichtet, seine eigene Glückseligkeit mit allen Kräften zu befördern [Hervorh. d. Verf.]. Ebenso ist es ein Widerspruch, eines anderen Vollkommenheit mir zum Zweck zu machen und mich zu deren Beförderung für verpflichtet zu halten. Denn darin besteht eben die Vollkommenheit eines andern Menschen, als einer Person, daß er selbst vermögend ist, sich seinen Zweck nach seinen eigenen Begriffen von Pflicht zu setzen [Hervorh. d. Verf.], und es widerspricht sich, zu fordern (mir zur Pflicht zu machen), daß ich etwas tun soll, was kein anderer als er selbst tun kann.¹³⁹

Mit anderen Worten verweist *Kant* auf das Wesen der ethischen Pflichten gegen sich selbst, deren Erfüllung jeder Mensch nur sich selbst, normalerweise im Interesse der Entfaltung seiner Persönlichkeit, schuldet. Diese Pflichten für die Erreichung der eigenen Vollkommenheit des Handelnden können nicht durch fremdbestimmte Dressur oder sogar durch rechtlichen Zwang ersetzt werden. Deshalb dürfen diese ethischen Pflichten nicht verrechtlicht werden, d. h., der Rechtspaternalismus bezieht sich nicht auf die Erreichung der eigenen Vollkommenheit.

Aber mit den Wendungen „daß er selbst vermögend ist“ und „was kein anderer als er selbst tun kann“ zeigt sich auch, dass sich eine Person ethisch nicht für die Glückseligkeit der anderen verpflichten muss, wenn die andere Person selbst in der Lage ist, ihre eigene Glückseligkeit zu erreichen.

Wenn es also auf Glückseligkeit ankommt, worauf, als meinen Zweck hinzuwirken es Pflicht sein soll, so muß es die Glückseligkeit anderer Menschen sein, deren (erlaubten) Zweck ich hiermit auch zu dem meinigen mache. [...] Widerwärtigkeiten, Schmerz und Mangel sind große Versuchungen zu Übertretung seiner Pflicht [Hervorh. d. Verf.]. Wohlhabenheit, Stärke, Gesundheit und Wohlfahrt überhaupt, die jenem Einflüsse entgegenstehen, können also auch, wie es scheint, als Zwecke angesehen werden, die zugleich Pflicht sind: nämlich seine eigene Glückseligkeit zu befördern und sie nicht bloß auf fremde zu richten. – Aber alsdann ist diese nicht der Zweck, sondern die Sittlichkeit des Subjekts ist es [Hervorh. d. Verf.], von welchem die Hindernisse wegzuräumen,

139 *Kant*, Tugendlehre, S. 18 f.

es bloß das erlaubte Mittel ist; da niemand anders ein Recht hat, von mir Aufopferung meiner nicht unmoralischen Zwecke zu fordern. Wohlhabenheit für sich selbst zu suchen, ist direkt nicht Pflicht; aber indirekt kann es eine solche wohl sein [Hervorh. d. Verf.]: nämlich Armut, als eine große Versuchung zu Lastern, abzuwehren. Alsdann aber ist es nicht meine Glückseligkeit, sondern meine Sittlichkeit [Hervorh. d. Verf.], deren Integrität zu erhalten mein Zweck und zugleich meine Pflicht ist.¹⁴⁰

Zwar kann eine beliebige Person normalerweise ohne Zwang die Glückseligkeit eines anderen Menschen nicht unabhängig von ihrer eigenen Vollkommenheit erreichen, aber *Kant* stellt die Ausnahme dar, dass eine Person sich sittlich bzw. ethisch dazu verpflichten lässt, erst wenn der andere Mensch z. B. durch Verletzung oder Gefahr in Schwierigkeiten gerät und seine eigene Vollkommenheit nicht erreichen kann. Diese ethischen Pflichten sind nicht nur autonom, sondern auch unter bestimmten Umständen heteronom, was die Möglichkeit bedeutet, dass sich diese ethischen Pflichten vom äußeren Gesetzgeber verrechtlichen lassen. Die Verrechtlichung dieser ethischen Pflichten bedeutet zugleich, dass sich der Rechtspaternalismus nur auf die Erreichung der fremden Glückseligkeit bezieht.

Wie mit Blick auf das „Selbsterhaltungsinteresse“ oben dargelegt wurde, tangiert die individuelle Selbstbestimmung die fremden substanziellen Interessen anderer oder der Allgemeinheit. Deshalb kann die praktische Verletzung oder die entsprechende Gefährdung dieser fremden Interessen eine Brücke für die rechtspaternalistischen Einschränkungen schlagen, wie z. B. die gesetzliche Nothilfepflicht nach § 323c StGB, die Duldungspflicht im Notstand nach § 34 StGB und nach § 904 BGB sowie die Entscheidungslösung nach § 3 TPG.

Nicht zuletzt stellt *Kant* mit der Wendung „deren Integrität zu erhalten mein Zweck und zugleich meine Pflicht ist“ noch ausdrücklich eine Voraussetzung dar: Die Erfüllung dieser Pflicht für die fremde Glückseligkeit muss auch der Objekt-Formel folgen, dass der Handelnde nicht zum Mittel von außerhalb seiner selbst gelegenen Zwecken werden kann. Aufgrund dieser prinzipiellen Voraussetzung haben wir die plausible Aufgabe¹⁴¹, die

140 Ebenda, S. 21 f.

141 Siehe dazu *Barczak*, *Der nervöse Staat*, S. 186: „Gesetze können zwar den Konflikt zwischen Recht und Moral reduzieren, aber nicht ausschließen. Auch wenn es ein charakteristisches Merkmal der heutigen Risiko- und Sicherheitsgesellschaft ist, mehr und mehr Lebensbereiche zu verrechtlichen, zu vergesetzlichen und auf diese Weise zu versicherheitlichen, finden Recht und Gesetz nach wie vor ihre

Grenzen für den Rechtspaternalismus präzise zu konkretisieren¹⁴². 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 ist¹⁴³.

c) Verrechtlichung der einverständlichen Organentnahme

Die Systematik der Kant'schen Moralphilosophie handelt eindeutig von den Pflichten gegen sich selbst, die *Kant* danach untergliedert, ob sie sich auf den Menschen als animalisches Wesen oder als moralisches Wesen beziehen¹⁴⁴. Zur ersten Gruppe zählt *Kant* das sittliche Verbot der Selbsttötung:

Grenze. An dieser Grenze ist das Verhalten zwar gesetzlich geregelt, steht aber auch noch unter anderen Anforderungen, die den Ansprüchen des Rechts zuwiderlaufen können. Hier kann es geschehen, dass das Recht aus einer Not, der das Gesetz nicht Rechnung trägt, verletzt wird.“

142 Siehe dazu *Kühl*, *Naturrechtliche Grenzen*, S. 93 f.: „Doch daß es sich bei dieser allgemeinen, zustimmungsfähigen Pflicht um eine Rechtspflicht handelt, bedarf schon zusätzlicher Gründe, erst recht, daß es sich um eine strafbewehrte Rechtspflicht handelt, denn im Strafrecht gelten besondere Zurechnungskriterien und Bestimmtheitsanforderungen. Andeutungsweise seien als mögliche Gründe für eine strafbewehrte Rechtspflicht hier genannt: – Die Hilfspflicht muß auf eine eng umschriebene Situation eingeschränkt werden: echte und erhebliche Gefahrenlage, sog. momentane Not, – sie darf nur geringe und punktuelle Freiheitsopfer vom Verpflichteten fordern, – legale Pflichterfüllung muß genügen, d. h. weder muß aus Pflicht noch aus Erfüllung eines materialen Pflichtzwecks gehandelt werden, – es muß nur die zur Rettung der bedrohten Rechtsgüter einer in Not geratenen Person erforderliche Hilfe geleistet werden; keinesfalls darf darüber hinausgehende Nächstenliebe verlangt werden, etwa dann, wenn es bei der in Not geratenen Person nichts mehr zu retten gibt, – es darf nur um die Wiederherstellung der durch Not bedrohten äußeren Freiheits- und damit Normallage beim in Not Geratenen gehen. Eine so eingeschränkte Rechtsnorm stellt § 323c StGB im wesentlichen dar. Diese Norm kann deshalb auch als Rechtsnorm akzeptiert werden.“

143 Siehe dazu *Birnbacher*, *Paternalismus*, S. 21: „Extremformen der Beeinträchtigung der individuellen Freiheit wie eine nicht zeitlich eng befristete Zwangseinweisung in eine geschlossene psychiatrische Abteilung erscheinen dabei so gravierend, dass paternalistische Rechtfertigungen für sie grundsätzlich ausgeschlossen sein sollten. Auch wenn es bei einem nicht-pathologisch bedingten Suizid um die Verhinderung einer irreversiblen Selbstschädigung geht und ein großer Anteil der geretteten Suizidenten später froh darüber ist, gerettet worden zu sein, erscheint eine längere als zur Krisenintervention notwendige Zwangseinweisung unproportional.“

144 Vgl. *Kant*, *Tugendlehre*, S. 58.

Die willkürliche Entleibung seiner selbst kann nur dann allererst Selbstmord (*homicidium dolosum*) genannt werden, wenn bewiesen werden kann, daß sie überhaupt ein Verbrechen ist, welches entweder an unserer eigenen Person oder auch durch dieser ihre Selbstentleibung an anderen begangen wird (z. B. wenn eine schwangere Person sich selbst umbringt). [...] Die Selbstentleibung ist ein Verbrechen (Mord). [...] [A]ber hier ist nur die Rede von Verletzung einer Pflicht gegen sich selbst [Hervorh. d. Verf.], ob nämlich, wenn ich auch alle jene Rücksichten beiseite setze, der Mensch doch zur Erhaltung seines Lebens bloß durch seine Qualität als Person verbunden sei und hierin eine (und zwar strenge) Pflicht gegen sich selbst anerkennen müsse.¹⁴⁵

Kant behandelt ausdrücklich den Suizid als moralisches, aber nicht rechtliches Problem, da die Erhaltung des eigenen Lebens ohne Bezug auf die Verletzung der Rechte der anderen keine Rechtspflicht ist¹⁴⁶. Also muss die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB aus der Kant'schen Perspektive kritisch ins Visier genommen werden, denn sie übergeht das Selbstbestimmungsrecht des Todeswilligen, ohne dass die Verletzung der Rechte der anderen und der entsprechende Schutz dafür angeführt werden können. Für diese umstrittene Frage stellt *Ellscheid* seine eigene Lösung dar, dass der zum Selbstmord fest entschlossene Handelnde noch innerhalb der Einwirkungsmöglichkeiten der Rechtsordnung liegt, in den Suizidvorgang mit Recht und Gewalt einzugreifen, weil durch einige äußere Angelegenheiten, z. B. die äußere Androhung unehrenhafter Konsequenzen für diesen Handelnden selbst oder seine Angehörigen, massiv Einfluss auf die Motivation des potenziellen Selbstmörders genommen werden kann¹⁴⁷. *Wittwer* zeigt auch, dass eine Korrelation zwischen der Suizidrate und der Zahl der Verbrechen in einem Staat die Möglichkeit schaffen kann, dass bestimmte moralische Verbote im positiven Recht ihren Niederschlag finden, was gegen die Kant'sche Annahme spricht¹⁴⁸. Mit anderen Worten ist es nach *Ellscheid* der Zweck des rechtspaternalistischen Eingriffs in die Selbstbestimmung des potenziellen Suizidenten, ihn vor äußeren negativen und sogar falschen Einflüssen zu schützen. Ein strikter statistischer Zusammenhang zwischen Kriminalität und Suizidrate konnte bisher von der empirischen Forschung nicht nachgewiesen werden, aber wir können die Existenz dieses

145 Ebenda, S. 59.

146 Vgl. *Wittwer*, Kant-Studien 2001, S. 180 ff.

147 Vgl. *Ellscheid*, Paternalismusproblem, S. 194.

148 Vgl. *Wittwer*, Kant-Studien 2001, S. 185 f.

Phänomens nicht leugnen, vornehmlich in der Lebendorgan- und Leichenspende.

Die Entscheidungslösung nach § 3 TPG in der postmortalen Organspende weist nicht nur den Spender, sondern auch seine Angehörigen, die Ärzte sowie sogar die Gesellschaft ausdrücklich darauf hin, dass die Entscheidungsfreiheit des Spenders nicht eingeschränkt werden darf.

Insbesondere da eine verstorbene Person nicht mehr Rechtsträger des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes ist und sich selbst auch nicht mehr schützen kann, ist diese Person oder auch alle anderen sterbenden Personen mit der oben genannten Schwierigkeit konfrontiert, die eigene Vollkommenheit, eine Störung der Totenruhe ohne Einwilligung bzw. Berechtigung zu vermeiden, nicht selbst erreichen zu können. Deshalb sollen die anderen Menschen autonom und auch heteronom verpflichtet werden, die Entscheidungsfreiheit der Betroffenen unbedingt zu beachten, insbesondere damit sich äußere negative Einflüsse, wie z. B. finanzielle Androhungen bei der Entscheidung des Toten oder seiner Angehörigen, verhindern lassen.

Hinsichtlich dieser Gründe ist diese Pflicht zu verrechtlichen, d. h., für die postmortale Organspende, vornehmlich die Selbstbestimmung des Betroffenen, kann ein rechtspaternalistischer Eingriff vorgenommen werden, weil sich diese Angelegenheit nicht nur auf die innere Freiheit und die eigenen Interessen des Spenders, sondern auch auf die äußere Freiheit und die Interessen der anderen bezieht. 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.

B. Die rechtspaternalistischen Erscheinungsformen

In der Literatur finden sich verschiedene Einteilungen paternalistischer Akte oder Normen¹⁴⁹. Neben dem moralischen Paternalismus beziehen sich die hier angeführten Erscheinungsformen nur auf den Rechtspaternalismus.

149 Vgl. *Hirsch/Neumann/Seelmann*, Paternalismus, S. 11–144; *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 15–18; *Zude*, Paternalismus, S. 192–223; *Drerup*, Paternalismus, S. 146–180; *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl*, Paternalismus, S. 21–72; *Neumann*, Paternalismus, S. 13–29; *Gkoutis*, Paternalismus, S. 20–23; *Möller*, Paternalismus,

lismus. Dementsprechend bezweckt und bewirkt dieser Paternalismus den Schutz der Betroffenen gegen ihren Willen mit rechtlichen Maßnahmen. „So rechtfertigt aus Feinbergs Sicht das Prinzip des rechtlichen Paternalismus (‘legal paternalism’) ‚state coercion to protect individuals from self-inflicted harm, or in its extreme version, to guide them, whether they like it or not, toward their own good.‘“¹⁵⁰ Mit anderen Worten geht der Rechtspaternalismus nur auf der staatlichen Ebene regelmäßig mit der Ausübung von Zwang und sogar Strafe einher, um die Selbstbestimmung des Individuums einzuschränken. Sowohl gesetzliche Regelungen als auch sonstige Hoheitsakte können rechtspaternalistische Wirkungen entfalten:

Genauer wird es um einen speziellen Bereich paternalistischer Maßnahmen im angegebenen Sinne gehen, um Fälle des Rechtspaternalismus. Rechtspaternalistische Akte sind Akte rechtlicher Instanzen, die die angegebenen Paternalismusmerkmale aufweisen. Insbesondere interessieren hier paternalistische Akte, die in der Setzung von Rechtsnormen bestehen. Paternalistisch sind solche Akte, wenn sie in der angegebenen, begründungsbedürftigen Weise die Freiheit beeinträchtigen und dabei jedenfalls auch einem paternalistischen Zweck dienen.¹⁵¹

Damit ist der Rechtspaternalismus ein unvermeidliches Ergebnis der Entwicklung des staatlichen Rechtssystems¹⁵². Solange dieses Rechtssystem existiert, ist er nicht aufzuheben¹⁵³. Deshalb stellt sich uns nur die Auf-

S. 15–17; *Rigopoulou*, Paternalismus, S. 27–40; *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 497–550.

150 *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 41.

151 *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 8.

152 Siehe dazu *Drerup*, Paternalismus, S. 190 f.: „Neben diesem schwachen oder moderaten Perfektionismus, der in bestimmten demokratischen Grundwerten und dem pädagogischen Autonomieideal zum Ausdruck kommt, hat jede staatliche Entscheidung, in einem bestimmten Bereich zu regulieren oder nicht zu regulieren, in jedem Falle signifikante Auswirkungen auf die Optionen, die den Bürgern zugänglich sind. Über die Verteilung finanzieller Ressourcen (z. B. für Populär- oder Hochkultur) fördert der Staat bestimmte kulturelle Optionen, andere nicht. Über Besteuerung werden bestimmte Optionen mit Kosten belegt und damit Anreizstrukturen geschaffen, die ein bestimmtes, z. B. umweltfreundlicheres Verhalten unterstützen. Jede non-egalitäre und jede egalitäre Verteilung gesellschaftlicher Güter begünstigt und benachteiligt zudem bestimmte Gruppen bei der Verwirklichung ihrer Ziele. So überrascht es nicht, dass benachteiligte Gruppen das Neutralitätsgebot vor allem als Deckmantel für eine parteiliche Praxis kritisieren, die sich nicht rechtfertigen lässt.“

153 Siehe dazu *Zude*, Paternalismus, S. 179: „Nun sind zwar Handlungen vom Typus ‚bad for people‘ in vielen Fällen erlaubt (z. B. Konsum von Zigaretten oder Alkohol),

gabe, festzustellen, wie die präzisen Grenzen der rechtspaternalistischen Maßnahmen zu setzen sind¹⁵⁴.

I. Direkter und indirekter Rechtspaternalismus

Die Differenzierung zwischen direktem und indirektem Rechtspaternalismus beruht darauf, ob eine paternalistische Regelung zur Erfüllung ihrer Zielsetzung immer die Freiheit des Täters einschränkt, an dessen Wohlfahrt sie sich dementsprechend im Ergebnis orientiert. So bedeutet der direkte Rechtspaternalismus, dass der Staat unmittelbar mit Recht und Zwang in die Selbstbestimmung des Täters, nicht eines Dritten, eingreift¹⁵⁵.

Indirekt rechtspaternalistisch sind dagegen die Konstellationen, in denen sich die konkrete Eingriffshandlung nicht unmittelbar gegen diejenigen richtet, deren Wohl gewahrt werden soll, sondern gegen einen Dritten. Als Beispiel für die indirekte Variante des Rechtspaternalismus wird hier der Fall angeführt, dass der Gesetzgeber der Zigarettenindustrie als Regelungsadressaten strenge Auflagen vorgibt, um Raucher vor den selbstzerstörerischen Folgen ihrer Sucht zu schützen, was bedeutet, dass die Gesetzgebung zum Wohlergehen einer Person, wie eines Rauchers, nicht etwa die Erlaubnis der Handlung einer anderen Person, wie der Zigarettenindustrie, zur Konsequenz hat, diese Handlung auszuführen, insoweit sie die Belange der ersten Person betrifft; vielmehr ist der letzten Person ihre Handlung rechtlich eingeschränkt, verboten oder sogar mit rechtlichen Sanktionen bewehrt, um die Interessen der ersten Person¹⁵⁶ zu schützen.

jedoch trifft es ebenso zu, dass sie in anderen Fällen strikt verboten werden. Trotz der allgemeinen Ablehnung des Rechtspaternalismus sind somit Ausnahmen von dieser antipaternalistischen Regel ebenfalls eine gesellschaftliche Tatsache.“

154 Siehe dazu *Bois-Pedain*, Selbstschädigung, S. 39: „Ein Lebensumfeld ist deshalb umso besser beschaffen, je mehr Freiheit es einem Menschen lässt, sich Ziele zu stecken, Projekte zu verfolgen und so die weiterreichenden persönlichen Interessen auszubilden, die zusammen betrachtet seinen Lebensentwurf ausmachen. Daraus folgt nun aber nicht, dass Freiheit uneinschränkbar wäre. Über das erforderliche Mindestmaß an Freiheit heraus und eine dieses Minimum erweiternde Zone von zusätzlichen Verhaltensoptionen, ohne die sich das Halsband der Oppression unangenehm eng um unseren Hals legen würde, gibt es einen abwägungsoffenen Bereich weiterer Freiheiten, die durch hinreichend gute Gründe beschränkbar sind.“

155 Vgl. *Zude*, Paternalismus, S. 213.

156 Der Regelungsadressat, wie die Zigarettenindustrie, hat auch seine eigenen Interessen. Siehe dazu *Bois-Pedain*, Selbstschädigung, S. 45: „Vielleicht ist die Vornahme der in Rede stehenden Handlung dem Anderen sogar lästig, und er ist nur dazu

Die Abgrenzung zwischen direktem und indirektem Paternalismus lässt sich unmittelbar auf strafrechtliche Vorschriften übertragen: 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, obwohl sie mit einer Aufforderung oder Einwilligung des direkten Rechtsgutsinhabers¹⁵⁷ handelt, wie z. B. bei der strafbewehrten Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB.

Beim indirekten Rechtspaternalismus richtet sich die rechtliche Freiheitsbeeinträchtigung gegen den Regelungsadressaten, aber es handelt sich indirekt um eine Beeinträchtigung der Selbstbestimmung des direkten Rechtsgutsinhabers zu paternalistischen Zwecken. *Enderlein* betont, dass tatsächlich die selbstverantwortliche Wahl des direkten Rechtsgutsinhabers nicht respektiert wird, während die Handlung des Regelungsadressaten direkt eingeschränkt wird¹⁵⁸.

Da durch entsprechende Regelungen gegebenenfalls auch grundrechtlich gewährleistete Freiheiten der zu Schützenden beeinträchtigt werden, die nicht Adressatinnen der Regelung sind, können sie auf verfassungsrechtlicher Ebene zugleich direkt paternalistisch wirken. Fallen sowohl die Grundrechtsbeeinträchtigte als auch die von der Regelung paternalistisch Geschützte und die Adressatin der Strafbewehrung auseinander, so liegt ein indirekter Paternalismus im Drei-Personen-Verhältnis vor.¹⁵⁹

In diesem Drei-Personen-Verhältnis kann eine rechtliche Maßnahme nur dann als indirekt paternalistisch eingestuft werden, wenn bei der Bewertung der Handlung des Regelungsadressaten die Interessen des direkten Rechtsgutsinhabers relevant sind. Wenn die von diesem Rechtsgutsinhaber

bereit, die Handlung vorzunehmen, weil er dem Rechtsgutsträger einen Gefallen tun will. Aber dies ändert nichts daran, dass der Andere ein eigenes Interesse an der Nichteinmischung durch Dritte, und insbesondere durch den Staat, in eben ‚nur ihn und den Rechtsgutsträger‘ etwas angehende Angelegenheiten hat. In diesem Maße ist mit jeder indirekt paternalistischen Intervention auch direkt ein Freiheitsinteresse des handelnden Anderen betroffen.“

157 Siehe dazu *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 49: „Indirekt paternalistische Regelungen können entweder nur den Schutz der Rechtsgutsinhaberin intendieren oder zusätzlich auch den Schutz der handelnden Schädigerin selbst. Ferner können auch beide Adressatinnen des Gesetzes sein – so wie es etwa bei den Regelungen zum Umgang mit Betäubungsmitteln der Fall ist.“

158 Vgl. *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 15.

159 *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 49 f.

gewünschte Handlung des Regelungsadressaten jedoch mit dem Schutz desselben Rechtsgutsinhabers gar nichts zu tun hat, ist der rechtliche Eingriff dieser Handlung für die Paternalismusdebatte nicht von Interesse¹⁶⁰.

Aber es ist hier zu betonen, dass die indirekt paternalistischen Maßnahmen grundsätzlich dieselben Probleme aufwerfen wie die direkt paternalistischen Maßnahmen, weil die indirekt paternalistische Einwirkung auf den handelnden Regelungsadressaten, die zu dem Zweck vorgenommen wird, die selbstschädigende Absicht des direkten Rechtsgutsinhabers zu durchkreuzen, einer direkten Einwirkung auf diesen Rechtsgutsinhaber entspricht. Mit anderen Worten stehen die unmittelbar ihn selbst betreffenden Handlungen des Rechtsgutsinhabers und die Auswirkungen der Handlungen, die der Regelungsadressat mit der Aufforderung oder Einwilligung dieses Rechtsgutsinhabers vornimmt, einander gleich. Auch zeigt *Feinberg*:

A person's directly self-affecting actions and the consented-to behavior of others that affects him are united and placed in the same moral category by the Volenti non fit injuria [Hervorh. d. Verf.] maxim. [...] From the moral point of view my consent to his action makes it as if it were by own [Hervorh. d. Verf.]. Neither will a consistent legal paternalism distinguish between the two kinds of cases.¹⁶¹

Hinsichtlich des Eingriffs in die Selbstbestimmung des Rechtsgutsinhabers sollte ein konsequenter Rechtspaternalismus zwischen den direkten und indirekten Arten ebenso wenig differenzieren. Zwar funktionieren beide Arten in letzter Konsequenz gleich, aber man sollte die mit gerechtfertigten Eingriffen einhergehenden normativen Belastungen nicht einfach durch den moralischen Verweis auf die Unwirksamkeit der Aufforderung oder Einwilligung des Rechtsgutsinhabers abtun. Mit anderen Worten ist es hier fraglich, wieso gegen die Handlung des Regelungsadressaten in einigen Fällen nur durch die indirekte Art interveniert werden muss, d. h., wieso diese Handlung bei der indirekten Selbstschädigung negativ bewertet wird.

Der Beitrag des Regelungsadressaten zum Gesamtgeschehen ist zwar von der Aufforderung oder Einwilligung des Rechtsgutsinhabers abhängig, aber seine Handlung ist als eigenständig zu betrachten, weil der Regelungsadressat durchweg über die Tatherrschaft verfügt. Schließlich nimmt der Regelungsadressat die Sache auf seine Kappe, indem er eigenverantwortlich und tatherrschaftlich die objektiv entscheidende Verstümmelungshandlung

160 Vgl. *Bois-Pedain*, Selbstschädigung, S. 33 f.

161 *Feinberg*, Self, S. 100.

oder die Tötung auf Verlangen vornimmt. Also wird aus der rechtspaternalistischen Perspektive nicht nur die Autonomie des Rechtsgutsinhabers (indirekt), sondern auch die Wahlfreiheit des Regelungsadressaten bei der Teilnahme an der Selbstschädigung des Rechtsgutsinhabers vornehmlich (direkt) eingeschränkt, weil sich die Erhaltungsinteressen nicht nur auf den Rechtsgutsinhaber selbst, sondern auch auf alle anderen beziehen. Die paternalistischen Interventionen haben deshalb zwei Merkmale: Erstens beziehen sie sich auf das Wohl des direkten Betroffenen selbst; zweitens beinhaltet die Intervention den Zwang, dass allen anderen Personen nicht die Wahl zugestanden wird, die angebotenen Maßnahmen zurückzuweisen¹⁶².

Im Strafrecht ist vornehmlich die Frage zu stellen, wie das *Ultima-ratio*-Prinzip unter den Umständen der rechtspaternalistischen Intervention angemessen durchzusetzen ist, weil das strafrechtliche Verhalten nicht nur als verwerflich angesehen wird, sondern auch eine öffentliche Anerkennung seines Unrechtscharakters als staatlich tadelnde Reaktion darstellt:

Selbst wenn die Institution der Strafe so verstanden wird, dass sie auch gewisse präventive Elemente aufweist oder wenn die Strafzumessung in gewissem Maße auf präventive Kriterien abhebt, bleibt die Zuschreibung von Schuld für das begangene Unrecht und die daraus resultierende Missbilligung des Täterverhaltens als unvermeidliches Kennzeichen der Strafe.¹⁶³

In einigen Diskussionen¹⁶⁴ über den begrenzten direkten oder indirekten Rechtspaternalismus bezieht sich die Basis für die staatlichen Interventionen auf die Bewahrung der Erhaltungsinteressen, wie z. B. der zukünftigen Lebenschancen der betroffenen Person, aber „dieser Grund zur Intervention ist offenbar zukunftsorientiert, und diese präventive Orientierung macht die Strafe – mit ihren starken retrospektiven und tadelnden Kennzeichen – zu einer unangemessenen Form der Reaktion.“¹⁶⁵ Aufgrund der deplatzierten tadelsorientierten Reaktion mit der entsprechenden Betonung der paternalistisch eingegriffenen Handlung als Unrecht sollte das Ausmaß der strafrechtlichen Intervention als *ultima ratio* immer nach der Erwägung der Tatproportionalität bemessen werden und damit noch durch das objektive

162 Vgl. Hirsch, Direkter Paternalismus, S. 58 ff.

163 Ebenda, S. 63.

164 Vgl. Hirsch/Neumann, Indirekter Paternalismus, S. 74 ff.

165 Hirsch, Direkter Paternalismus, S. 63.

Ausmaß an Schädlichkeit und Schuldhaftigkeit des strafbaren Verhaltens begrenzt werden¹⁶⁶.

II. Harter und weicher oder schwacher Rechtspaternalismus

Anders als die Einteilungsgesichtspunkte, deren unmittelbarer Gegenstand die Theorien darüber sind, ob oder unter welchen Voraussetzungen sich paternalistische Maßnahmen durch die Verfolgung des jeweiligen paternalistischen Zweckes rechtfertigen lassen, orientiert sich die Unterscheidung zwischen einem harten und einem weichen oder schwachen Rechtspaternalismus daran, wie die paternalistischen Zwecke oder Akte dargestellt werden. Diese Unterscheidung zwischen der harten und der weichen Form des Rechtspaternalismus basiert auf dem Stellenwert, welcher dem autonomen Willen des Betroffenen im Rahmen der beiden Konstellationen grundsätzlich beigemessen wird¹⁶⁷.

1. Harter Rechtspaternalismus als nicht autonomieorientierter Paternalismus

Insofern ist eine Regelung als hart-paternalistisch zu bezeichnen, wenn damit der Mensch zu seinem Wohl bevormundet wird, ohne Rücksicht darauf, ob dieser in der Lage ist, freiwillig über die eigenen Angelegenheiten zu entscheiden oder nicht. Demnach soll der harte Rechtspaternalismus in Fällen vorliegen, in denen sich der Eingriff an Wertvorstellungen orientiert, die den Betroffenen fremd sind und in denen bei der Bewertung von Schaden und Wohltaten nicht die eigenen Werte der Betroffenen selbst herangezogen werden. *Schroth* zeigt: „Beim harten Paternalismus definiert der Gesetzgeber bzw. der Rechtsanwendende die Werte, die zum Wohle eines Individuums gelten sollen aus der Perspektive einer objektiven Wertordnung.“¹⁶⁸ Mit anderen Worten kann der harte paternalistische Zweck aufgrund dieser objektiven Wertordnung den rechtlichen Eingriff rechtfertigen, auch wenn das selbstschädigende Verhalten des Betroffenen frei willentlich ist. So ist es hier fraglich, nach welchen Kriterien man die objektiven Werte bestimmt.

166 Vgl. *Hirsch*, Verbrechen, S. 134 ff.

167 Vgl. *Gkoutis*, Paternalismus, S. 22 f.

168 *Schroth*, Organhandelsverbot, S. 880.

Feinberg zeigt, dass die Kriterien auf einer mittleren Ebene zwischen abstraktem Prinzip und konkreten Fällen bestehen. Nach dem allgemeinen Urteil kann ein riskantes Verhalten eines Individuums als „offensichtlich unvernünftig“ beurteilt werden¹⁶⁹. *Feinberg* betont, dass die objektiven Werte im allgemeinen Urteil nur durch die entsprechende Anwendung in konkreten Fällen bestimmt werden können¹⁷⁰. „Zu einem solchen allgemeinen Urteil finden sich individuelle Urteile umso eher zusammen, je höher und wahrscheinlicher das Schadensrisiko und je geringer die Plausibilität ist, dieses Risiko einzugehen.“¹⁷¹ Der *Homo oeconomicus* oder der rationale Agent wird von *Feinberg* als Subjekt dieses allgemeinen Urteils bezeichnet¹⁷². Deshalb bezieht sich das allgemeine Urteil auf die öffentliche Vernunft auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene. „Hinter dem allgemeinen Urteil verbirgt sich also ein Mehrheitsurteil, das sich aus den gleichlautenden Urteilen der einzelnen normalen Personen zusammensetzt.“¹⁷³ Das Mehrheitsurteil ist hier das normale Urteil der öffentlichen Vernunft, was bedeutet, dass dieses konkrete Urteil genauso für eine einzelne Person gilt wie für die meisten anderen. Dabei müssen wir eine Realität akzeptieren:

Die Staatsmetaphorik und die damit ausgedrückte Absolutsetzung des Werts der Autonomie verdeckt jedoch, dass der reale Staat erstens den individuellen Handlungsspielraum immer schon durch paternalistische Vorgaben institutionell vorstrukturiert (Steuern, pädagogische Institutio-

169 *Feinberg* benennt fünf aufeinander zu beziehende Parameter von Teilrationalitäten in den Risikokalkulationen. Siehe dazu *Feinberg*, Paternalism II, S. 6 f.: “(1) the degree of probability that harm to oneself will result from a given course of action; (2) the seriousness of the harm being risked, i.e., the value or importance of that which is exposed to the risk; (3) the degree of probability that the goal inclining one to shoulder the risk will in fact result from the course of action; (4) the value or importance of achieving that goal, that is, just how worthwhile it is to one (this is the intimately personal factor, requiring a decision about one’s own preferences, that makes the reasonableness of a risk-assessment on the whole so difficult for the outsider to make); and (5) the necessity of the risk, that is, the availability or absence of alternative, less risky, means to the desired goal.”

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

171 *Zude*, Paternalismus, S. 183.

172 Siehe dazu *Feinberg*, Paternalism II, S. 18: “He is calm, competent, and free. [...] Perfectly rational individuals can have ‘unreasonable desires’ as judged by other perfectly rational individuals, just as perfectly rational people (e.g., great philosophers) can hold ‘unreasonable beliefs’ or doctrines as judged by other perfectly rational people. Particular unreasonableness, then, can hardly be strong evidence of general irrationality.”

173 *Zude*, Paternalismus, S. 184.

nen, Gesetze zur Regelung des Verkehrs etc.) und damit in die „Territorien der Privatstaaten“ eingreift, und zweitens der größere Teil unserer Handlungen gar nicht in einem rein privat-individuellen Raum, sondern in einem geteilten und gemeinsamen Raum stattfinden [Hervorh. d. Verf.]. Der gemeinsame öffentliche Raum, den wir als vergesellschaftete und kooperationsbedürftige Wesen immer schon mit anderen teilen, zeichnet sich gerade durch Überschneidungen, Interdependenzen und auch Konflikte zwischen Handlungsspielräumen, Freiheiten und Werten aus, was im Bild der Interaktion von souveränen Herrschern von Privatstaaten ausgeblendet wird. Im öffentlichen Raum demokratischer Gesellschaften müssen sich Menschen immer schon zueinander als Freie und Abhängige verhalten und Bedingungen und Voraussetzungen ihrer wechselseitig limitierten Freiheiten verhandeln [Hervorh. d. Verf.].¹⁷⁴

Die Selbstlimitierung der individuellen Freiheiten ist eine notwendige Bedingung für die Generierung und Entwicklung der öffentlichen Gesellschaft, auch der heutigen pluralistischen Gesellschaft. Während dieser gesellschaftlichen Entwicklung lässt sich die Vergesellschaftung des Individuums konstruieren, die dazu führt, dass sich der basale Konsens in der objektiven Wertordnung und die öffentliche Vernunft in der allgemeinen Beurteilung der objektiven Werte allmählich entwickeln. Mit anderen Worten kommt es bezüglich der Kriterien für diese Beurteilung vollständig darauf an, wie sich die oben genannten autonomen oder heteronomen Bedingungen und Voraussetzungen unserer wechselseitig limitierten Freiheiten bzw. Selbstbestimmungen in konkreten Fällen bestimmen lassen.

2. Weicher Rechtspaternalismus aus liberaler Perspektive

Dagegen ist eine Regelung als weich-paternalistisch zu verstehen, wenn sie entweder in die Handlungsfreiheit des Betroffenen eingreift, um den Einzelnen vor den benachteiligenden Folgen einer von ihm nicht freiwillig getroffenen Entscheidung zu bewahren oder wenn ein derartiges Einschreiten seitens des Staates unbedingt erforderlich ist, um den autonomen Charakter des individuellen Verhaltens festzustellen. Diese Art der öffentlichen Intervention in private Angelegenheiten beruht auf dem Grundgedanken, dass ein Mensch, der generell nicht über die erforderliche Einsichtsfähig-

174 Drerup, Paternalismus, S. 157.

keit verfügt oder dessen Handlungen konkret an Willensmangel leiden, ohnehin vor den Folgen seiner Entscheidungen geschützt werden sollte, denn in seinem Verhalten wird der Konkretisierungsakt eines authentischen, autonom entworfenen Lebensplans nicht mehr widergespiegelt¹⁷⁵. Die staatliche Intervention wird in derartigen Situationen für geboten erachtet, da der Betroffene dadurch vor ungewollten objektiven Beeinträchtigungen seiner eigenen Interessen zu schützen ist. Umgekehrt könnte er selbst diese Beeinträchtigungen nur dann verhindern, wenn er in der Lage wäre, eine freiwillige Entscheidung zu treffen. Mit anderen Worten darf der Staat die Freiheit des Individuums beeinträchtigen und den rechtlichen Zwang einsetzen, um diese Personen vor einer Schädigung durch sich selbst zu bewahren, was jedoch nur erlaubt ist, wenn das selbstschädigende Verhalten in einem substanziellen Sinne nicht frei willentlich ist oder wenn die rechtliche Intervention erforderlich ist, um die frei willentliche Eigenschaft des Verhaltens festzustellen¹⁷⁶. *Schroth* zeigt den begrifflichen Kern weiter:

Die Pointe des weichen Paternalismus besteht nun darin, daß man grundsätzlich die Autonomie des Rechtsgutsinhabers, über seine Rechtsgüter zu verfügen, anerkennt. Man schützt den Rechtsgutsinhaber nicht unter dem Gesichtspunkt einer objektiven Wertordnung, man schützt ihn aber aus seiner eigenen Perspektive heraus.¹⁷⁷

Der weiche Rechtspaternalismus orientiert sich am Schutz der autonomen Entscheidungsfindung des Betroffenen und seiner entsprechenden Interessen¹⁷⁸. Nach Art. 2 II 1 i. V. m. Art. 2 I und Art. 1 I GG impliziert das Grundgesetz die Anerkennung der Dispositionsfreiheit über den eigenen Körper des Individuums, was bedeutet, dass der staatliche Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Verfügenden regelmäßig in der Ausprägung der körperlichen Dispositionsfreiheit zum Schutze dieses Grundrechts er-

175 Vgl. *Papageorgiou*, Schaden, S. 226.

176 Vgl. *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 17.

177 *Schroth*, Organhandelsverbot, S. 880.

178 Siehe dazu *Fateh-Moghadam*, Paternalismus, S. 26 f.: „Auch die entschlossensten Antipaternalisten erkennen an, dass es legitim sein kann Personen vor sich selbst zu schützen, etwa wenn es sich um Minderjährige handelt, um Personen, denen die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt oder um grundsätzlich kompetente Erwachsene, die aber aufgrund von Informationsdefiziten nicht genau wissen, was sie tun. Die liberale Lösung für diese Fälle besteht nun in der Konzeption eines prima facie zulässigen weichen Paternalismus, der sich vom unzulässigen harten Paternalismus kategorial unterscheiden soll und daher z.T. auch als uneigentlicher Paternalismus oder sogar als Antipaternalismus bezeichnet wird.“

folgt; der Eingriffsgrund und damit die Schranke der körperlichen Dispositionsfreiheit ist das Risiko der defizitären Selbstbestimmung¹⁷⁹.

Unter diesen Umständen ist es unsere Kernaufgabe, festzustellen, unter welchen Kriterien der weiche Paternalismus im grundgesetzlichen System abgegrenzt werden kann. So verweist *Fateh-Moghadam* weiter:

Im Sinne der Wechselwirkungslehre ist nun aber diese Schranke ihrerseits im Lichte des eingeschränkten Grundrechts auszulegen und durch dieses beschränkt: Das Selbstbestimmungsrecht bildet zugleich Schranke und Schranke-Schranke. Das Ziel optimaler Grundrechtsverwirklichung spricht daher im Falle weich paternalistischer Interventionen für Modelle, die autonome Selbstverfügungen grundsätzlich respektieren und die Letztentscheidung soweit wie möglich dem Grundrechtsträger überlassen.¹⁸⁰

Hinsichtlich der Respektierung der authentischen Selbstbestimmung werden die weichen rechtspaternalistischen Maßnahmen nicht nur materiell, sondern auch prozedural eingesetzt. Die materiellen Aufgaben bezeichnen inhaltliche Schranken der Selbstverfügungsfreiheit in Form von Duldungspflichten und Verfügungsverboten, die mit dem Risiko defizitärer Entscheidungen begründet werden. Beispielsweise lassen sich hierfür die gesetzlichen Altersbeschränkungen nach § 8 I 1 Nr. 1a TPG, Personenkreisbeschränkungen nach § 8 I 2 TPG und sonstige subjektive Voraussetzungen der Einwilligung bilden. Die prozeduralen Aufgaben sichern diese materiellen Aufgaben auf der rechtstechnischen Ebene über die Form- und Verfahrensvorschriften sowie andere institutionelle Vorkehrungen, wie z. B. das Modell der Lebendspendekommissionen nach § 8 III 2 TPG, zusätzlich ab.

Im Vergleich zum harten Paternalismus, der sich direkt auf den substanziellen Inhalt der Selbstschädigung des Betroffenen bezieht, geht der weiche Paternalismus davon aus, ob und inwieweit ein Fehler in den zu der Entscheidung führenden Schritten vorliegt. *Mayr* stellt die theoretische Kategorisierung der Entscheidungsfehler dar: (A) kognitive Fehler und Kalkül-Schlussfehler ohne Wertungscharakter, (B) kognitive Fehler und Schlussfehler mit Wertungscharakter, (C) Fehler bzgl. nichtinstrumenteller

179 Vgl. ebenda, S. 39.

180 Ebenda, S. 39.

volitiver Prämissen¹⁸¹. Weil die „Unvertretbarkeit“¹⁸² der individuellen Entscheidung, insbesondere in höchstpersönlichen Rechtsgeschäften, nichtinstrumentelle Ziele der Person aufweisen kann, sollen die gerechtfertigten weich-rechtspaternalistischen Maßnahmen nicht oder möglichst wenig diese Unvertretbarkeit verletzen. Also werden die rechtspaternalistischen Eingriffe aufgrund von kognitiven Fehlern und Kalkül-Schlussfehlern ohne persönlichen Wertungscharakter am wenigsten durch die Gesichtspunkte der Unvertretbarkeit eingeschränkt und sind demnach am leichtesten zu rechtfertigen. „Da Eingriffe, die sich auf das Vorliegen eines Fehlers der Art (A) stützen, demnach regelmäßig keine ‚unvertretbaren‘ Elemente der individuellen Entscheidung betreffen, sind solche paternalistischen Eingriffe in weitem Maße zulässig.“¹⁸³

Aber das bedeutet nicht, dass die weich-rechtspaternalistischen Eingriffe angesichts der Fehler der Arten (B) oder (C) in der Regel nicht zulässig sind, sondern dass in konkreten Situationen präzise bewertet werden muss, ob und inwieweit der Staat seine eigenen Wertungen oder Ansichten an die Stelle der subjektiven Bewertung des Individuums, vornehmlich an die Stelle mit persönlichen, nicht austauschbaren Elementen, setzt. Demnach können wir weiter darüber nachdenken, wo die entsprechenden zwingenden Grenzen für weich-paternalistische Eingriffe zu setzen sind.

Zwar ist die Autonomie bei der Bewertung der individuellen Freiwilligkeit als Schwellenwertkonzept unbedingt festzulegen, aber *Drerup* betont ausdrücklich, dass die Komplexität der Einzelfälle insbesondere bezüglich der Fehler der Arten (B) oder (C) für die Bestimmung des Standards der individuellen Freiwilligkeit in Betracht kommt. Hierfür ist deren Standard regelmäßig durch Kontextvarianz und -sensitivität sowie Flexibilität auszuzeichnen. Mit anderen Worten soll der Standard in Einzelfällen proportional bezüglich der bestimmten zusätzlichen Faktoren, wie z. B. der wahrscheinlichen Risikobehaftetheit einer Handlung, der Qualität des

181 Vgl. *Mayr*, Paternalismus, S. 69–71.

182 Siehe dazu ebenda, S. 58: „Dass die ‚Unvertretbarkeit‘ einer Entscheidung tatsächlich ganz analog wie im Stellvertretungsrecht auch staatlichen paternalistischen Eingriffen Grenzen setzen kann, zeigt sich, wenn wir auf den [...] Fall der Zwangsverheiratungen zurückblicken. Das dort beschriebene Vorgehen erscheint deshalb unabhängig von seinem Nutzen für den Betroffenen und dessen bestehenden Autonomiedefiziten inakzeptabel, weil es sich bei der Wahl des Ehepartners um eine ‚unvertretbare‘ Entscheidung handelt, die der Einzelne selbst treffen soll – und die, wenn er sie nicht selbst treffen kann, kein anderer Mensch für ihn treffen soll.“

183 Ebenda, S. 66.

voraussichtlichen und sogar irreversiblen Schadens sowie auch der präsumtiven Wichtigkeit der potenziell selbstschädigenden Tätigkeit für den Handelnden bestimmt werden: „Je größer das geschätzte Risiko einer Handlung, welches gegen die Wichtigkeit des Ziels der Handlung für die Person abgewogen werden muss, desto höhere Standards werden an die Freiwilligkeit dieser Handlung angelegt und vice versa.“¹⁸⁴ Jedoch dürfen die weichrechtspaternalistischen Bewertungskriterien der individuellen Freiwilligkeit jedenfalls aus liberaler Perspektive trotzdem nicht auf ein hartes und unangemessen perfektionistisches Rationale hinauslaufen¹⁸⁵.

III. Positiver und negativer Rechtspaternalismus

Nach *Kleinig* beziehen sich die positiv rechtspaternalistischen Normen nicht nur auf die Schadensabwendung, sondern auch auf die Verbesserung des individuellen Wohlergehens als Ziel der staatlichen Eingriffe, wie z. B. die Schulpflicht¹⁸⁶, da das Wohl der Kinder durch die Vermittlung von Bildung gefördert werden soll. Es ist schwierig festzulegen, unter welchen Kriterien diese Vorgaben sowohl als Schadensabwendungen wie auch Verbesserungen der Lage der Regelungsadressaten abgegrenzt werden. Insbesondere lassen sich die Verbesserungen der Lage der Regelungsadressaten konzeptionell an die Autonomie der Betroffenen bezüglich der Voraussetzungen der autonomen Selbstverfügung koppeln; deswegen kehrt das entsprechende Abgrenzungsproblem zwischen weichem und hartem Paternalismus zurück. Hierzu betont *Drerup*:

Weitere Abgrenzungsprobleme gibt es bei Varianten des positiven Paternalismus, die sich an Mindeststandards/Schwellenwerten orientieren, und solchen, die mit eher maximalistischen/perfektionistischen Vorga-

184 *Drerup*, Paternalismus, S. 155.

185 Siehe dazu *Mayr*, Paternalismus, S. 71: „Wenn wir [...] die grundsätzliche Begrenzung der Funktion des Rechts an diesem zugrunde liegenden Ziel messen, dann sehen wir, dass u. U. weich paternalistische Maßnahmen doch zulässig sein können: In dem Fall nämlich, wo der Eingriff erforderlich ist, um die Möglichkeit der Entfaltung von Autonomie vor Gefahren durch Handlungen des Betroffenen selbst zu sichern, und er zugleich den Kern von Individualität respektiert, der auch nicht (voll) autonomen Entscheidungen zugrunde liegt. Die Einhaltung dieser beiden Bedingungen ist durch die beiden vorgeschlagenen Rechtfertigungsanforderungen bzgl. des Eingriffsziels und der Beachtung der ‚Unvertretbarkeit‘ gewährleistet.“

186 Vgl. *Kleinig*, Paternalismus, S. 39 f.

ben an Utopien des „neuen Menschen“, der idealen Gesellschaft, der gerechten Gemeinschaft orientiert sind.¹⁸⁷

Dagegen wird eine Norm als negativ paternalistisch bezeichnet, wenn sie den Regelungsadressaten bestimmte Handlungen nur zum Zweck der Schadensabwendung oder der Beseitigung eines Übels untersagt. Im Vergleich zum positiven Rechtspaternalismus sind die negativ paternalistischen Normen generell leichter zu rechtfertigen, weil ihre Legitimität nur auf die objektive Bedrohlichkeit der substanziellen Selbstschädigung zu stützen ist¹⁸⁸.

IV. Aktiver und passiver Rechtspaternalismus

Die Unterscheidung zwischen aktiven und passiven paternalistischen Normen erfolgt durch die Formulierung der entsprechenden Vorschriften als Gebots- oder Verbotsregelungen.

In dieser Hinsicht ist ein Gesetz als aktiv-paternalistisch zu verstehen, wenn der Regelungsadressat dadurch verpflichtet wird, ein bestimmtes Verhalten unbedingt tätig durchzuführen, wie z. B. die 3G-Regel-Pflicht¹⁸⁹. Die aktiv-paternalistisch inspirierte Aufforderung, etwas Bestimmtes zum eigenen Wohlergehen zu tun, wird häufig weder vom Regelungsadressaten als paternalistisch wahrgenommen noch vom Akteur als paternalistisch deklariert¹⁹⁰, weil sich die Durchführung der aktiv paternalistischen Normen nicht direkt auf authentische individuelle Stellungnahmen bezieht.

187 Drerup, Paternalismus, S. 176.

188 Siehe dazu Zude, Paternalismus, S. 218: „Im Fall des positiven Paternalismus jedoch muss gezeigt werden können, dass das Verbleiben im status quo nicht ausreichend zum Wohl der Person beitrage und die als Ziel vorgestellte neue Situation einen so erheblichen Zuwachs an Chancen oder an Wohlbefinden bedeute, dass dieser auch das erforderliche Übel der Zwangsmaßnahme mehr als ausgleiche.“

189 Die 3G-Regel zur Eindämmung der Corona-Pandemie bedeutet: Wer nicht vollständig geimpft ist oder nicht als genesen gilt, muss in vielen Fällen entweder einen Antigen-Schnelltest (maximal 24 Stunden alt) oder einen PCR-Test (maximal 48 Stunden alt) vorlegen. Tests werden damit zur Voraussetzung z. B. für den Zugang zu Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen, zur Innengastronomie, zu Veranstaltungen und Festen, aber auch zum Besuch beim Friseur oder im Kosmetikstudio. Gleiches gilt für Sport im Innenbereich oder Beherbergungen etwa in Hotels und Pensionen.

190 Vgl. Drerup, Paternalismus, S. 172.

Dies gilt sowohl für die krypto-paternalistischen¹⁹¹ Aufforderungen von Versicherungen oder staatlichen Institutionen, einen gesunden Lebensstil zu pflegen oder sich seiner politischen Urteilskraft zu bedienen, als auch für paternalistisch motivierte institutionalisierte Anreizstrukturen¹⁹².

Dagegen wird eine Norm als passiv-paternalistisch bezeichnet, wenn sie dem Regelungsadressaten bestimmte Handlungen zum Zweck der Förderung ihres Eigenwohls untersagt. Beispielsweise ist das Baden aufgrund der Gefährdungslage in Naturschutzgebieten verboten.

C. Legitimation des legalen Paternalismus

Während man sich in der heutigen pluralistischen Gesellschaft häufig mit der Paternalismuskritik beschäftigt, muss man sich jedoch auch mit der Realität auseinandersetzen, dass der Rechtspaternalismus ein unvermeidliches Ergebnis der Entwicklung des staatlichen Rechtssystems¹⁹³ und des modernen demokratischen Politiksystems ist¹⁹⁴. Deshalb liegt die Kernauf-

191 Es handelt sich beim krypto-paternalistischen Vorgehen um einen verdeckten Paternalismus im gegenwärtigen, als neoliberal bezeichneten Staat. Durch die Ermächtigung zur Selbststeuerung wird das freiwillige Engagement der Gesellschaft einem pädagogischen Slogan entsprechend gefordert und gefördert, nicht jedoch zu einer Sache wirklich freiwilligen Engagements des Individuums gemacht. Hinter der dieser Forderung entsprechenden politischen Logik, welche sich nicht nur im Kontext bürgergesellschaftlichen Engagements, sondern auch in der Gesundheitsförderung, im Strafvollzug, in der schulischen oder außerschulischen Erziehung, in Entwicklungshilfeprogrammen oder im Personalmanagement findet, versteckt sich ein durch ein antipaternalistisches Gewand kaschierter aktiver bzw. direkter Paternalismus. Siehe dazu *Sutter/Maasen*, Bürgergesellschaft, S. 336: „Auf diese Weise wird Empowerment zu einem wirkungsvollen Instrument moderner Regierung: Es verknüpft die Führungsansprüche des Staates mit den Selbstführungsansprüchen und -kompetenzen moderner Individuen. [...] Die Selbstführung autonomer Individuen wird auf diese Weise mit den Imperativen von good government verbunden.“

192 Häufig merkt der Regelungsadressat zudem überhaupt nicht, dass seine eigenen Handlungen aktiv paternalistisch dirigiert werden. Durch die staatliche pädagogische Führung gewöhnt sich das Individuum an das staatliche zwingende Arrangement und internalisiert zugleich diese aktiv paternalistischen Normen. Siehe dazu *Drerup*, Paternalismus, S. 172 ff.

193 Vgl. *Barbaro/Wieland*, RW 2021, S. 446 f.

194 Siehe dazu *Schmitt*, Legalität, S. 28 f.: „Zwar hat der Gesetzesbegriff des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates in sich eine weitgehende Neutralität gegenüber den verschiedensten Inhalten; aber er muß doch gewisse Qualitäten (generelle Normierung, inhaltliche Bestimmtheit, Dauer) enthalten, wenn er überhaupt einen Gesetzgebungsstaat tragen soll. Vor allem darf er nicht gegen sich selbst und seine

gabe darin, herauszufinden, wo sich die Basis der Legitimität des Rechtspaternalismus befindet, damit wir seine Grenzen in Einzelfällen präzise ziehen können.

Seit Beginn der *Hart-Devlin-Debatte*¹⁹⁵ über den Rechtspaternalismus 1959 in England werden im angelsächsischen bzw. angloamerikanischen Bereich in den wissenschaftlichen Disziplinen, vornehmlich in der Rechtswissenschaft, intensiv und dauerhaft Diskussionen über den Paternalismus geführt¹⁹⁶. Im Vergleich dazu begann die Debatte über derartige Themen in Deutschland erst recht spät. Dafür erörtert *Ogus* historische und kulturspezifische Gründe:

Individual autonomy and liberty of decision-making are the starting points in the American academy, because these concepts have deep roots in their constitutional history and ideology. While these notions also feature in the European heritage, they have to compete with the

eigenen Voraussetzungen ‚neutral‘ sein. Wird die parlamentarische Körperschaft ohne Rücksicht auf irgendwelche Qualitäten ihrer Mitglieder zu einer bloßen Funktion allgemeiner Mehrheitswahlen gemacht und unter Verzicht auf jedes ‚materielle‘ Erfordernis des Gesetzes ihr Mehrheitsbeschluß der Gesetzesbeschluß, so enden alle Garantien der Gerechtigkeit und Vernünftigkeit, aber auch der Gesetzesbegriff und die Legalität selbst in einer konsequent funktionalistischen Substanz- und Inhaltlosigkeit bei arithmetischen Mehrheitsvorstellungen. 51 v. H. der Wahlstimmen ergibt die Mehrheit im Parlament; 51 v. H. der Parlamentsstimmen ergibt Recht und Legalität; 51 v. H. Vertrauen des Parlaments zur Regierung ergibt die legale parlamentarische Regierung. Die Methode der Willensbildung durch einfache Mehrheitsfeststellung ist sinnvoll und erträglich, wenn eine substantielle Gleichartigkeit des ganzen Volkes vorausgesetzt werden kann. In diesem Fall liegt nämlich keine Überstimmung der Minderheit vor, sondern die Abstimmung soll nur eine latent vorhandene und vorausgesetzte Übereinstimmung und Einmütigkeit zutage treten lassen. [...] Entfällt die Voraussetzung der unteilbaren nationalen Gleichartigkeit, so ist der gegenstandslose, inhaltsleere Funktionalismus rein arithmetischer Mehrheitsfeststellungen das Gegenteil von Neutralität oder Objektivität; er ist nur die quantitativ größere oder geringere Vergewaltigung der überstimmten und damit unterdrückten Minderheit. Die demokratische Identität von Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden hört dann auf; die Mehrheit befiehlt, und die Minderheit hat zu gehorchen.“

195 Siehe dazu *Zude*, *Paternalismus*, S. 83: „Die Hart-Devlin-Debatte wurde ausgelöst durch einen Aufsatz Devlins, den dieser in Reaktion auf den sog. Wolfenden Report verfasste. In diesem vertrat er die These, dass das Strafrecht als seinen eigentlichen Zweck verfolge, die gesellschaftliche Moral als den ‚Kitt‘ der Gesellschaft zu bewahren. Auf diese rechtsmoralistische These antwortet Hart und provoziert damit die Debatte, in deren Folge über einige Jahre hinweg Aufsätze zu dieser Thematik entstanden.“

196 Vgl. *Hirsch/Neumann/Seelmann*, *Paternalismus*, S. 11.

significant role accorded to the State (état; Staat) by nineteenth century European political and constitutional developments. So also there is a greater readiness in Europe to recognise that the community should take responsibility for, or offer protection to, its disadvantaged members. Against such a background, the idea that governments should override decisions made by individuals in their own interest is less objectionable and might not seem to call for the sophisticated defences which American exponents of paternalism are apt to provide.¹⁹⁷

Nach Drerup liegt ein weiterer wichtiger Grund darin, dass sich die allgemeine philosophische Paternalismuskussion 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“:

In der Geschichte des deutschen Rechtsdenkens findet sich eine folgenreiche Tradition des Paternalismus und der vor allem durch Kant philosophisch gestützten Kritik des Rechtspaternalismus. Die kantianische Kritik ist in Deutschland nach 1850 jedoch weitgehend missverstanden und fehlgedeutet worden. Die „paternalistische Grundströmung des älteren deutschen Naturrechts“ wird vor allem durch Christian Wolff und seine Konzeption einer paternalistisch-perfektionistischen Staats- und Rechtsdoktrin repräsentiert.¹⁹⁸

Mit anderen Worten wurde der Rechtspaternalismus wegen des gravierenden Einflusses des Naturrechts, insbesondere der Kant'schen Rechtsphilosophie¹⁹⁹, unscharf vom Rechtsmoralismus bzw. dem moralisierenden Perfektionismus unterschieden, was zur genannten Vernachlässigung führte:

197 Ogus, Legal Studies 2010, S. 65.

198 Drerup, Paternalismus, S. 183.

199 Nach Kant sind die Tugendpflichten keine Rechtspflichten. Deswegen können sie nicht mittels eines rechtlichen Paternalismus durchgesetzt werden. Aber die Aufgabe des Rechts beschränkt sich trotzdem nicht allein darauf, den Bürgern die rechtlichen Freiräume zu gewähren. Siehe dazu Gutmann, ZdsfR 2005, S. 190 f.: „So wird es seit dem Neukantianismus, insbesondere in der von deutschen Juristen betriebenen Rechtsphilosophie bis in die 60er Jahre des 20. Jahrhunderts nahezu common sense, zu behaupten, das Recht diene im Kantschen Verständnis nicht dazu, individuelle Freiheits- und Willkürsphären gegeneinander abzugrenzen, sondern vielmehr nur dazu, jene Freiräume zu eröffnen, die die Individuen brauchen, um

Soweit sich die normative Rechtsphilosophie, zunehmend im Rahmen des juristischen Positivismus, bis zur Jahrhundertwende und darüber hinaus zu einer allgemeinen Theorie des positiven Rechts bzw. einer allgemeinen Rechtslehre deskriptiven Charakters ausdifferenziert, gerät ihr das Paternalismusproblem ohnehin aus dem Blick.²⁰⁰

Drerup beschreibt die Folgen der Fehlrezeption des Rechtspaternalismus und der Verfälschung der Kant'schen Paternalismuskritik: „Die Armada der antipaternalistischen Kritik des Rechtspaternalismus ist im paternalistischen Nothafen der missverständlichen ‚Pflichten gegen sich selbst‘ gestrandet.“²⁰¹ Mit anderen Worten liegt die Legitimität des legalen Paternalismus nicht nur im angeblichen Schutze der eigenen Erhaltungsinteressen des Handelnden, sondern auch im Schutze der Allgemeinheit.

I. Rechtspaternalismus aus der Kant'schen Perspektive

Nach *Kant* ist das objektive Recht heteronom²⁰², d. h., das Gesetz ist nur durch die äußere Gesetzgebung geschaffen und greift nur durch die äußere Verbindlichkeit in die äußere Freiheit des Individuums ein, und die innere Freiheit der Person kann nicht oder nicht effektiv durch die äußere Gesetzgebung eingeschränkt werden.

Der Begriff des Rechts, sofern er sich auf eine ihm korrespondierende Verbindlichkeit bezieht (d.i. der moralische Begriff derselben), betrifft erstlich nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person

ihre moralische Pflicht zu erfüllen; das Recht sei mithin nicht in sich selbst, sondern nur als Mittel zum Zweck der moralischen Pflicht sinnvoll.“

200 Ebenda, S. 179 f.

201 *Drerup*, Paternalismus, S. 184; vgl. *Gutmann*, ZdSfR 2005, S. 174–193.

202 Siehe dazu *Kant*, Rechtslehre, S. 37: „Der Inbegriff der Gesetze, für welche eine äußere Gesetzgebung möglich ist [Hervorh. d. Verf.], heißt die Rechtslehre (Ius). Ist eine solche Gesetzgebung wirklich, so ist sie Lehre des positiven Rechts, und der Rechtskundige derselben, oder Rechtsgelehrte (Iurisconsultus), heißt rechtserfahren (Iurisperitus), wenn er die äußeren Gesetze auch äußerlich, d.i. in ihrer Anwendung auf in der Erfahrung vorkommende Fälle kennt [Hervorh. d. Verf.], die auch wohl Rechtsklugheit (Iurisprudencia) werden kann, ohne beide zusammen aber bloße Rechtswissenschaft (Iurisscientia) bleibt. Die letztere Benennung kommt der systematischen Kenntniss der natürlichen Rechtslehre (Ius naturae) zu, wiewohl der Rechtskundige in der letzteren zu aller positiven Gesetzgebung die unwandelbaren Prinzipien hergeben muß.“

gegen eine andere [Hervorh. d. Verf.], sofern ihre Handlungen als Fakta aufeinander (unmittelbar, [sic] oder mittelbar) Einfluß haben können. [...] Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.²⁰³

Ausdrücklich stellt *Kant* mit der Wendung „unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“ die begriffliche Voraussetzung dar, dass legitime positive Rechtsordnungen die von ihnen aufgestellten Verhaltensnormen allein aus dem Prinzip der Kompatibilität der individuellen Freiheitssphären gewinnen müssen²⁰⁴, was bedeutet, dass die positiven Rechtsordnungen nur auf den allgemeinen Konsensen zwischen Personen auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene beruhen.

Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze [Hervorh. d. Verf.] zusammen bestehen kann. Wenn also meine Handlung, oder überhaupt mein Zustand, mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, so tut der mir Unrecht, der mich daran hindert [Hervorh. d. Verf.]; denn dieses Hindernis (dieser Widerstand) kann mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen nicht bestehen.²⁰⁵

Demnach ist die Aufgabe des Rechts nur auf die gegenseitige Abgrenzung und die Absicherung individueller äußerer Freiheitsräume beschränkt. Die äußere Handlung des Individuums wird zum Objekt des rechtlichen Eingriffs. Alle Handlungen, die dieses universalistische Kompatibilitätskriterium erfüllen und die nur die Person selbst betreffen sowie keinen Freiheitsbereich anderer verletzen können, gehören einer absolut geschützten Sphäre individueller Handlungsfreiheit an. In dieser Sphäre genießt der

203 Ebenda, S. 38.

204 Siehe dazu *Kersting*, Rechtsphilosophie, S. 67: „Die Frage nach der sittlichen Zulässigkeit von Zwangshandlungen deckt demnach ein Korrespondenzverhältnis auf zwischen dem vernunftbegründeten, das heißt nicht mehr und nicht weniger als: dem mit Hilfe der normativen Kriterien der Kantischen Moralphilosophie [sic] als moralisch möglich ausgewiesenen Zwang und der Pflicht, den äußeren Freiheitsgebrauch an den Bedingungen seiner Kompatibilität mit dem von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz zu orientieren.“

205 *Kant*, Rechtslehre, S. 39.

Einzelne die rechtliche Freiheit der Willkür²⁰⁶, was ein Vermögen bedeutet, „nach Belieben zu tun oder zu lassen“²⁰⁷. Jeder Übergriff anderer in diese Sphäre gilt als Unrecht.

Nach *Kant* unterliegen die Pflichten des mündigen Menschen gegen sich selbst, die nicht zugleich Pflichten gegen andere sind, mithin nicht dem Begriff des Rechts²⁰⁸. Folglich ist ein Eingriff zum Wohl des entscheidungsfähigen Betroffenen mit Zwang und Recht unzulässig. Aber *Gutmann* zeigt eine Ausnahme:

Diese These der Illegitimität des Rechtspaternalismus ist konstruktiv zudem darin verankert, dass Kant seinen Rechtsbegriff ausgehend von der Frage der Legitimität von Zwang entwickelt. Dieser soll, so Kant, als rechtlicher nur möglich sein, soweit er als Rechtszwang die nicht freiwillig geleistete Rechtspflicht des Betroffenen exekutiert, die Freiheit anderer zu respektieren. Ein paternalistischer Eingriff des Staates in jene (primär) selbstbezüglichen Handlungen, die sich der Verletzung fremden Rechts enthalten, ist nach Kant somit bereits begrifflich und notwendig Unrecht.²⁰⁹

Das objektive Recht bedeutet also eine Garantie der Kompatibilität der Freiheitssphären²¹⁰, die alle Personen untereinander respektieren müssen, so dass der Einzelne eine Willkür in der innerfreien Sphäre genießen kann. „Zudem darf nach Kants Verständnis nur dann Zwang ausgeübt werden, wenn dadurch die Rechtspflicht des Einzelnen, die Freiheit eines anderen zu respektieren, ausgeübt wird.“²¹¹ Die Voraussetzung der rechtlichen Eingriffe liegt deshalb darin, die Grenzen der inneren Freiräume zwischen den Individuen zu durchbrechen. Mit anderen Worten beruht die Legitimität der rechtlichen Eingriffe nur darauf, dass der Handelnde für sich selbst die Freiheit der anderen oder die öffentlichen Interessen der Allgemeinheit verletzt, wie *Ellscheid* zeigt:

206 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 216.

207 Vgl. *Kant*, Rechtslehre, S. 15 ff.

208 Vgl. *Höffe*, Rechtsprinzipien, S. 87.

209 *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 217.

210 Siehe dazu *Kant*, Rechtslehre, S. 47: „FREIHEIT (Unabhängigkeit von eines Anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht.“

211 *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 95.

Vermeidet man diese Konfusion, so zeigt sich, dass nach dem Rechtsbegriff Kants ethisches Handeln nur in den rechtlichen Schranken der Freiheit der Willkür zugelassen ist, dass daraus aber nicht folgt, alle rechtmäßigen Handlungen seien auch ethisch erlaubt. So kann es z. B. unethisch sein, von einem subjektiven Recht Gebrauch zu machen, wenn eine ethische Hilfspflicht entgegensteht, und ebenso kann es auch ethisch zu missbilligen sein, entgegen der Selbstkultivierungspflicht sich dem Müßiggang hinzugeben, was rechtlich zulässig wäre.²¹²

Also ist der rechtspaternalistische Eingriff nach dem Kant'schen Rechtsbegriff nicht zulässig, wenn der Handelnde für sich selbst nur seine eigenen Freiheiten und Interessen verletzt:

Die Freiheit als Mensch, deren Prinzip für die Konstitution eines gemeinen Wesens ich in der Formel ausdrücke: Niemand kann mich zwingen, auf seine Art (wie er sich das Wohlsein anderer Menschen denkt) glücklich zu sein [Hervorh. d. Verf.], sondern ein jeder darf seine Glückseligkeit auf dem Wege suchen, welcher ihm selbst gut dünkt, wenn er nur der Freiheit anderer, einem ähnlichen Zwecke nachzustreben, die mit der Freiheit von jedermann nach einem möglichen allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, (d.i. diesem Rechte des andern) nicht Abbruch tut. – Eine Regierung, die auf dem Prinzip des Wohlwollens gegen das Volk als eines Vaters gegen seine Kinder errichtet wäre, d.i. eine väterliche Regierung (imperium paternale) [Hervorh. d. Verf.], wo also die Untertanen als unmündige Kinder, die nicht unterscheiden können, was ihnen wahrhaftig nützlich oder schädlich ist, sich bloß passiv zu verhalten genötigt sind, um, wie sie glücklich sein sollen, bloß von dem Urteile des Staatsoberhauptes, und, daß dieser es auch wolle, bloß von seiner Gütigkeit zu erwarten: ist der größte denkbare Despotismus (Verfassung, die alle Freiheit der Untertanen, die alsdann gar keine Rechte haben, aufhebt).²¹³

Mit anderen Worten ist das Recht bei Kant auf Paternalismusresistenz verpflichtet. Kant geht deshalb von einer Pflicht des Staates aus, seine Bürger nicht zu bevormunden²¹⁴. Dies steht in Einklang mit dem bereits dargeleg-

212 Ellscheid, Paternalismusproblem, S. 186.

213 Kant, Gemeinspruch, S. 21 f.

214 Siehe dazu Ellscheid, Paternalismusproblem, S. 183: „Ein subjektives Recht des Bürgers gegen den Staat auf Unterlassung von Bevormundungen müsste nach Kants Rechtsbegriff mit der ‚Befugnis zu zwingen‘ verbunden sein.“

ten Kant'schen Rechtsbegriff, der auf die äußere Freiheit der Individuen²¹⁵ abzielt, soweit keine rechtlich geschützten Interessen der anderen verletzt werden²¹⁶.

II. Konsequentialistische Ansätze

In der Paternalismuskussion wird häufig das Verhältnis konsequentialistischer oder utilitaristischer Theorie zu paternalistischen Positionen diskutiert. Als Ausgangspunkt dienen in der Regel die Arbeiten *John Stuart Mills*.

1. Mill'scher Konsequentialismus

Dieser Grundsatz lautet: das einzige Ziel, um dessentwillen es der Menschheit gestattet ist, einzeln oder vereint, die Freiheit eines ihrer Mitglieder zu beschränken, ist Selbstschutz [Hervorh. d. Verf.]. Und der einzige Zweck, um dessentwillen man mit Recht gegen ein Glied einer gebildeten Gesellschaft Gewalt gebrauchen darf, ist: Schaden für Andere zu verhüten. Das eigne physische oder moralische Wohl des Handelnden ist kein genügender Vorwand. Man kann jemanden gerechterweise nicht zwingen, bestimmte Dinge zu tun oder zu unterlassen [Hervorh. d. Verf.], weil es für ihn selbst so besser sei, weil es ihn glücklicher machen würde oder weil es nach der Meinung anderer weise oder gerecht wäre, wenn er so handelte. Dies sind gute Gründe, um jemandem Vorstellungen zu machen oder mit ihm zu debattieren, ihn zu

215 Siehe dazu *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 219: „Es stellt, so Dworkin, einen zentralen Aspekt des Menschenbildes freiheitlicher westlicher Gesellschaften dar, dass Individuen nicht nur ‚erlebensbezogene‘ Interessen haben, Wohlfahrtsinteressen also, zu denen etwa die Freiheit von Schmerzen, körperliche Integrität et cetera gehören, sondern ganz wesentlich auch autonomie- beziehungsweise ‚wertbezogene‘ Interessen (critical interests) – nämlich Dispositionen und Überzeugungen, die sich darauf beziehen, was ein Leben im Ganzen gelungen macht. Diese critical interests des Einzelnen können nicht stellvertretend von anderen definiert und wahrgenommen und deshalb von vornherein auch nicht paternalistisch durchgesetzt werden.“

216 Siehe dazu *Ellscheid*, Paternalismusproblem, S. 185: „Da die Schranken des antipaternalistischen Freiheitsrechts mit denjenigen des allgemeinen Rechtsprinzips vollständig übereinstimmen, [...] stellt sich das antipaternalistische subjektive Recht als Spezialfall des rechtmäßigen Handelns im Sinne des Kant'schen Rechtsprinzips dar.“

überzeugen oder in ihn zu dringen; aber es sind keine Motive, um ihn zu zwingen oder Strafen über ihn zu verhängen, falls er anders handelt. Um das zu rechtfertigen, muß das Handeln, von dem man jemand abbringen will, für einen anderen einen Schaden bedeuten. Jeder ist nur für den Teil seines Handelns der Gesellschaft verantwortlich, der andere betrifft. In dem Gebiet, das nur ihn angeht, ist seine Unabhängigkeit absolut. Der Mensch ist Alleinherrscher über sich selbst, über seinen Körper und seinen Geist. [...] Und ich behaupte, diese Interessen rechtfertigen die Unterwerfung der individuellen Selbstbestimmung unter äußere Kontrolle nur für solche Handlungen, die das Interesse Anderer betreffen [Hervorh. d. Verf.]. Wenn jemand Andern Schaden zufügt, so liegt ein deutlicher Anlaß vor, ihn zu bestrafen, entweder durch das Gesetz, [sic] oder, wo gesetzliche Strafen nicht angewendet werden können, durch allgemeine Mißbilligung.²¹⁷

Genauso wie *Kant*²¹⁸ zeigt auch *Mill*, dass die rechtlichen Maßnahmen nicht die innere Freiheit des Individuums ergreifen dürfen. Nur wenn die individuellen Interessen durch die fremden Handlungen der anderen verletzt werden, kann man mit heteronomen Regelungen einen Schutz vor der Schädigung oder der entsprechenden Gefährdung dieser Interessen durchführen.

Aber *Mill* hält Selbstschädigung bzw. Selbstversklavung für unzulässig und hebt hervor:

In unserem wie in den meisten andern zivilisierten Ländern wäre z. B. ein Vertrag, durch den jemand sich als Sklave verkaufte oder verkaufen ließe, null und nichtig, weder durch das Gesetz noch durch die öffentli-

217 *Mill*, Freiheit, S. 39 ff.

218 Zwar betonen *Kant* und *Mill* um der individuellen Autonomie willen eine antipaternalistische Haltung, aber das Kant'sche Verständnis des Persönlichkeitsrechts unterscheidet sich von dem Mill'schen, weil ein Mensch nach *Kant* nicht nach seinem Belieben über sich selbst disponieren kann. Siehe dazu *Kant*, Rechtslehre, S. 70 und auch *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 197: „Obzwar die hundert Jahre später von Kant begründete persönlichkeitsrechtliche Fassung des Verhältnisses der Person zu ihrem körperlichen Dasein die begrifflich angemessenere Theorie darstellt, liegt die Stärke des Verständnisses des Persönlichkeitsrechts als Eigentumsrecht auf der Hand: Sie impliziert erstens, dass die Verfügungsmacht der Person über sich selbst prinzipiell unbegrenzt ist, dass sie also, was schon Kant auffiel, über sich ‚nach Belieben disponieren‘ kann, und zweitens, dass andere Personen, auch der Souverän, Übergriffe in dieses Selbstverhältnis – als geschütztes Eigentum – grundsätzlich zu unterlassen haben.“

che Meinung gestützt [Hervorh. d. Verf.]. Der Grund, warum man die Freiheit des Entschlusses über das eigne Lebenslos so beschränkt, ist klar, [sic] und wird in diesem extremen Fall besonders deutlich. Das Motiv, weshalb wir in die Willenshandlungen eines Menschen nicht eingreifen, außer, wo das Interesse anderer es gebietet, ist die Rücksicht auf die Freiheit des Wählenden [Hervorh. d. Verf.]. Wenn er frei wählte, so ist klar, daß er das, was er wählt, auch für wünschenswert oder mindestens für erträglich hält, und so wird für sein Wohl im Allgemeinen am besten gesorgt sein, wenn man es ihn auf seine eigne Weise wählen läßt. Wenn er sich aber als Sklave verkauft, so entsagt er seiner Freiheit, er verzichtet auf jeden fernerer Gebrauch derselben, der über jenen Akt hinausliegt [Hervorh. d. Verf.]. Er vereitelt also in seinem eignen Fall den Zweck, um derentwillen man ihm erlaubt, über sich selbst zu verfügen. Er ist nicht mehr frei, sondern er befindet sich jetzt in einer Lage, für die nicht mehr die Voraussetzung spricht, daß er sie frei gewählt hat. Das Prinzip der Freiheit kann nicht erfordern, daß man jemandem die Freiheit lasse nicht frei zu sein.²¹⁹

Einerseits gehört *Mill* zu den prominentesten Kritikern paternalistischer Positionen, aber andererseits verhindert er die Selbstversklavung hart-paternalistisch. Deshalb hält *Reitter* die paternalismusresistenten Thesen *Mills* wegen des mit Verbot der Selbstversklavung einhergehenden paternalistischen Bruchs für nicht zusammenhängend:

Die Widersprüchlichkeit dieses Ansatzes ergibt sich bei Betrachtung seiner im Übrigen grundlegend antipaternalistischen Argumente und seiner Begründung des Verbots der Selbstversklavung: Zum einen geht er – utilitaristisch – davon aus, dass der Betroffene selbst weiß, was für ihn am besten ist, [sic] und freie Entscheidungen damit zum größten Wohlbefinden führen, und zum anderen argumentiert er – scheinbar deontologisch – in Zusammenhang mit der Selbstversklavung mit dem absoluten Wert, welcher der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen, und der souveränen Herrschaft über eigene Belange zukommt. [...] Seine Argumentation ist insoweit nicht nur lückenhaft, sondern aus utilitaristischer Perspektive auch nicht zwingend so absolut und strikt antipaternalistisch [Hervorh. d. Verf.].²²⁰

219 *Mill*, Freiheit, S. 159 f.

220 *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 106.

Im Vergleich dazu betont *Gutmann*, dass die Legitimität der personalen Selbstbestimmung über Individualrechtsgüter am Ergebnis einer Güterabwägung zu bemessen sei, in der das Selbstbestimmungsrecht der Handelnden mit Gewicht und Bedeutung ihrer betroffenen objektiven Wohlfahrtsinteressen verrechnet wird²²¹. Mit anderen Worten lehnt *Mill* zwar mit Nützlichkeitsabwägungen die rechtspaternalistischen Interventionen ab, um das größtmögliche Glück für alle Betroffenen zu erreichen²²². Aber es ist trotzdem nicht zu leugnen, dass der Rechtspaternalismus aus wohlfahrtsökonomischer oder konsequentialistischer Sicht gegen die Selbstschädigung bzw. Selbstversklavung effizient ist²²³.

Stellt man in Anlehnung an solche Theorien auf Kriterien der Maximierung des Glücks oder Nutzens einer Mehrzahl von Personen ab, ist die Freiheit zur Wahl selbstschädigender Alternativen nur deswegen und nur dann zu respektieren, wenn dadurch der Gesamtnutzen oder die Gesamtmenge an Glück der relevanten Personen befördert wird. Schon weil die Beförderung des individuellen Wohlergehens zur Steigerung dieser Gesamtmenge oder des Gesamtnutzens beiträgt, sind die staatlichen Eingriffe,

221 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 203; *Gutmann*, Würde und Autonomie, S. 19.

222 Siehe dazu *Mill*, Freiheit, S. 125: „Aber weder ein Einzelner, noch mehrere Personen haben das Recht, einem erwachsenen Menschen zu verbieten, daß er mit seinem Leben anfangen, was er selbst für das Beste hält [Hervorh. d. Verf.]. Jedenfalls hat der Handelnde selbst an seinem Wohlbefinden das meiste Interesse. Dasjenige, das ein anderer (außer im Fall starker persönlicher Zuneigung) an ihm haben kann, ist nur gering im Vergleich zu dem, was er selbst an sich nimmt, das Interesse, das die Gesellschaft an ihm hat, ist (außer wenn es sich um sein Verhalten zur Gemeinschaft handelt) nur fragmentarisch und indirekt [Hervorh. d. Verf.], dagegen hat, wenn es sich um die eignen Gefühle und Lebensumstände handelt, der gewöhnliche Mann oder eine einfachste Frau Erkenntnismittel, die diejenigen weit überragen, über die irgendein anderer verfügt.“

223 Siehe dazu *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 200: „Das Rauchen, der Gebrauch bestimmter Drogen, falsche Ernährungsgewohnheiten, bestimmte hoch riskante Lebensstile (oder der Konsum nachmittäglicher Fernseh-Talkshows) mögen hierfür Beispiele sein. Darüber hinaus gibt es in konsequentialistischer Sicht keinen Grund, zwischen den Fällen normativ zu differenzieren, dass Menschen sich selbst schädigen oder sie es einfach nur versäumen, ihr Wohlergehen zu optimieren. In wohlfahrtsökonomischer und entscheidungstheoretischer Perspektive lassen sich gute Gründe dafür aufbieten, dass der Staat [...] kraft seiner weiteren, langfristigeren [...] Perspektive strukturell besser befähigt sein kann [Hervorh. d. Verf.], wenigstens bestimmte Entscheidungen im subjektiven Interesse der Einzelnen zu fällen, als die unmittelbar betroffenen, regelmäßig nur sehr bedingt rational agierenden Individuen selbst.“

die eine Selbstschädigung vermeiden, nicht von vornherein ausgeschlossen. Deswegen zeigt *Enderlein*:

Allerdings dürfte es von einem einigermaßen konsequent durchgeführten utilitaristischen Ansatz aus kaum begründbar sein, im Wählenkönnen der selbstschädigenden Alternative mehr als ein Element neben anderen bei der Bestimmung des Nutzens oder Glücks zu sehen. Danach kann es dem Nutzen oder Glück, jedenfalls in Einzelfällen, aufs Ganze gesehen dienlicher sein, die Selbstschädigung hart paternalistisch zu verhindern.²²⁴

Die Handlungsautonomie des Einzelnen, um deren Schutz es bei der Paternalismuskritik geht, hat deshalb im Rahmen utilitaristischer Theoriebildung gegenüber kollektiven Wohlfahrtsinteressen von vornherein nur einen fragilen Status. Dies ist kein spezifisch paternalismustheoretisches Argument, verweist aber auf ein Hintergrundproblem des Verhältnisses zwischen Konsequentialismus und Paternalismus²²⁵. Als Utilitarist schließt *Mill* die rechtspaternalistische Möglichkeit nicht aus, die individuelle Selbstbestimmungsfreiheit als intrinsischen Wert zugunsten anderer objektiver Güter des Individuums oder des Kollektivs zu begreifen²²⁶. „Die interest theory subjektiver Rechte hat deshalb rechtspaternalistische Implikationen; der Gedanke, dass Interessen des Einzelnen notfalls auch gegen

224 *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 23 f.

225 Vgl. *Gutmann*, Konsequentialismus, S. 34.

226 Siehe dazu *Mill*, Utilitarismus 2020, S. 26 f.: „Die utilitaristische Moral bejaht die menschliche Kraft der Aufopferung des größten eigenen Gutes für das Gut anderer. Sie weigert sich lediglich zuzugeben, daß dieses Opfer selbst ein Gut ist. Sie betrachtet ein Opfer als verschwendet, das die Gesamtmenge des Glücks nicht vermehrt oder das zumindest nicht die Tendenz hat, es zu vermehren. Die einzige Selbsthingabe, die sie lobt, ist die Hingabe an das Glück anderer oder an einige der Mittel, die das Glück anderer befördern – und zwar entweder das der ganzen Menschheit oder das von Individuen im Rahmen der Grenzen, welche die Gesamtinteressen der Menschheit verlangen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Damit wir diesem Ideal so nahekommen wie möglich, fordert der Nutzen die folgenden Mittel: 1. Die Gesetze und die sozialen Einrichtungen sollen das Glück oder (wie wir es in praktischen Zusammenhängen nennen können) das Interesse eines jeden Individuums so harmonisch wie möglich mit dem Interesse des Ganzen verbinden [Hervorh. d. Verf.]. 2. Die Erziehung und Meinung, die eine so große Macht auf den menschlichen Charakter ausüben, sollten diese Macht derart nutzen, daß im Gemüt eines jeden einzelnen eine unauflösliche Verbindung zwischen seinem eigenen Glück und dem Gut des Ganzen entsteht, insbesondere zwischen seinem eigenen Glück und der Ausübung solcher Verhaltensweisen, die von der Rücksicht auf das allgemeine Gut in positiver und negativer Absicht geboten werden.“

dessen Willen zu schützen sind, ist ihr immanent.“²²⁷ Also gibt es aus Gründen der kollektivistischen Natur des Utilitarismus keine haltbare Kritik am Rechtspaternalismus auf utilitaristischer Grundlage.

2. Öffentlicher Vernunftgebrauch als kollektivistisches Interesse aus der gesellschaftsvertragstheoretischen Perspektive

Dem Einzelnen gehört der Teil des Lebens, der vor allem die Interessen des Individuums berührt; der Gesellschaft der, der sie in besonderem Maße interessiert [Hervorh. d. Verf.]. Zwar ist der Staat nicht durch einen Vertrag gegründet worden, und wir gewinnen nichts, wenn wir einen Vertrag erfinden, um die sozialen Forderungen davon abzuleiten. Immerhin aber schuldet jeder, der den Schutz der Gesellschaft genießt, ihr eine Gegengabe für jene Wohltat. Die Tatsache, daß wir in einer Gesellschaft leben, verpflichtet jeden zu einer gewissen Rücksicht; und diese Rücksicht besteht zuerst darin, daß man die Interessen der andern nicht verletzt, sondern sich gegenseitig gewisse Interessen verbürgt [Hervorh. d. Verf.], die entweder durch besondere gesetzliche Bestimmungen oder durch stillschweigende Übereinkunft als Rechte betrachtet werden.²²⁸

Mill unterscheidet zwei Klassen von Handlungen: Es gibt primär selbst-bezogene Handlungen, die nur das Individuum selbst betreffen, und es gibt Handlungen, die auf andere bezogen sind. Die letzteren unterliegen nicht dem Bereich der individuellen Freiheit, sondern dem moralischen und rechtlichen Urteil der Gemeinschaft, welches sich auf die gesellschaftlichen Interessen bezieht, die sich daran orientieren, dass das substantielle Interesse bzw. die äußere Freiheit jeder Person in der Gesellschaft nicht durch fremde Handlungen der anderen verletzt werden darf. Sowohl das Individuum als auch die Gemeinschaft haben ein Recht auf Schutz ihrer jeweiligen Interessen. Dementsprechend hat das Individuum bestimmte Pflichten gegenüber der Gesellschaft, und umgekehrt hat auch die Gesellschaft bestimmte Pflichten gegenüber dem Individuum, was ausdrücklich bedeutet, dass die Gesellschaft selbst über die vom Individuum unabhängigen Interessen verfügen kann. Es ist also fraglich, ob und wie die sozialen Interessen durch die individuelle Selbstschädigung bzw. die individuelle

²²⁷ Gutmann, Rechtspaternalismus, S. 204.

²²⁸ Mill, Freiheit, S. 123.

Schädigung in der innerfreien Sphäre verletzt werden können, so dass man rechtspaternalistische Maßnahmen dafür einsetzen muss.

Ebenso macht sich jemand eines sozialen Vergehens schuldig, wenn er durch eine Handlung, die an sich nur ihn selbst betrifft, sich unfähig macht, eine bestimmte Pflicht in der Öffentlichkeit zu erfüllen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Aber wir wollen jetzt von einer solchen Handlung sprechen, die, während sie Andern keinen Schaden zufügt, doch dem Handelnden selbst sehr schädlich ist. Ich sehe nicht ein, wie jene, die das glauben, nicht überzeugt sind, daß das Beispiel in solchen Fällen im Ganzen eher heilsam als schädlich wirkt [Hervorh. d. Verf.]. Denn mit den üblen Handlungen werden zugleich die peinlichen und erniedrigenden Folgen bekannt, die bei gerechter Beurteilung für jene Handlung zu erwarten sind. Aber der stärkste Grund gegen die Einmischung der Öffentlichkeit in rein persönliche Handlungen ist der [Hervorh. d. Verf.], daß sie sicher in falscher Weise und am unrechten Ort geschehen würde. Über Fragen der gesellschaftlichen Moral, also über Pflichten gegen andere, wird die öffentliche Meinung zwar oft im Unrecht, doch vielleicht noch öfter im Recht sein [Hervorh. d. Verf.]. Denn in solchen Fragen haben alle nur nach ihren eignen Interessen zu urteilen, nach dem Eindruck, den eine Handlungsweise, wenn sie gestattet wäre, ihnen selbst machen würde. Wenn aber die Meinung einer ähnlichen Mehrheit einer Minderheit als Gesetz auferlegt wird und Fragen berührt, die nur den Handelnden selbst angehen, so wird sie ebenso wahrscheinlich das Unrechte wie das Richtige treffen [Hervorh. d. Verf.]. Denn im besten Fall bedeutet die öffentliche Meinung das Urteil von einigen Leuten über das, was für andere gut oder böse ist [Hervorh. d. Verf.].²²⁹

Nach *Mill* werden die rechtspaternalistischen Eingriffe durch die Verletzung der Gemeinschaftsinteressen und sogar des moralischen Gemeinschaftsgefühls begründet. Hierfür betont *Mill* die menschliche Natur:

Dieses unerschütterliche Fundament sind die Gemeinschaftsgefühle der Menschen – das Verlangen nach Einheit mit unseren Mitgeschöpfen, das bereits jetzt eine mächtige Triebkraft in der menschlichen Natur ist [...]. Das gemeinschaftliche Leben ist dem Menschen so natürlich, so notwendig und so vertraut, dass er sich niemals [...] anders denn als Glied eines Ganzen denkt [Hervorh. d. Verf.]; und diese gedankliche

229 Ebenda, S. 132 ff.

Verbindung wird desto unauflöslicher, je weiter sich die Menschheit vom Zustand roher Selbstgenügsamkeit entfernt.²³⁰

Nach den kommunitaristischen Theorien sind die Menschen ontogenetisch immer schon in Gemeinschaften eingebettet, die für die Ausbildung der Identität dieser Menschen als Individuen und Handelnde nicht akzidentuell, sondern konstitutiv sind²³¹. Während der kontinuierlichen Sammlung der Menschen von Lebenserfahrungen und Kulturkenntnissen bilden sich die allgemeinen Gemeinschaftsgefühle, das notwendige Sozialbewusstsein bzw. der basale Konsens mit entsprechenden Handlungsmaßstäben auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene, wodurch die Menschen Informationen austauschen, einander imitieren und weiter voneinander lernen können. Mit anderen Worten kann eine individuelle Handlung bzw. Selbstschädigung in gewissem Maße einen direkten oder indirekten Einfluss auf die gesellschaftlichen Bewusstseinsaktivitäten und sogar die objektiven Handlungen der anderen ausüben²³². Deswegen zeigt *Gutmann*:

Die normative Grundlegung der kantischen Paternalismuskritik ist derjenigen Mills noch in einem weiteren Punkt überlegen. Paternalismusresistent soll nach Mill nur „der Teil des Lebens (sein), bei dem hauptsächlich der einzelne interessiert ist“ und die Interessen anderer Personen nur mittelbar berührt sind [Hervorh. d. Verf.]. Hatte diese These seit jeher den Einwand provoziert, dass sich ein Bereich nichttrivialer Hand-

230 *Mill*, Utilitarismus 2021, S. 95.

231 Vgl. *Gutmann*, Konsequentialismus, S. 34.

232 Durch die Forschung des Anthropologen *Imanishi* über das Verhalten von Primaten anhand langfristiger Beobachtung der Japanmakaken auf der japanischen Insel *Kōjima* wurde entdeckt, dass die bewusste oder auch die vom Bewusstsein unabhängige Erhaltung des Individuums zur Erhaltung und Entwicklung der Gesellschaft beiträgt. Die gesellschaftliche bzw. kulturelle Entwicklung bezieht sich also unmittelbar auf die individuelle Erhaltung. Siehe dazu *Imanishi*, Lebewesen, S. 82: „Auch wenn man selbst stirbt, erreicht man doch dadurch, daß man ein Individuum, das wie man selbst ist, hervorbringt und auf dieser Welt zurückläßt, daß der Platz, den das Individuum auf dieser Welt einnimmt, erhalten wird, was wiederum bedeutet, daß diese Welt erhalten wird. Natürlich möchte ich keineswegs die Tatsache ignorieren, daß dem Phänomen der Fortpflanzung auch die Funktion der Arterhaltung zukommt. Doch ist mir wichtig zu betonen, daß das Phänomen der Fortpflanzung zwei Aspekte hat, nämlich den der Erhaltung der Art und den der Erhaltung des Individuums, und daß ich zwischen beiden nicht den geringsten Widerspruch entdecken kann. Während man gewöhnlich der Fortpflanzung die Funktion der Arterhaltung zuspricht, pflegt man die Ernährung mit dem Erhalt des Individuums in Verbindung zu bringen.“

lungen, die „nur den Einzelnen angehen“, nicht abgrenzen lasse, da jedes Verhalten Auswirkungen auf andere und das soziale Ganze habe, so legt der kantische Ansatz von vornherein dar, dass die Paternalismuskritik nicht auf empirische Hypothesen über faktische Auswirkungen individueller Handlungen auf andere abstellt, sondern auf normative Feststellungen darüber, ob solche Handlungen subjektive Rechte oder rechtlich geschützte Interessen anderer (oder rechtlich geschützte kollektive Güter von hinreichendem Gewicht) verletzen oder nicht [Hervorh. d. Verf.].²³³

Mit anderen Worten kommt dem Menschen ein Selbstbestimmungsrecht bzw. eine Selbstschädigung ohne rechtliche Eingriffe zu, solange er nicht anderen in rechtswidriger Weise Schaden zufügt. Hierbei ist fraglich, was Schaden bedeutet oder welche Interessen der anderen oder der Gesellschaft durch die Selbstschädigung des Handelnden verletzt werden, d. h., welche Gemeinschaftsgefühle im Sinne *Mills* aus der utilitaristischen Perspektive eher rechtspaternalistisch geschützt werden müssen als dieses Selbstbestimmungsrecht des Handelnden, um die rechtlichen Eingriffe auch im weltanschaulich neutralen Staat angemessen abzugrenzen.

Von dem Hintergrund des „Faktums des vernünftigen Pluralismus“ und eines Neben-, Mit- und Gegeneinanders unterschiedlicher Lebenswelten, -formen und -entwürfe, aber auch unterschiedlicher Werkskalen, moralischer Normsysteme und ethischer Theorien können Rechtsnormen mit allgemeinem (innerstaatlichem) Geltungsanspruch nicht auf partikuläre Vorstellungen des Guten [Hervorh. d. Verf.] gegründet werden.²³⁴

Anders gesagt beruht der Rechtspaternalismus auf dem Schutz der Gemeinschaftsgefühle bzw. der intersubjektiven Vorstellungen, die von idiosynkratischen Wertsystemen der Einzelnen unabhängig sind und die sich unverzichtbar durch die rechtspaternalistischen Maßnahmen schützen lassen. Deswegen bedeuten diese Vorstellungen als „größter gemeinsamer Teiler“ einen basalen Konsens und Handlungsmaßstab auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene, der die individuelle Selbstbestimmung einschränken kann, wie *Gutmann* betont:

Die paternalistisch umzusetzende staatliche Schutzpflicht dürfte sich wiederum am ehesten mit dem in der kantischen – etwa bei Kant und Hufeland – ebenso wie der hegelschen Rechtsphilosophie geäußerten

233 *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 220.

234 *Ebenda*, S. 221.

Gedanken fassen lassen, dass der Einzelne in rechtlicher Sicht nicht über seine zentralen, die Person konstituierenden und deshalb unveräußerlichen Rechtsgüter (zum Beispiel seine Fähigkeit zur Selbstbestimmung) verfügen könne.²³⁵

Deswegen werden diese öffentlichen Handlungsmaßstäbe, durch die die öffentliche Vernunft der Gesellschaft entsprechend ausgezeichnet wird, notfalls durch den Gesetzgeber eingesetzt, um den öffentlichen Frieden bzw. die Sicherheit des funktionierenden Sozialsystems zu schützen. Zwar ist dieses gesellschaftliche Interesse scheinbar abstrakt, aber *Zude* betont seine Wichtigkeit im Gesetzgebungsprozess:

Das allgemeine Urteil als „standard of voluntariness“ beansprucht als Mehrheitsurteil eine gewisse Autorität. Diese Autorität erstreckt sich auf alle entsprechenden Fälle, die eines solchen Urteils bedürfen. [...] Das subjektive Urteil des Polizisten, dessen Normalität hier vorausgesetzt wird, decke sich mit dem allgemeinen Urteil in solchen Fällen [Hervorh. d. Verf.]. Und so legt sich die „Vermutung“ (presumption) nahe, dass für diese einzelne Person dasselbe gilt wie für die meisten anderen: Nämlich, dass sie nicht zu Schaden kommen wolle. [...] Die Vermutung, auch die einzelne Person werde zu dem großen Kreis der Mehrheit gehören, die sich nicht freiwillig selbst Schaden zufügen wolle [Hervorh. d. Verf.], führt dazu, das Prinzip des Rechtspaternalismus, „that a person may properly be protected from his own folly“, in diesem konkreten Fall zur Anwendung zu bringen.²³⁶

Anders gesagt: Erst wenn das gesellschaftliche Interesse sehr wichtig wird, mindestens ebenso wichtig wie das eigene Erhaltungsinteresse des betroffenen Individuums, kann dementsprechend die rechtspaternalistische Einmischung eingesetzt werden, was bedeutet, dass das einzelne subjektive Interesse in einen Teil des allgemeinen objektiven Interesses überführt wird, so dass sich der Gesellschaftsvertrag abschließen lässt. Dieser Vertrag funktioniert wie eine unerlässliche Garantie der eigenen Erhaltung der Gesellschaft und auch zugleich der Individuen. Nach *Gutmann* werden mithin die paternalistisch wirkenden Normen in der Rechtswirklichkeit in der Mehrheit der Fälle gerade im Hinblick auf die Interessen des Dritten oder der Allgemeinheit gerechtfertigt, was dazu führt, dass nicht nur die

235 Ebenda, S. 221 f.

236 *Zude*, Paternalismus, S. 185.

Existenz und Bedeutung einer lediglich selbstbezüglichen Verhaltenssphäre, sondern auch die stärkere Konzeption in Frage kommt, ob einige bestimmte Handlungen und Entscheidungen des Einzelnen noch in jedem Fall zu schützen sind, und zwar auch dann, wenn Interessen der anderen oder Belange der Allgemeinheit gegen diesen Schutz angeführt werden können²³⁷.

Deswegen beruht der Rechtspaternalismus auf dem Schutz der Interessen der anderen und des Kollektivs. Nach *Rawls* stellt dieser paternalistische Schutz direkt auf die Einsetzung und Regulierungen des Gesellschaftsvertrags für Fairness und Gerechtigkeit ab, den freie und vernünftige Menschen in einem Ur- oder Naturzustand unter einem „Schleier des Nichtwissens“ in ihrem eigenen Interesse vereinbaren würden. Dieser Schleier des Nichtwissens bewirkt eine Situation der Gleichheit als rein theoretische Situation im Gesellschaftsvertrag, die so beschaffen ist, dass sie zu einer bestimmten Gerechtigkeitsvorstellung führt.

Zu den wesentlichen Eigenschaften dieser Situation gehört, daß niemand seine Stellung in der Gesellschaft kennt, seine Klasse oder seinen Status, ebensowenig sein Los bei der Verteilung natürlicher Gaben wie Intelligenz oder Körperkraft. Ich nehme sogar an, daß die Beteiligten ihre Vorstellung vom Guten und ihre besonderen psychologischen Neigungen nicht kennen. Die Grundsätze der Gerechtigkeit werden hinter einem Schleier des Nichtwissens festgelegt. Dies gewährleistet, daß dabei niemand durch die Zufälligkeiten der Natur oder der gesellschaftlichen Umstände bevorzugt oder benachteiligt wird. Da sich alle in der gleichen Lage befinden und niemand Grundsätze ausdenken kann, die ihn aufgrund seiner besonderen Verhältnisse bevorzugen, sind die Grundsätze der Gerechtigkeit das Ergebnis einer fairen Übereinkunft oder Verhandlung.²³⁸

Nach der Gerechtigkeitsvorstellung soll demzufolge jedes gesellschaftliche Individuum²³⁹ nicht die Verwirklichung seiner eigenen Neigungen bzw. sei-

237 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 251.

238 *Rawls*, Gerechtigkeit, S. 29.

239 Dies bedeutet, dass der einzelne seine Identität erst im sozialen Umgang, in gesellschaftlichen Bezügen erlangen kann. Siehe dazu *Bergheim*, Das gesellschaftliche Individuum, S. 53: „Dadurch wird die Gesamtheit der Einwohnerschaft, die Stadt als ganze zu einem sozialen Gefüge mit Strukturen, Parteien, Abläufen und Ereignissen. Zugleich verändert sich damit auch der Status der einzelnen Figuren, sie entsprechen nicht mehr einem traditionellen Heldentypus, denn innerhalb dieser Gesamtheit kann es nur noch Figuren von mehr oder weniger Gewicht geben.“

ner Selbstbestimmung überbetonen und zugleich die sich an Interessen der anderen oder der Allgemeinheit orientierende Gesellschaftsgerechtigkeit respektieren.

III. Argumente der Zustimmung aus der Perspektive der Autonomiemaximierung

Auch nach *Rawls* zeigt sich, dass man aufgrund des von ihm herangezogenen Kriteriums des „Versagens der Vernunft“ bzw. des „Irrationalen“²⁴⁰ bestimmen kann, wer vernünftigerweise die Regelungen oder Handlungsmaßstäbe seiner eigenen Angelegenheiten in Zukunft vorausplanen kann, um das „gute Leben“ zu realisieren²⁴¹.

Damit ist klar, was ich behaupten möchte: eine Gerechtigkeitsvorstellung ist vernünftiger oder eher zu rechtfertigen als eine andere, falls vernünftige Menschen im Urzustand die einen Grundsätze anstelle der anderen als gerecht akzeptieren würden. Gerechtigkeitsvorstellungen sind danach zu beurteilen, wie annehmbar sie Menschen unter solchen Bedingungen sind. In diesem Sinne wird die Frage der Rechtfertigung durch Ausführung eines Gedankenexperiments entschieden: man muß feststellen, welche Grundsätze vernünftigerweise in der Vertragssituation zu akzeptieren wären. Dadurch hängt die Theorie der Gerechtigkeit mit der Theorie der vernünftigen Entscheidung zusammen [Hervorh. d. Verf.]. Soll diese Auffassung des Rechtfertigungsproblems Früchte tragen, so müssen wir natürlich das Entscheidungsproblem genauer beschreiben. Für ein Problem der vernünftigen Entscheidung gibt es eine eindeutige Lösung nur dann [Hervorh. d. Verf.], wenn die Ansichten und Interessen der Parteien und ihre Beziehungen untereinander bekannt sind, die Möglichkeiten, zwischen denen sie wählen können, die Verfahren, nach denen sie entscheiden, und so weiter.²⁴²

240 Vgl. *Rawls*, Gerechtigkeit, S. 280 ff.

241 Es ist bedenklich, ob die individuelle Autonomie wegen der Verobjektivierung des Einzelnen abzulehnen ist. Siehe dazu *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 519: „Die ‚rationalen Wesen‘ erscheinen zudem recht ‚entseelt‘, weil sie den Wert der Spontaneität und auch der ‚Planlosigkeit‘, des In-den-Tag-Lebens, unberücksichtigt lassen.“

242 *Rawls*, Gerechtigkeit, S. 35.

Deswegen wird nach *Rawls* in unvernünftige Entscheidungen rechtspaternalistisch eingegriffen²⁴³, damit die Beteiligten in der Gesellschaft vernünftig handeln und zur Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten fähig sind²⁴⁴. Dies deutet darauf hin, dass nur Irrationalität im Sinne fehlender Handlungs- und Entscheidungskompetenz angesprochen ist und dergestalt ausschließlich der weiche Paternalismus gerechtfertigt werden soll²⁴⁵. Mit anderen Worten stellt dieser Paternalismus auf die Autonomiemaximierung ab.

Angesichts der Rechtfertigung des Paternalismus gehen die autonomieorientierten Ansätze aus unterschiedlichen Perspektiven von der Zulässigkeit der rechtspaternalistischen Intervention aus, soweit diese in irgendeiner Form die Bedeutung der individuellen Autonomie des Handelnden hervorhebt. Aber es ist hier zu betonen, dass die durch den Paternalismus umgesetzte Autonomiemaximierung nicht mit der Freiheitsmaximierung gleichzusetzen ist²⁴⁶, weil das Individuum zum Mittel zur Erfüllung des ihm gegenüber heteronomen Ziels der Wohlfahrtsmaximierung wird. „Schon hierdurch fällt der ‚freiheitsmaximierende‘ Paternalismus im Ergebnis ganz wesentlich auf übliche Formen des wohlfahrtsorientierten Paternalismus zurück.“²⁴⁷ Demnach ist der autonomieorientierte Paternalismus noch eine grundlegende Variante des konsequentialistischen Ansatzes.

243 Siehe dazu ebenda, S. 281: „Es ist auch vernünftig, daß sie sich gegen ihre eigenen vernunftwidrigen Neigungen durch Einigung auf ein Schema von Strafen schützen, das sie ausreichend motiviert, törichte Handlungen zu unterlassen, sowie auf bestimmte Auflagen, die die unglücklichen Folgen unklugen Verhaltens beseitigen sollen.“

244 Vgl. *Behrendt*, RT 2021, S. 56.

245 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 234.

246 Vgl. *Fischer/Lotz*, Sanfter Paternalismus, S. 53 f. Siehe dazu auch *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 204: „In der Perspektive eines ‚freiheitsmaximierenden Paternalismus‘ ist ein Eingriff zumindest prima facie nicht nur erlaubt, sondern geboten, wenn ‚die Freiheitsräume des Entscheidenden in gegenwärtigen und zukünftigen Lebensphasen, in ihrer Gesamtheit betrachtet, durch diese paternalistische Freiheitsbeeinträchtigung maximiert werden.“

247 *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 207.

1. Vernünftigkeit der zukünftigen Zustimmung als Entscheidungsfreiheitspaternalismus

Bei der Rechtfertigung des Paternalismus kommt eine zukünftige Zustimmung des Handelnden in Betracht. Wenn der Handelnde im Augenblick des rechtlichen Eingriffs nicht selbst entscheidungsfähig oder nicht ausreichend informiert ist, kann der Eingriff auch mit dem Verweis auf ein zukünftiges Selbst gerechtfertigt werden²⁴⁸. Diesen Betrachtungen liegt der Gedanke zugrunde, dass durch ein selbstschädigendes oder selbstgefährdendes Verhalten ein zukünftiges Selbst, das sich von dem jetzigen Selbst unterscheiden lässt, verletzt wird und damit ein paternalistischer Eingriff gegenüber dem gegenwärtigen Selbst durch den Schutz des späteren Selbst des Handelnden und damit *quasi* durch den Schutz einer anderen Person gerechtfertigt ist. Demnach wird die zukünftige Zustimmung auch als hypothetische Zustimmung angesehen²⁴⁹.

Solange ein Argument der Selbstbestimmung insoweit konsequentialistisch bleibt, als es in Begriffen von Autonomieaggregation²⁵⁰ bzw. -maximierung denkt, kann es unvermeidlich zu einem Entscheidungsfreiheitspaternalismus führen, der fordert, dass aktuelle Entscheidungen der betroffenen Person umso leichter zu übergehen sind, je höher die Summe ihrer künftig möglichen freien Entscheidungen ist²⁵¹. D. h., eine staatliche Einmischung ist an dem zukünftigen Selbst als spezifischem Bild des „Person-Seins“ zu orientieren. So weist *Schroth* ausdrücklich darauf hin:

Paternalistische Eingriffe werden weiter damit begründet, daß Individuen nicht über ihre gesamte Lebenszeit als ein und dieselbe Person angesehen werden dürfen. Man kann dann argumentieren, daß Personen häufig ihre Einstellungen ändern und insofern nicht die gleichen seien. Ist dies richtig, – so könnte man fortfahren – muß die spätere Person

248 Vgl. *Sieckmann*, Autonome Abwägung, S. 69 f.

249 Vgl. *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 120 f.

250 Autonomieaggregation bedeutet, dass die Autonomie nicht mehr als Schwellenbegriff aufzufassen ist. Dies führt zu einer Art „Rationalitäts-“ oder „Autonomieperfektionismus“. Siehe dazu *Gutmann*, Konsequentialismus, S. 48: „Lässt man die Frage beiseite, wie sich Autonomie als Gut oder Wert im Rahmen einer konsequentialistischen Theorie überhaupt gegenüber konkurrierenden Werten oder Gütern als lexikalisch vorrangig auszeichnen lässt, und unterstellt man die Plausibilität einer ‚idealutilitaristischen‘ Lesart personaler Autonomie, so führt immer noch kein Weg zu einer konsistenten Theorie des Antipaternalismus.“

251 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 204 f.

vor bestimmten Handlungen der früheren Person geschützt werden. [...] Wenn man überhaupt paternalistische Gesetzgebung für legitim erachtet, so braucht man einen abgesteckten Rahmen, in dem Paternalismus zulässig ist.²⁵²

Nach *Enderlein* kann man die Vernünftigkeit der zukünftigen Zustimmung recht plausibel so verstehen, dass der Einzelne nicht unbegrenzt die Freiheit haben soll, sein zukünftiges Wohl in späteren Phasen seines Lebens durch Handlungen zu beeinträchtigen, die er in jenen späteren Phasen seines Lebens missbilligen wird²⁵³.

2. Die vorherige Zustimmung

In den viel diskutierten Odysseusfällen²⁵⁴ zeigt sich, dass in die Freiheit der späteren Person eingegriffen wird, um sie vor einer Selbstschädigung zu bewahren, und dass der Eingriff auf der tatsächlichen Zustimmung der früheren Person beruht. Hierfür ist zunächst die terminologische Frage zu klären, ob solche Eingriffe überhaupt noch paternalistisch heißen sollen. Da die individuelle Autonomie grundsätzlich die gegenwärtige Autonomie bedeutet²⁵⁵, handelt es sich *per definitionem* um eine rechtfertigungsbedürftige, paternalistische Beschränkung, soweit in den aktuellen Willen des Betroffenen eingegriffen wird. In solchen Fällen ist zweifelhaft, ob überhaupt

252 *Schroth*, Organhandelsverbot, S. 877.

253 Vgl. *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 28 f.

254 Siehe dazu *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 118: „Das Konzept des Odysseus-Paternalismus nimmt Bezug auf Homers Odyssee, in welcher beschrieben wird, dass Odysseus seinen Gefährten aus Angst, sonst den betörenden Kräften der Sirenen zu verfallen, befiehlt, ihn vor der Begegnung mit den Sirenen am Schiffsmast festzubinden und ihn auch, wenn er dies später in Anwesenheit der Sirenen wünschen sollte, nicht wieder zu befreien. Er gibt seinen Gefährten somit auf, seinen potentiell nachfolgenden Willen auf seinen eigenen, vorangegangenen Wunsch hin zu durchkreuzen.“

255 Siehe dazu *Gutmann*, Konsequentialismus, S. 50 f.: „Der hier geforderte Respekt gründet [...] vielmehr darin, dass das Subjekt dieses Respekts bzw. der Inhaber dieses Achtungsanspruchs die je gegenwärtige Person ist. Die Rede von der intertemporalen Maximierung von Freiheitsräumen verfehlt die Bedeutung von Autonomie in ihrem primären Sinn, demzufolge eine Person durch Entscheidungen und Handlungen, mit denen sie sich hier und jetzt identifiziert, ihr künftiges Leben formt und zudem durch die Entscheidung für ein Ziel oder eine Beziehung ihre eigenen künftigen Handlungsgründe kreiert. [...] Ein gehaltvoller Begriff individueller Autonomie setzt deshalb ebenso wie das Prinzip des Respekts vor Personen voraus, je gegenwärtige Personen in ihrem Selbstbestimmungsrecht zu achten und

eine begründungsbedürftige Freiheitsbeeinträchtigung dieser späteren Person vorliegt, wenn die vorangegangene Zustimmung *per se* nicht mehr aufrechterhalten ist. Anders gesagt: Warum soll die vorherige Zustimmung mehr Gewicht haben als die spätere?

Nach Enderlein kommt es bezüglich der Legitimität des rechtlichen Eingriffs jedoch nicht darauf an, ob die frühere Zustimmung *per se* vorliegt oder nicht mehr:

Wenn Odysseus befiehlt, ihn festzubinden und ihn später auch dann nicht zu befreien, wenn er während des Gesangs der Sirenen gegenteilige Befehle gibt, mögen die Seeleute darin gerechtfertigt sein, ihn während des Gesangs trotz der gegenteiligen Befehle nicht loszubinden. Der Grund dafür liegt aber nicht schon darin, daß die vorherige Zustimmung als solche bereits die Fesselung gegen den späteren Willen des Odysseus rechtfertigte. Vielmehr kommen im Falle des Odysseus schwach paternalistische Rechtfertigungsgründe hinzu.²⁵⁶

Folglich befindet sich der wesentliche Grund des rechtlichen Eingriffs nicht in der angeblichen vorherigen Zustimmung, sondern darin, dass die spätere Person die Selbstentscheidungsfähigkeit nicht oder nur teilweise besitzt. Mit anderen Worten orientiert sich dieser Eingriff auch noch an der oben dargestellten Autonomiemaximierung aus utilitaristischer Perspektive. So handelt es sich hier um einen Fall weich-paternalistischen Selbstschutzes bzw. des Entscheidungsfreiheitspaternalismus, der sich nicht mit dem Sinn eines subjektiven Rechts auf Entscheidungsfreiheit vereinbaren lässt²⁵⁷.

sie nicht zu instrumentalisieren – auch nicht zugunsten ihrer (ohnein weitgehend nur probabilistisch zu erfassenden) zukünftigen Lebensphasen [Hervorh. d. Verf.].“

256 Enderlein, Rechtspaternalismus, S. 30.

257 Siehe dazu ebenda, S. 30: „Schon wichtiger ist das folgende Argument, das für die Unbeachtlichkeit der späteren Willensänderung und für die rechtfertigende Kraft der früheren Zustimmung angeführt wird: Das Selbstbestimmungsrecht werde empfindlich beschränkt, wenn der Einzelne nicht auch darüber entscheiden könne, welche Vorteile und Freiheiten er in zukünftigen Lebensphasen habe.“

D. Paternalismus, Autonomie und Menschenwürde

Konzepte wie Autonomie oder Menschenwürde beziehen sich auf das Naturrecht²⁵⁸ und die der Gesetzgebung entsprechenden Vorstellungen in der positiven Rechtswissenschaft²⁵⁹. In der modernen Naturrechtsdiskussion spielt die Vorstellung eine große Rolle, dass das Naturrecht dem abweichenden positiven Recht vorgeht²⁶⁰. Für die Naturrechtsrenaissance in den ersten Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg war diese Vorstellung geradezu essenziell. Das Naturrecht wird in Urteilen deswegen auch nicht etwa nur beiläufig erwähnt oder zur Verstärkung einer auf positives Recht gestützten Begründung verwendet, sondern ist eine nicht hinwegzudenkende Entscheidungsgrundlage. In den Jahren nach 1945 wurde eine ganze Reihe von Entscheidungen veröffentlicht, in deren Begründungen das Naturrecht eine Rolle spielt²⁶¹.

Die Rechtsprechung hat Normen des Verfassungsrechts (einer Landesverfassung und später des Grundgesetzes) als naturrechtlich und daher unabhängig von ihrer Positivierung durch die Verfassung gültig angese-

258 Siehe dazu *Detjen*, Pluralismus und Naturrecht, S. 45: „Thomas von Aquin führte folgende Neigungen auf: Selbsterhaltung, Zusammenleben mit anderen Menschen, geschlechtliche Gemeinschaft und Streben nach rationaler Erkenntnis, was die Erkenntnis Gottes einschließt [Hervorh. d. Verf.]. Die diesen Neigungen entsprechenden und die Vollendung des Menschen anzeigenden Güter werden von der Vernunft auf natürliche Weise als gut und folglich als zu verwirklichen erfasst. Das natürliche Gesetz ist somit auf doppelte Weise natürlich: Natürlich ist zum einen der Inhalt: Denn dieser entspricht der menschlichen Natur [Hervorh. d. Verf.]. Natürlich ist zum anderen der Erkenntnismodus: Jeder weiß von Natur und nicht erst durch fremde Belehrung oder staatliche Rechtsnormen um die elementaren Erhaltungs- und Entfaltungsbedingungen seiner Existenz als Mensch. Jedem liegt daran, sein Leben zu bewahren, mit anderen in Gemeinschaft zu leben, eine Familie zu gründen und Nachkommen zu zeugen sowie die Wahrheit zu erkennen [Hervorh. d. Verf.]. Und jeder weiß ohne Belehrung, dass die anderen Menschen ebenfalls die erwähnten Neigungen haben.“

259 Siehe dazu *Schröder*, Naturrecht, S. 429: „Für den positiven Juristen genügt also die Feststellung, daß ein Gesetz gegeben ist. Ob es gerecht und vernünftig ist, entscheidet die Politik, die unter anderem aus dem Naturrecht fließt.“

260 Siehe dazu *Ellscheid*, Strukturen naturrechtlichen Denkens, S. 147: „Im genauen Gegenzug zur Doktrin des Gesetzespositivismus, wonach dem Staat die Verfügung über das Recht zusteht, wird Naturrecht als das verstanden, was die Manipulierbarkeit von Recht durch Gesetzgebung durchkreuzt, sei es als Maßstab der Kritik am positiven Recht, sei es – weitergehend – als die Verneinung der Geltung positivrechtlicher Normen.“

261 Vgl. *Otte*, Naturrechtsrechtsprechung, S. 189 ff.

hen und daraus ein Rangverhältnis zu anderen (Verfassungs-)Normen oder eine Geltung schon vor Inkrafttreten der Verfassung gefolgert.²⁶²

Dies bedeutet die Wiedereingliederung Deutschlands in die nordatlantisch-westeuropäische Verfassungstradition²⁶³. Mit dem Satz „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ (Art. 1 I 1 GG) fügte der Parlamentarische Rat dieser Tradition das neue Element hinzu, dass die Menschenwürde „oberster Wert“ und „tragendes Konstitutionsprinzip“ des Grundgesetzes sei²⁶⁴.

I. Menschenwürde aus rechtlicher Perspektive

Als umfassender Begriff stellt Menschenwürde auf viele Bereiche ab, wie z. B. Philosophie, Jurisprudenz, Theologie, Gesellschaftswissenschaft, Pädagogik und Psychologie. Dabei sieht man sich mit dem überraschenden Umstand konfrontiert, dass Menschenwürde sowohl als fundamentale normative Kategorie als auch als bloß deklamatorische Leerformel formuliert wird.

Zugleich ist nicht zu leugnen, dass es begrifflich riesige Unterschiede zwischen den Disziplinen gibt. Verfolgt man beispielsweise eine rechtspositivistische Position, nach der Ethik und Recht nicht nur zu unterscheiden, sondern vielmehr kategorial zu trennen sind, so muss die Begründung von Menschenwürde als Rechtsbegriff eine gänzlich andere Form annehmen als vor dem Hintergrund der Annahme einer ständig bestehenden Verbindung beider Kategorien.

262 Ebenda, S. 192.

263 Siehe dazu *Gkoutis*, Paternalismus, S. 157–161: „Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland aus dem Jahr 1949 stellt das Ergebnis eines längeren, oft mit Hindernissen und Rückschritten verbundenen Entwicklungsprozesses dar, dessen Ausgangspunkt im Anliegen der Aufklärungsbewegung des ausgehenden achtzehnten Jahrhunderts nach der positivrechtlichen Statuierung des Respekts vor dem Menschen und seinen Belangen zu lokalisieren ist. [...] Die Ereignisse dieses Zeitraums haben in aller Deutlichkeit die Gefährlichkeit des Einschleichens von autoritären Tendenzen in die staatlichen Zielsetzungen gezeigt. Die bitteren Erfahrungen des Krieges mahnten das deutsche Volk unmittelbar zu einer Neugestaltung des Gemeinwesens, das nunmehr auf den Prinzipien der Gerechtigkeit und des Respekts für den Eigenwert der Person beruhen sollte. Dieser Entschluss zur individualisierenden und liberalen Einrichtung des Staates spiegelte sich auch im Bericht des Ausschusses von Sachverständigen wider, welcher im August 1948 auf der Insel Herrenchiemsee den Entwurf eines Grundgesetzes für den westlichen Teil Deutschlands ausgearbeitet hat.“

264 Vgl. *Dreier*, Menschenwürde, S. 33.

In der Psychologie bezieht sich die Menschenwürde auf eine unabhängige Persönlichkeit, in der es eine Grundvoraussetzung für die Existenz der Unabhängigkeit gibt, nämlich Selbstwirksamkeit²⁶⁵. Diese beschreibt den Zustand, in dem sich ein Mensch als unabhängiges Individuum befindet, wenn er Erfolg damit hat, was er sich selbst vorgenommen hat. Mit anderen Worten kann eine unabhängige Person 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.

Die Grundlage des modernen Menschenwürdeverständnisses wurde im 15. Jahrhundert geschaffen, als *Pico della Mirandola*²⁶⁶ und *Manetti*²⁶⁷ die

265 Vgl. Langbehn, Psychologie, S. 42 f.

266 Siehe dazu *Pico della Mirandola*, Würde, S. 14 f.: „Daher stamme auch das Sprichwort der Chaldäer: ‚Der Mensch ist ein Wesen von abwechslungsreicher, vielfältiger und sprunghafter Natur.‘ Aber warum dies? Damit wir einsehen, nachdem wir nun einmal unter solchen Bedingungen geboren sind, daß wir das sind, was wir sein wollen. Am meisten müssen wir [sic] darum sorgen, daß es nicht von uns heißt, während wir äußerlich noch geehrt waren, hätten wir nicht erkannt, daß wir dem Vieh und den unvernünftigen Tieren ähnlich geworden sind [Hervorh. d. Verf.]. Sondern von uns soll vielmehr das Wort des Propheten Asaph gelten: ‚Ihr alle seid Götter und Söhne des Allerhöchsten.‘ Mögen wir daher nicht die huldvolle Güte unseres Vaters mißbrauchen, durch die er uns jene freie Wahl gab [Hervorh. d. Verf.], und mögen wir uns nicht aus unserm Heil selbst Schaden zufügen. In die Seele muß ein heiliger Ehrgeiz eindringen, so daß wir, mit dem Mittelmäßigen nicht zufrieden, dem Höchsten nachjagen und mit allen Kräften uns um jenes bemühen [Hervorh. d. Verf.]. Denn das können wir, wenn wir nur wollen. Das Irdische müssen wir verschmähen und auch die Sphären des nur Himmlischen verachten [Hervorh. d. Verf.], und nachdem wir alles, was noch von dieser Welt ist, hinter uns gelassen haben, wollen wir jenem außerweltlichen Palaste zueilen, welcher der erhabenen Gottheit am nächsten ist.“

267 Siehe dazu *Manetti*, Würde, S. 9 f.: „Die Quellen für die Vorstellung, daß dem Menschen eine besondere Würde eignet, liegen sowohl in der Bibel als auch in der heidnischen und christlichen Antike [Hervorh. d. Verf.], d. h. in der Patristik. [...] Trotz offensichtlicher Beziehungen zu antiken Vorstellungen liegt der Schwerpunkt im Menschenbild der Patristik begreiflicherweise im biblisch-christlichen Begriff der ‚dignitas hominis‘. Sein Fundament ist die Inkarnation Christi [Hervorh. d. Verf.], kraft dessen Opfertod – wie Gregor von Nyssa und Nemesios von Emesa ausführen – die durch den Sündenfall lädierte ursprüngliche Wesenswürde wiederhergestellt wird; ein Vorgang, den die Konsekration in der Messe nachvollzieht entsprechend den Worten des begleitenden Gebetes: ‚Deus qui humanae substantiae dignitatem mirabiliter condidisti et mirabilis reformasti‘, d. h. die Menschenwürde ist mit der Heilsgeschichte verknüpft, da sie durch die Menschwerdung Christi erneuert worden ist [Hervorh. d. Verf.].“

dignitas hominis ausschließlich aus der Vernunftbegabung des Menschen (*anima rationalis*) ableiteten; diesen Leitgedanken führte anschließend Samuel von Pufendorf im deutschen Raum während der Aufklärung fort, bis schließlich das Werk *Immanuel Kants* dem Würdebegriff seine heutige Aussagekraft im Sinne der oben bereits erklärten Zweckformel²⁶⁸ verlieh. Diese Formel, welche von der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur zum Zweck der Festlegung von Würdeverletzungshandlungen konsequent benutzt wurde, führt trotz ihres zugegebenermaßen vagen Charakters einen dringend benötigten Maßstab für die nähere Präzisierung des Wesensgehalts der Würde des Individuums ein und stellt damit einen Ansatz dar, welcher allen künftigen Auslegungsanstrengungen einen konkreten und fassbaren Bezugspunkt liefert²⁶⁹.

Wie Kant betont Mill außer der Autonomie noch gewisse ethische Pflichten der praktischen Vernunft als Elemente der Menschenwürde:

Ich behaupte: diese Interessen rechtfertigen die Unterwerfung der individuellen Selbstbestimmung unter äußere Kontrolle nur für solche Handlungen, die das Interesse Anderer betreffen [Hervorh. d. Verf.]. Wenn jemand Andern Schaden zufügt, so liegt ein deutlicher Anlaß vor, ihn zu bestrafen, entweder durch das Gesetz, [sic] oder, wo gesetzliche Strafen nicht angewendet werden können, durch allgemeine Mißbilligung. Es gibt auch viele positive Handlungen zum Besten Anderer, zu denen jemand mit Fug und Recht angehalten werden kann [Hervorh. d. Verf.], daß man z. B. Zeugnis vor einem Gerichtshof ablege, [sic] oder daß man seinen gebührenden Anteil leiste an der Landesverteidigung oder an anderen Werten im Interesse des Gemeinwesens, unter dessen Schutz wir stehen. Man ist aber auch zu bestimmten Akten persönlichen Wohllollens verpflichtet, z. B. das Leben eines Andern zu retten oder den Schutzlosen gegen üble Behandlung zu schützen. In all den Fällen, wo es deutlich die Pflicht eines Menschen ist, Bestimmtes zu leisten, kann

268 Siehe dazu Zucca-Soest, Menschenwürde, S.105: „Die meisten Erläuterungen dieses Würdebegriffs lassen sich unter dem Titel der ‚Selbstzweckformel‘ oder des ‚Persönlichkeitsprinzips‘ finden. Immer wieder werden die eine oder die andere von Kants Formulierungen der Handlungsmaximen zitiert: ‚Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.‘ Hieraus wird das sogenannte Instrumentalisierungsverbot abgeleitet, nachdem der Mensch nicht zum bloßen Mittel herabgesetzt werden darf; er darf nicht nur Objekt sein.“

269 Vgl. Gkoutis, Paternalismus, S. 162–166.

er bei Unterlassung mit Recht von der Gesellschaft zur Verantwortung gezogen werden [Hervorh. d. Verf.]. So kann jemand Andern Übles erweisen nicht nur durch sein Tun, sondern auch durch sein Unterlassen, stets aber ist er für den Schaden verantwortlich. Im letzten Fall freilich muß man den Zweck viel vorsichtiger erwägen, als im ersten. Die Regel ist, daß man jemand verantwortlich macht für den Schaden, den er Andern zugefügt hat [Hervorh. d. Verf.]; dagegen ist es die Ausnahme, wenn man ihn für das, was er nicht verhindert hat, zur Rechenschaft zieht.²⁷⁰

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 befassen²⁷¹, was bedeutet, dass auch die individuelle Verpflichtung bezüglich der Interessen der anderen oder der Allgemeinheit in Betracht kommen soll, so dass eine Verabsolutierung der individuellen Autonomie zu verhindern

270 Mill, Freiheit, S. 41.

271 Siehe dazu Brugger, JZ 1991, S. 895 f.: „Die Qualität des Menschen, sich selbst Zwecke setzen zu können, weist ihn und nur ihn als Selbstzweck aus. Der Mensch als Person (oder die Menschheit in einem jeden Menschen) darf nach Kant nie nur als Sache betrachtet werden, über die willkürlich, nach Belieben zu verfügen ist. Ebenso wenig darf der Mensch sich selbst als Sache behandeln und diese Menschheitsqualität der eigenen Zwecksetzung und Maximenreflexion aufgeben. Die Würde des Menschen besteht mit anderen Worten darin, daß der Mensch aufgrund seiner Vernunft das Recht und die moralische Pflicht hat, nach eigenen Zwecken und nicht schlechterdings nach dem Zwecke anderer zu handeln. Diese Grenze hat eine jede Rechtsordnung zu beachten [Hervorh. d. Verf.]. Zwischen den Grenzfällen totaler Selbstbestimmung (quasi dem Menschen als Souverän über sich selbst und alle anderen) und absoluter Fremdbestimmung liegt natürlich ein weites Feld an komplexen Abhängigkeiten und Unabhängigkeiten vielgestaltiger Art, je nach der Art des Sozialgebildes, die durch das positive Recht näher auszuformen und – zum Beispiel im Fall des Grundrechtsverzichts – auch zu begrenzen sind. Ausgeschlossen ist aber durch die Freiheits- und Gleichheitsidee eine vorgängige Asymmetrie von Berechtigungs- oder Verpflichtungsmöglichkeiten, wie sie etwa noch im feudalistischen Staat bestand.“

ist²⁷², was auch mit der individualszentrierten und liberalen Orientierung des Grundgesetzes im völligen Einklang steht²⁷³.

Demzufolge versteht man unter der Menschenwürde eine Persönlichkeit mit dem Attribut „autonom“, die zugleich unmittelbar an die heteronome Verpflichtung der praktischen Vernunft im Sinne der Sozialgebundenheit angeknüpft wird, was auch durch die Regelung des zweiten Halbsatzes des Art. 2 I GG über die Einschränkungen der Freiheit zur autonomen Gestaltung des eigenen Lebens betont wird: Diese heteronome bzw. rechtliche Verpflichtung ist dann für zulässig erklärt, wenn die verfassungsmäßige Ordnung, die Rechte anderer oder das Sittengesetz durch das individuelle Verhalten verletzt werden.

II. Legitimität der paternalistischen Einschränkung der Autonomie

1. Autonomie als Schwellenbegriff²⁷⁴

Nach Mayr ist die Autonomie des Individuums im Wesentlichen Authentizität und Individualität der Person als Gegenstück zur zwanghaften Uniformität, was die Tatsache beinhaltet, dass das autonome Individuum selbst seine eigenen Entscheidungen trifft und diese ihm nicht von einer anderen Person abgenommen werden können, ohne dass dadurch seine Autonomie eingeschränkt würde. Weil die autonome Entscheidung stets einen authentischen Ausdruck der Person darstellt und keine fremde Entscheidung

272 Siehe dazu Zucca-Soest, Menschenwürde, S. 123: „Menschenwürde wird also als Würde des intersubjektiven sprachlichen Zusammenhangs gesehen. Dieser Würdebegriff gründet auf der Form der Verständigung, die das Menschsein als kommunikatives Handeln ermöglicht [Hervorh. d. Verf.], so dass Personen in ihren Ja-Nein-Stellungnahmen schließlich gute von schlechten Gründen zu unterscheiden haben. Dadurch speist sich Würde aus der im Augenblick des Konsenses permanent neu konstituierten Sittlichkeit der im Sprachzusammenhang aufeinander bezogenen Personen [Hervorh. d. Verf.]“

273 Vgl. Gkoutis, Paternalismus, S. 167 f.

274 Hier wird betont, dass Autonomie nicht für die von Kant formulierte „Selbstzweckformel“ als Persönlichkeitsprinzip, sondern nur für die subjektive Fähigkeit der Selbstbestimmung als Tatsache gehalten wird. Siehe dazu Gutwald, Perfektionismus, S. 77: „Er [Mill] bezeichnet personale Autonomie als eine Fähigkeit, die Individuen besitzen können, indem sie ihr Leben selbst bestimmen. Damit ist also nicht der Kant'sche Autonomiebegriff gemeint, der als Begründungsprinzip der Moral dient, sondern als menschliche Fähigkeit definiert ist, die sich in einer bestimmten Handlung ausdrückt.“

anderer trivialerweise diese Rolle spielen könnte, kommt es gar nicht darauf an, ob eine andere Person die Entscheidung inhaltlich besser treffen könnte. Deswegen wird dieses Charakteristikum genuiner autonomer Entscheidungen, Ausdruck der Person in ihrer individuellen Besonderheit zu sein und damit nur von ihr selbst getroffen werden zu können, bezeichnet als „Nicht-Austauschbarkeit“²⁷⁵. Daher wird die Autonomie als menschliche Fähigkeit definiert, mit der eine Person selbst eine Entscheidung treffen, ihr Leben bestimmen und ihre Lebenspläne gestalten kann. *Gutwald* betont:

Autonomie ist damit auch im Wesentlichen ein prozeduraler Begriff: Die Inhalte der selbst bestimmten Lebenspläne sind nicht relevant dafür, ob jemand als autonom bezeichnet wird. Der Begriff der Autonomie wird im liberalen System sowie in den meisten Bereichen der angewandten Ethik grundsätzlich so verstanden. Der Vorteil dieser Begriffsauffassung ist, dass sie dem Inhalt der Lebenspläne gegenüber neutral ist, [sic] und damit nicht substantielle Ziele von Menschen von vornherein ausschließt, sondern – ganz im liberalen Sinn – die eigenen Entscheidungen des Menschen als selbst bestimmt akzeptiert, egal welchen Inhalts sie sind.²⁷⁶

Anders gesagt: Die Autonomie in diesem Sinne besteht 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.

2. Rechtspaternalismus aus der Perspektive des Liberalismus

Wenn die Person im Einzelfall eine eigene Entscheidung trifft, wird sie häufig von fremden Informationen anderer in der Gemeinschaft beeinflusst. Mit anderen Worten hängt die persönliche Selbstbestimmung unter diesen Umständen von den Beziehungen zu anderen Menschen in der individua-

275 Vgl. *Mayr*, Paternalismus, S. 57.

276 *Gutwald*, Perfektionismus, S. 77 f.

listischen Gesellschaft ab. Umgekehrt kann die Entscheidung einer Person auch einen Einfluss auf die äußere Welt nehmen. 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. Zwar ist damit eine bestimmte Begründungsstruktur für paternalistische Erwägungen stärker gemeinschaftlich als individualistisch orientiert, aber es ist trotzdem nicht zu leugnen, dass diese Begründungsstruktur noch liberalen Wertvorstellungen verpflichtet bleibt. Es kommt nämlich darauf an, in welchem Umfang der Paternalismus z. B. mit strafrechtlichen Sanktionen angemessen durchgesetzt werden sollte. Anders gesagt: Liberalismus bedeutet 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.

Auch der Gesetzgeber im liberalen Staat erwägt häufig individuelle Interessen einerseits und allgemeine soziale Bedürfnisse andererseits, wie *Kleinig* zeigt:

Hält man sich die soziale Realität von Gesetzgebung vor Augen, ist es einfach schwer vorstellbar, dass bei dem Versuch, ein Gesetz welchen Inhaltes auch immer zu rechtfertigen, nicht zumindest auch auf irgendeinen sozialen Vorteil oder Gemeinschaftswert hingewiesen würde, der mit dem Gesetz angeblich erreicht oder geschützt wird. Wenn ein Gesetz wirklich ausschließlich den Zweck verfolgen würde, bestimmte individuelle Interessen der davon betroffenen Personen zu schützen, ohne dass damit gleichzeitig auch einem allgemeinen sozialen Bedürfnis gedient würde, wäre es schon deshalb mehr als fraglich, ob sich der Staat mit dieser Regelungsmaterie überhaupt befassen darf [Hervorh. d. Verf.]. Das harm principle ist nicht zuletzt deshalb so attraktiv, weil es ein für liberale Denker klar identifizierbares soziales Ziel verfolgt: eine soziale Ordnung aufrechtzuerhalten, in der die Menschen ihr Leben sicher und frei von Übergriffen Dritter gestalten können. [...] Gesetze brauchen

und haben normalerweise auch einen allgemeinen sozialen Nutzen, und dies gilt auch für Gesetze, die gemeinhin als paternalistisch eingestuft werden [Hervorh. d. Verf.]. [...] [U]nd es ist plausibel anzunehmen, dass insgesamt als legitim zu beurteilende Gesetze sich [...] nur zum Teil auf paternalistische Erwägungen stützen. Wir bezeichnen solche Gesetze deshalb als paternalistisch, weil sie ohne Bezugnahme auf diese paternalistischen Gründe weder angemessen verstanden noch gerechtfertigt werden können [Hervorh. d. Verf.].²⁷⁷

Demnach beruht die gerechtfertigte paternalistische Intervention der individuellen Autonomie logisch unbedingt auf Liberalismus, nämlich auf der Wahrung der Menschenwürde als grundlegender Aufgabe der liberal-demokratischen Rechtsordnung, die im Grundgesetz an der Spitze des Grundrechtskatalogs steht.

Wie oben bereits dargestellt, bedeutet Menschenwürde auf der liberalen Ebene nicht nur die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts bzw. der Autonomie²⁷⁸, sondern betont auch die wechselseitigen Achtungs- und Anerkennungspflichten zwischen Menschen als vernünftigen sozialen Wesen. *Kant* erklärt: „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“²⁷⁹ Willkür umfasst demnach die Vorstellung von der eigenen Handlungsfreiheit in den äußeren Beziehungen. Sie bedeutet zum einen eine rechtliche Sicherung persönlicher Freiheiten und zum anderen auf der Seite der inneren Willensmaximen ein Achtungsbewusstsein – Achtung der eigenen Person

277 *Kleinig*, Menschenwürde, S. 149.

278 In diesem Beitrag bezieht sich Autonomie inhaltlich auf zwei Aspekte: das Persönlichkeitsprinzip nach *Kant* und die Entscheidungsfähigkeit als Schwellenkonzept nach *Mill*. Siehe dazu *Zucca-Soest*, Menschenwürde, S. 106: „In diesem Sinn ist die ‚Idee der Würde eines vernünftigen Wesens, das keinem Gesetze gehorcht, als dem, das es zugleich selbst gibt‘ als Ausdruck der Autonomie zu verstehen, der Autonomie und dem Vermögen, sich selbst überhaupt Zwecke zu setzen [Hervorh. d. Verf.]. So wird die Autonomie der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur. Hieran also macht *Kant* die ‚Würde der Menschheit‘ fest. Sie bestehe ‚eben in dieser Fähigkeit, allgemein gesetzgebend, obgleich mit dem Beding, eben dieser Gesetzgebung zugleich selbst unterworfen zu sein.‘ So ist Moralität die Bedingung, unter der allein ein vernünftiges Wesen Zweck an sich selbst sein kann; weil nur durch sie es möglich ist, ein gesetzgebendes Glied im Reich der Zwecke zu sein.“

279 *Kant*, Rechtslehre, S. 38.

und aller anderen Personen²⁸⁰. Diesbezüglich ist es legitim und vernunftnotwendig, dass sich die rechtliche Verpflichtung dementsprechend zur Kompatibilisierung der Freiheitssphären der Individuen einsetzen lässt²⁸¹. Das heißt nach *Zucca-Soest* „Anerkennungspflicht“: Die intersubjektiven Rechtsverhältnisse beschreiben eine Art von Anerkennungsverhältnissen in einer bestimmten Situation, in der die Selbstbestimmungen zwischen gleichen Einzelpersonen wechselseitig beachtet und auch insofern auf interpersonaler Ebene eingeschränkt werden müssen:

Dabei wird sich der Aufgeforderte durch die Einräumung und somit Zuweisung eines freiheitlichen Handlungsspielraumes seiner eigenen Freiheit bewusst und dazu angehalten, in freiheitlicher Selbstbestimmung nun wiederum die Freiheit des Auffordernden anzuerkennen. Die zunächst einseitig gesetzte Aufforderung wird, sofern sie den Aufgeforderten nun seinerseits zum Freiheitshandeln bestimmt, zur wechselseitigen Anerkennung.²⁸²

Anders formuliert: Diese wechselseitigen Anerkennungspflichten können die Verwirklichung der Rechte und Freiheiten der Bürger garantieren. Zudem lässt sich durch die Erfüllung dieser Anerkennungspflichten die Menschenwürde moralisch wie auch rechtlich bewahren. Es ist zu betonen, dass sich der basale Konsens bzw. die minimal notwendigen Handlungsmaßstäbe in der vereinigten Anerkennung aller während der allmählichen Entwicklung der Gesellschaft findet.

Gleichzeitig wird Recht zum Ergebnis von Anerkennungsverhältnissen. Denn um eine Gemeinschaft freier Wesen überhaupt zu ermöglichen, ist [...] die Festlegung von Recht notwendig. Insofern hat das Recht zunächst die Aufgabe, die gemeinsame Existenz freier Wesen zu sichern und so die Erziehung zur Sittlichkeit zu ermöglichen.²⁸³

Nach dem gesellschaftlichen basalen Konsens werden die Individuen umgekehrt weiter zur Erfüllung der Anerkennungspflichten aufgefordert, um vor der Störung des öffentlichen Friedens zu schützen, was logischerweise dazu führt, dass in das individuelle Selbstbestimmungsrecht unerlässlich paternalistisch eingegriffen werden muss, damit zum einen die Selbsterhal-

280 Vgl. *Irrlitz*, Kant-Handbuch, S. 461.

281 Vgl. *Mohr*, Person, S. 30 f.

282 *Zucca-Soest*, Menschenwürde, S. 107.

283 *Ebenda*, S. 107 f.

tungsinteressen der Betroffenen dadurch zu bewahren sind, dass wir sie davon abhalten, sich selbst zu verletzen oder Dritten die Zufügung solcher Verletzungen zu erlauben, insbesondere sich selbst zu erniedrigen; und zum anderen gleichzeitig auch ein bestimmtes soziales Umfeld oder Klima zu erhalten ist, wie oben bereits dargestellt, z. B. einschließlich der allgemeinen Gemeinschaftsgefühle und kulturellen Traditionen sowie der liberalen Werte unserer modernen Gesellschaft²⁸⁴. Indem solche rechtspaternalistischen Maßnahmen Personen deshalb davon abhalten wollen, sich selbst zu entwürdigen, geht es bei ihnen zumindest um das individuelle Wohl dieser Personen, das durch ihr selbsterniedrigendes Verhalten beeinträchtigt würde; die Menschenwürde und der sich am sozialen, verantwortlichen Liberalismus orientierende öffentliche Grundkonsens werden gleichzeitig dadurch anerkannt²⁸⁵.

Die äußere Welt nimmt einen kontinuierlichen Einfluss auf unser persönliches Wachstum, so dass verschiedene soziale Umfelder unterschiedliche potenzielle Auswirkungen auf die Entwicklung und Verbreitung liberaler Individualität ausüben. Hieran ist weiter fraglich, wie die Beziehung zwischen Autonomie und liberalem Wesen aussieht.

Zunächst muss die persönliche Autonomie nicht nur von der Herausbildung rationaler oder analytischer Fähigkeiten, sondern auch von der Entwicklung des Empfindungs- und Urteilsvermögens abhängen. Dies bezieht sich auch auf die Fähigkeit und die Bereitschaft, eine gute Wahl zu treffen. Man muss die oben genannten Fähigkeiten, auf denen eine Selbstentscheidung beruht, bestmöglich entwickeln, so dass man gegen systematische Dummheit, Selbstbetrug und andere pathologischen Schwächen gewappnet ist. Demzufolge ist Autonomie nur eine grundlegende substanzielle Voraussetzung und subjektive Grundgarantie, die Menschenwürde bzw. die liberalen Werte zu bewahren.

284 Vgl. *Brugger*, Menschenbild der Menschenrechte, S. 121 f.

285 Siehe dazu *Kleinig*, Menschenwürde, S. 151: „Ein wichtiger Gesichtspunkt [...] betrifft den Begriff der Verantwortlichkeit. Obwohl ich davon ausgehe, dass Personen, die ihrem eigenen Wohlergehen abträgliche Entscheidungen treffen, als für diese Entscheidungen verantwortlich behandelt werden sollten, ist Verantwortlichkeit kein absolutes Konzept, sondern eines, das verschiedene Grade von Verantwortlichkeit zulässt. Einer der Faktoren, die den Gesetzgeber beeinflussen könnten, ist die Erkenntnis, dass viele unserer Entscheidungen, obwohl sie die Schwelle für die Zuschreibung von Eigenverantwortlichkeit überschreiten, nichtsdestotrotz auf verschiedenste Arten kompromittiert sind und deshalb nicht als vollkommen frei und bewusst angesehen werden können.“

Zweitens ist unbedingt einzuräumen, dass wir nicht genuin als liberale Individuen auf die Welt kommen, sondern dass wir uns meistens im Laufe unseres Lebens zu liberalen Individuen entwickeln, wenn wir in einer liberalen Umgebung aufwachsen können, die einer solchen Entwicklung förderlich ist. Im Vergleich dazu stellt Autonomie als Schwellenkonzept eine menschliche Fähigkeit dar, mit der eine Person selbst eine Entscheidung treffen, ihr Leben bestimmen und auch ihre Lebenspläne gestalten kann, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie sich in einer liberalen Welt entwickelt²⁸⁶. Außer der Beachtung und Anerkennung der individuellen Selbstbestimmung betont der Liberalismus noch die notwendige Förderung des sozialen Verantwortungsbewusstseins und eine entsprechende Einhaltung der sozialen Grundpflichten auf ethischer und rechtlicher Ebene; wie *Kleinig* zeigt, gehört eine gehörige Portion individueller Selbstbestimmung zur liberalen Individualität, liberale Individualität erschöpft sich aber nicht in dieser Selbstbestimmung bzw. Autonomie²⁸⁷, 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. Beispielsweise ist die Regierung befugt, nötigenfalls die Bürger mit Zwang zur Erfüllung der Pflichten zur Verwendung einer Mund-Nasen-Bedeckung aufzufordern, um unsere Gesellschaft gegen die schnelle Ausbreitung des Coronavirus zu schützen²⁸⁸. *Kleinig* betont weiter:

286 Natürlicherweise wird hier nicht direkt auf die politischen Fragen, sondern nur auf die soziale Rechtsordnung abgestellt. Siehe dazu ebenda, S. 152: „Ich werde hier ohne weitere Begründung annehmen, dass man von einem liberalen Standpunkt aus Gesellschaftsformen befürworten und unterstützen sollte, in denen liberale Individualität sowohl gefördert wird als auch stark verbreitet ist, und eine Auseinandersetzung mit den großen Fragen der politischen Philosophie, die diese Position aufwirft, vermeiden.“

287 Vgl. ebenda, S. 152 f.

288 Diese Verwendung gilt als wesentlich bei der Vorbeugung von Schäden an Körper oder Gesundheit. Von der empirischen Forschung konnte mit detaillierten Datenanalysen jedoch bisher kein strikter statistischer Zusammenhang zwischen dem Tragen von Masken und der effektiven Unterdrückung der Virusausbreitung nachgewiesen werden. Trotz der vagen und abstrakten Bezugnahme auf die Gemeinwohlinteressen, z. B. die bloße Erhaltung der inneren und äußeren Sicherheit, wird diese rechtliche Einmischung noch zwingend in der Realität durchgeführt. Siehe dazu die entsprechenden Angaben auf der Seite des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte: <https://www.bfarm.de/SharedDocs/Risikoinformationen/Medizinprodukte/DE/schutzmasken.html>, abgerufen am 18.11.2021.

Unser Verhalten sollte unserer menschlichen Natur würdig sein. Unsere menschliche Würde kann sowohl durch unser eigenes Verhalten als auch durch die Einflussnahme anderer untergraben werden mit der Konsequenz, dass unser Leben, sowohl in der Wahrnehmung durch andere als auch in unserer eigenen Wahrnehmung, menschenunwürdig werden kann. Obwohl zwischen diesen zwei Auffassungen von Menschenwürde differenziert werden kann, denke ich nicht, dass man eine von der anderen abspalten kann.²⁸⁹

Mit anderen Worten bedeutet die Verabsolutierung der Autonomie nicht zugleich die Umsetzung des Liberalismus oder die Verhinderung der Erniedrigung der Menschenwürde. Vielmehr benötigen wir hierfür notfalls noch den Rechtspaternalismus. Umgekehrt ist die liberale Konzeption von Menschenwürde auch für die Rechtfertigung der paternalistischen Maßnahmen (möglicherweise sogar paternalistischer Strafvorschriften) von Bedeutung.

Die Anerkennung der individuellen Autonomie ist eine Grundbedingung für die Entwicklung der liberalen Gesellschaft; aber wenn wir uns zu sehr auf diese Autonomie oder Selbstbestimmung konzentrieren, führen die grenzenlosen persönlichen Selbstbestimmungsrechte unter dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit zu vielen empirisch und theoretisch unlösbaren Problemen, wie *Green* betont:

If I have given a true account of that freedom which forms the goal of social effort, we shall see that freedom of contract, freedom in all the forms of doing what one will with one's own, is valuable only as a means to an end. That end is what I call freedom in the positive sense: in other words, the liberation of the powers of all men equally for contributions to a common good. No one has a right to do what he will with his own in such a way as to contravene this end [Hervorh. d. Verf.]. It is only through the guarantee which society gives him that he has property at all, or, strictly speaking, any right to his possessions. This guarantee is founded on a sense of common interest [Hervorh. d. Verf.]. Every one has an interest in securing to every one else the free use and enjoyment and disposal of his possessions, so long as that freedom on the part of one does not interfere with a like freedom on the part of others, because such freedom contributes to that equal development of the faculties

289 *Kleinig*, Menschenwürde, S. 154.

of all which is the highest good for all. This is the true and the only justification of rights of property. Rights of property, however, have been and are claimed which cannot be thus justified. We are all now agreed that men cannot rightly be the property of men [Hervorh. d. Verf.]. The institution of property being justifiable as a means to the free exercise of the social capabilities of all, there can be no true right to property of a kind which debars one class of men from such free exercise altogether. We condemn slavery no less when it arises out of a voluntary agreement on the part of the enslaved person [Hervorh. d. Verf.]. A contract by which any one agreed for a certain consideration to become the slave of another we should reckon a void contract. Here, then, is a limitation upon freedom of contract which we all recognize as rightful. No contract is valid in which human persons, willingly or unwillingly, are dealt with as commodities, because such contracts of necessity defeat the end for which alone society enforce contracts at all [Hervorh. d. Verf.].²⁹⁰

Wie *Green* argumentiert, besteht das individuelle Selbstbestimmungsrecht nicht darin, ohne Grenzen alles tun zu dürfen. Während der Beachtung der persönlichen Autonomie sollte die Wahrung der interpersonalen Gleichberechtigung zusammen mit der sozialen Gerechtigkeit, die ständig zu den dauerhaften Aufgaben des liberalen Staats gehört, insbesondere bei der staatlichen Gesetzgebung erwogen werden.

Zusammenfassend konzentrieren wir uns nicht darauf, ob der Rechtspaternalismus in der heutigen pluralistischen Gesellschaft beibehalten werden soll, sondern darauf, inwieweit die paternalistischen Maßnahmen im Wege der Wahrung der Menschenwürde aus liberaler Perspektive abgegrenzt und angemessen eingesetzt werden können. Beispielsweise sollten wir solche Eingriffe vor allem bei Kannibalismus, Selbstversklavung, der Veranstaltung bezahlter Gladiatorenkämpfe ernsthaft in Betracht ziehen. Denn diese Verhaltensweisen können durch eine Erniedrigung der Menschenwürde, die wahrscheinlich dauerhaft und nicht nur vorübergehend ist, die öffentlichen Interessen wesentlich beeinträchtigen²⁹¹.

290 *Green*, Liberal Legislation, S. 372 f.

291 Vgl. *Kleinig*, Menschenwürde, S. 164 ff.

E. Paternalistische Maßnahmen bei postmortalen Organspenden

Nach § 3 I 1 oder 2 und § 4 I 2 i. V. m. § 19 II TPG zeigt sich, dass die positiven oder negativen Selbstentscheidungen der Betroffenen nicht verletzt werden dürfen²⁹². Vor allem sollen die Angehörigen mit dem Totensorgerecht²⁹³, Ärzte oder die Allgemeinheit einschließlich der Nichtangehörigen mit besonderer persönlicher Verbundenheit²⁹⁴ das Selbstbestimmungsrecht des Verstorbenen als höchstpersönliches Rechtsgut respektieren²⁹⁵, so dass die Organe des Verstorbenen nicht willkürlich ohne Zulässigkeit entnommen werden können, obwohl die Leiche nicht mehr der Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist. Mit anderen Worten wird in die Selbstbestimmung der Totensorgeberechtigten oder der anderen rechtspaternalistisch eingegriffen, d. h., sie können die Leiche nicht so grenzenlos behandeln wie herrenlose Sachen oder fremde Sachen im eigenen Herr-

292 Vgl. Nickel, Entnahme von Organen und Geweben bei Verstorbenen, S. 141.

293 Siehe dazu Stentenbach, Strafrechtlicher Schutz der Leiche, S. 36 f.: „Den nächsten Angehörigen – und nicht den Erben – kommt jedoch nach der herrschenden Lehre gewohnheitsrechtlich aufgrund religiöser und sittlicher Anschauungen ein gewisses Verfügungs- und Bewahrungsrecht über die Leiche zu [Hervorh. d. Verf.]. Die h. M. verwendet den Ausdruck umfassendes Totensorgerecht. Die Angehörigen haben hiernach das Recht und die Pflicht, den Leichnam zu bewahren und zu versorgen, eine würdige Bestattung zu betreiben, sich gegen eine mißbräuchliche Behandlung der Leiche zu wehren, insbesondere unbefugte Dritte von rechtswidrigen Eingriffen und Einwirkungen auf den Leichnam abzuhalten [Hervorh. d. Verf.]. Sie dürfen mangels anderweitiger Anordnung des Erblassers auch die Bestimmung von Ort und Art der Bestattung treffen. Diese Obliegenheiten und Befugnisse ergeben sich nicht aus einer vermögenswerten, eigentumsähnlichen Stellung, sondern aus der zu Lebzeiten engen familiären Verbundenheit mit dem Toten [Hervorh. d. Verf.]. Sie stellen sich als eine Fortwirkung des familienrechtlichen Fürsorgeverhältnisses dar.“

294 Vgl. Weber, in: Höfling, TPG, Art. 4, Rn. 50–54.

295 Siehe dazu BT-Plenarprotokoll 13/99, S. 8831: „Wir brauchen deshalb eine Lösung, die garantiert, daß die Würde des Menschen, auch eines toten Menschen, nicht im Namen fremden Wohlergehens verletzt wird [Hervorh. d. Verf.], eine Lösung, die diese besondere Hilfe erbittet und nicht erzwingt, eine Lösung, die auch Grenzen für die Organentnahme setzt. Das sind für uns unverzichtbare Bedingungen für ein Transplantationsgesetz. [...] Die Leitlinie für die gesetzliche Regelung steht fest: Die Organentnahme und alle mit ihr verbundenen Maßnahmen müssen unter Achtung des Willens und der Würde des Organspenders durchgeführt und auf das medizinisch unerläßliche Maß beschränkt werden. Das Selbstbestimmungsrecht der Bürgerinnen und Bürger hat für mich höchste Priorität. Die zu Lebzeiten abgegebene Erklärung zur Organspende hat absoluten Vorrang und ist von jedermann strikt zu beachten [Hervorh. d. Verf.]. Um so wichtiger ist auch die Frage, wie wir diese zu Lebzeiten abgegebene Willenserklärung künftig sicher dokumentieren.“

schaftsbereich. Deshalb hat der deutsche Gesetzgeber ausdrücklich die Aufgabe,

maximale Rechtssicherheit zu gewährleisten. Ohne Verzicht auf einen zweiten, anderen Tod, ohne Garantie der Unveräußerlichkeit des Selbstbestimmungsrechtes bestünde die Gefahr, die Würde des Menschen durch seinen Wert zu ersetzen. Die [...] vorgelegten Vorstellungen in einem Transplantationsgesetz basieren auf der Ethik des Grundgesetzes.²⁹⁶

Darüber hinaus soll die Autonomie des Verstorbenen bzw. die Integrität des Leichnams aber zugleich auch nicht verabsolutiert werden, denn die Organtransplantation gilt heute bei immer mehr Krankheiten als vornehmlich effektivste Therapie. Mit anderen Worten besteht in der Praxis grundsätzlich Einigkeit darüber, dass Transplantationen wünschenswert und ethisch vertretbar sind. „Im Rahmen der Zumutbarkeit wird geprüft, ob und inwieweit ein Gemeinschaftsinteresse mit einem Individualinteresse zu vereinbaren ist“²⁹⁷, was auch als das durch eine rechtspaternalistische Einmischung erfüllte Ziel anzusehen ist, wie bereits dargestellt. Umstritten sind jedoch die Voraussetzungen, unter denen eine Explantation erfolgen darf. Diese Voraussetzungen beinhalten laut § 2 Abs. 2a TPG nicht die zwingende Erklärungspflicht, aber es geht dabei noch um die rechtspaternalistische Frage, „ob eine Zustimmung und – wenn ja – wessen Zustimmung für diesen Eingriff erforderlich ist.“²⁹⁸ Im Zusammenhang mit dem Entwurf eines bundeseinheitlichen Transplantationsgesetzes wurden mehrere Lösungskonzepte diskutiert²⁹⁹, die im Folgenden kurz erläutert werden.

I. Die Zustimmungslösung

1. Die enge Zustimmungslösung

Nach der engen Zustimmungslösung ist eine Organentnahme nur dann zulässig, wenn der Organspender selbst der Entnahme zugestimmt hatte. Wenn die Person keine Erklärung zur Organspende abgegeben hatte, wird

296 Ebenda, S. 8827.

297 Kühn, Motivationslösung, S. 131.

298 Kollhosser, Organtransplantationen, S. 154.

299 Vgl. BT-Drs. 13/4355, 13/8017, 13/8026, 13/8027, 13/8028, 13/8031, 635/97, 17/7376, 19/11096, 19/11807.

dies also wie eine Ablehnung gewertet. Bei diesem Modell der sogenannten engen Zustimmungslösung werden die Spenderinteressen am stärksten berücksichtigt, d. h., nur eine vom Spender selbst erklärte Zustimmung kann eine Organentnahme nach Eintritt des Hirntodes rechtfertigen. Anders gesagt: Die Wertung, die diesem Modell zugrunde liegt, überbetont das Selbstbestimmungsrecht des Menschen und berücksichtigt nicht genügend seine Gemeinschaftsbezogenheit, worauf *Rosenau* hinweist:

Die in Europa nicht vorgesehene enge Zustimmungslösung verlangt explizit das erklärte Einverständnis des potentiellen Spenders. Dass dieses Modell nirgends praktiziert wird [Hervorh. d. Verf.], obgleich es doch die Autonomie des Einzelnen am deutlichsten wahrte, hängt zunächst damit zusammen, dass bei einem solchen Modell das Organspendeaufkommen, wenn nicht gegen null tendieren, so doch deutlich abfallen würde. [...] In vielen Fällen würde es dem Willen der Verstorbenen gerade nicht gerecht werden, weil davon auszugehen ist, dass ein Großteil von ihnen, hätten sie sich rechtzeitig äußern können, durchaus spendebereit gewesen wäre [Hervorh. d. Verf.].³⁰⁰

Vor dem Hintergrund ist diese Lösung aus praktischen wie auch rechtlichen³⁰¹ Erwägungen nicht akzeptabel; so betont der Gesetzgeber,

daß dieser Weg [die enge Zustimmungslösung] uns nicht weiterführt. [...] Dieser Weg wäre möglicherweise sogar das Ende der Transplantationsmedizin für lebenswichtige Organe in Deutschland. Ein Ende der Transplantationsmedizin wiederum würde die Gefahr des Organhandels in Deutschland, aber jedenfalls die der Verlagerung der Transplantationsmedizin in das Ausland heraufbeschwören.³⁰²

2. Die erweiterte Zustimmungslösung

Nach der erweiterten Zustimmungslösung wird eine fehlende Erklärung zur Organspende weder als Ablehnung noch als Zustimmung gewertet, sondern lediglich als Nichterklärung. Deshalb sind in diesem Fall die Angehörigen einzuschalten. Eine Organentnahme ist dann zulässig, wenn

300 *Rosenau*, Widerspruchslösung, S. 64.

301 Vgl. BT-Drs. 17/7376, S. 29.

302 BT-Plenarprotokoll 13/99, S. 8832.

die Angehörigen der Entnahme zustimmen. Dieses Modell entspricht der geltenden Rechtspraxis nach § 4 I TPG:

Ist auch dem nächsten Angehörigen eine [...] Erklärung nicht bekannt, so ist die Entnahme [...] nur zulässig, wenn ein Arzt den nächsten Angehörigen [...] unterrichtet und dieser ihr [der Organentnahme] zugestimmt hat. [...] Der nächste Angehörige hat bei seiner Entscheidung einen mutmaßlichen Willen des möglichen Organ- oder Gewebespenders zu beachten.

Die Angehörigen treten nur als Sachwalter des postmortalen Persönlichkeitsrechts auf und haben insoweit die Aufgabe, den mutmaßlichen oder wahren Willen des Verstorbenen durchzusetzen³⁰³. Aufgrund der Identität der wahrgenommenen Rechtsgüter kann den Angehörigen daher keine geringere Befugnis als dem Verstorbenen selbst zuerkannt werden³⁰⁴. Demnach kann die Zustimmung zu einer Organentnahme entweder vom Spender zu seinen Lebzeiten oder von seinen Angehörigen nach seinem Tod erklärt werden, sofern der Spender zu Lebzeiten einer Organspende nicht widersprochen hat, wie der Gesetzgeber zeigt: „Ist weder der tatsächliche noch der mutmaßliche Wille des möglichen Organspenders feststellbar, hat der Angehörige eine Entscheidungsmöglichkeit, im Rahmen des Totensorgerechts durch seine Zustimmung eine Organentnahme zu ermöglichen.“³⁰⁵

Aber bei dieser Lösung ist noch fraglich, ob die Autonomie des Verstorbenen hinreichend gewahrt wird als höchstpersönliche Zustimmung³⁰⁶. Zwar verfügen die Angehörigen im Rahmen des Totensorgerechts über

303 Vgl. Krüger, *Gesichts-, Arm- und Gebärmuttertransplantation*, S. 157 f.

304 Vgl. Pawlowski, *Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation*, S. 102.

305 BT-Drs. 13/8031, S. 2. Siehe dazu auch BT-Drs. 13/8027, S. 9: „Wenn auch Anhaltspunkte für einen mutmaßlichen Willen fehlen, ist der nächste Angehörige nach eigenem, ethisch verantwortbarem Ermessen zu einer Entscheidung im Rahmen seines Totensorgerechts berufen [Hervorh. d. Verf.]. Konnte der mögliche Organspender aufgrund seines Alters oder aus anderen Gründen keine wirksame Erklärung zur postmortalen Organspende abgeben, hat der Angehörige einen natürlichen Willen bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Dies gilt z. B., wenn der mögliche Organspender bei seinem Tod noch nicht vierzehn Jahre alt war und sich zu Lebzeiten gegen eine postmortale Organspende ausgesprochen hatte.“

306 Siehe dazu Schroth, 20 Jahre TPG, S. 44: „Diese Regelung ist im Übrigen, was den Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechtes angeht, nicht ganz konsistent. Wenn Zustimmung oder mutmaßliche Einwilligung Eingriffe in das postmortale Persönlichkeitsrecht erlauben, so stellt sich die Frage, wieso nur nächste Angehörige in einer spezifischen Reihenfolge entscheidungsbefugt im Hinblick auf Eingriffe in das postmortale Persönlichkeitsrecht sind. Entscheidend sollte sein: existieren

den Körper des Verstorbenen, aber das Bestimmungsrecht der Angehörigen stammt nicht wirklich aus dem angeblichen Totensorgerecht, sondern beruht eigentlich auf dem entsprechenden Gewohnheitsrecht bzw. den allgemeinen Grunderfahrungen³⁰⁷:

Die Wurzeln dieser „Pflichtenstellung“ finden sich vor allem in den tradierten Sitten und Gebräuchen der bisweilen sehr unterschiedlichen Kulturen. Und je enger die Beziehung zum Toten geknüpft war, desto umfangreicher und bedeutsamer ist dieser Pflichtenkreis. [...] Freilich kann der Tote nicht mehr selbst auf eine sorgsame Pflichtenerfüllung drängen. Doch sind ausweislich zahlreicher Rechtsnormen seine nächsten Angehörigen dazu berufen, postmortal seine Interessen zu vertreten, m.a.W. ein Wächteramt einzunehmen.³⁰⁸

Folglich 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 war³⁰⁹. Mit anderen Worten könnte der Angehörige auch wirksam die Entscheidung über eine postmortale Organentnahme treffen. Aber es handelt sich dabei immerhin um die Verfügung über ein höchstpersönliches Rechtsgut, weshalb die erweiterte Zustimmungslösung nur durchgeführt werden kann, wenn der Verstorbene vor seinem Tod nicht der Entnahme widersprochen hatte. Gegen den zu Lebzeiten erklärten

Indizien, die auf einen mutmaßlichen Willen des Gesamthirntoten schließen lassen, dass er als Organspender zur Verfügung stehen will?“

307 Vgl. BVerfGE 49, 286 (39).

308 Kretschmer, Leichenfrevler, S. 253.

309 Siehe dazu ebenda, S. 256 f.: „Bereits ohne nähere Untersuchung läßt sich mutmaßen, daß die Strafgesetze gegen den Leichendiebstahl weniger den Befindlichkeiten der totenfürsorgenden Angehörigen Rechnung tragen als einem tatsächlichen oder nur befürchteten Mißstand entgegengetreten sollten [Hervorh. d. Verf.] – die Rede ist von unbefugt beschafften Leichen für die Anatomie. Jahrhunderte hatte die Medizin bei ihrer anatomisch-physiologischen Forschung darunter leiden müssen, Leichen – wenn überhaupt – nur verhältnismäßig selten sezieren zu dürfen. Diese Fesseln fielen vor allem im 18. Jahrhundert ab, so daß der Bedarf an Anatomieleichen zunehmend wuchs und auf herkömmliche Weise, d.h. vor allem durch Zuführung hingerichteter Verbrecher, kaum mehr zu decken war. Ein gebräuchlicher Ausweg bestand darin, den Armen ihre verstorbenen Angehörigen abzukaufen [Hervorh. d. Verf.]“

Widerspruch des Verstorbenen kann die Einwilligung der Angehörigen die Organentnahme nicht rechtfertigen³¹⁰.

3. Neues Gesetz zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende

Obwohl in Deutschland seit 1963 Organtransplantationen erfolgreich durchgeführt werden, gelang es erst am 01.12.1997 nach vielen vergeblichen Versuchen und umfangreichen Diskussionen, ein bundesweit geltendes Transplantationsgesetz (TPG) in Kraft treten zu lassen³¹¹. Das TPG regelt die Spende, Entnahme, Vermittlung und Übertragung von Organen, die nach dem Tode oder zu Lebzeiten gespendet werden. 2007 erfolgten die notwendigen Anpassungen an die durch die Europäische Union vorgegebenen Regelungen zur Gewebespende und zur Sicherheit bei der Übertragung von Organen und Geweben. Erst 2012 gab es im Rahmen der in Deutschland geltenden erweiterten Zustimmungslösung eine Weiterentwicklung zur Entscheidungslösung³¹², die diese Zustimmungslösung ergänzt. Dem-

310 Siehe dazu *Kollhosser*, Organtransplantationen, S. 151: „Es ist heute auch anerkannt, daß die Angehörigen das fortwirkende Persönlichkeitsrecht des Toten nur treuhänderisch – als Persönlichkeitswahrer – wahrnehmen. Deshalb geht ihrer Entscheidung in jedem Fall die eigene Entscheidung vor, die der Tote als Inhaber seiner Persönlichkeitsrechte zu Lebzeiten noch selbst getroffen hat. Nur wenn er geschwiegen hat, können die Angehörigen an seiner Stelle treuhänderisch entscheiden und sollen sich dabei an seinem mutmaßlichen Willen orientieren. Dabei ist heute gesichert, wer zum Kreis dieser Angehörigen zu zählen ist.“

311 Vgl. *Lohmeier/Gross*, Rechtliche Regelung der Organtransplantation in West- und Ostdeutschland, S. 41 ff.; *Dufková*, MedR 1998, S. 304 ff.

312 Siehe dazu BT-Drs. 17/9030, S. 16: „Die allgemeinen Aufklärungspflichten in § 2 Absatz 1 Satz 1 TPG werden insoweit konkretisiert, als ausdrücklich auf das Entscheidungsrecht der nächsten Angehörigen für den Fall hingewiesen wird, dass keine Erklärung zur postmortalen Organ- und Gewebespende zu Lebzeiten abgegeben wird. Damit soll im Zusammenhang mit der allgemeinen Aufklärung die Konsequenz eines Unterlassens der Abgabe einer Erklärung zur postmortalen Organ- und Gewebespende zu Lebzeiten für die nächsten Angehörigen im Todesfall klarer herausgestellt werden. Die in den §§ 3 und 4 TPG geregelte erweiterte Zustimmungslösung bleibt unverändert [Hervorh. d. Verf.]. Bei der Aufklärung über die Bedeutung einer zu Lebzeiten abgegebenen Erklärung zur Organ- und Gewebespende soll zukünftig auch das Verhältnis einer Organspendeerklärung zu einer möglichen Patientenverfügung thematisiert werden, um einen Widerspruch zwischen der Erklärung zur Organ- und Gewebespende und einer Festlegung in einer Patientenverfügung zu vermeiden [Hervorh. d. Verf.].“ Siehe dazu auch *Schroth*, 20 Jahre TPG, S. 44: „Soweit im deutschen Recht die erweiterte Zustimmungslösung nunmehr Entschei-

nach soll jeder Mensch über 16 Jahren regelmäßig nach ergebnisoffener Aufklärung über die Organspende zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung über die Organspende nach seinem Tode aufgefordert werden.

Heute sind wir jedoch mit der Situation konfrontiert, dass die Transplantationsmedizin in Deutschland seit dreiundzwanzig Jahren nach Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes stets durch einen gravierenden Mangel an Spenderorganen geprägt ist³¹³, so dass es zur Verbesserung dieser Situation notwendig ist, konzertierte Maßnahmen zu ergreifen.

Im Jahr 2020 stimmten 382 Bundestagsabgeordnete für den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende. Im Jahr 2022 trat dieses Gesetz in Kraft. Als Konkretisierung der oben dargestellten Kant'schen Objekt-Formel bleibt die derzeit geltende Rechtslage, nämlich die Entscheidungslösung, unverändert:

Bei allen Maßnahmen zur Erhöhung der Organspenden nach dem Tod müsse diese aber als eine bewusste und freiwillige Entscheidung beibehalten werden, die nicht durch den Staat erzwungen werden dürfe, da die Selbstbestimmung über den eigenen Körper ein zentrales Element menschlicher Würde sei.³¹⁴

Durch diese Gesetzesänderung wird die Bereitschaft, Organe nach dem eigenen Tod zu spenden, regelmäßiger erfragt als früher, was eine verstärkte Aufklärung der Bevölkerung über die Organspende bedeutet³¹⁵. Nach diesem Gesetz können die Menschen ihre Entscheidung zudem möglichst

dungslösung genannt wird, ist dies keine wesentliche Änderung der erweiterten Zustimmungslösung. Diese wird nur insoweit ergänzt, als Krankenkassen die Pflicht haben, ihre Mitglieder über die Möglichkeit der Organspende zu informieren. Diese Informationspflicht ist nicht neu, sondern war bereits in undeutlicher Form in der älteren Gesetzgebung angelegt.“

313 Siehe dazu BT-Drs. 18/10854, S. 7: „Die Anzahl der in Deutschland gespendeten Organe im Jahr 2015 betrug 2901 und war damit etwas niedriger als im Vorjahr (2014: 2989). [...] Von Januar bis Ende September 2016 lag die Summe der gespendeten Organe bei 2318 (Januar bis Ende September 2015: 2245). Sie lag damit gegenüber dem Vergleichszeitraum des Jahres 2015 um 107 gespendete Organe weniger [sic].“

314 BT-Drs. 19/16214, S. 11.

315 Beispielsweise muss ein bundesweites Online-Register für die Dokumentation der Erklärung zur Organspende eingerichtet werden; die Ausweisstellen von Bund und Ländern müssen den Bürgerinnen und Bürgern Aufklärungsmaterial und Organspendeausweise aushändigen bzw. bei elektronischer Antragsstellung elektronisch übermitteln, und es wird dabei auf weitere Informations- und Beratungsmöglichkeiten sowie die Möglichkeit, sich vor Ort oder später in das Online-Register einzutragen, hingewiesen; Hausärztinnen und Hausärzte können bei Bedarf ihre

einfach dokumentieren und auch noch jederzeit ändern oder widerrufen³¹⁶. Zusammenfassend ist die ständige Voraussetzung für eine postmortale Organentnahme bei der Zustimmungslösung die Einwilligung des potenziellen Organspenders zu Lebzeiten oder die Zustimmung seines nächsten Angehörigen.

II. Die Widerspruchslösung

Nach der Widerspruchslösung ist eine Organentnahme bereits zulässig, wenn ihr der Betroffene selbst nicht widersprochen hatte. Sein Schweigen in dieser Frage wird also logischerweise als eine Zustimmung gewertet. Die Widerspruchslösung ist abzulehnen, denn die Bereitschaft zur Organspende kann vom Gesetzgeber nicht durch eine Regelung unterstellt werden, nach der der Einzelne sich durch eine besondere Erklärung dagegen wehren muss, dass die Organe aus seinem Körper nach dem endgültigen, nicht behebbaren Ausfall der gesamten Hirnfunktion oder dem endgültigen, nicht behebbaren Stillstand von Herz und Kreislauf entnommen werden, um eine solche Entnahme zu verhindern.

Demnach wird bei dieser Lösung das Schweigen heteronom bzw. rechtspaternalistisch als eine Zustimmung bewertet, was unerlässlich Sorgen und Bedenken heraufbeschwört, dass die Menschenwürde nicht vollständig respektiert werden kann³¹⁷. In der Regel muss man nicht die Konse-

Patientinnen und Patienten alle zwei Jahre über die Organ- und Gewebespende ergebnisoffen beraten.

316 Vgl. BT-Drs. 19/11087, S. 18.

317 Siehe dazu BT-Plenarprotokoll 13/99, S. 8843: „Die Widerspruchslösung kann ethisch durchaus begründbar sein. [...] Mein Wunsch ist, daß wir in dieser Frage die Würde des Menschen bis in den letzten Augenblick erhalten [Hervorh. d. Verf.]. Es erfordert noch große Anstrengungen, die gesamte Frage des Sterbeprozesses von früher Kindheit und Jugend an wieder in das Leben zu integrieren und nicht zu tabuisieren und auszugrenzen. Wir sollten ferner dafür Sorge tragen, daß wir den Gedanken der Lebensrettung durch unsere eigene Entscheidung – mit unserem persönlichen Ja dazu, daß Organe, wenn sie denn brauchbar sind, transplantiert werden – frühzeitig in dem [sic] Entscheidungsprozeß einbringen. Ich halte es für unverzichtbar, daß wir bei aller Sicherheit, die wir erreichen wollen, nicht den Anspruch erheben, per Gesetzgeber nach wie vor bestehende Zweifel eliminieren zu können. Auch der Zweifel ist ein Teil, der verbleibt; denn das Gesetz beinhaltet die Formulierung ‚der jetzige Stand der Wissenschaft‘. Deswegen würde ich es als einen Verlust an Menschlichkeit und humaner Vernunft empfinden, wenn wir uns anmaßen, etwas zu definieren und festzulegen, ob[wohl Zweifel und auch

quenzen seiner Passivität fürchten, denn das negative Selbstbestimmungsrecht gehört noch zur allgemeinen Handlungsfreiheit in der Systematik des Grundgesetzes. Aber die Widerspruchslösung würde die Verschiebung der Ausgangsbasis der Entscheidung andeuten. Wenn die Organentnahme nach der unlimitierten Widerspruchslösung für zulässig zu erachten wäre, würde damit in die individuelle Handlungsfreiheit unzumutbar eingegriffen bzw. die individuelle Handlungsfreiheit abgesprochen. Nach *Wolfslast* beruht die Widerspruchslösung unmittelbar auf der Vorstellung der Sozialisierung der Leiche, so dass das Spenden eigener Organe, nämlich der Akt der Humanität, für die Erfüllung der Sozialverpflichtung gehalten wird³¹⁸. Deswegen ist festzustellen, ob diese Sozialverpflichtung bzw. paternalistische Einschränkung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit übereinstimmt. Dabei ist zunächst unbedingt einzuräumen, dass das Leid der Organempfänger aus rechtlicher oder ethischer Sicht nicht zwingend eine solche Umkehrung einer aktiven Zustimmung in eine angenommene passive Nichtablehnung rechtfertigt³¹⁹, wie *Kühn* betont:

Diese Pflicht sei Ausdruck der menschlichen Solidarität und entspringe als solche dem Menschenbild des Grundgesetzes. [...] [V]on allen und damit auch von sich selbst eine Entscheidung zu verlangen, kann doch nur so, bei Respektierung seiner eigenen Rechte und Freiheiten, Transplantationsmedizin überhaupt möglich sein. Andererseits bestätigt dies noch nicht die Zumutbarkeit der Widerspruchslösung, verpflichtet diese doch den Einzelnen nicht zur Stellungnahme.³²⁰

Mit anderen Worten wird die Befürchtung erweckt, dass ein solcher Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht für verfassungswidrig und nichtig zu halten wäre, wenn dieses paternalistische Modell die Grenze der entsprechenden Zumutbarkeit unverhältnismäßig überschreiten würde. Dazu zeigt *Fangerau* noch mit Blick auf Personen mit erhöhtem Unterstützungsbedarf:

Gerade vulnerable Gruppen werden durch eine Widerspruchslösung eventuell in ihrer Selbstbestimmung beeinträchtigt, [...], eine putative Akzeptanz, die nicht notwendiger Weise auf ihre Zustimmung stößt, die aber wiederum nie erfragt wurde. Allein schon deshalb kann aus

Offenheit gegeben sind. Wir können nur so viel Sicherheit ermöglichen, wie sie menschlicher Erkenntnis zugänglich ist [Hervorh. d. Verf.]“

318 Vgl. *Wolfslast*, MMW 1982, S. 108 f.

319 Vgl. *Fangerau*, Widerspruchslösung, S. 11.

320 *Kühn*, Motivationslösung, S. 132.

Gerechtigkeitserwägungen, die auf den Schutz der in einer Gesellschaft am schlechtesten gestellten Personen abzielen, eine reine Widerspruchslösung keine Lösung sein.³²¹

Jedoch stimmen trotzdem viele einer Einführung der Widerspruchslösung zu³²², weil durch empirische Datenanalysen eindeutig herausgefunden wurde: „Die Organspenderate in Ländern mit Widerspruchsregelung ist signifikant höher als die Organspenderate in Ländern mit Zustimmungsregelung.“³²³ Anders gesagt: Es ist auch fraglich, ob sich das Versorgungsproblem der Transplantationsmedizin im Wesentlichen durch die Widerspruchslösung lösen lässt.

Tatsächlich hängt der Organmangel nicht nur mit der Lösungsstrategie zusammen, die Spendenbereitschaft zu erhöhen³²⁴, sondern auch mit vielen anderen schwerwiegenden realistischen Problemen³²⁵. Beispielsweise werden immer noch alle Organe (von nicht verwandten Spendern) früher oder später abgestoßen:

Bei Lebern werden nach fünf Jahren knapp die Hälfte abgestoßen, bei Herzen nach fünf Jahren gut 30 % und bei Nieren nach fünf Jahren gut 25 %. Patienten, deren Organ abgestoßen wurde, kommen dann bevorzugt auf die Warteliste für ein neues Organ. Das heißt, die Re-Transplantationsrate steigt kontinuierlich an [Hervorh. d. Verf.]. Bei Nierentransplantationen führt das beispielsweise dazu, dass ein einziger Patient in seinem Leben vier und mehr Nieren erhalten kann.³²⁶

Darüber hinaus werden die geltenden Kriterien für die Dringlichkeit einer Transplantation nicht immer beachtet, wie der sogenannte „Organtrans-

321 Fangerau, Widerspruchslösung, S. 12.

322 Vgl. BT-Drs. 17/7376, S. 29.

323 Eberling, VzW 2018, S. 8.

324 Siehe dazu ebenda, S. 8: „Beard und Osterkamp weisen darauf hin, dass auch die höheren Raten in Ländern mit Widerspruchsregelung noch nicht ausreichen, um den Bedarf an Organspenden zu decken [Hervorh. d. Verf.]“

325 Siehe dazu Sommer/Anthuber, Widerspruchslösung, S. 17: „Wenn man den internationalen Vergleich heranzieht, so ist die Widerspruchslösung im benachbarten europäischen Ausland die Regel. Ein unmittelbarer Effekt der Einführung der Widerspruchslösung im Sinne eines sofortigen Anstiegs der verfügbaren Spenderorgane konnte wissenschaftlich bislang nicht bewiesen werden. Fest steht jedoch, dass durch die Einführung einer Widerspruchslösung über die Zeit die Einstellung in der Gesellschaft zur Organspende verändert wird.“

326 Manzei, Widerspruchslösung, S. 101.

plantationsskandal“³²⁷ zeigt, was auch dazu führt, dass die Schere zwischen Organangebot und -bedarf immer weiter auseinandergehen wird.

Vornehmlich hat das Hin und Her zwischen Zustimmungs- und Widerspruchslösung nach *Lilie* keinerlei positiven Effekt auf die Organspendezahlen³²⁸. Statt der Widerspruchslösung müssen wir uns vielmehr auf eine systematische, effektive Konzeption gegen Organmangel konzentrieren, in der andere praktische Strategien mit effizienter Bedienbarkeit erwogen werden, um die Organgewinnung oder die Einführung einer erfolgversprechenden Alternative der Transplantationsmedizin zu fördern. Wir schlagen demnach 1) den Aufbau eines Netzwerks zur Koordination der Organspende, 2) die Profilierung des Modells der Inhouse-Koordination in den Kliniken, 3) größte Anstrengungen für die ärztliche Fortbildung und 4) eine angemessene Kostenerstattung für Krankenhäuser, die sich an der Organspende beteiligen, vor³²⁹.

Hinzu kommt, dass eine Widerspruchslösung auf der psychologischen Ebene auch zu einem starken Rückgang bei der Organspende führen könnte³³⁰. Zusammenfassend kann diese rechtspaternalistische Einmischung, nämlich die enge oder doppelte³³¹ Widerspruchslösung, also auch aus der

327 Vgl. *Epitropakis*, Organallokation, S. 14 ff.

328 Siehe dazu *Dabrock*, Widerspruchslösung, S. 4 (5): „Da ist es so: Sie können einfach nur den Unterschied zwischen Widerspruchslösung und der jetzigen Entscheidungslösung festmachen bei den Organspendern, die Sie überhaupt identifiziert haben. Wir haben derzeit schlicht und einfach rein medizinisch, rein medizinisch nur 1.200 Organspender identifiziert. Davon stehen dann im Jahr 2017, wo die Vergleichszahlen vorliegen, 800, jetzt 900 dann als potenzielle Organspender zur Verfügung. Von denen haben wir dann 25 Prozent, also 300, wo wir keine Zustimmung haben, und da gibt es dann 100 noch mal, die klarerweise sagen, nee, ich will nicht, und dann bleiben 200 übrig, von denen man nicht genau weiß, was hat er gemeint. Diese 200 mehr wären der einzige Erfolg einer Widerspruchslösung und man soll bitte aufhören zu reden, dass hier um das Zehn- oder Hundertfache die Zahl der Organspender erhöht würde.“

329 Vgl. *Lilie*, Widerspruchslösung, S. 58.

330 Siehe dazu ebenda, S. 58: „Gerade die Erfahrungen aus den Debatten um das Transplantationsgesetz in den 70er und den 90er Jahren zeigen, dass vor dem Hintergrund einer Widerspruchslösung zu viele Menschen aus reiner Vorsicht widersprechen und dann am Ende die Organspendezahlen zurückgehen [Hervorh. d. Verf.]. Diejenigen, die heute die Widerspruchslösung fordern, sollten die hoch emotional geführten Debatten aus den Gesetzgebungsmaterialien nachlesen.“

331 Siehe dazu *Dettmeyer*, Medizin & Recht, S. 238: „Erweiterte Widerspruchsregelung: Wie die enge Widerspruchsregelung, die Angehörigen haben jedoch ebenfalls ein Widerspruchsrecht.“ Siehe dazu auch *Schlögl-Flierl*, Widerspruchslösung, S. 69: „Der Entscheider [...] vor allem auch um die Angehörigen zu entlasten. In Trau-

utilitaristischen Perspektive nicht vollkommen gerechtfertigt werden, wie *Dabrock* betont:

Die Widerspruchslösung [...] [ist] unnötig und schädlich [...], weil man im Grunde die Effizienz der Organgewinnung nahezu überhaupt nicht steigert [Hervorh. d. Verf.]. Sie ist schädlich, weil sie das Vertrauen in das System, das ja nun wirklich schon prekär ist, noch mal unterminiert, weil im Grunde jetzt nicht mehr gilt: Zustimmung – Spende. Sondern jetzt ist jeder, der nicht ausdrücklich dagegen sich artikuliert, automatisch ein Organspender, und damit wird für mich der Körper nach dem Hirntod zu einem Objekt der Sozialpflichtigkeit. Das kann nicht richtig sein und es gibt mildere Mittel [Hervorh. d. Verf.].³³²

Im Jahr 2020 votierten 379 Bundestagsabgeordnete gegen den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, obwohl in diesem Entwurf noch hervorgehoben wurde, keine Entscheidungsfreiheit des Einzelnen einzuschränken³³³. Nach

er sollte niemand über die Weitergabe von Organen nachdenken müssen. Diese Zumutung für die Angehörigen ist auch bei der [...] doppelten Widerspruchslösung nicht ausgeschlossen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Allerdings wäre auch denkbar, dass sich die Aufforderung zu einer expliziten Erklärung negativ auf die Spenderbereitschaft auswirken könnte, da die Menschen, die grundsätzlich für eine Organtransplantation wären, eine Abwehrhaltung entwickeln könnten, wenn sie unter Druck gesetzt werden würden, sich für eine der beiden Optionen zu entscheiden bzw. entscheiden zu müssen [Hervorh. d. Verf.]. Damit diese Abwehr gar nicht entwickelt würde, muss es bei einer bloßen Aufforderung bleiben, sodass eine Erklärung auch sanktionsfrei unterlassen werden kann.“

332 *Dabrock*, Widerspruchslösung, S. 2 (5).

333 Siehe dazu BT-Drs. 19/11096, S. 2 f.: „Ziel der Einführung der doppelten Widerspruchslösung ist es, mehr Menschen, die auf eine Organ- oder Gewebespende angewiesen sind, die Möglichkeit zu geben, ein oft lebensrettendes Organ zu erhalten. Um dieses Ziel zu erreichen, muss die Anzahl der Organspender erhöht werden. [...] Ohne die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen einzuschränken, soll es mit der Einführung der doppelten Widerspruchslösung zu einer Selbstverständlichkeit werden, sich zumindest einmal im Leben mit dem Thema Organ- und Gewebespende auseinanderzusetzen und dazu eine Entscheidung zu treffen, ohne diese begründen zu müssen.“ Siehe dazu auch *Schroth*, 20 Jahre TPG, S. 46: „Das Bundesverfassungsgericht hatte sich in einer Verfassungsbeschwerde gegen die erweiterte Zustimmungslösung mit der Frage zu befassen, ob diese gegen verfassungsrechtliche Grundsätze verstößt. (BVerfG NJW 1999, 3399 ff.) Hier hatten die Beschwerdeführer gerügt, sie seien genötigt, sich zu Lebzeiten schriftlich zu erklären, um nicht der Gefahr ausgesetzt zu sein, nach dem Tod wider Willen zum Organspender zu werden. Dies sei verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht hat sich hierzu dahingehend eingelassen, dass niemand in seinen Rechten verletzt sei, der die

Dabrock deutet die Möglichkeit, dass die Angehörigen selbst genuin einen Widerspruch einlegen, keine doppelte Absicherung in diesem Modell an³³⁴, weil ihre Entscheidungsrechte im Wesentlichen nicht existieren³³⁵.

III. Die Informationslösung

Bei der Informationslösung sind in den Fällen, in denen sich der potenzielle Spender zu seinen Lebzeiten nicht geäußert hat, die nächsten Angehörigen über die beabsichtigte Organentnahme zu informieren. Sie brauchen einer Organentnahme aber nicht ausdrücklich zuzustimmen, sondern es soll dann vielmehr genügen, wenn sie innerhalb einer bestimmten Frist der Entnahme nicht widersprechen. Dieses Modell beruht auf der Überlegung, dass es den Angehörigen in der schwierigen Situation, in der sie den – in der Regel plötzlichen und überraschenden – Verlust eines nahen Verwandten verarbeiten müssen, leichter fällt, sich nicht zu äußern und dem Geschehen passiv seinen Lauf zu lassen, als sich zu einer positiven Entscheidung durchzuringen und diese auch zu äußern.

Die Informationslösung verknüpft Elemente der Widerspruchslösung und der erweiterten Zustimmungslösung: Liegt keine Erklärung zur Organspende vor, sind die Angehörigen über eine beabsichtigte Organentnahme zu unterrichten. Wenn die Angehörigen innerhalb einer bestimmten, ihnen mitgeteilten oder mit ihnen vereinbarten Erklärungsfrist der Organentnahme nicht widersprochen haben, darf sie vorgenommen werden. Aber dieses Modell begegnet den gleichen Bedenken wie die Widerspruchslösung:

Die Zustimmung zur Organentnahme kann nicht kraft Gesetzes unterstellt werden, wenn die informierte und entscheidungsbefugte Person innerhalb der bestimmten Frist (auch) nicht widerspricht. Soweit Angehörige oder sonstige andere Personen in die Entscheidung über eine

Möglichkeit habe, der Organentnahme zu widersprechen [Hervorh. d. Verf.]. Damit vertritt das Bundesverfassungsgericht die Auffassung, dass das postmortale Persönlichkeitsrecht hinreichend gewahrt ist, soweit die Bürger die Möglichkeit haben, der Organentnahme rechtswirksam zu widersprechen.“

334 Vgl. *Dabrock*, Widerspruchslösung, S. 3 (5); *Wille*, MedR 2007, S. 92.

335 Siehe dazu BT-Drs. 19/11096, S. 19: „Die Änderung der Überschrift ist eine Folgeänderung zur Einführung der doppelten Widerspruchslösung, nach der dem nächsten Angehörigen des möglichen Organ- oder Gewebespenders kein eigenes Entscheidungsrecht zusteht.“

Organentnahme nach dem endgültigen, nicht behebbaren Ausfall der gesamten Hirnfunktion oder dem endgültigen, nicht behebbaren Stillstand von Herz und Kreislauf eines möglichen Organspenders einbezogen werden, muß eine gesetzliche Regelung ebenfalls von dem Grundsatz der ausdrücklichen Zustimmung ausgehen [Hervorh. d. Verf.]. Eine Ausnahme davon darf nur zugelassen werden, wenn dies im Einzelfall dem ausdrücklich erklärten Willen der entscheidungsbefugten Person entspricht.³³⁶

Anders gesagt: Das Schweigen der Hinterbliebenen darf nicht ohne Weiteres als Zustimmung gewertet werden. Damit kommt dieses Modell als verkappte Widerspruchslösung daher, denn die Informationslösung arbeitet nur mit einer Vereinbarung des Inhalts mit den Angehörigen, dass deren Schweigen als Zustimmung gewertet wird. Beispielsweise liegt jedoch ein in der Rechtspflege anerkanntes Stillschweigen vor, nämlich beredtes Schweigen, das nur im spezifischen Rahmen einer Zustimmung gleichsteht³³⁷.

IV. Die Motivationslösung

Wenn eine Person ihre Bereitschaft zur Organspende geäußert hat oder der Organentnahme nicht widersprochen hat und sie damit selbst potenziell als Spender für aktuell kranke Mitmenschen zur Verfügung steht, dann ist ihr im Gegenzug eine größere Wahrscheinlichkeit einzuräumen, selbst im Krankheitsfalle ein Spenderorgan zu erhalten. Mit anderen Worten kommt dieser Person dadurch das Prioritätsanrecht auf die Verteilung der Spenderorgane zu³³⁸.

Nach *Breyer* stellt dieses Modell ausführlich immaterielle Anreize zur Organspende, nämlich die Reziprozität, dar:

Der Vorteil [...] ist ohne Spendebereitschaft nicht zu haben. [...] Diese Überlegung kann man nun von der kollektiven Ebene, auf der sie von allen als richtig anerkannt wird, auf die individuelle Ebene übertragen und verlangen, dass es bei der Organallokation, also der Zuteilung, für die eigene Spendebereitschaft einen Bonus gibt. [...] Das Reziprozitätsmodell kann man in schärferer oder weniger scharfer Form fassen. Bei

336 BT-Drs. 13/4355, S. 13.

337 Vgl. *Rosenau*, Widerspruchslösung, S. 65.

338 Vgl. *Kühn*, Motivationslösung, S. 142 ff.

der schärfsten Fassung, dem sog. „Club-Modell“, werden zunächst nur die Organspender bei der Organallokation bedacht und erst, wenn aus der Gruppe derer, die selber spendebereit sind oder waren, kein geeigneter Empfänger vorhanden ist, wird dann die andere Gruppe berücksichtigt [Hervorh. d. Verf.]. Aber man kann auch im Algorithmus nur Bonuspunkte vergeben. Des Weiteren gibt es einen zweiten Mechanismus. Oben wurde bereits ausgeführt, dass viele Menschen Hemmungen haben, sich mit ihrem Tod zu beschäftigen. Daher spricht einiges dafür, sie auch nicht dazu zu zwingen. In diesem Sinne kehrt die Widerspruchslösung die Erklärungslast um [Hervorh. d. Verf.]. [...] In einem solchen System sollte man aber eine Hürde aufbauen, die es verhindert, dass Menschen zu leichtfertig ihren Widerspruch erklären. Denn immerhin verringert sich mit jedem Widerspruch das Angebot an Organen. Diese Hürde könnte darin liegen, dass derjenige einen Malus bei der Organallokation hinnehmen muss, der für sich selbst den Widerspruch erklärt hat.³³⁹

Mit der Regelung im „Human Organ Transplant Act“ (HOTA) wird die Motivationslösung in der Republik Singapur umgesetzt laut Sektion 11 (a):

In the selection of a proposed recipient of any organ removed [...] a person who has not registered any objection [...] has priority over a person who has registered such objection.³⁴⁰

Das Gesetz eröffnet damit den Bürgern die Möglichkeit, einer geplanten Organentnahme zu widersprechen. Allerdings gibt es laut Sektion 11 (a) HOTA weitreichendere Rechtsfolgen als den bloßen Widerspruch: Nur derjenige, der nicht der Entnahme widersprochen hat, erhält sich demnach eine Chance auf die Zuteilung eines für ihn lebensnotwendig werdenden Spenderorgans im Krankheitsfalle. Hierfür betont *Scheinfeld*:

Mit ihrer Regelung im „Human Organ Transplant Act“ will die Republik Singapur ihre Bürger zu einer freien und nichtfiskalischen Leichenorganspende motivieren. Auf der Basis eines den westlichen Werten verpflichteten kommunitaristischen Staatsverständnisses sieht es die Regierung als ihre Aufgabe an, die vitalen Lebensinteressen der Gesellschaft als Ganze zu schützen. [...] In der Praxis wirkt sich diese Regelung, weil

339 Breyer, Anreize für Organspender, S. 35.

340 Siehe dazu die entsprechenden Angaben auf der Seite: <https://sso.agc.gov.sg/Act/HOTA1987>, abgerufen am 18.11.2021.

Organmangel herrscht, so aus, dass nur derjenige ein lebensnotwendiges Organ erhält, der einer Post-mortem-Entnahme nicht widersprochen hat [Hervorh. d. Verf.].³⁴¹

Demnach verschmälern sich die Heilungschancen des Bürgers im entsprechenden Krankheitsfall, wenn er vorher einen Widerspruch gegen die Organentnahme eingelegt hat, so dass die individuellen Selbsterhaltungsinteressen bzw. die Grundrechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit und auch auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit verletzt und sogar abgesprochen werden. „Wird ein solches Verteilungssystem vom deutschen Staat bestimmt, kann es in Konflikt geraten mit der vom Grundgesetz vorgeschriebenen Verteilungsgerechtigkeit, wie sie aus dem Anspruch auf Achtung der Person als Freie und Gleiche folgt.“³⁴² Anders formuliert: Zwar orientiert sich eine solche Setzung immaterieller Anreize zur Organspende einfach nur an der Erhöhung der Spendenbereitschaft, aber die authentische Selbstbestimmung bzw. die autonome Stellungnahme³⁴³ kann umgekehrt vornehmlich bei der Verteilung knapper Ressourcen im Bereich der Transplantationsmedizin durch diese paternalistische Einmischung vernichtet werden³⁴⁴.

341 Scheinfeld, Strafrechtspaternalismus, S. 46.

342 Ebenda, S. 46.

343 Siehe dazu BT-Plenarprotokoll 13/99, S. 8826: „Nach Selbstbestimmung, die dem Menschen gegeben ist, hat er einen Besitz an sich. Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität gehört zu seinem ureigensten Bereich der Personalität [Hervorh. d. Verf.]. Nur so wird die Grundlage, auf der eine Organentnahme und damit die Organspende geregelt werden kann, auch ihrem Charakter gerecht, den sie behalten muß, nämlich ein Geschenk zu sein.“

344 Im April des Jahres 2007 hat der Nationale Ethikrat eine Stellungnahme zur Organtransplantation insbesondere explizit gegen Reziprozitätslösungen, also dagegen, die Widerspruchslösung mit einem Malus bei der Organallokation zu verknüpfen, abgegeben. Siehe dazu Weber-Hassemer, Stellungnahme des Nationalen Ethikrates, S. 31: „Allerdings brechen sie mit einer in Deutschland und anderen Ländern lange geübten Tradition, nämlich mit dem Prinzip des gleichen Zugangs zu Gesundheitsressourcen, unabhängig vom eigenen Vorverhalten. Zudem machen sie die Organverteilung noch komplizierter, als sie bisher schon ist. Schließlich ist das Gerechtigkeitsproblem, das aus einem kurzfristigen Widerruf resultiert (der dem Betroffenen aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht verwehrt werden kann) [Hervorh. d. Verf.], kaum zu lösen: Wer zum Beispiel zeitlebens spendebereit war und dennoch kurz vor seinem Tod von der Möglichkeit des Widerrufs Gebrauch macht, der hätte zeitlebens die Option gehabt, bei eigener Bedürftigkeit bevorzugt ein Organ zu erhalten. Durch seine aktuelle Ablehnung scheidet er gleichwohl als Organspender aus.“

F. Resümee

Rechtlicher Paternalismus gilt gemeinhin in einer pluralistischen Gesellschaft aufgrund seiner freiheitsbeschränkenden Effekte als problematisch. Aber umgekehrt stellt sich die Frage, warum die Freiheit nicht einzuschränken ist. Je mehr Freiheit einer Person überlassen ist, ihre weiterreichenden persönlichen Interessen auszubilden, desto besser ist ihr Lebensumfeld beschaffen. Aber die Gesellschaft ist zeitlich und räumlich nicht grenzenlos. „Der Realität am nächsten kommt wohl eher die Einschätzung, dass individuelle Präferenzen sich in einer Wechselwirkung aus individueller Disposition und sozialem bzw. politischem Einfluss formen.“³⁴⁵ 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 rechtlichen Einmischung in die individuelle Freiheit führt.

Aufgrund der realistischen individuellen Rationalitätsdefizite scheint man bei der Verrechtlichung von ethischen Pflichten den Paternalismus nicht anstrengend rechtfertigen zu können. Aber die Anhänger des Kommodifizierungsarguments versäumen „bei selektiver Bezugnahme auf Kants Tugendlehre dessen Definition von Recht [...] zur Kenntnis zu nehmen“³⁴⁶. Anders als der Rechtsmoralismus bezieht sich der Rechtspaternalismus im Wesentlichen nur auf die positiven substanziellen Interessen, die durch die Erfüllung der Rechtspflichten geschützt werden können. Die rechtspaternalistische Intervention orientiert sich demnach an den vernünftigen Erwägungen zwischen der Verhinderung der persönlichen Präferenzmaximierung und der Wahrung der durch die individuellen Rationalitätsdefizite verursachten Interessenverletzung der anderen oder der Allgemeinheit.

Anders gesagt: Die Kernfrage des Paternalismus liegt nicht darin, ob man sich solche staatlichen Eingriffe vorbehalten könnte, sondern darin, inwieweit sie eingesetzt werden sollten. Das liberale Legitimitätsprinzip stellt für den 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. Gerade unter liberalen Voraussetzungen ist deshalb ein Rechtspaternalismus legitim, „der die Bürger auch mit den Mitteln des Rechts daran hindert, Handlungsoptionen wahrzunehmen, die der weiteren Ausbildung ihrer

345 Eidenmüller, JZ 2011, S. 821.

346 Hörnle, Paternalismus, S. 123.

werthaft-substantiell verstandenen – also zur Not heteronom definierten – persönlichen Autonomie nicht förderlich oder gar abträglich wären.“³⁴⁷

Liberaler Rechtspaternalismus lässt sich als ein Interventionskonzept definieren, das darauf angelegt ist, individuelles Verhalten zum Wohle des Betroffenen, aber möglichst ohne (intensive) Freiheitsbeeinträchtigung zu beeinflussen. „Liberaler Paternalismus könnte ein Instrument zur Korrektur der empirisch dokumentierten Rationalitätsdefizite im individuellen Entscheidungsverhalten sein.“³⁴⁸ Der liberale Paternalist kann demnach die Autonomie im Zusammenhang mit Rationalität bezüglich der Selbstentscheidungsfähigkeit nur als minimales Schwellenkonzept verstehen³⁴⁹.

Die Hauptschwächen des liberalen Paternalismus sind das Fehlen eines begründeten normativen Interventionsmaßstabes und die Schwierigkeit seiner Konkretisierung³⁵⁰. Vornehmlich im rechtlichen Forschungsbereich der postmortalen Organspende muss man die Erforderlichkeit und Intensität der paternalistischen Einmischung in die Selbstbestimmung der potenziellen Organspender und ihrer nächsten Angehörigen ernsthaft überdenken. Obwohl wir uns heute mit einem gravierenden Mangel an Spenderorganen konfrontiert sehen, ist unaufhörlich und unweigerlich zu betonen, dass die Selbstbestimmung über den eigenen Körper ein zentrales Element menschlicher Würde ist.

347 Gutmann, Konsequentialismus, S. 37 f.

348 Eidenmüller, JZ 2011, S. 821.

349 Vgl. Gutwald, Perfektionismus, S. 85.

350 Siehe dazu Birnbacher, Paternalismus, S. II: „Dieser ergibt sich erst aus der für den Paternalismus charakteristischen wertmäßigen Ambivalenz: Während Fürsorge trivialerweise gut und Bevormundung trivialerweise schlecht ist, ist der Paternalismus irgendwo dazwischen angesiedelt. Wo genau er angesiedelt ist, steht dabei nicht von vornherein fest, sondern hängt von weiteren Faktoren ab – insbesondere von dem Verhältnis, in dem die fürsorglichen Zwecke paternalistischer Handlungen zu den zu ihrer Erreichung eingesetzten bevormundenden Mitteln stehen [Hervorh. d. Verf.]“

Kapitel 3

Schutzgrenzen bei postmortalen Organspenden

Es ist wesentlich einzuräumen, dass eine Person als Teil der Gesellschaft und Gemeinschaft mit ihren Handlungen immer Einfluss auf ihre Umgebung nimmt. D. h., nahezu jede Handlung hat Auswirkungen auf die persönliche Umwelt des Handelnden³⁵¹. „Bestünde insoweit ein Gemeinschaftsbezug jedes menschlichen Verhaltens, könnte die Einschränkung selbstschädigenden Verhaltens durch damit einhergehende, negative gesellschaftliche Auswirkungen gerechtfertigt werden.“³⁵² Auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene fließen zudem die individuellen Interessen, z. B. die persönliche Sicherheit, teilweise in Gemeinschaftsinteressen. Aber nicht alle solchen Gemeinschaftsbezüge des Menschen können auch als Anforderungen des Staates an denselben verstanden werden, denn der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen³⁵³. Wie vorhergehend erwähnt, liegt die Kernfrage des Paternalismus eigentlich deshalb darin, wie die staatspaternalistische Einschränkung abgegrenzt werden kann³⁵⁴.

351 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 251.

352 *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 165.

353 Vgl. Herrenchiessee-Entwurf zu Art. 1 GG, JöR n. F. Band I (1951), S. 48.

354 Der Staat soll niemanden durch Polizeigesetze zwingen, etwas nur zum Besten des anderen gegen seinen eigenen Willen zu tun, d. h., er soll keine positiven staatlichen Pflichten auferlegen. Siehe dazu *Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, S. 153 f.: „Das letzte und vielleicht wichtigste Mittel, für die Sicherheit der Bürger Sorge zu tragen, ist die Bestrafung der Übertretung der Gesetze des Staats [Hervorh. d. Verf.]. [...] Die erste Frage nun, welche hiebei entsteht, ist die: welche Handlungen der Staat mit Strafen belegen, gleichsam als Verbrechen aufstellen kann. [...] Denn da der Staat keinen andren Endzweck als die Sicherheit der Bürger verfolgen darf, so darf er auch keine andre Handlungen einschränken, als welche diesem Endzweck entgegenlaufen. Diese aber verdienen auch insgesamt angemessene Bestrafung [Hervorh. d. Verf.]. Denn nicht bloß, daß ihr Schade, da sie gerade das stören, was dem Menschen zum Genuß wie zur Ausbildung seiner Kräfte das unentbehrlichste ist, zu wichtig ist, um ihnen nicht durch jedes zweckmäßige und erlaubte Mittel entgegenzuarbeiten, so muß auch schon den ersten Rechtsgrundsätzen nach jeder sich gefallen lassen, daß die Strafe ebenso weit gleichsam in den Kreis seines Rechts eingreife, als sein Verbrechen in den des fremden eingedrungen ist.“ Siehe dazu auch *Roxin*, Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, S. 575.

Nach *Reitter* können Einschränkungen selbstschädigenden Verhaltens allein dann gerechtfertigt werden, wenn dieses Verhalten die Rechte Dritter oder der Gesellschaft unmittelbar berührt³⁵⁵. Anders gesagt: Der Schutz von Gemeinwohlbelangen und der Schutz der Allgemeinheit können legitime Zwecke grundrechtlicher Freiheitsbeschränkungen gegen den eigenen Willen des Handelnden darstellen, aber die paternalistischen Eingriffe müssen eine bestimmte Voraussetzung erfüllen, wie das Bundesverfassungsgericht betont:

Ziele beruhen auf vernünftigen Gründen des Allgemeinwohls, die den Gesetzgeber grundsätzlich zu einem Grundrechtseingriff berechtigen. [...] Auch selbstgefährdendes Verhalten ist Ausübung grundrechtlicher Freiheit. Das ändert aber nichts daran, daß es ein legitimes Gemeinwohl-anliegen ist, Menschen davor zu bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen [Hervorh. d. Verf.].³⁵⁶

Diese Voraussetzung bezieht sich also unmittelbar auf einen Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers beim Einsatz paternalistischer Eingriffe³⁵⁷, um die öffentlichen Interessen bzw. die Kollektivrechtsgüter zu schützen³⁵⁸. 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 auf den Schutz vor Kollektivgefährdung in der Gemeinschaft zuschreibt, eine Überlagerung der subjektiv-rechtlichen Seite der Grundrechte bzw. eine Verobjektivierung des subjektiven Charakters der Grundrechte verursacht wird³⁵⁹. Zwar kann die Ungewissheit über

355 Vgl. *Reitter*, Rechtspaternalismus, S. 166 f.

356 BVerfG, Beschluss vom 11. 8. 1999 – 1 BvR 2181/98 – NJW 1999, 3399 (3401).

357 Vgl. BVerfGE 50, 290 (332).

358 Siehe dazu *Hillgruber*, Schutz des Menschen, S. 163: „Es gibt jedoch auch im Verfassungsrecht keinen ‚Umschlag‘ von Quantität in eine neue Rechtsqualität. Selbstgefährdungen ändern ihren rechtlichen Charakter nicht dadurch, daß sie massenhaft auftreten. Volksgesundheit als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit im Sinne des Polizeirechts faßt lediglich das allen Individuen zustehende Rechtsgut der Gesundheit zu einem kollektiven Gesamtrechtsgut zusammen. [...] 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 [Hervorh. d. Verf.]“

359 Vgl. *Esser*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Lebendspende, S. 94 f.

die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, jenes Gesetz zu erlassen, auch wenn es von großer Tragweite ist³⁶⁰, 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, wie *Gutmann* hervorhebt:

In der hierfür nötigen Abwägung müssen Rechtsordnungen, die den Einzelnen als Einzelnen respektieren, einen prima-facie-Vorrang des individuellen Selbstbestimmungsrechts annehmen, der unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips insbesondere „kritischen Lebensentscheidungen“ der Einzelnen weitestgehenden Schutz vermittelt. Allerdings sind kollektive Rechtsgüter, die – nicht mehr im engeren Sinne paternalistisch, aber paternalismusäquivalent – im Ergebnis das Verbot oder die Behinderung primär selbstbezüglicher, aber wohlhergehensgefährdender Handlungen der Einzelnen legitimieren sollen, theoretisch beliebig konstruierbar [Hervorh. d. Verf.]. In der Praxis des Rechtssystems wird die Diskussion um den Paternalismus deshalb letztlich auf dem Boden einer Theorie der Rechtsgüter und der rechtlichen Schutzzwecke [Hervorh. d. Verf.] auszutragen sein.³⁶¹

Wenn sich die Regelungen des § 3 I 1 oder 2 und des § 4 I 2 i. V. m. § 19 II TPG nur auf die Selbstbestimmung des potenziellen Organspenders beziehen würden, dann würde eine solche rechtspaternalistische Einmischung nach *Gutmann* nicht auf dem Rechtsgutsprinzip beruhen³⁶², denn das strafrechtliche Rechtsgut bedeutet nur die zu schützenden Interessen der anderen oder der Allgemeinheit, die vom Täter selbst verletzt oder gefährdet werden³⁶³.

360 Vgl. BVerfGE 50, 290 (332).

361 *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 251 f.

362 Siehe dazu *Iwangoff*, Duldungspflichten im rechtfertigenden Notstand, S. 93: „Das Grundprinzip der Strafrechtsordnung eines liberalen Staates ist der Schutz der Rechtsgüter. Dieses Prinzip kann als Autonomieprinzip bezeichnet werden. Eine alleine am Autonomieprinzip orientierte Rechtsordnung kann deshalb ausschliesslich mit Verboten von Eingriffen in fremde Rechtsgüter auskommen und dem Schutz äusserer Freiheitsräume dienen.“

363 Siehe dazu *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 142: „Denn der Rechtsgüterschutz bezweckt den Schutz anderer, nicht den Schutz vor sich selbst. Ein staatlicher Paternalismus lässt sich, soweit er durch das Strafrecht betrieben werden soll, also nur bei Autonomiedefiziten des Betroffenen rechtfertigen (bei Minderjährigen, psychisch

Aber diese Regelungen des § 3 I 1 oder 2 und des § 4 I 2 i. V. m. § 19 II TPG stellen tatsächlich nicht nur die Respektierung bzw. den Schutz der Selbstentscheidung des Verstorbenen dar, sondern betonen auch die paternalistische Einschränkung der Entscheidungsrechte seiner Angehörigen oder der Nichtangehörigen mit besonderer persönlicher Verbundenheit, weil das Selbstbestimmungsrecht des Verstorbenen bzw. die postmortale Menschenwürde ebenfalls noch als höchstpersönliches Rechtsgut gilt. D. h., ein solcher Paternalismus kann auch möglicherweise aufgrund des Rechtsgutprinzips gerechtfertigt werden.

Aus der Perspektive des Paternalisten soll der Leichnam einerseits nicht beliebig von den Angehörigen mit Totensorgerecht bzw. bestimmtem Besitzrecht behandelt werden³⁶⁴, weil der Schutz der postmortalen Menschenwürde eine staatliche Aufgabe ist; andererseits enthält diese Aufgabe jedoch keine exakten Angaben darüber, wann solche paternalistischen Eingriffe in die Entscheidungsrechte der Angehörigen zum Schutze der Interessen des Verstorbenen im Einzelfall verboten sind³⁶⁵. Diese Frage steht also im Mittelpunkt dieses Kapitels. Unter anderem sollten wir weiter darüber diskutieren, wie der Gesetzgeber das Verhältnismäßigkeitsprinzip anwenden müsste, um festzustellen, inwieweit das Besitzrecht des Leichnams paternalistisch eingeschränkt werden sollte³⁶⁶.

Gestörten oder bei Menschen, die das Risiko für die eigene Person nicht richtig übersehen).“

364 Siehe dazu *Schrag*, Gefühlszustände, S. 52: „Nun ist eine Leiche zwar zweifellos eine Sache, jedoch eine herrenlose, „an der den zur Bestattung Berechtigten ein beschränktes Besitzrecht zusteht.“

365 Vgl. *Lehmann*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, S. 301 ff. Siehe dazu auch *Noltenius*, ZJS 2009, S. 18: „Auch den Strafgesetzen liegen diese Prinzipien zugrunde, an denen die Normen gemessen werden können. Aus einem freiheitlichen Rechtsstaatsverständnis sind die Normen des Strafrechts zu deduzieren bzw. an ihr sind die bestehenden Strafrechtsvorschriften zu messen. Damit ist nicht gemeint, dass man automatisiert Voraussetzungen in eine Subsumtionsmaschine eingibt und dann konkrete Strafnormen erhält, sondern es sind Prinzipien genannt, anhand derer eine beurteilende Überprüfung von grundlegenden Normen, insbesondere solchen, die – wie die Strafgesetze – intensiv in die Rechte des Einzelnen eingreifen, zu messen sind.“

366 Siehe dazu *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 138: „Mein Ausgangspunkt ist der, dass die Grenzen der strafrechtlichen Eingriffsbefugnis sich aus der gesellschaftlichen Aufgabe des Strafrechts ergeben müssen. Was jenseits dieser Aufgabe liegt, darf logischerweise nicht Gegenstand des Strafrechts sein. Die Aufgabe des Strafrechts besteht darin, seinen Bürgern ein friedliches, freies und sozial gesichertes Dasein zu gewährleisten, soweit diese Ziele nicht durch andere, weniger hart in die Freiheit

A. Schutzgrenzen aus der Perspektive der Rechtsgutstheorie

Der Paternalismus bedeutet einerseits die Reduzierung der Freiheit zur Selbstentscheidung des Handelnden; es kommt andererseits nach *Enderlein* beim Einsatz rechtspaternalistischer Eingriffe auch darauf an, ob und inwieweit die Dritt- oder Allgemeininteressen durch diese Selbstentscheidung mittelbar beeinträchtigt werden können³⁶⁷. Demnach stellt sich die Frage, was diese Dritt- oder Allgemeininteressen bzw. Rechtsgüter bezüglich der postmortalen Organspende bedeuten.

I. Der Rechtsgutsbegriff

1. Rechtsgüterschutz im klassischen Strafrecht

a) *Das systemkritische Potenzial*

Die Frage, welche inhaltliche Qualität eine strafrechtliche Pönalisierung des Verhaltens haben muss, wird nicht nur für den Gesetzgeber, sondern auch für Strafrechtswissenschaftler immer ein zentrales Problem sein, das aus der liberalen Perspektive zum Bedarf einer entsprechenden Legitimation führt. Um das bloße Belieben des Gesetzgebers zu vermeiden, hat die deutsche Strafrechtswissenschaft insbesondere in der Nachkriegszeit versucht,

der Bürger eingreifende sozialpolitische Maßnahmen erreicht werden können [Hervorh. d. Verf.]“

367 Siehe dazu *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 21: „Je intensiver und weitreichender die Beeinträchtigung solcher Wahlmöglichkeiten ist, desto gewichtiger muß die Beeinträchtigung von Belangen anderer Personen sein, soll diese als Rechtfertigung für die Freiheitsbeeinträchtigung in Betracht kommen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Einerseits sind solche Eingriffe nicht von vornherein unzulässig. [...] So ist jedenfalls in einigen Fällen, in denen es um ein Verbot selbstschädigender Verhaltensweisen geht, weithin anerkannt, daß das rechtliche Verbot auch zur Wahrung von Dritt- oder Allgemeininteressen zulässig ist, die durch die Selbstschädigung mittelbar beeinträchtigt werden. [...] Andererseits ist es grundsätzlich unzulässig, die Freiheit zur Selbstschädigung nur wegen einer sehr mittelbaren, unwahrscheinlichen oder geringfügigen Beeinträchtigung von Dritt- oder Allgemeininteressen in größerem Umfang zu reduzieren [Hervorh. d. Verf.]. Für die genaue Grenzziehung sind weitere Überlegungen und Wertungen erforderlich.“

mit Hilfe der Lehre vom Rechtsgut eine Begrenzung der strafrechtlichen Eingriffsgewalt zu erreichen³⁶⁸.

Auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene übertragen die Bürger als Inhaber der Staatsgewalt dem Gesetzgeber nur so viele strafrechtliche Eingriffsbefugnisse, wie zur Erreichung eines freien und friedlichen Zusammenlebens erforderlich sind, und sie tun dies auch nur in dem Maße, wie sich dieses Ziel nicht durch mildere Mittel erreichen lässt. Dem *Ultima-ratio*-Prinzip zufolge ist Strafe eine staatliche Reaktion, deren Einsatz nur dann legitim ist, wenn andere Mittel versagen³⁶⁹. Anders gesagt: Der Einsatz strafender Sanktionen nur in einem sehr eingeschränkten Umfang stellt unmittelbar auf das Subsidiaritätsprinzip ab, wonach der Strafgesetzgeber den Schutz der Rechtsgüter nur in engen Grenzen und nur mit spezifischen Mitteln gewährleisten darf und zugleich die Voraussetzung der strafrechtlichen Eingriffe mindestens in der äußeren Verletzung der konkreten Rechtsgüter liegt³⁷⁰.

Verletzung sei eine durch ein (äußeres) Ereignis bewirkte störende Veränderung; das allgemeine Objekt einer Veränderung sei jedoch der Zustand. Dieser Veränderungscharakter fehlt dem subjektiven Recht wie dem Interesse. Wir kommen somit zu einer Zwischenbilanz: Rechtsgüter sind werthafte Zustände, die durch menschliches Handeln verändert und die deshalb auch durch strafrechtliche Regelungen vor solchen Veränderungen bewahrt werden können. Mit anderen Worten: es sind verletzbar, schützbar Zustände.³⁷¹

Demnach bedeuten „Rechtsgüter“ abgrenzbare, in der Außenwelt verwirklichte und deshalb durch äußeres Handeln zu beeinträchtigende werthafte

368 Siehe dazu *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S.135: „Der Grundgedanke war, dass das Strafrecht nur konkrete Rechtsgüter schützen darf, nicht aber politische oder moralische Überzeugungen, religiöse Lehren, weltanschauliche Ideologien oder bloße Gefühle. So sagte der von mir mitverfasste westdeutsche Alternativ-Entwurf von 1966 [...] in § 2 Abs.1 programmatisch: ‚Strafen und Maßregeln dienen dem Schutz der Rechtsgüter und der Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft [Hervorh. d. Verf.]‘.“

369 Vgl. *Kindhäuser*, Strafrechtsgut, S. 29; *Lahti*, Das moderne Strafrecht, S. 443 f.

370 Siehe dazu *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S.31: „Aus der Funktion des ‚klassischen‘ Strafrechts als Instrument der Gewährleistung bürgerlicher Freiheit leitet sich nach Hassemer zum einen der Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts als letztes Mittel gesellschaftlicher Problemlösung und zum anderen die Konzentration auf den Schutz von Individualrechtsgütern ab.“

371 *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, S.13.

Zustände wie Leben, Gesundheit, Eigentum, Freiheit der Willensbildung, Funktionsfähigkeit der Staatsorgane und dergleichen. Begriffen wie denen der Sittlichkeit, des Gemeinwohls, des Volksempfindens, der ethischen Ordnung oder der allgemeinen Menschenwürde ist eine derart anschaulich-greifbare Zuständlichkeit nicht eigen. Es handelt sich deshalb bei ihnen nicht um Rechtsgüter in dem hier angedeuteten Sinne³⁷². Mit anderen Worten handelt es sich beim Rechtsgut um einen realen und von dem funktionierenden Rechtsstaat geschützten Zustand, den man als Zwecksetzung definieren kann, die für ein sicheres und freies, alle Menschen- und Bürgerrechte des Einzelnen gewährleistendes Leben in der Gesellschaft oder für das Funktionieren eines auf dieser Zielsetzung aufbauenden rechtsstaatlichen Systems notwendig ist³⁷³.

Unter dem Einfluss der Selbstentwicklung der sozialen Ideologie ist diese oben genannte Zwecksetzung ein geschichtlicher Begriff³⁷⁴. Wohlers merkt an, dass die mit naturrechtlichen Vorstellungen verbundene Ableitung der Rechtsordnung aus verbindlich vorgegebenen höheren Rechtsprinzipien als Folge der Erkenntniskritik der idealistischen Philosophie des 18. und 19. Jahrhunderts obsolet sei und dass diese Ableitung also durch die Vorstellung von der Existenz eines Sozialvertrages als Grundlage des gesellschaftlichen Miteinanders ersetzt worden sei. Normative Grundlage dieses Sozialvertrages sei die Gleichmäßigkeit und Wechselseitigkeit eines allgemeinen Freiheitsverzichts als Grundlage einer Freiheitsverbürgung für alle gewesen³⁷⁵. Infolgedessen konnte der materielle Kern des

372 Vgl. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 461.

373 Siehe dazu *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 139: „Rechtsgüter [...] sind nicht [...] ideelle Bedeutungsträger [...], sondern reale Gegebenheiten: Leben, Körperintegrität oder die Verfügungsmacht über Sachwerte (Eigentum). Dabei brauchen die Rechtsgüter nicht notwendig gegenständliche Realität zu haben. Die Verfügungsmöglichkeit über Sachen, die das Eigentum gewährt, oder die Freiheit der Willensbetätigung, die durch das Nötigungsverbot geschützt wird, sind keine körperlichen Gegenstände, aber sie sind doch Bestandteile der empirischen Realität [Hervorh. d. Verf.]. Auch Grund- und Menschenrechte wie die freie Entfaltung der Persönlichkeit, die Meinungsfreiheit oder die Religionsfreiheit sind Rechtsgüter. Ihre Vorenthaltung führt zu sehr realen Beeinträchtigungen des Lebens in der Gesellschaft.“

374 Siehe dazu *Sternberg-Lieben*, Rechtsgut, S. 74: „Das personale Rechtsgutskonzept wird kein Allheilmittel bei der Klärung von Zweifelsfragen sein können, und zwar schon deshalb, weil dieser Entwurf angesichts der Geschichtlichkeit der Voraussetzungen personaler Entfaltung (und ihren ebenfalls zeitbedingten spezifischen Gefährdungen) der fortschreibenden Konkretisierung im Einzelfall bedarf [Hervorh. d. Verf.].“

375 Vgl. *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 31.

Deliktes nicht mehr von der Willkür des Regenten oder dem Willen einer himmlischen Autorität bestimmt werden, sondern war ausschließlich in einem Tun oder Unterlassen zu lokalisieren, das sich unmittelbar gegen die vom Gesellschaftsvertrag geschaffene Ordnung richtete³⁷⁶. Die aufklärerische Reformbewegung dieses Zeitraums wendete sich gegen die bis zum damaligen Zeitpunkt herrschende Beliebigkeit in der Strafgesetzgebung³⁷⁷ und versuchte, der staatlichen legislativen Kompetenz zum ersten Mal klare Schranken zu setzen³⁷⁸. Weiter weist *Stratenwerth* darauf hin:

Die Verengung des Blickwinkels auf die Interessen des Einzelnen, die von den Protagonisten jenes Dogmas verfochten wird, bedeutet kulturgeschichtlich einen reinen Sonderfall. In den Staatsvertragslehren des 17. und 18. Jahrhunderts erstmals ausgebildet, in den Verfassungen amerikanischer Einzelstaaten seit 1776 und der französischen Menschen- und Bürgerrechtserklärung von 1789 kanonisiert, in Kants Rechtslehre endgültig auf den Begriff gebracht, bildet der Individualismus seitdem eine der Grundpositionen in der abendländischen Auseinandersetzung über die „richtige“ gesellschaftliche Ordnung [Hervorh. d. Verf.].³⁷⁹

Unter diesem Blickpunkt wurde der Begriff des Verbrechens unmittelbar mit der Missachtung eines positiven, von den Einzelnen begründeten rechtlichen Zustandes verknüpft, was eine liberale Zwecksetzung darstellt: Der Zweck der staatlichen Strafe ist seitdem in entsprechender Weise konkret in der Sicherung der friedlichen und freiheitlichen Koexistenz der Bürger un-

376 Vgl. *Gkoutis*, Paternalismus, S. 179 f.

377 Siehe dazu *Marx*, Rechtsgut, S. 15 f.: „Der Rechtsgutsbegriff und die auf ihm errichtete Verbrechenslehre dagegen verdanken gerade dem rechtsstaatlichen Anliegen ihre Entstehung: sie sollten Schutz bieten gegen Willkür und Unklarheit bei der Verbrechensschöpfung durch den Gesetzgeber [Hervorh. d. Verf.]; [...] und nicht zufällig ist er am härtesten bekämpft worden während der Zeit des Nationalsozialismus, der deutlich seine liberale, rationale, aufklärerische Grundlage und Tendenz erkannt hat.“

378 Siehe dazu *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. 20: „Die Theorie der Objekte des Verbrechens erhält auf diese Weise die Funktion, zusammen mit der Staatszwecklehre die staatliche Strafgewalt zu begrenzen. Wie vorher nach theokratischer Staatsauffassung die Sündhaftigkeit, so wird nun der Angriff gegen subjektive Rechte zum Wesensmerkmal des Verbrechens. Wo dieses Wesensmerkmal, die Sozialschädlichkeit, nicht vorliegt, hat der Staat kein Recht zu strafen [Hervorh. d. Verf.].“

379 *Stratenwerth*, Verhaltensdelikten, S. 160.

ter Gewährleistung aller Menschenrechte aufzufinden³⁸⁰. Universalrechtsgüter seien laut Wohlers im „klassischen“ Strafrecht nur in dem Maße als legitimer Schutzgegenstand strafrechtlicher Verbote in Betracht gekommen, als ihr Schutz Voraussetzung für die freiheitsverbürgende Weiterexistenz des Gesellschaftskonsenses gewesen sei³⁸¹. Mit anderen Worten beziehen sich solche Rechtsgüter nur noch auf die Wahrung der persönlichen Freiheit und Sicherung, wie Hassemer betont:

Gerade das Strafrecht muß gerade in solchen Zeiten die personalen Elemente mit Nachdruck schützen und bewahren; denn sein Geschäft ist am Ende nicht allgemeine Versicherung oder soziale Schadensminderung, sondern Zurechnung einer Straftat an eine Person und damit Individualisierung eines – immer auch sozialen – Problems. Zeiten hoher sozialer Verdichtung sind im Strafrecht Zeiten personal orientierter Lehren. Für die Lehre vom Rechtsgut begründet dies die Anforderung, die Entwicklungen gesellschaftlicher Strukturen und gesellschaftlicher Probleme theoretisch zu verarbeiten, ohne dabei die personale Tradition der Lehre aufzugeben. Diese Tradition besteht darin, die Interessen der Allgemeinheit und des Staates vom einzelnen her zu funktionalisieren: Universalrechtsgüter haben nur insoweit eine Grundlage, als sie sich als – vermittelte – Interessen des Individuums nachweisen lassen. Dieser Tradition liegt ein liberales Staatsverständnis zugrunde [Hervorh. d. Verf.], dem der Staat nicht Selbstzweck ist, sondern nur die Entfaltung und Sicherung der Lebensmöglichkeiten von Menschen zu befördern hat.³⁸²

Demzufolge zeigt sich im Begriff „Rechtsgut“ nach diesem Verständnis ein unvermeidbares Werturteil: Die Person steht im Mittelpunkt des liberalen Weltbildes. „Der wahre Zweck des Menschen [...] ist die höchste und proportionierlichste Bildung seiner Kräfte zu seinem Ganzen, das höchste Ideal

380 Siehe dazu Roxin, Strafrecht AT, § 2, Rn. 8: „Das ist ein liberaler Rechtsgutsbegriff, der seine geistesgeschichtlichen Wurzeln in der Epoche der Aufklärung (also vornehmlich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts) hat, auch wenn er sich natürlich an den Lebensbedingungen des Einzelnen in der modernen Gesellschaft orientieren muss. [...] Dass dabei die Menschenwürde, die Gleichheit und die sonstigen Grundrechte des Menschen respektiert werden müssen, ist ebenfalls ein Ergebnis aufklärerischen Denkens, wonach diese Gewährleistungen essentielle Bedingungen menschlicher Freiheit sind.“

381 Vgl. Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 31.

382 Hassemer, Rechtsgutslehre, S. 90 f.

des Zusammenexistierens menschlicher Wesen daher dasjenige, in dem jedes nur aus sich selbst und um seiner selbst willen sich entwickelte.“³⁸³ Mit diesem Werturteil deutet diese Zwecksetzung im Begriff „Rechtsgut“ das systemkritische Potenzial an, dass der unvergleichliche Wert der menschlichen Person in der Rechtsgutslehre seinen Niederschlag finden muss, sei dies in Gestalt eines Wertvorrangs personaler Rechtsgüter vor anderen oder „in Gestalt der Forderung, das Strafrecht dürfte allein solche Rechtsgüter schützen, die sich auf den Schutz der Person ausrichten lassen“³⁸⁴. Im Vergleich zur systemimmanenten Rechtsgutstheorie³⁸⁵ betonen die systemkritischen Rechtsgutslehren, dass der Begriff des Rechtsguts mit materiellem Gehalt versehen wird, um die legitimerweise strafschutzwürdigen von den nicht strafschutzwürdigen Interessen unterscheiden zu können³⁸⁶.

Demnach werden die strafschutzwürdigen Rechtsgüter nur auf das materielle Interesse des Einzelnen beschränkt. *Wohlers* zeigt, dass die Vertreter monistisch-personaler Rechtsgutslehren Universalrechtsgüter als eine eigenständige Kategorie ablehnen bzw. diese nur insoweit für legitim halten, als sie der personalen Entfaltung des Individuums dienen³⁸⁷. Mit anderen Worten betont der personale Rechtsgutsbegriff auch durch die Darstellung der kollektiven Rechtsgüter die Gewährleistung der Grundvoraussetzungen für die Ausübung personaler Freiheit.

b) Die Substanzhaltigkeit der Rechtsgüter

Die Aufgabe des individuellen Rechtsguts, Willkür und Unklarheit bei der Verbrechensschöpfung 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

383 *Stratenwerth*, Kriminalisierung, S. 258.

384 *Amelung*, Die Rechtsgutstheorie, S. 161.

385 Diese Theorie stellt eine Funktion dar, die für die Auslegung und Anwendung der *de lege lata* geltenden Strafrechtsnormen hilfreich ist. Siehe dazu *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 218 f.: „Wenn es aber [...] weder um die Systematisierung der *de lege lata* geltenden Normen noch um die Etikettierung bestimmter dogmatischer Unterscheidungen, sondern vielmehr um die Frage geht, ob der Gesetzgeber bestimmten Interessen legitimerweise strafrechtlichen Schutz gewähren darf, können von einer derart inhaltlich entleerten Rechtsgutstheorie ersichtlich keine irgendwie relevanten Aussagen erwartet werden.“

386 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 342 f.

387 Vgl. *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 221 f.

darf, was zum Rechtsgut geworden ist³⁸⁸; sie stellt zum anderen dar, dass ein Verbrechensbegriff an den natürlichen oder gesellschaftlich geschaffenen Gütern der Gesellschaftsmitglieder ausgerichtet wird³⁸⁹.

Jedoch ist hierbei unbedingt einzuräumen, dass das „Interesse“ ein relationaler Begriff ist – eine Bezogenheit, ein Verhältnis eines Subjekts zu einem Gegenstand, also nicht selbst Handlungsobjekt –, so dass es dieser Definition an jeglicher inhaltlichen Konkretetheit mangelt³⁹⁰. Beispielsweise zeigt *Roxin* die personifizierten staatlichen Rechtsgüter:

In entsprechender Weise sind auch staatliche Institutionen wie die Rechtspflege oder das Währungssystem oder andere Rechtsgüter der Allgemeinheit zwar keine körperlichen Gegenstände, aber doch lebensnotwendige Realitäten, deren Beeinträchtigung die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft und das Leben der Bürger nachhaltig schädigen kann.³⁹¹

Im Wesentlichen bedeuten diese personifiziert gedachten Rechtsgüter jedoch nur eine ideelle Fiktion³⁹². Mit der Tendenz der Vergeistigung ist die Formulierung des systemkritischen Rechtsgutsbegriffs bis heute nicht gelungen, weil dieser Begriff einen Ansatz voraussetzt, der das güterer-

388 Tatsächlich sollte diese Rolle des Rechtsguts nicht übertrieben werden. Siehe dazu *Hassemer*, Rechtsgutslehre, S. 88: „Die Bedrohung eines Rechtsguts durch ein Verhalten ist notwendige, aber nicht auch zugleich hinreichende Voraussetzung der Verhaltenskriminalisierung. Als begründendem Element der Strafwürdigkeit stehen der Rechtsgutsverletzung Prinzipien gegenüber, die in Richtung einer Begrenzung der Strafbarkeit wirken, die ich unter dem Konzept der ‚Formalisierung der Strafrechtspflege‘ zusammenfasse und unter denen insbesondere die folgenden hier erwähnenswert sind: Subsidiarität (strafrechtliche Mittel sind nur dann am Platze, wenn nichts anderes dem Konflikt gerecht werden kann); Sozialschädlichkeit (der Konflikt muß ‚uns alle‘ betreffen und nicht nur Täter und Opfer); Toleranz, Humanität, Wahrung der Menschenwürde (eine Strafdrohung gleich welcher Art darf die Fundamente unserer Rechtskultur nicht antasten). [...] Ich denke, daß das Konzept des Rechtsgüterschutzes in dieser systemischen Einkleidung und Relativierung seine Aufgabe erfüllen kann, dem Strafgesetzgeber gegebenenfalls eine Schranke aufzurichten und eine vorschnelle Anpassung des Strafrechts an kriminalpolitische Interessen zu verhindern oder doch zu erschweren [Hervorh. d. Verf.]“.

389 Vgl. *Schünemann*, Rechtsgüterschutzprinzip, S. 141.

390 Vgl. *Marx*, Rechtsgut, S. 21.

391 *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 139.

392 Siehe dazu *Amelung*, Die Rechtsgutstheorie, S. 174: „Schon Liszt schrieb 1886, das Rechtsgut sei nichts anderes als ein ‚Begriff‘ und ‚als solcher unverletzlich‘. Rund 100 Jahre später bezeichnet, wie erwähnt, *Roxin* das Rechtsgut als ‚ideelles Gut‘, das nur durch Einwirkung auf ein ‚Handlungsobjekt‘ verletzbar ist, in dem sich das ideelle Gut ‚verkörpert‘“.

zeugende Werturteil inhaltlich ausfüllt³⁹³. Zur Wahrung eines materiellen Rechtsgutsbegriffs, also zur Vermeidung einer rein geistigen Begrifflichkeit, betont *Marx*:

Die relationale Komponente der Rechtsgüter ist im übrigen schon in unserem Begriff „Gegenstand“ [...] mitausgedrückt. Denn dem Wortsinn nach bedeutet „Gegenstand“ das, was entgegensteht, besagt also wesentlich eine Beziehung auf jemand, dem der Gegenstand gegenübersteht. Seiendes heißt Gegenstand nur insofern, als es einem Subjekt erkennbar, erstrebbar ist. [...] Die Konsequenzen aus der aufgezeigten Beziehungsstruktur liegen u.E. nicht in einer Verflüchtigung der Rechtsgüter ins Abstrakt-Geistige; vielmehr finden sie ihren Niederschlag in der Stellung des Rechtsgutsbegriffs in der Verbrechenlehre – genauer: bei der Bestimmung des Verletzungsobjekts [Hervorh. d. Verf.].³⁹⁴

Das konkrete Verletzungsobjekt bzw. Handlungsobjekt wird tatsächlich als Repräsentant des Rechtsguts interpretiert³⁹⁵. Durch die Bezogenheit auf das Handlungsobjekt stellt sich dar, dass die spezifische geschützte Beziehung, nämlich die konkrete Verfügbarkeit oder Zuhandenheit der Gegenstände für ihren Inhaber, durch ein Verhalten in der Außenwelt verletzt wird, was direkt die Verletzung des entsprechenden Rechtsguts andeutet. Anders gesagt: Das Rechtsgut ist nur durch die Einwirkung auf ein Handlungsobjekt verletzbar, „in dem sich das ideelle Gut verkörpert“³⁹⁶, wie *Rudolphi* zeigt:

Denn das Rechtsgut ist gerade die soziale Funktion selbst und nicht nur etwas, dessen Dasein in der Wirklichkeit in einem „In-Funktion-Sein“ besteht. Voll bestätigt wird dies, wenn wir z. B. das Eigentum als Schutzgut näher betrachten. Schutzgut der verschiedenen Eigentumsdelikte ist nicht die konkrete Sache in ihrem jeweiligen Zustand [Hervorh. d. Verf.]. Entscheidend ist vielmehr die der Sache auf Grund ihrer Zuordnung zu dem Eigentümer in der gesellschaftlichen Realität objektiv zukommende Funktion. Als Schutzgut tritt die einzelne Sache nur insoweit in Erscheinung, als ihr auf Grund ihrer Zuordnung zu dem Eigentümer die Aufgabe zufällt, diesem die ihr innewohnenden Herrschaftsmöglichkeiten zu eröffnen. Reales Substrat des Rechtsgutes „Eigentum“ ist also ebenfalls nicht ein bestimmter Zustand, sondern ausschließlich die der

393 Vgl. ebenda, S. 160.

394 *Marx*, Rechtsgut, S. 66 f.

395 Vgl. *Hefendehl*, Das Rechtsgut, S. 121.

396 *Amelung*, Die Rechtsgutstheorie, S. 174.

Sache auf Grund ihrer rechtlichen Zuordnung zu dem Eigentümer zukommende Funktion, diesem bestimmte Herrschaftsmöglichkeiten und damit zugleich auch eine freie Entfaltung seiner Persönlichkeit durch Nutzen dieser Möglichkeiten zu eröffnen [Hervorh. d. Verf.].³⁹⁷

Demnach steht die Frage nach der notwendigen Substanzhaltigkeit des Rechtsguts bei den systemkritischen Rechtsgutslehren immer mit der unstrittig anerkannten Unterscheidung des Rechtsguts vom Handlungsobjekt in einem äußerlichen Zusammenhang. Bei einigen Straftatbeständen, wie vornehmlich den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten, sind Rechtsgut und Handlungsobjekt zwar scheinbar identisch, aber nach *Amelung* ist „der Mensch“ als solcher bzw. die Klasse aller lebenden Menschen das zu vergeistigende Rechtsgut bzw. Schutzobjekt der §§ 211 ff. StGB, während der Angriffsgegenstand bzw. das Tatobjekt nur einen konkreten Einzelnen bedeutet³⁹⁸. Im vorliegenden Zusammenhang geht es also nicht um die Unterscheidung zwischen Rechtsgut und Handlungsobjekt, sondern nur um die Frage, „inwieweit das Rechtsgut selbst, also: ‚das Etwas‘, auf dessen Schutz sich das Interesse des Gesetzgebers bezieht, substanzhaften Charakter haben muß.“³⁹⁹

Nach *Jäger* erfordert die Rechtsgüterfrage vor allem ein nüchternes Durchdenken der rationalen Strafbarkeitsgründe, eine Erwägung der wirklichen Gefahren und Schädigungsmöglichkeiten⁴⁰⁰. Diese Erwägung oder Bewertung ist nur möglich, wenn die als Rechtsgüter in Betracht gezogenen Interessen derart konkretisiert sind, dass die Auswirkungen konkreter Verhaltensweisen auf die Handlungsobjekte rational beurteilt werden können, wie *Wohlers* betont:

Daß der Schutz von Individualrechtsgütern klassischer Prägung gemeinhin als unter Legitimitätsgesichtspunkten im Grundsatz unproblematisch angesehen wird, dürfte seine wesentliche Ursache denn auch gerade darin haben, daß die Beeinträchtigung substanzhaft-gegenständlich verkörperter Interessen, wie z. B. des Interesses an der Unversehrtheit des eigenen Körpers [...], regelmäßig weitgehend unproblematisch nachvollzogen werden kann.⁴⁰¹

397 *Rudolphi*, Rechtsgutsbegriff, S. 164.

398 Vgl. *Amelung*, Die Rechtsgutstheorie, S. 167.

399 *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 223.

400 Vgl. *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, S. 17.

401 *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 224.

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 werthaften Zustand verkörpert. Abgesehen von den theoretischen Problemen der Strafbarkeit eines Tatversuchs stellt das Handlungsobjekt die Verkörperung des Rechtsgutes im konkreten Einzelfall dar. Deswegen muss das Rechtsgut selbst nach *Berz* regelmäßig mit einer Verletzung oder Gefährdung des Objektes beeinträchtigt sein⁴⁰², was bei den rein systemkritischen Rechtsgutslehren dazu führt, dass nur die Verletzungsdelikte und die konkreten Gefährdungsdelikte wegen der Beeinträchtigung eines konkret-gegenständlichen Tatobjektes anzuerkennen sind⁴⁰³. *Gkoutis* legt dar, dass die Hauptfunktion des Strafrechts im Rahmen der staatlich organisierten Gesellschaft in der Bewahrung individueller und überindividueller Rechtsgüter vor ihrer kausalen Gefährdung oder Verletzung bestehe, so dass die abstrakte Güterauffassung im Ergebnis jeder rationalen Begründbarkeit entzogen erscheine⁴⁰⁴.

Zusammenfassend ist es für das klassische Strafrecht nicht wichtig, ob der Begriff des Rechtsgutes genau definiert werden kann, wie *Rudolphi* erläutert:

Nach seiner Prägung durch Birnbaum im Jahre 1834 und einer wechselnden Beurteilung durch die Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts hat sich der Begriff des Rechtsgutes seit langem einen festen Platz in unserem strafrechtlichen Begriffsarsenal gesichert. Trotz seiner nunmehr gut 130jährigen Geschichte gehört er aber – seine häufige Verwendung vermag darüber kaum hinwegzutäuschen – zu jenen Begriffen, die trotz vielfachen Bemühens noch weitgehend ungeklärt sind und über alles andere als einen festen und eindeutigen Aussagegehalt verfügen. [...]

402 Vgl. *Berz*, Tatbestandsverwirklichung, S. 37.

403 Vgl. *Krauß*, Rechtsgut und kein Ende, S. 429; *Berz*, Tatbestandsverwirklichung, S. 41 ff.

404 Siehe dazu *Gkoutis*, Paternalismus, S. 204: „Denn wären die Rechtsgüter überhaupt als ‚abstrakte Gesinnungswerte‘ zu begreifen, dann wären sie auch logischerweise vom unmittelbaren Zugriff des Täterverhaltens effektiv abgeschirmt und würden folglich als verletzungsunanfällige Werte des strafrechtlichen Schutzes nicht bedürfen.“

Damit ist der Rechtsgutsbegriff jedes bestimmten materialen Gehalts entkleidet.⁴⁰⁵

Anders gesagt: Der Orientierungspunkt für die systemkritische Funktion des klassischen Rechtsgutsbegriffs ist das konkrete Handlungsobjekt, aus dem sich die Aufgabe ergibt, „unter fortwährender Konkretisierung dieses Leitgesichtspunktes all diejenigen durch menschliches Verhalten zu beeinträchtigenden Erscheinungen in der sozialen Wirklichkeit aufzuspüren und dem Rechtsgutsbegriff einzufügen.“⁴⁰⁶

2. Rechtsgüterschutz im modernen Strafrecht

a) *Der geschichtliche Begriff überpersonalen Rechtsgüter mit der Tendenz der Vergeistigung*

Radbruch erkennt als mögliche letzte, oberste Menschheitswerte im ganzen Bereich der Erfahrungswelt nur drei Arten von Gegenständen, nämlich menschliche Einzelpersonlichkeiten, menschliche Gesamtpersonlichkeiten und menschliche Werke⁴⁰⁷. Demnach unterscheidet er zwischen individualistischem, überindividualistischem und transpersonalistischem Wertsystem⁴⁰⁸. Die letzten zwei Systeme fördern die Entstehung des spezifischen Schutzes von Gesellschaft und Staat. Der strafrechtliche „Staatsschutz“ wurde begrifflich *prima facie* früher als das klassische „Rechtsgut“ selbst ausgemacht⁴⁰⁹. Seit dem 13. Jahrhundert ist ein immer stärker werdender Einfluss des römischen Staatsschutzrechts auf das deutsche Recht unverkennbar; nach dem *Edictum de crimine laesae maiestatis* Heinrichs VII. von 1312 be ruht das Staatsverbrechen nach wie vor auf einem Bruch des Treuebandes; bemerkenswerterweise taucht im preußischen Landrecht von 1721 erstmals

405 *Rudolphi*, Rechtsgutsbegriff, S. 151 ff.

406 *Ebenda*, S. 161.

407 Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 146 ff.

408 Vgl. *Marx*, Rechtsgut, S. 26 ff.

409 Siehe dazu *Schroeder*, Der Schutz von Staat, S. 11: „Infolge der Überlagerung der Landes- durch die Lehnsherrschaft, die erstmals im Prozeß gegen HEINRICH DEN LÖWEN im Jahre 1180 zum Ausdruck gekommen war, kennen die Rechtsbücher und andere Rechtsquellen des 13. Jahrhunderts kein spezifisches Delikt gegen den Landesherren mehr, sondern lassen es in umfassenden, jeden Herren schützenden Treubruchstatbeständen aufgehen (Sachsenspiegel, Schwabenspiegel, die Bayerischen Landfrieden von 1244, 1256 und 1281).“

der Begriff „Staat“ als Schutzobjekt auf, und zwar in Verbindung mit der „Sicherheit“⁴¹⁰.

Nach *Schroeder* wurde die Konzeption des modernen Staatsschutzrechts an der Wende zum 19. Jahrhundert geprägt: „Ein charakteristischer Wandel ist allerdings die Verlagerung des Staatsschutzes von dem sich im Vereinigungsvertrag zusammenschließenden Volk bei KLEINSCHROD, FEUERBACH und GROLMAN auf den personifizierten Staat.“⁴¹¹ Bemerkenswerterweise wurden im gleichen Zeitraum auch der Begriff des öffentlichen Verbrechens gegen die Grundlage der menschlichen Gesellschaft⁴¹² und die vom Staatsschutz unabhängigen kollektiven Rechtsgüter⁴¹³ bzw. Gemeinschaftsrechtsgüter⁴¹⁴, z. B. der gesellschaftliche Frieden, theoretisch ausgemacht⁴¹⁵.

410 Vgl. ebenda, S. 19–33.

411 Ebenda, S. 63.

412 Vgl. *Schirach*, Politische Verbrechen, S. 62–83.

413 Siehe dazu *Anastasopoulou*, Kollektive Rechtsgüter, S. 28: „Die Rechtsgüter, die keinen individuellen Träger haben und den Interessen beliebig vieler Personen, also der Allgemeinheit, dienen, werden als Universalrechtsgüter bezeichnet [...]. Diese Güter können nur von einer Vielzahl von Individuen verwirklicht werden; sie bekommen erst in der Gemeinschaft einen Sinn [Hervorh. d. Verf.]“

414 Siehe dazu *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 139: „Neben den nunmehr systematisierten kollektiven Rechtsgütern existieren noch zwischen individuellen und kollektiven Rechtsgütern anzusiedelnde Sonderkonstellationen, etwa in Gestalt der sog. Volksgesundheit beim Betäubungsmittelstrafrecht, der sog. Sicherheit des Verkehrs bei den Straßenverkehrsdelikten oder der öffentlichen Sicherheit im Waffenrecht. Nur scheinbar handelt es sich bei ihnen um Kollektivrechtsgüter traditioneller Prägung [Hervorh. d. Verf.]“

415 Siehe dazu *Schroeder*, Der Schutz von Staat, S. 58 f.: „Besonders in den Jahren 1848–1851 erhoben sich liberale und nationalistische Forderungen auf dem Gebiet der Staatsverbrechen. [...] Allerdings findet sich auch bereits eine hochinteressante Gegenwehr gegen eine neue politische Kraft, die Monarchie und Liberalismus in gleicher Weise bedroht. Drei Jahre nach der ersten Veröffentlichung des ‚Kommunistischen Manifests‘ in England ist v. SCHIRACH wohl der erste, der sich mit dieser neuartigen Gefahr für die politische Ordnung näher auseinandersetzt und dabei prompt in den Konflikt zwischen liberalistischer Zurückdrängung des Strafschutzes einerseits, bestmöglichem Schutz der liberalen Ordnung andererseits gerät: ‚Außerdem ist aber in Betracht zu ziehen, daß die ganze sociale Ordnung durch die subversiven Tendenzen einer über Europa verbreiteten Parthei gegen die Grundlage der menschlichen Gesellschaft, Besitz, Eigenthum, Ehe, Familie, aufs ernstlichste bedroht wird. Wenn solchemnach einerseits die Sphäre der öffentlichen Verbrechen beschränkt werden muß, um dem Begriffe des Rechtsstaats zu entsprechen, so bedarf sie dagegen andererseits einer Erweiterung‘. v. SCHIRACH löst das Problem auf eine sehr bemerkenswerte Weise, indem er eine besondere Gruppe der Verbrechen gegen die Grundlage der menschlichen Gesellschaft, die Möglichkeit der Coexistenz (sic!) vernünftiger Wesen im Raume‘ (auch ‚Bruch des gesellschaftlichen Friedens‘

Im Vergleich dazu ergibt sich für den traditionellen Rechtsstaat aus der Aufgabe, die zu personaler Selbstverwirklichung notwendige Freiheit zu sichern, die konkrete Pflicht, die Freiheit einer jeden Person so zu begrenzen, dass sie nicht die Freiheit anderer Personen unerträglich einschränkt oder gar vernichtet, wie *Hefendehl* aufzeigt:

Das Verfassungsmodell, an welches das Grundgesetz anknüpft, ist letztlich das des 19. Jahrhunderts. In der damaligen konstitutionellen Monarchie kam der Verfassung die Aufgabe zu, die prinzipiell allumfassende monarchische Staatsgewalt zu beschränken und dem Bürger wie der Gesellschaft im ganzen auf diese Weise selbstverantwortliche Freiheit zu gewährleisten [Hervorh. d. Verf.]. Dementsprechend waren auch die Grundrechte Abwehrrechte gegen die monarchische Staatsgewalt, über die eine der staatlichen Einwirkung entzogene Sphäre definiert wurde. Das Bundesverfassungsgericht hat diese ursprüngliche Funktion auch heute noch für maßgeblich erklärt. Im demokratischen Lenkungs-, Leistungs- und Vorsorgestaat der Gegenwart ist die staatliche Gewalt nicht mehr von Hause aus unumschränkt, sondern demokratisch legitimiert. [...] In der heutigen Staats- und Gesellschaftsverfassung wird das Leben des Bürgers demzufolge nicht allein durch seine individuelle Freiheits-sphäre, sondern vielmehr durch das Funktionieren der gesellschaftlichen und staatlichen Versorgungssysteme definiert [Hervorh. d. Verf.].⁴¹⁶

Das Recht schränkt also die Freiheit eines Einzelnen nicht im Interesse einer überpersonalen Gemeinschaft, gar des Staates selbst⁴¹⁷, ein, sondern eben in Konsequenz seiner Aufgabe, den Freiheitsraum aller Personen zu schützen und zu garantieren, was zusammenfassend bedeutet, dass der Zweck des Rechtes der einzelne Mensch selbst ist und die entsprechende Aufgabe des Rechtes ihm zu dienen ist⁴¹⁸. Deswegen hat sich die klassische abendländische Beziehung zwischen dem Einzelnen, dem Staat und der öffentlichen Gemeinschaft seit der Prägung des Begriffs der kollektiven Rechtsgüter im 19. Jahrhundert mit der gesellschaftlichen Entwicklung allmählich herausgebildet, wie *Marx* betont:

– ‚Weltfriedensbruch‘) bildet und als das schwerste öffentliche Verbrechen von den ‚nationalen‘ und den politischen Verbrechen abtrennt [Hervorh. d. Verf.]“

416 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 76 f.; vgl. BVerfGE 7, 198 (204 f.); 50, 290 (337).

417 Vgl. *Leisner*, Personalismus, S. 76 f.

418 Vgl. *Marx*, Rechtsgut, S. 54.

Ist doch die Gesellschaft ihrerseits nicht ein monolithisches Gebilde unpersönlicher [sic] Art, sondern die Gesellschaft der anderen Personen, die Summe anderer personaler Individuen [Hervorh. d. Verf.], deren jedes in keiner anderen Beziehung zum Staate steht als eben der der einzelnen Person. Es stehen sich gegenüber also nicht eine einzelne Person und Gemeinschaft, vertreten durch den Staat, sondern der Staat als Organisationsform der Gesellschaft und die Vielzahl der Personen, die die Gesellschaft bilden.⁴¹⁹

Bemerkenswerterweise bestehen heute wegen industrieller und technologischer Fortschritte sowie der rasanten Entwicklung der Wissenschaft mehr qualitativ und quantitativ neuartige Großrisiken als früher. „Durch die Technisierung und vielfache Komplizierung der Lebensverhältnisse bedarf der moderne Mensch in einer viel umfassenderen Weise der staatlichen Hilfe, als das vor noch wenigen Generationen der Fall war.“⁴²⁰ Vor diesem gesellschaftlichen Hintergrund versucht man, strafrechtliche Normen in ein instrumentelles Konzept präventiver staatlicher Lenkung und Steuerung gesellschaftlicher Prozesse zu integrieren, was logischerweise bedeutet, dass sich das Subsidiaritätsprinzip des klassischen Strafrechtes inhaltlich verändert, d. h., der Staat verfügt außer den Aufgaben der negativen Sicherung und Unterstützung der Freiheit des Individuums noch über die positive Aufgabe, materiell soziale Gerechtigkeit, wie z. B. Resozialisierung und soziale Wiedergutmachung, zu fördern⁴²¹, wie *Wohlers* zeigt:

Als Folge des technischen, ökonomischen und sozialen Wandels sei dieser Staatsentwurf um eine sozialstaatliche Komponente ergänzt und das statisch auf die Sicherung des Freiheitsanspruches des Einzelnen ausgerichtete Formalrecht durch ein dem intervenierenden Sozialstaat adäquates, an materialen Ordnungs- und Gestaltungszielen orientiertes regulatorisches Recht abgelöst worden. Entsprechend dem Wandel von einem repressiv-limitierenden zu einem präventiv-gestaltenden Steue-

419 Ebenda, S. 54.

420 *Kaufmann*, Subsidiaritätsprinzip, S. 94.

421 Siehe dazu ebenda, S. 98: „Hier ist der Staat (die größere Gliedgemeinschaft) aber nicht bloß ein Ersatz oder ein Lückenbüßer, so wenig etwa Eltern nur Lückenbüßer sind, wenn sie den Kindern Hilfe gewähren, wo diese eine Obliegenheit noch nicht allein meistern können. Vielmehr handelt es sich bei diesem subsiduum [sic] um eine im Wesen der menschlichen Personalität begründete und von ihr geforderte Ergänzung und Vervollständigung [Hervorh. d. Verf.]“

rungsmodell sei es zu einer Umorientierung auch im Hinblick auf die Funktion des Strafrechts gekommen [Hervorh. d. Verf.].⁴²²

Demnach verstärkt sich die präventive Orientierung des Strafgesetzgebers, was zu dem Paradigmenwechsel führt, dass das Strafrecht nicht mehr *ultima ratio*, sondern in zunehmendem Maße *prima ratio* des Gesetzgebers ist, um überhaupt zukünftige Unsicherheiten oder Bedrohungen zu vermeiden, so dass alle Interessen, entweder materielle oder ideelle, vom Strafgesetzgeber als „Rechtsgüter“, nämlich Individual- und Universalrechtsgüter⁴²³, bezeichnet bzw. dazu erhoben werden können. Die Tendenzen in der modernen Strafgesetzgebung bestätigen dies:

Vorstellbar erschiene, daß Strafrecht derzeit über seinen „Kernbereich“ hinaus überall dort bemüht wird, wo entweder folgenreiche Erosionen oder Funktionsverluste der Sozial- und Individualmoral angenommen werden oder neue, unbekannte wissenschaftlich-technische Phänomene Sicherheits- und Sicherungsbedürfnisse provozieren. Als gemeinsames und zugleich tragendes Element der Pönalisierung erschiene in diesen Fällen dann das mangelnde Vertrauen in die Möglichkeiten anderer rechtlicher oder staatlicher Steuerungsinstrumente oder in die vernünftige Selbststeuerung des gesellschaftlichen Prozesses.⁴²⁴

Diese Gesichtspunkte bezüglich des modernen Strafrechts spielen weiter im Erwägungs- und Überlegungsraum des Strafgesetzgebers eine Rolle, so dass er nicht mehr nur auf der Basis des objekthaften, überpositiven, vorstrafgesetzlichen Werturteils erklären möchte, was zum Rechtsgut geworden ist⁴²⁵, sondern durch seine eigene Positivierung direkt die strafrechtlichen

422 Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 42.

423 Siehe dazu Anastasopoulou, Kollektive Rechtsgüter, S. 58: „Bei den Universalrechtsgütern geht es darum, den Schutz bestimmter staatlicher oder gesellschaftlicher Institutionen bzw. bestimmter Funktions- oder Interaktionszusammenhänge zu gewährleisten [Hervorh. d. Verf.]. Kollektive Rechtsgüter sind keine vorfindlichen Güter, sondern normative Konstrukte, Ergebnisse einer gesellschaftlichen Konsensfindung, hochkomplexe Regelwerke geistig-realer Natur.“

424 Müller-Dietz, Funktionen des Strafrechts, S. 96 f.

425 Siehe dazu Schünemann, Rechtsgüterschutzprinzip, S. 141: „Es kann durch vernunftrechtliche Erwägungen, sei es direkt aus der oder in einer (historisierend gelockerten) Anlehnung an die Denkfigur des Gesellschaftsvertrages, ein Verbrechensbegriff entwickelt werden, der nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht und durch den gesellschaftlichen Schaden definiert wird, der an den natürlichen oder gesellschaftlich geschaffenen Gütern der Gesellschaftsmitglieder angerichtet wird [Hervorh. d. Verf.].“

Normen und die neuen Rechtsgüter schaffen will⁴²⁶, die sich überhaupt auf die kollektiven Schutzgüter beziehen. Nach *Rudolphi* sind diese Rechtsgüter bezüglich der überpersonalen bzw. gesellschaftlichen Interessen allein schutzwürdig, weil und soweit die ihnen obliegende Funktion ein integrierender Bestandteil unserer staatlichen Gesellschaft und damit zugleich auch eine unabdingbare Voraussetzung für das gedeihliche Zusammenleben freier Individuen in unserer staatlichen Gesellschaft ist⁴²⁷. Anders formuliert: „Der Rechtsgutsbegriff einer personalen Rechtsgutslehre kann daher der Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff und der damit verbundenen Expansion des Strafrechts in den Bereich der Vorfeldkriminalität keinen Einhalt gebieten.“⁴²⁸

Der oben genannte Paradigmenwechsel der strafrechtlichen Funktion führt hinsichtlich dieser Entmaterialisierungstendenz zum allmählichen Wandel von den klassischen systemkritischen Rechtsgutslehren zur systemimmanenten Rechtsgutstheorie⁴²⁹, die dem Rechtsgutsbegriff lediglich die Funktion eines einfachen Mittels zur teleologischen Auslegung und Systematisierung der geltenden Strafrechtsordnung zuweist⁴³⁰, was bedeutet, dass der Rechtsgutsbegriff hier über keine kritische Potenz mehr verfügt und damit dem Strafgesetzgeber als Maßstab zur Prüfung und Abgrenzung seiner Entscheidungen nicht entgegenzuhalten ist, wie *Gkoutis* hervorhebt:

Danach gilt als „Rechtsgut“ alles, was der Gesetzgeber selbst durch seine Entscheidung zum Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes erhebt [Hervorh. d. Verf.]. Diese dogmatische Größe stellt unter diesem Blickpunkt nichts anderes als ein einfaches „Produkt“ des legislatorischen

426 Vgl. *Liu*, Principle of Reliance, S. 30 f.

427 Vgl. *Rudolphi*, Rechtsgutsbegriff, S. 163.

428 *Krüger*, Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, S. 80 f.

429 Siehe dazu *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 36: „Daß der Gesetzgeber strafrechtliche Normen tatsächlich als ein Instrument staatlicher Sozialkontrolle versteht, durch dessen Einsatz gesellschaftliche Entwicklungen gesteuert und Fehlentwicklungen korrigiert werden sollen [...]. Eine weitere Bestätigung ergibt sich aus einem kurzen Blick in die Entwurfsbegründungen der in den letzten Jahrzehnten erlassenen Gesetze zur Reform des Wirtschafts-, Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrechts [Hervorh. d. Verf.] [...]. Ziel der Reform war sowohl ‚ein wirksamer Strafrechtsschutz als auch eine Verbesserung vorbeugender Maßnahmen.‘“

430 Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT, § 2, Rn. 4.

Willens dar und bildet mithin bloß die „zusammenfassende Denkform“ für den „Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze“.⁴³¹

Aber es ist gleichzeitig unbedingt einzuräumen, dass es dem Gesetzgeber an notwendigen Erfahrungen, wissenschaftlichen Kenntnissen und praktischen Kompetenzen bei den Regelungen zum Umgang mit neuartigen Großrisiken vornehmlich in den Bereichen Neo-Ökonomie, Umwelt, Epidemieprävention und -kontrolle, Datenverarbeitung und -schutz sowie Gentechnik mangelt:

Wo die Konturen einer anderen Gesellschaft nicht mehr aus den Debatten des Parlamentes oder den Entscheidungen der Exekutive, sondern aus der Umsetzung von Mikroelektronik, Reaktortechnologie und Humangenetik erwartet werden, zerbrechen die Konstruktionen, die den Modernisierungsprozeß bislang politisch neutralisiert haben. Gleichzeitig bleibt technisch-ökonomisches Handeln von seiner Verfassung her auch gegen parlamentarische Legitimationsforderungen abgeschirmt.⁴³²

Darüber hinaus ist es dem Gesetzgeber in der wertpluralistischen oder gar multikulturellen Gesellschaft nicht möglich, eine konsensfähige und verbindliche Rechtsgutslehre auf außergesetzliche Wertungen zu stützen, weil es in einer solchen Gesellschaft weder einen hinreichend abgrenzbaren Bestand noch eine hinreichend bestimmbare Rangordnung allgemein anerkannter Werte gibt⁴³³. Mit anderen Worten deutet diese Unbestimmtheit genereller Wertungskriterien in der modernen pluralistischen Gesellschaft die Gefahr bei der Gesetzgebung an, dass der Täter unter Verletzung seiner durch Art. 1 I GG geschützten Menschenwürde mit der Bestrafung zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung degradiert werden kann⁴³⁴.

431 Gkoutis, Paternalismus, S. 198 f.

432 Beck, Risikogesellschaft, S. 304.

433 Siehe dazu *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 311: „Verschiedene Werte konkurrieren um Vorrang; soweit sie innerhalb einer Kultur oder Lebensform intersubjektive Anerkennung finden, bilden sie flexible und spannungsreiche Konfigurationen [Hervorh. d. Verf.]. Normen und Werte unterscheiden sich also erstens durch ihre Bezüge zu obligatorischem bzw. teleologischem Handeln; zweitens durch die binäre bzw. graduelle Kodierung ihres Geltungsanspruchs; drittens durch ihre absolute bzw. relative Verbindlichkeit und viertens durch die Kriterien, denen der Zusammenhang von Norm- bzw. Wertsystemen genügen muß. Weil sich Normen und Werte in diesen logischen Eigenschaften unterscheiden, ergeben sich folgenreiche Differenzen auch für ihre Anwendung [Hervorh. d. Verf.]“

434 Vgl. *Berz*, Tatbestandsverwirklichung, S. 36.

Gegen diese Nachteile bei der Strafgesetzgebung in der modernen Risikogesellschaft schlägt *Amelung* eine Lösung vor:

Das demokratische Gesetzgebungsverfahren ist ja nicht zuletzt deswegen notwendig geworden, weil Konsens über Werte, der zur Legitimation staatlicher Eingriffe ausreicht, unter den Bedingungen des Wertpluralismus nicht mehr zu finden ist und deshalb auf prozeduralem Weg hergestellt werden muss [Hervorh. d. Verf.]. Zur Herstellung rechtlicher Verbindlichkeit genügt dabei auch nicht der unendliche Diskurs („Verständigung“) der Frankfurter Schule(n), sondern nur ein Prozess, der diesen Diskurs zu einem (vorläufigen) Abschluss bringt, indem er entscheidet, was bis auf weiteres als legitim zu gelten hat [Hervorh. d. Verf.].⁴³⁵

Obwohl der Begriff des Rechtsguts mit entsprechenden gesetzgeberischen Werturteilen also nicht dauerhaft eindeutig festgestellt werden kann, lässt *Amelung* nicht zuletzt die Frage unbeantwortet, wie sich die Bereiche des modernen Strafrechts nicht mittels des vorverlagerten Schutzes von Individualrechtsgütern, sondern nur mit vorläufigen Vereinbarungen bzw. Entscheidungen des Gesetzgebers erklären und legitimieren lassen⁴³⁶. Ein Rechtsbegriff, vornehmlich das Rechtsgut bezüglich systemimmanenter Rechtsguttheorie im modernen Strafrecht, sollte sich durch unendliche Konkretisierung bei der Rechtsanwendung in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft erklären, wobei die Selbstähnlichkeit⁴³⁷ des Begriffs zu wahren ist, wie *Philipps* erläutert:

Wenn sich die Grenze bis ins Unendliche hinein verlängert, kann der abgegrenzte Bereich endlich bleiben, seine Vergrößerung sogar überraschend gering ausfallen. [...] [W]as der Rechtsanwendung die allein mögliche und notwendige Sicherheit gibt, ist das Prinzip der Analogie, und zwar [...] auch der Analogie zu sich selber [Hervorh. d. Verf.]. [...] Mag ein Rechtsbegriff auch nicht grenzenlos sein, so kann es doch nicht gut sein, wenn die Grenze unter dem zerrenden Zugriff von Rechtspre-

435 *Amelung*, Die Rechtsguttheorie, S. 163.

436 Siehe dazu *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 97: „Da die einzelfallbezogene Konkretisierung der genannten kriminalpolitischen Maximen einen Wertungsakt voraussetze, der keine mit mathematischer Sicherheit begründbaren Ableitungen ermögli-che, verbleibe dem Gesetzgeber bei der Definition kriminellen Handelns allerdings notwendigerweise ein erheblicher Entscheidungsspielraum [Hervorh. d. Verf.], der sich nicht nur auf das ‚Ob‘, sondern auch auf das ‚Wie‘ der Kriminalisierung erstrecke.“

437 Vgl. *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 172 f.

chung und Rechtswissenschaft ihre übersichtlichen Konturen verliert. [...] Das sollte vermieden werden, und vermeiden lässt es sich dadurch, dass man bei den Fortbildungen eines Rechtsinstituts darauf achtet, dass es selbstähnlich ist, und das heißt: sich selber treu bleibt [Hervorh. d. Verf.].⁴³⁸

Bei dieser Konkretisierung ist hinter der Selbstähnlichkeit eines Rechtsbegriffs ein vergleichbares Kontrollkriterium für den Gesetzgeber zu finden, nämlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip, wie *Wohlers* betont:

Die unter Hinweis auf deren angebliche „Ineffektivität“ erhobene Forderung nach Abschaffung strafrechtlicher Normen kann nach alledem nicht auf den subsidiären Charakter des Strafrechts gegründet werden, sondern müsste auf das dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz immanente Verbot ungeeigneter oder unangemessener Zwangsausübung durch die öffentliche Gewalt gestützt werden. Daß die Möglichkeit, mit strafrechtlichen Normen präventive Wirkungen zu erzielen, derzeit nicht ohne weiteres verneint werden kann und die insoweit bestehenden Bedenken im übrigen kein spezielles Problem des sog. „modernen“ Strafrechts darstellt, ist bereits dargelegt worden [Hervorh. d. Verf.]. Die Problematik des unangemessenen Eingriffs kann nur im Hinblick auf konkrete Straftatbestände und nur unter Heranziehung normativer Maßstäbe beurteilt werden [Hervorh. d. Verf.]. Daß sich insoweit im Hinblick auf einige der dem „modernen“ Strafrecht zugerechneten Straftatbestände besondere oder neuartige Probleme ergeben können, ändert nichts daran, daß die Legitimität dieser Straftatbestände aus sich selbst heraus begründet werden muß.⁴³⁹

Anders formuliert: Hinsichtlich der Theorie des modernen Strafrechts ist der Strafgesetzgeber bei seinem eigenen Abwägungsprozess mit der Möglichkeit konfrontiert, die traditionellen Grenzen des außergesetzlichen Grundkonsenses der jeweiligen Gesellschaft zu überschreiten, so dass die theoretische Kontrolle nicht mehr auf dem systemkritischen Rechtsgutprinzip⁴⁴⁰, sondern nur auf der gesetzgeberischen Vereinbarkeit mit der

438 *Philipps*, Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen, S. 107 f.

439 *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 77 f.

440 Vgl. *Wohlers*, Strafrecht als ultima ratio, S. 55 ff.

Verfassung, insbesondere mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, beruhen kann⁴⁴¹.

b) *Der Strafgrund der abstrakten Gefährdungsdelikte bezüglich kollektiver Rechtsgüter*

In der strafrechtsdogmatischen Diskussion wird die Unterscheidung verschiedener Deliktstypen gemeinhin als eine systematisierende Funktion bei der Normenfeststellung thematisiert. Während der Tatbestand bei Verletzungsdelikten Verhaltensweisen erfasst, die eine direkte materielle Beeinträchtigung des geschützten Interesses zur Folge haben, werden durch Gefährdungsdelikte Verhaltensweisen erfasst, die nicht zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung eines geschützten Rechtsguts führen, sondern einen Zustand begründen, aus dem sich eine substanzielle Beeinträchtigung entwickeln könnte, jedoch nicht notwendigerweise verwirklichen muss⁴⁴². Innerhalb der Gefährdungsdelikte werden dann wiederum zwei Tatbestandskategorien unterschieden, nämlich konkrete und abstrakte Gefährdungsdelikte.

Für die konkreten Gefährdungstatbestände sind konstitutive Elemente die Vornahme einer riskanten Handlung und der Eintritt eines Gefährdungseffektes am Schutzobjekt der Norm. Wie *Anastasopoulou* zeigt, dient ein konkretes Gefährdungsdelikt zwar ebenfalls dem Rechtsgüterschutz, bevor eine Verletzung tatsächlich eintritt, aber es ist infolge des tatbestandlichen Erfordernisses einer Gefahrherbeiführung – ähnlich wie die Verletzungsdelikte – mit einer Zufallskomponente belastet⁴⁴³: Das Ausbleiben der Verletzung beruht letztlich auf einem Zufall. Deswegen wird man die konkreten Gefährdungsdelikte ebenso zu den Erfolgsdelikten zählen müssen wie die Verletzungstatbestände⁴⁴⁴. Also ergibt sich logischerweise, dass der Anwendungsbereich konkreter Gefährdungsdelikte praktisch gesehen auf den Schutz von Individualrechtsgütern klassischer Prägung beschränkt bleibt⁴⁴⁵.

441 Siehe dazu *Amelung*, Die Rechtsgutstheorie, S. 158: „Wie auch in der rechtspolitischen Diskussion [...] geschieht das in ‚geltungsfreier‘ Verwendung, das heißt so, dass der Einfachheit halber auch das schon als ‚Rechtsgut‘ bezeichnet wird, was noch nicht Rechtsgut ist, sondern erst vom Gesetzgeber dazu erhoben werden soll.“

442 Vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT, S. 226, Rn. 78.

443 Vgl. *Anastasopoulou*, Kollektive Rechtsgüter, S. 64 f.

444 Vgl. *Berz*, Tatbestandsverwirklichung, S. 55 f.

445 Vgl. *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 285.

Im Vergleich dazu ist die Gefährlichkeit der pönalisierten Verhaltensweise beim abstrakten Gefährdungsdelikt kein Tatbestandsmerkmal, sondern nur Grund bzw. Motiv für die Existenz der Strafnorm, wie *Anastasopoulou* hervorhebt:

Als materieller Grund für die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch abstrakte Gefährdungstatbestände wird der Verlust der Beherrschungsmöglichkeit über ein Risikopotential durch den Täter ausgemacht. Der Gesetzgeber begnügt sich mit der typischen Gefährlichkeit der Handlung in den Fällen, in denen bei feststehendem objektivem Gefährdungspotential einer Handlung die Vielfalt möglicher Geschehensabläufe derart groß ist, daß sie in ihrem Zusammenwirken im einzelnen schwer vorherzusehen sind [Hervorh. d. Verf.]. Der einzelne habe durch die unabsehbaren Kausalverflechtungen keine Möglichkeit, das von ihm gesetzte Risiko zu beherrschen.⁴⁴⁶

Mit anderen Worten wird ein Erfolg der Handlung bei den abstrakten Gefährdungsdelikten lediglich vom Gesetzgeber präsumiert⁴⁴⁷, da sie nach ihrem Wortlaut die substanzielle Beeinträchtigung eines bestimmten Gegenstandes nicht voraussetzen⁴⁴⁸, wie *Hassemer* darlegt:

Wirtschaft, Umwelt, Drogenmißbrauch und Datenverarbeitung sind die Felder, auf denen der moderne Strafgesetzgeber regulierend tätig wird. Passendes Instrument der Deliktikonstitution ist das abstrakte Gefährdungsdelikt. Dies bedeutet zuerst einmal eine Verarmung der Strafbarkeitsvoraussetzungen: Statt auf ein sichtbares Opfer, statt einen Schaden und die Kausalität der Handlung für diesen Schaden kommt es nur noch auf den Nachweis eines gefährlichen Verhaltens an. Vom Rechtsgut her gesehen, bedeutet dies eine Verflüssigung des Konzepts [Hervorh. d. Verf.]: Nicht mehr der Schutz konkreter menschlicher Interessen,

446 *Anastasopoulou*, Kollektive Rechtsgüter, S. 64.

447 Siehe dazu *Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte, S. 108 f.: „Abstrakte Gefährdungsdelikte sind solche Delikte, die keine Verletzungs- oder konkreten Gefährnungsdelikte im materiellen Sinne sind, d. h. solche, bei denen die Verletzung oder konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts = Rechtsgutsobjekts kein (objektives) Tatbestandsmerkmal ist [Hervorh. d. Verf.], bei denen es also zur Erfüllung des (objektiven) Tatbestandes auf eine Verletzung oder konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts = Rechtsgutsobjekts nicht ankommt. Abstrakte Gefährnungsdelikte können aber durchaus Erfolgsdelikte, sogar Verletzungs- oder konkreten Gefährnungsdelikte im formellen Sinne sein [Hervorh. d. Verf.].“

448 Vgl. *Saliger*, ZIS 2022, S. 279.

sondern der Schutz von gesellschaftlichen Institutionen oder „werthaften Funktionseinheiten“ ist das Panier: das Funktionieren des Subventions-, des Datenverarbeitungs- oder des Kreditwesens; die Umwelt als Ganzes; die Volksgesundheit.⁴⁴⁹

Demnach beruht die Strafschutzwürdigkeit bzw. Strafbarkeit bei abstrakten Gefährdungsdelikten auf den überpersonalen bzw. kollektiven Rechtsgütern im Rahmen des modernen Strafrechts, d. h., das Feld der kollektiven Rechtsgüter bezieht sich nur auf die Deliktsform des abstrakten Gefährdungsdelikts⁴⁵⁰. So ist ein solches Schutzobjekt von ungreifbarer Abstraktheit nach *Roxin* in klassischen systemkritischen Rechtsgutslehren nicht als Rechtsgut anzuerkennen, „denn die geforderte ‚Eignung‘ setzt ein empirisch nicht hinreichend fundiertes Werturteil voraus.“⁴⁵¹ D. h., die mit der Statuierung abstrakter Gefährdungsdelikte verbundene Ausweitung bzw. Vorverlagerung des Strafbarkeitsbereiches von Individualrechtsgütern zu kollektiven Rechtsgütern deutet an, dass der Rechtsanwender die Tatbestandserfüllung ohne eigenes Urteil über die konkrete oder substantielle Gefährlichkeit der Handlung feststellen kann⁴⁵². Anders gesagt: Der direkte Grund für die Existenz abstrakter Gefährdungsdelikte liegt zum einen darin, dass sie durch Aufstellung einer Verhaltensnorm präventiv auf die Verhinderung eines zukünftigen potenziellen Schadens hinwirken⁴⁵³; zum

449 *Hassemer*, Rechtsgutslehre, S. 89.

450 Vgl. *Hefendehl*, Das Rechtsgut, S. 130 f. Siehe dazu auch *Hörnle*, Schutz von Gefühlen, S. 272: „Zwar wird mit einem derartigen abstrakten Gefährdungsdelikat der Bereich der Strafbarkeit weit nach vorne verlagert, da für den Eintritt einer Verletzung oder einer konkreten Gefahr für konkrete Opfer ein Zwischenschritt erforderlich ist: Die vom Hetzer angesprochenen Personen müssen aufgrund einer eigenverantwortlichen Entscheidung zu Straftaten schreiten. Die Zurechnung dieser Gefahren ist jedoch möglich, da wie bei allen expliziten Aufforderungen sich der Auffordernde nicht darauf zurück ziehen kann, auf rechtmäßiges Verhalten der von ihm Angesprochenen vertraut zu haben. [...] Nur wenn man über den Topos ‚abstrakte Gefährdung‘ den Bezug zu Individualrechtsgütern herstellt, werden die Legitimations-, insbesondere die Zurechnungsprobleme solcher Tatbestände deutlich.“

451 *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 143.

452 Vgl. *Kuhlen*, Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen, S. 149.

453 Siehe dazu *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 284: „Damit sind die möglichen Beziehungen zwischen den hier in Betracht kommenden Deliktarten einerseits und dem angegriffenen Rechtsgut andererseits hergestellt: Verletzung bedeutet den Eintritt eines Schadens, konkrete Gefährdung die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung und abstrakte Gefährdung die Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefährdung [Hervorh. d. Verf.]“

anderen zeigt *Hefendehl* ausdrücklich soziologisch die Notwendigkeit der Einsetzung abstrakter Gefährungsdelikte bezüglich kollektiver Rechtsgüter:

Vor dem Hintergrund eines hochgradig differenzierten, komplexen Gesellschaftssystems ist sogar der Rechtsgutsbegriff als solcher als überfordert angesehen worden. Er müsse notwendig seine Konturen verlieren, wenn durch ihn die komplexe Gestalt moderner Gesellschaften vermittelt werden solle: In ihren komplizierten Zusammenhängen ließen sich moderne Gesellschaften nicht lediglich als Bestand verfestigter Güter beschreiben [Hervorh. d. Verf.]. Die Entmaterialisierungstendenzen im Rechtsgutsbegriff seien damit Ausdruck theorieimmanenter Auflösungserscheinungen in der Rechtsgutslehre; sie seien Zeichen der strukturell bedingten Unmöglichkeit, die Gestalt der Gesellschaft in einer Gütersemantik umfassend abzubilden.⁴⁵⁴

Trotz dieser Notwendigkeit der Einsetzung der abstrakten Gefährungsdelikte besteht noch das Problem, wie die Gewährleistung der strafrechtsfreien Freiheitssphäre bzw. Menschenwürde des Individuums bei der Erweiterung bzw. Vorverlagerung des Strafbarkeitsbereiches durchzuführen ist. Wie bereits dargestellt, lassen sich die strafbarkeitslimitierenden Faktoren hierfür bei der Konkretisierung der allgemein anerkannten abstrakten Rechtsgüter lediglich im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne) ermitteln⁴⁵⁵.

II. Postmortale Menschenwürde als strafrechtliches Rechtsgut?

1. Was bedeutet die rechtsbegriffliche Menschenwürde innerhalb des Rahmens der normativen Grundstruktur der pluralistischen Gesellschaft?

Die Unantastbarkeit der Menschenwürde besteht nach Art. 1 I GG in einer rechtlichen Konstanz der grundlegenden Beziehung, durch die jeder einzelne Mensch durch die Tatsache seiner Existenz mit der Gesellschaft verbunden ist, welche ihm die menschliche Existenz überhaupt erst ermöglicht. Diese Konstanz besteht in der Unverzichtbarkeit, Unverwirkbarkeit und

454 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 79.

455 Vgl. ebenda, S. 177 f.; 293.

Uneinschränkbarkeit des Rechts jedes Menschen auf Wahrung seiner Menschenwürde⁴⁵⁶.

Obwohl sich der grundgesetzliche Begriff der Menschenwürde wörtlich auf eine rein formale, inhaltlich uninterpretierte Konzeption bezieht⁴⁵⁷, kann man außerhalb des objektiven Rechts die Bedeutung der Menschenwürde bezüglich der Rechtsanwendung finden⁴⁵⁸. Der Satz von der Menschenwürde ist mit zweieinhalbtausend Jahren Philosophiegeschichte belastet. Vornehmlich brachte die Renaissance eine neue Sicht menschlicher Würde: Während der Aufklärung wird die Auffassung der Würde als Freiheit mit der stoischen Auffassung der Würde als Teilhabe an der Vernunft verbunden:

Für Pascal und Pufendorf ist Würde die Freiheit des Menschen, das in Vernunft Erkannte zu wählen und zu tun. Pufendorf verbindet diesen Gedanken der Würde mit dem der Gleichheit aller Menschen, da alle Menschen als Menschen diese Fähigkeit hätten. Kant vollendet diesen Gedanken, indem er die Würde mit der Unvertretbarkeit eines jeden Menschen identifiziert.⁴⁵⁹

Ab der Mitte des 19. Jahrhunderts wurde die Menschenwürde im Zuge der politischen Arbeiterbewegung begrifflich in die individuelle Gerechtigkeit einbezogen, indem deren Verwirklichung von jedem Menschen fordert, die Würde des anderen ebenso zu respektieren wie die eigene⁴⁶⁰.

456 Vgl. BVerfGE 45, 187 (229).

457 Siehe dazu *Gröschner*, Menschenwürde und Sepulkralkultur, S. 35: „Die Würde des Menschen [...] ist und bleibt eine ‚uninterpretierte These‘: die These des menschlichen Entwurfsvermögens – wie weit die Wissenschaft von der Natur des Menschen es auch immer bringen und wie tief der Mensch in seinen aktuellen Entwürfen auch immer sinken mag.“

458 Vgl. *Tiedemann*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 223.

459 *Podlech*, in: Denninger, AK-GG, S. 201.

460 Siehe dazu *Holzhauser*, Vorgeschichte des Persönlichkeitsrechts, S. 52: „Ohne daß das Verhältnis zu der inzwischen anerkannten allgemeinen Rechtsfähigkeit immer klar bestimmt worden wäre, werden ab der Mitte des 19. Jahrhunderts sowohl anerkannte subjektive Rechte, soweit sie keinen sachenrechtlichen Gegenstand haben, als Personenrechte oder Persönlichkeitsrechte gesehen, als auch auf diesem Weg schon ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anvisiert.“

a) *Negativdefinition mit Staatsverpflichtung aus der Perspektive der Schutzfunktion*

Klassische Gestalt mit noch heute fortwirkender Prägekraft hat der Würdebegriff durch die Rechtsphilosophie *Immanuel Kants* erhalten:

Bei Kant finden sich die zentralen Begründungselemente und begrifflichen Umschreibungen für den Menschenwürdesatz: Behandlung des Menschen niemals bloß als Mittel, sondern als Zweck an sich selbst; Würde als etwas, das kein Äquivalent verstattet; absoluter innerer Wert des Menschen als Person [Hervorh. d. Verf.]; Autonomie als Würde der menschlichen Persönlichkeit.⁴⁶¹

Demnach deutet die Menschenwürde ein Werturteil darüber an, wer die Person ist, wenn in einer Verfassung davon die Rede ist oder sogar ausdrücklich ausgesagt wird, dass dem Menschen Würde zukommt. Nach Kant ist das Wort „Würde“ ein Synonym für absoluten Wert, der sich objektiv durch die allgemein konsentierten Wertordnungen oder -maßstäbe darstellen lässt.

Bemerkenswerterweise wurde nach 1945 vor dem Hintergrund der Naturrechtsrenaissance eine Neufundierung der sozialen Wertordnungen der freiheitlichen Traditionen im Bekenntnis zur Menschenwürde über die Distanzierung von der nationalsozialistischen Vergangenheit hinaus zum Leitbild erhoben⁴⁶². Darin wird die Menschenwürde als eine Art „Summe“ der Grundrechte begriffen. Das Bundesverfassungsgericht geht in zahlreichen Entscheidungen von der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gestützt auf Art. 1 I GG aus, ohne dabei den Grundrechtscharakter näher zu begründen⁴⁶³, und bezeichnet an einigen Stellen seinen Charakter aus-

461 Dreier, in: Dreier, GG, S. 95.

462 Siehe dazu Enders, Menschenwürde, S. 25 f.: „Die Zeit nach 1945 und bis über die Grundgesetzgebung hinaus war im wesentlichen durch zwei Tendenzen gekennzeichnet: Überwindung und Erneuerung. [...] Am Anfang aller rechtlicher Neuordnung mußte also zunächst abendländische Sittlichkeit als Rechtsdenken wieder ‚ins Recht gesetzt‘ werden. [...] [D]ie positivistische Rechtsauffassung habe ‚die Juristen wie das Volk wehrlos gemacht gegen noch so willkürliche, noch so grausame, noch so verbrecherische Gesetze. Sie setzt letzten Endes das Recht der Macht gleich, nur wo die Macht ist, ist das Recht.‘ [...] Das Wort von der ‚Renaissance des Naturrechts‘ war dabei schon aus der Weimarer Zeit überliefert. Dort hatte es das Bemühen um eine Wertfundierung des vom staatsrechtlichen Positivismus entkräfteten Staatswesens kennzeichnen sollen [Hervorh. d. Verf.]“

463 Vgl. BVerfGE 12, 123; 50, 262.

drücklich als „tragendes Konstitutionsprinzip“⁴⁶⁴ oder „Mittelpunkt einer Wertordnung“⁴⁶⁵, wie *Enders* betont:

Ähnlich verhält es sich mit dem Anspruch auf ein Existenzminimum (allgemeiner: auf menschenwürdige Existenz), wie man ihn, um dem einzelnen die zur Realisierung seiner Freiheitsnatur unerlässlichen materiellen Voraussetzungen zu sichern, in Subjektivierung des Sozialstaatsprinzips aus der Menschenwürde hat ableiten wollen. Heute wird man sagen können, daß, solange nur der Ausstrahlung der Menschenwürde auf die Grundrechte ein Sinn zukommt, diese subjektiv-rechtliche Konkretisierung des Sozialstaatsgrundsatzes auf Verfassungsebene – zumindest in der Sache – durch die unter der Menschenwürde stehenden Grundrechte erfolgt [Hervorh. d. Verf.].⁴⁶⁶

Also wird die Menschenwürde, die den Ausgangspunkt der Grundrechte bildet, überwiegend als absoluter, keiner Einschränkung zugänglicher Begriff interpretiert. Das Ziel der Menschenwürdegarantie ist demnach der Schutz des Eigenwerts des Menschen und die Entfaltung der Persönlichkeit. „Zur Erreichung des Zieles wurde Art. 1 GG als subjektiver Anspruch mit Grundrechtsgehalt konzipiert. Zudem findet sich dieses Grundrecht durch die ihm nachfolgenden Grundrechte konkretisiert und spezialisiert.“⁴⁶⁷

Dem entspricht es, dass die juristische Interpretation versucht, den Gewährleistungsgehalt des Art. 1 I GG seit langem *ex negativo*, mithin aus der Perspektive möglicher Verletzungen, zu deuten⁴⁶⁸, denn man kann durch diese Konkretisierung und Spezialisierung der Kant'schen Objekt-Formel⁴⁶⁹ leicht finden, dass die Technik der Negativdefinition der Menschenwürde über den Vorteil verfügt, „von schwierigen, stets in der Gefahr der Versteinerung befindlichen definitorischen Festlegungen zu entlasten, dadurch auch neue Bedrohungen erfassen zu können und ein hohes Maß an Flexibilität bei der Verfassungsinterpretation zu erhalten.“⁴⁷⁰ „Doch erfährt schon dieser methodische Zugang und mehr noch der vor allem die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beherrschende Konkre-

464 Vgl. BVerfGE 6, 36; 61, 137; 72, 115; 109, 149.

465 Vgl. BVerfGE 35, 235.

466 *Enders*, Menschenwürde, S. 89 f.

467 *Rauh*, Menschenwürde, S. 18.

468 Vgl. BVerfGE 1, 97 (104).

469 Vgl. *Zucca-Soest*, Menschenwürde, S. 105 f.

470 *Dreier*, in: *Dreier*, GG, S. 103 f.

tisierungsversuch, das sog. ‚Instrumentalisierungsverbot‘, wachsende Kritik, [...], dass die sog. Objektformel doch allein die reine Ver zweckung [...] untersage.“⁴⁷¹ Anders gesagt: Wenn sich die Menschenwürde nur auf ein subjektives Werturteil ohne positive begriffliche Bestimmungsversuche bezieht, liegt in dieser Nichtdefinition ein Nachteil: „Für neuere und subtilere Fragestellungen geben jene Strategien indes wenig her, so daß sie nur für einen begrenzten Bereich Erfolg versprechen.“⁴⁷² Hierfür zeigt *Wodarg* die substanzielle Basis des Werturteils bezüglich der Menschenwürde:

Ebenso wenig ist ein transzendentes Prinzip in der Moralbegründung bzw. Rechtswissenschaft eine Leerformel, die man mit beliebigen Inhalten je nach politischer Sachlage auffüllen könnte. [...] Das Prinzip der Menschenwürde richtet sich als Basisnorm unmittelbar auf die Voraussetzungen, auf die Ermöglichungsbedingungen autonomer Entscheidung [Hervorh. d. Verf.]. Deren Wahrung muss noch vor bzw. im Zusammenhang mit einer Auslegung konkreter Grundrechte gewährleistet sein. [...]: damit die Würde und nicht lediglich ein Grundrecht betroffen ist, muss die Subjektqualität eines Menschen prinzipiell in Frage gestellt sein. Konkretisierung ist daher nötig, aber beileibe nicht beliebig [Hervorh. d. Verf.].⁴⁷³

Anders ausgedrückt deutet Art.1 GG ausdrücklich an, dass alle Rechtsgewährleistungen mit nachfolgenden Grundrechten davon ausgehen sollen, dass der Mensch bei allem und immer Mensch bleibt und darum als solcher auch rechtlich zu achten ist, wie *Enders* aufzeigt:

Der normative Gehalt des Art.1 Abs.1 Satz1 GG erschöpft sich danach auf den ersten Blick zwar in einem absoluten (inneren wie äußeren) Differenzierungsverbot. Soweit jedoch das Menschsein notwendig mit der menschlichen Vernunftnatur, der Fähigkeit des Einzelnen zur (Selbst-)Zwecksetzung, kurz: mit der Subjektqualität verbunden ist, hat die allgemeingehaltene Aussage des Art.1 Abs.1 Satz1 GG noch einen weiteren Sinn: Art.1 GG formuliert in ihr ein Bekenntnis gerade zur Normativität der Freiheitsfähigkeit des Subjekts, als zu einem geistigen Sachverhalt, dem normative Bedeutung beigemessen wird [Hervorh. d. Verf.]. [...] Damit ist ein aus der Subjektqualität sich herleitender An-

471 *Duttge*, Menschen, S. 146.

472 *Dreier*, in: *Dreier*, GG, S. 104.

473 *Wodarg*, Menschenwürde, S. 25 f.

spruch des einzelnen auf menschengerechte Behandlung allererst rechtlich anerkannt und als allgemeiner Anspruch gerade auf rechtliche Achtung gesetzt.⁴⁷⁴

In diesem Sinn stellt der Schutz der Menschenwürde zunächst die Verhinderung der Verletzung der individuellen Selbstentscheidungen⁴⁷⁵ und zugleich die Gewährleistung der Verwirklichung der basalen Selbstentscheidungsfähigkeit⁴⁷⁶ dar, was die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt bedeutet:

Wenn darum heute auch unser Verfassungsgeber die Menschenwürde als das höchste Gut des Menschen erkennt und auch von Rechts wegen als das oberste Rechtsgut anerkennt, dann steht es nicht mehr in seinem freien Belieben, daraus bestimmte Folgerungen für das Verhalten der Einzelnen, der Gesellschaft oder des Staates zu ziehen oder nicht zu ziehen. Auch der Staat ist damit ein für allemal gebunden, der Unantastbarkeit der Menschenwürde als fundamentaler Norm in allen Verhältnissen und jedem Verhalten zwischen Menschen Geltung und Wirkung zu verschaffen.⁴⁷⁷

474 Enders, Menschenwürde, S. 391 f.

475 Siehe dazu Heil, Menschenrechte bei Rousseau, S. 5: „Menschen hatten schon immer von Natur aus unterschiedliche Anlagen, Stärken und Schwächen. Der Mensch machte jedoch den Fehler, die Ungleichbehandlung von Menschen und damit Ungerechtigkeiten zuzulassen. Diese gesellschaftliche Ungleichheit ist es, welche nach Rousseau durch einen Gesellschaftsvertrag verhindert werden soll [Hervorh. d. Verf.]. Mit folgender Bemerkung schließt er das erste Buch des Gesellschaftsvertrages ab und macht die Herstellung von Gleichheit unter den Menschen zur zentralen Aufgabe einer Gesellschaft. (...) nämlich, dass der Grundvertrag, anstatt die natürliche Gleichheit zu zerstören, im Gegenteil eine sittliche und rechtliche Gleichheit an die Stelle setzt, was die Natur an physischer Ungleichheit unter den Menschen hervorbringen kann, und dass die Menschen, die möglicherweise nach Stärke und Begabung ungleich sind, durch Vertrag und Recht alle gleich werden [Hervorh. d. Verf.].“

476 Vgl. BVerfGE 39, 1 (41). Siehe dazu auch Hilgendorf, Die mißbrauchte Menschenwürde, S. 153: „In diesem Sinn hat das BVerfG formuliert: ‚Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist oder sie selbst zu wahren weiß. Die von Anfang an im menschlichen Sein angelegten potentiellen Fähigkeiten genügen, um die Menschenwürde zu begründen.‘“

477 Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, S. 31.

Der Schutz der Menschenwürde bzw. der menschlichen Subjektqualität wird zur zwingenden Aufgabe staatlicher Gewalt⁴⁷⁸, insbesondere zum zugrundeliegenden Ausgangspunkt der rechtspaternalistischen Eingriffe. Deswegen stellt sich durch diese staatliche Verpflichtung die liberale Beziehung zwischen dem Staat und dem Einzelnen dar, in der sich nicht mehr der Einzelne um den Staat, sondern der Staat um den Einzelnen dreht, was wesentlich dazu führt, dass die Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins in den Mittelpunkt aller Staatstätigkeit rückt⁴⁷⁹.

Zur Verwirklichung dieses Schutzes sollte sich der Staat selbst verpflichten. In diesem Sinn lassen sich die staatlichen Schutzpflichten aus der Menschenwürde ableiten. Da der Inhalt der Rechtspflichten durch den staatlichen Gesetzgeber festgelegt wird, zeigt Tiedemann weiter:

Der Gesetzgeber kann nicht den Geltungsgrund dieser Rechtspflichten begründen. Seinen Gesetzen kommt nur Geltung zu, wenn ihm die Autorität oder Kompetenz zur Gesetzgebung verliehen worden ist. Diese Autorität oder Kompetenz kann er nicht selbst schaffen. In einem ausdifferenzierten Rechtssystem können sich Gesetzgeber insoweit auf Befugnisnormen berufen, in denen festgelegt ist, dass der betroffene Gesetzgeber G₁ die Kompetenz hat, Gesetze (bestimmter Art oder bestimmten Inhalts) zu erlassen. Diese Befugnisnormen müssen selbst von einem Gesetzgeber G₂ stammen, der dem Gesetzgeber G₁, dessen Befugnisse geregelt werden, übergeordnet ist. Die Befugnisnorm verpflichtet die Adressaten, die Gesetze des Gesetzgebers G₁ als Rechtspflichten anzuerkennen. Der Gesetzgeber G₂ muss selbst wieder durch eine Befugnisnorm höherer Ordnung legitimiert sein. Eine solche Normenhierarchie müsste in einem infiniten Regress enden, wenn alle Befugnisnormen stets selbst fremd auferlegt wären [Hervorh. d. Verf.].⁴⁸⁰

478 Siehe dazu Podlech, in: Denninger, AK-GG, S. 206: „Als Aufgabe staatlicher Gewalt kann Würde aber nur gedacht werden, wenn sie verlierbar ist, da andernfalls die Aufgabe ins Leere fiel. Als Aufgabe staatlicher Gewalt ist Würde etwas, dessen Menschen ermangeln können, das sie verlieren können.“

479 Siehe dazu Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur, S. 21: „Mit der ‚Selbstverpflichtung‘ der Gesellschaft durch Art. 1 Abs. 1 GG steht Podlech in der gesellschaftstheoretisch gewendeten, in ihrer Herkunft aber philosophischen Tradition der Vertragstheorien [...]. Deshalb betont Podlech mit einer zunächst unmittelbar einleuchtenden Formulierung, daß staatliche Machtausübung und die sie regelnde staatliche Ordnung nur dann legitim sind, wenn sie die Menschenwürde achten und schützen [Hervorh. d. Verf.]“

480 Tiedemann, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 530 f.

Demnach wird die höchste Befugnisnorm durch die letzte Autorität, nämlich den Grundgesetzgeber, festgestellt. In diesem Sinne hat diese Autorität selbst den letzten Geltungsgrund aller Pflichten geschaffen. Für die staatlichen Verpflichtungen bzw. Eingriffe ist dieser Geltungsgrund auf der grundgesetzlichen Ebene: Die Würde des Menschen ist unantastbar.

Auch nach *Tiedemann* ist die Menschenwürde ein eigener subjektiver Wert der Person und die Menschenpflichten sind nicht nur Pflichten, die die Person sich selbst auferlegt, sondern auch solche, die sie sich nur wegen ihrer eigenen Werte auferlegt⁴⁸¹. In diesem Sinne ergeben sich auch die staatlichen Pflichten, die alle gemeinschaftsbezogenen Personen, also die Allgemeinheit, sich selbst mindestens wegen des Sicherheitszwecks bezüglich der menschlichen Subjektqualität auferlegen⁴⁸². Hieraus zeigt sich weiter, dass die Staatszielbestimmung dieses Schutzes der Menschenwürde dazu verpflichtet, sich aktiv schützend vor die möglichen Opfer einer faktischen Menschenwürdeverletzung zu stellen, aber auch dazu, gegen menschenwürdewidrige Zustände vorzugehen, die nicht von Menschen herbeigeführt worden sind⁴⁸³.

b) *Positive Inhalte mit Tendenzen der Sakralität aus der Perspektive der Abwehrfunktion*

aa) Der positive begriffliche Bestimmungsversuch der Menschenwürde

Dem Staat ist nicht nur der Schutz der Menschenwürde gegenüber allen ihren möglichen Beeinträchtigungen anvertraut, sondern auch ihm selbst ist die Verpflichtung zur Achtung der Menschenwürde auferlegt⁴⁸⁴, wie *Dreier* betont:

Unbestritten wie der in jenen Formulierungen greifbar werdende Fundierungscharakter ist der Rechtsnormcharakter der Menschenwürdega-

481 Vgl. ebenda, S. 533.

482 Siehe dazu *Gröschner*, Menschenwürde und Sepulkralkultur, S. 42: „Lebensformen werden also zwar individuell und in Eigenverantwortung gewählt, entstehen aber im Dialog und müssen sich in der Praxis des Zusammenlebens bewähren [Hervorh. d. Verf.]: ‚Wer aber nicht in Gemeinschaft leben kann oder in seiner Autarkie ihrer nicht bedarf, der ist [...] ein wildes Tier oder Gott‘ – aber eben kein Mensch.“

483 Vgl. *Tiedemann*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 551.

484 Vgl. *Maihofer*, Rechtsstaat und menschliche Würde, S. 32 ff.

rantie. Wir haben es bei dem eindrucksvollen ersten Satz der bundesdeutschen Verfassung nicht lediglich mit einem unverbindlichen Programmsatz, einer feierlichen Bekundung ohne normativen Gehalt oder einer präambelartigen Motivationserklärung zu tun. Vielmehr handelt es sich um eine Norm des objektiven Verfassungsrechts mit Bindungswirkung für alle Träger staatlicher Gewalt [Hervorh. d. Verf.].⁴⁸⁵

Die staatliche Achtungspflicht der Menschenwürde bedeutet ein notwendiges Element der Rechtsordnung in dem Sinne, dass ihr Mangel zu einem Legitimitätsverlust führt⁴⁸⁶, weil diese Achtung die basale Grenze der staatlichen Schutzverpflichtungen gegenüber den Bürgern, vornehmlich der rechtspaternalistischen Einmischungen, darstellt. Deshalb stellt sich die Frage, wo sich diese Grenze befindet, wenn man den Begriff der Menschenwürde positiv bestimmen kann⁴⁸⁷.

Wie oben dargestellt, lässt sich die Negativdefinition durch die praktizierte Konkretisierung im Einzelfall mit dem breiten Konsens und dem hohen Maß an Evidenz gesicherter, erdrückender Plausibilität einer Menschenwürdeverletzung, d. h. des Verlustes der menschlichen Subjektqualität, festsetzen. Im Vergleich dazu ist es jedoch immer eine schwierige Aufgabe, die deskriptive Formulierung mit positiven Inhalten über die Menschenwürde zu gestalten, vornehmlich in der heutigen pluralistischen Gesellschaft.

Nach *Kant* bedeutet die Menschenwürde nur den inneren Wert der Nicht-Vertretbarkeit oder Einzigartigkeit: Der Mensch existiert als Zweck an sich selbst⁴⁸⁸, deshalb kann man dementsprechend auch lediglich durch eine objektive Maxime bzw. das allgemeine praktische Gesetz beurteilen, ob eine individuelle Handlung vernünftig, nicht gegen die Menschenwürde, ist oder ob diese Handlung zum Mittel zum beliebigen Gebrauch für

485 Dreier, Menschenwürde, S. 33.

486 Vgl. Brugger, Begründung von Menschenrechten, S. 33 f. Siehe dazu auch Tiedemann, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 550: „Im Unterschied zur Achtungspflicht ist die Schutzpflicht kein notwendiges Element der Rechtsordnung [...]. Eine Rechtsordnung, die keinen Schutz gegen Menschenwürdeverletzungen gewährt, verleiht doch deshalb noch keine Rechtsmacht zur Verletzung von Menschenwürde. Sie unternimmt nur nichts gegen das gewöhnliche Verbrechen. Diese Verbrechen kommen nicht durch den Missbrauch einer Macht zustande, die die Rechtsordnung verliehen hat. Die Schutzpflicht ist deshalb also nicht Teil dessen, was oben als Konstitutionsprinzip der Rechtsordnung bezeichnet wurde.“

487 Vgl. Dreier/Huber, Menschenwürde, S. 43 ff.

488 Vgl. *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 66 f.

den Handelnden selbst oder die anderen wird⁴⁸⁹. Deswegen sollte man logischerweise auch weiterhin versuchen, herauszufinden, wo sich diese Maxime befindet, um die Menschenwürde positiv zu definieren⁴⁹⁰.

bb) Die Sakralität des Menschen

Obwohl es bei der positiven Definierung der Menschenwürde an objektiven praktikablen Konkretisierungskriterien mangelt⁴⁹¹, ist anzuerkennen, dass die anfängliche Wertbeurteilung der Menschenwürde auf dem Christentum beruht, wie *Dreier* zeigt:

In der heutigen juristischen Literatur [ist] die sehr weitgehende Annahme verbreitet, die Menschenwürdegarantie finde im Christentum ihre Grundlage; die von Humanismus und Aufklärung getragenen Bekenntnisse zur Menschenwürde stellen letztlich nichts anderes als säkularisierte Formen der christlichen Personalitätsidee [Hervorh. d. Verf.] dar.⁴⁹²

Die Auswirkung dieser Säkularisierung zeigt besonders seit dem 15. Jahrhundert ihre wesentliche Bedeutung für das moderne Menschenwürdeverständnis⁴⁹³: Die Möglichkeit freier Selbstbestimmung und die Fähigkeit vernunftgemäßen Handelns bilden die maßgeblichen Pfeiler des Menschenwürdesatzes in der Sozialphilosophie der Neuzeit, vornehmlich bei

489 Vgl. ebenda, S. 55–60.

490 Siehe dazu *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 433: „Für das Menschenbild der Verfassung lässt sich der Rechtswert der Selbstbestimmung mit weitaus größerer Plausibilität ins Feld führen [...]. Bei ihr ist die Rede vom ‚Bild des Grundgesetzes von der Würde und Selbstbestimmtheit des Menschen‘. [...] Das alles muss uns erkennen lassen, dass ein Gegeneinandersetzen von Menschenbildern nicht weiterführt. Weil beide Seiten ihr Menschenbild haben, hängt die Überzeugungskraft des Vortrags allein davon ab, welches Menschenbild man selber hat oder selber der Verfassung unterlegt. Das kann aber keine Maxime für die Interpretation der Verfassung sein [Hervorh. d. Verf.]“

491 Siehe dazu *Rohrer*, Menschenwürde, S. 46 f.: „Solch überschießende, objektive Gehalte entbehren praktikabler Konkretisierungskriterien. Gerade in der aktuellen bioethischen Kontroverse wird der Charakter als Hilfskonstruktion deutlich. Die Anerkennung menschlicher Gattungswürde könnte zum universellen Totschlagsargument verkommen, das jedwede rationale Befassung im Keim erstickt und subjektiven Wertungen anheim stellt. Eine Entkoppelung des objektiven Gehalts von der subjektiven Trägerschaft ist nicht möglich [Hervorh. d. Verf.]“

492 *Dreier*, in: *Dreier*, GG, S. 93.

493 Vgl. *Schröder*, Säkularisierung, S. 61 ff.

den Vertretern des Vernunftnaturrechts⁴⁹⁴. Nach *Thomas von Aquin* stützt sich das Naturrecht auf menschliche Autorität⁴⁹⁵. „Wenn Thomas anschließend vom ‚Naturgesetz‘ handelt, dann geht er demselben Gedanken nach, nun allerdings beschränkt auf das vernunftbegabte Geschaffene. Das Naturgesetz ist für ihn nichts anderes als eine ‚participatio legis aeternae in rationali creatura.“⁴⁹⁶ Deswegen könnte man auf dem Wege einer Entideologisierung und Versachlichung⁴⁹⁷ die objektive Darstellung der Menschenwürde im Sinne des Naturrechts verwirklichen⁴⁹⁸, um eine sichere Prognose nach der unveränderlichen naturrechtlichen Wertungsordnung zu treffen⁴⁹⁹, wie *Duttge* betont:

Die Analyse wird zeigen, dass die Anerkennung einer metaphysischen Verankerung ungeachtet aller damit verbundenen Folgefragen und fern einer inhaltlich schon vorgegebenen materiellen Substanz schlechthin unvermeidlich ist, soll der genuine Charakter der Menschenwürdeidee nicht verloren gehen.⁵⁰⁰

494 Vgl. *Dreier*, in: *Dreier*, GG, S. 94 f.

495 Vgl. *Thomas*, *Recht und Gerechtigkeit*, S. 5 f.

496 *Kühn*, *Der Gesetzesbegriff des Thomas von Aquin*, S. 93.

497 Siehe dazu *Quante*, *Menschenwürde und personale Autonomie*, S. 207: „Dies gilt zumindest unter der Voraussetzung, daß man auch von der Menschenwürde eine angemessene Vorstellung hat, d. h. ihr eine Deutung gibt, die in einer säkularen und pluralistischen Gesellschaft allgemeine Gültigkeit beanspruchen kann [Hervorh. d. Verf.]. Meine dritte These besagt, daß ein angemessenes Konzept von Lebensqualitätsbewertung im Zusammenspiel mit einem für säkulare Gesellschaften geeigneten Prinzip der Menschenwürde nicht nur dem Faktum der Pluralität ethischer Vorstellungen angemessen Rechnung trägt, sondern selbst eine Grundlage liefert für einen akzeptablen ethischen Pluralismus [Hervorh. d. Verf.].“

498 Siehe dazu *Utz*, *Naturrecht*, S. 235: „Der einzelne Mensch hat seinen eigenen Gewissensspruch, den er niemals der Gemeinschaft aufzwingen kann. Es gibt aber für THOMAS ethische Werte, die wesentlich Gemeinschaftswerte sind, nämlich alle jene, welche aus der menschlichen Wesenheit als solcher folgen, eben jener Wesenheit, in welcher alle Menschen zur menschlichen Rechtsgemeinschaft zusammengeschlossen sind [Hervorh. d. Verf.]. Das Recht, welches wesentlich Gleichheit in dem bereits besagten Sinne, also eine Friedensordnung erzielen soll, hat diese zu verwirklichen im Sinne der ethischen Normen der *natura humana*.“

499 Siehe dazu *Thomas*, *Recht und Gerechtigkeit*, S. 6: „Das Naturhafte, das einem Wesen mit unveränderlicher Natur eigen ist, muß sich immer und überall gleichbleiben [Hervorh. d. Verf.]. Die Natur des Menschen aber ist veränderlich. Darum kann das Natürliche des Menschen bisweilen versagen.“

500 *Duttge*, *Menschen*, S. 147 f.

Um die Frage präzise zu beantworten, was das Menschenbild in dieser Verfassung bedeutet, versucht man seit der Aufklärung bei der Sakralisierung der Menschenwürde, zu einer allgemeinen Definition zu gelangen:

In dieser Perspektive [der Sakralisierung der Person] sind die Reformen des Strafrechts und der Strafpraxis ebenso wie etwa die Entstehung der Menschenrechte im späten achtzehnten Jahrhundert Ausdruck einer tiefreichenden kulturellen Verschiebung, durch die die menschliche Person selbst zum heiligen Objekt wird. [...] Diese menschliche Person, deren Definition gleichsam der Prüfstein ist, an dem sich das Gute vom Schlechten unterscheiden muß, wird als heilig betrachtet, sozusagen in der rituellen Bedeutung des Wortes. [...] Und genau daher kommt der Respekt, der der menschlichen Person entgegengebracht wird. Wer auch immer einen Menschen oder seine Ehre angreift, erfüllt uns mit einem Gefühl der Abscheu [Hervorh. d. Verf.].⁵⁰¹

Also betont diese Sakralisierung wesentlich den Individualismus, weil man den Glauben an die Menschenrechte und an die universale Menschenwürde als das Ergebnis eines spezifischen Sakralisierungsprozesses auffasst⁵⁰². Anders ausgedrückt: Die Sakralität bzw. Heiligkeit darf hier nicht in einem religiösen Sinne missverstanden werden, denn nicht nur religiös Gläubige haben etwas, das ihnen heilig ist, sondern es gibt eine Sakralitätsaufladung von Gegenständen und Gehalten auch in Weltbildern, die sich selbst als säkular verstehen, z. B. in einem säkularen Liberalismus⁵⁰³, wie Dreier darlegt:

Die in den letzten Jahren und Jahrzehnten deutlich gestiegene Sensibilität für Antastungen der leiblichen Integrität und das entsprechend deutlich angehobene effektive Schutzniveau körperlicher Unversehrtheit [...] kann als Stütze für die Sakralitätsthese im Sinne einer Unantastbarkeit der Person herangezogen werden [Hervorh. d. Verf.] [...]. Denn Sakralität kommt von sacer, nicht von sanctus. Sanctus meint die fromme Heiligkeit im Sinne eines vorbildlichen Lebenswandels, sacer hingegen die Heiligkeit der Unberührbarkeit, der Absonderung vom Profanen.⁵⁰⁴

501 Joas, Die Sakralität der Person, S. 81 ff.

502 Vgl. Duttge, Menschen, S. 148.

503 Vgl. ebenda, S. 148.

504 Dreier, Säkularisierung und Sakralität, S. 105 f.

Um die Möglichkeiten der interpersonalen Kommunikation in der heutigen pluralistischen Gesellschaft zu steigern, braucht man zugleich insbesondere unter diesen Umständen der Sakralisierung der Menschenwürde ein Verständnis darüber⁵⁰⁵, wie durch Kommunikationsprozesse⁵⁰⁶ Werte in universalistischer Richtung transformiert werden können, wie Joas erklärt:

Zu Beginn wurde der Begriff der Wertegeneralisierung als dafür geeignetes Konzept schon benannt. [...] Je differenzierter ein System ist, desto höher ist das Niveau der Generalisierung, auf dem das Wertmuster formuliert werden muß, wenn es die spezifischeren Werte aller differenzierten Teile des sozialen Systems legitimieren soll. An anderer Stelle schreibt er, daß, wenn nämlich das Netz der sozial strukturierten Situationen komplexer wird, (...) das Wertmuster selbst auf einer höheren Allgemeinheitsstufe fixiert werden (muß), um die soziale Stabilität zu sichern [Hervorh. d. Verf.].⁵⁰⁷

Folglich bedarf eine pluralistische Gesellschaft unbedingt der Wertegeneralisierung, vornehmlich vergleichbarer Konkretisierungskriterien der sakralisierten Menschenwürde. Aber hinter der Sakralisierung steckt nach Joas auch eine Gefahr:

Die Sakralisierung der Person konkurriert ständig mit anderen Sakralisierungen wie etwa der der Nation oder der klassenlosen Gesellschaft. Die deutlichste Gegenkraft im zwanzigsten Jahrhundert stellen natürlich Faschismus und Nationalsozialismus dar [Hervorh. d. Verf.]. Zeitgleich mit Emile Durkheims Thesen zu den Menschenrechten als einer Sakralisierung der Person und im selben, Frankreich zerreißenen Konflikt

505 Siehe dazu Rohrer, Menschenwürde, S. 41: „Einen noch relativ jungen Ansatz bildet die sog. Kommunikationstheorie. [...] Ein menschenwürdiges Dasein zeichnet sich demnach durch soziale Anerkennung mittels positiver Bewertung sozialer Achtungsansprüche aus [Hervorh. d. Verf.]. [...] Konstituierendes Element ist dabei das soziale Versprechen, sich wechselseitig anzuerkennen und würdig miteinander umzugehen. Dieses Versprechen gegenseitiger Anerkennung hat eine Gemeinschafts- bzw. Staatsgründungsfunktion.“

506 Siehe dazu Luther, Grundlagen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, S. 116: „Schließlich wird die menschliche Würde auch unter dem Aspekt der Kommunikation definiert; danach soll sich die Würde des Menschen aus ‚sozialer Anerkennung durch positive Bewertung von sozialen Achtungsansprüchen‘ ergeben. Die Würde müsse daher als Kategorie der Mitmenschlichkeit des Individuums betrachtet werden [Hervorh. d. Verf.].“

507 Joas, Die Sakralität der Person, S. 260 f.

– der Affäre Dreyfus – erklärte der französische Protofaschist Charles Maurras die Sache der Nation für so heilig, daß ihr Individuen und ihre Rechte schlicht geopfert werden mußten. Der italienische Faschismus und der deutsche Nationalsozialismus spitzten dies weiter zu: „Du bist nichts, dein Volk ist alles“ konnte so zur Parole werden. [...] Nicht nur der Widerstand gegen die fortschreitende Sakralisierung der Person verhindert aber diesen Fortschritt, sondern auch interne Schwierigkeiten des Strafens selbst geben Anlaß zum Mißbrauch [Hervorh. d. Verf.].⁵⁰⁸

Anders gesagt: Die Sakralisierung der Person kann logischerweise eine dramatische Zuspitzung der Wertegeneralisierung bzw. Anti-Individualismus⁵⁰⁹ auslösen, was dementsprechend bei der Definition der Menschenwürde dazu führt, dass der Begriff der Gattungswürde oder sinngleich der Würde des Menschen als Gattungswesen schließlich abzulehnen ist, weil der Menschenwürdeschutz unter diesen Umständen nicht von einer Übereinstimmung der individuellen Interessen mit den Interessen der Mehrheit abhängig gemacht werden darf. D. h., es kann mit der Objekt-Formel und ihrer Kant'schen Grundlegung nicht in Einklang gebracht werden, den Einzelnen gerade im Rahmen der Menschenwürde zu einem Mittel zur Bewahrung der Gattungswürde zu machen⁵¹⁰, wie Dreier betont:

Als Gattungswürde kommt die Menschenwürde nicht als Norm gegen die Verletzung einzelner Subjekte ins Spiel, sondern wird gleichsam ins Kollektive, ins Gesamtgesellschaftliche gewendet [Hervorh. d. Verf.]. [...] Doch das führt in aller Regel in die Irre. Ähnlich wie beim Menschenbild oder dem Rekurs auf die Wesenhaftigkeit des Menschen sind hier normative Weichbilder gezeichnet, die zur beliebigen Begründung bestimmter Positionen herangezogen werden können. [...] Die Gattungswürde steht unvermeidlich in der Gefahr, zu einer ähnlich rhetorischen Allzweckwaffe zu werden wie das Menschenbild [Hervorh. d. Verf.]. Hier wie dort bedient man sich augenscheinlich eines Konstruktes, das die jeweiligen eigenen Wertungen und Überzeugungen unmittelbar auf die höchste verfassungsrechtliche Ebene transportiert und gegen alle Einwände immunisiert. Rationalität und Nachvollziehbarkeit der juristischen Argumentation bleiben auf der Strecke. So fehlt es insgesamt an

508 Ebenda, S. 101 f.

509 Vgl. Kemmerling, Zu einer anti-individualistischen Argumentationsfigur, S. 401 f.

510 Vgl. Reitter, Rechtspaternalismus, S. 173.

einer tragfähigen und plausiblen Begründung für eine aus Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Gattungs- oder Menschheitswürde [Hervorh. d. Verf.].⁵¹¹

Demzufolge lässt die Gattungswürde wegen ihres hohen Grades an Vagheit das Verhältnismäßigkeitsprinzip oder das systemkritische Rechtsgutsprinzip ins Leere laufen, was schließlich dazu führt, dass man die staatlichen Gewalten oder die strafrechtlichen Eingriffe nicht radikal entemotionalisieren kann. Deshalb betont *Podlech* weiter, dass sich jede Ausübung staatlicher Gewalt hinsichtlich ihres Zieles, ihrer Mittel und ihrer Intensität in einem Rahmen halten muss, der eine Verletzung der individuellen Würde des Menschen ausschließt; wenn Menschen keine Würde mehr hätten, dann dürfte staatliche Gewaltausübung grenzenlos werden, weil die Würde als Begrenzung staatlicher Gewalt etwas ist, was jedem Menschen jederzeit konkret zukommt⁵¹². Nach *Duttge* haben wir somit die Sorge, die sich hinter der vielzitierten „Tyrannei der Würde“⁵¹³ verbirgt, durchaus ernst zu nehmen, „dass nämlich der Menschenwürde ein perfektionistisches Konzept des (objektiv) ‚idealen/guten Lebens‘ implementiert werden könnte, aus dem dann nahtlos normativ-zwingende Vorgaben für individuelle Lebensentwürfe wie für das politische Gemeinwesen insgesamt hervorgehen.“⁵¹⁴ Im Modell des Gesellschaftsvertrags⁵¹⁵ ist also die Würde eines jeden Menschen im Wesentlichen dasjenige, auf das zu verzichten niemandem zugemutet werden darf; dasjenige, das nicht als möglicher Gegenstand einer im Rechtsbereich wirksamen Verfügung gedacht werden kann, weil es dasjenige ist, was Zustimmung und Einordnung erst ermöglicht, nämlich, dass jeder Mensch Zweck an sich selbst, eine selbstverantwortende Persönlichkeit, ist⁵¹⁶.

511 *Dreier*, Menschenwürde, S. 45 f.

512 Vgl. *Podlech*, in: Denninger, AK-GG, S. 205 f.

513 Vgl. *Neumann*, Die Tyrannei der Würde, S. 153 ff.

514 *Duttge*, Menschen, S. 151.

515 Siehe dazu *Joas*, Die Sakralität der Person, S. 67 f.: „Der Ursprung der Strafen kann dann nur im Bruch des Gesellschaftsvertrags, den die Individuen einst zur Beendigung des ständig kriegerischen Naturzustands geschlossen haben, liegen: Wenn nämlich ein Individuum seine natürliche, vorgesellschaftliche Freiheit wieder in Anspruch nehmen möchte [Hervorh. d. Verf.]. [...] Aus diesem Ursprung der Strafen folgt sofort die Grenze der Legitimität allen staatlichen Strafens: Alle Strafen, welche die Notwendigkeit der Wahrung dieses Bandes (das heißt des Gesellschaftsvertrags, H.J.) überschreiten, sind ihrer Natur nach ungerecht [Hervorh. d. Verf.]“

516 Vgl. BVerfGE 45, 187 (228).

Um die oben genannten Nachteile oder Gefahren 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 abstellen⁵¹⁷, obwohl sie eine ständige schwere Aufgabe ist, denn die Würde kann nichts Faktisches und auch nichts bei jedem Menschen Vorfindliches sein⁵¹⁸. Um die Menschenwürde bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichst genau abzugrenzen, stellt *Tiedemann* ein Bewertungsprinzip dar:

Als Maßstab dieser wertenden Beurteilung dienen dabei gewisse gesellschaftliche Standards [...]. Diese Wertmaßstäbe betreffen jeweils bestimmte Rollenbilder. Wer diese Standards nicht erfüllen kann, dessen Verhalten wird nicht nur von den anderen Mitgliedern der Gesellschaft, in der er lebt, negativ bewertet, sondern er bewertet es auch selbst negativ, da er als Mitglied dieser Gesellschaft deren Maßstäbe teilt.⁵¹⁹

Demnach beruhen die vergleichbaren Konkretisierungskriterien der sakralisierten Menschenwürde direkt auf dem basalen Konsens der entsprechenden gesellschaftlichen Wertbeurteilung. Es handelt sich bei diesem Konsens nicht um eine unmittelbar juristische Nachwirkung des positiven Rechts, sondern um die Übernahme einer nach Meinung der maßgeblichen Richter und Lehrer des Zivilrechts oder des öffentlichen Rechts allgemein akzeptierten, sanktionierten und legitimierten Verhaltensweise des gesellschaftlichen Lebens, d. h. einer sozialen Norm⁵²⁰.

Der basale Konsens bezieht sich jedoch nicht nur auf eine soziale Norm, sondern auch weiter auf einen nicht leicht veränderlichen Anteil dieser Norm: „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 Zu-

517 Siehe dazu *Joas*, Die Sakralität der Person, S. 84: „Da Kant in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten eben dort, wo er den Begriff der ‚Würde‘ entwickelt, auch von ‚Heiligkeit‘ spricht [Hervorh. d. Verf.]. ‚Würde‘ ist für Kant all das, was keinen Preis hat und haben kann, sondern ‚über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet.“

518 Vgl. *Podlech*, in: Denninger, AK-GG, S. 206 f.

519 *Tiedemann*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 384.

520 Vgl. *Gröschner*, Menschenwürde und Sepulkralkultur, S. 53.

stimmung der Betroffenen nicht jederzeit gedacht werden. Würde enthält aber auch ein veränderliches Element, denn die Bedingungen, unter denen die Zustimmung von Menschen zur Ausübung staatlicher Gewalt jederzeit gedacht werden kann, sind abhängig von der gesellschaftlichen Ordnung, insbesondere davon, in welchem Maß die existenziellen Grundbedürfnisse von Menschen von ihnen noch selbst zu erfüllen sind.“⁵²¹

Zusammenfassend verpflichtet das Grundgesetz in Art. 1 I GG ausdrücklich nur die Staatsgewalt zur Achtung der Menschenwürde. Deswegen kann man bestimmen, dass auch nur die Staatsgewalt und nicht etwa jeder Bürger verfassungshalber zur Achtung der Menschenwürde rechtlich verpflichtet ist⁵²². Anders ausgedrückt: Die Achtung der Menschenwürde ist der grundlegende ausschlaggebende Basismaßstab, staatliche Einmischungen, vornehmlich die rechtspaternalistischen Eingriffe, einzuschränken oder zu verneinen⁵²³.

2. Postmortale Menschenwürde aus der Perspektive des öffentlichen Friedens

Ein dynamisches, offenes Grundgesetz enthält keine konkreten, statischen Gebote und muss einem Wertewandel sowie grundlegenden gesellschaftlichen Veränderungen Rechnung tragen⁵²⁴. Daher bleibt die Begrifflichkeit der Menschenwürde nur auf die Objekt-Formel beschränkt⁵²⁵, was sich auch daran orientiert, dass die Menschenwürde bei ihrer Sakralisierung nicht „zum bloßen Durchgangserhitze für beliebige moralische Wertungen“ als Gattungswürde missbraucht wird⁵²⁶. Deswegen 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

521 Podlech, in: Denninger, AK-GG, S. 206.

522 Vgl. Tiedemann, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 553 ff.

523 Siehe dazu Enders, Die Menschenwürde als Recht auf Rechte, S. 51: „Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG statuiert daher nach herrschender Auffassung einen Rechtssatz, der dem Menschen ein subjektives öffentliches Grund-Recht auf Würde garantiert.“

524 Vgl. Littwin, Grundrechtsschutz gegen sich selbst, S. 174.

525 Vgl. Wolbert, Mensch als Mittel und Zweck, S. 63 f.

526 Vgl. Duttge, Menschen, S. 151 f.

Verächtlichmachung ansatzweise umschrieben wird⁵²⁷. 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 substantielle Interessen existieren, sind die entsprechenden materiellen Rechtsgutsverletzungen nach *Roxin* noch nicht abzusprechen⁵²⁸.

a) Die postmortale Schutzwirkung der Menschenwürdegarantie

Wie bereits dargestellt, bedeutet die grundgesetzliche Menschenwürdegarantie nur ein inhaltloses staatliches Versprechen. Deshalb ist sie zunächst nur eine ausfüllungsbedürftige Hülle. Aber schon diese Hülle als solche hat es gewissermaßen in sich, indem sie bereits den Rahmen für eine künftige Verfassungsrechtsordnung bereitstellt, wie *Joerden* schildert:

Man kann Art.1 des 1949 in Kraft getretenen Grundgesetzes als ein Versprechen des sich formierenden neuen Staates an seine Bürger und zugleich an alle Menschen auf seinem Staatsgebiet interpretieren, den Staat nicht länger als Selbstzweck zu verstehen, sondern vielmehr jeden einzelnen Menschen als Selbstzweck anzusehen [...]. Interpretiert man die ja nicht von ungefähr oftmals als Menschenwürdegarantie bezeichnete Aussage des Art.1 GG als ein Versprechen des Staats an seine Bürger, so begründet das zunächst einmal zugleich die juristische Verbindlichkeit dieser Menschenwürdegarantie.⁵²⁹

Demnach deutet dieses grundgesetzliche Versprechen eine Verpflichtung aller staatlichen Gewalten an, alle Menschen vor Angriffen auf ihre Würde zu schützen. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts endet die Menschenwürde nicht mit dem Tod. Die Würde und der allgemeine Achtungsanspruch sind vom Staat unmittelbar aus Art.1 I GG vielmehr noch über

527 Vgl. *Dreier/Huber*, Menschenwürde, S. 45 f.

528 Siehe dazu *Roxin*, Rechtsgüterschutz, S. 141: „Der deutsche Gesetzgeber beruft sich neuerdings gern auf diesen Pönalisierungsgrund. So ist z.B. jede künstliche Veränderung der Erbinformation einer menschlichen Keimzelle strafbar, weil ein solcher Keimbahneingriff angeblich gegen die Menschenwürde verstößt. Eine Rechtsgutsverletzung liegt darin aber nur, wenn auf diese Weise das Erbgut Neugeborener manipuliert wird; denn dadurch werden seine unplanbaren Entwicklungsmöglichkeiten beeinträchtigt [Hervorh. d. Verf.]“

529 *Joerden*, Menschenwürde als juridischer Begriff, S. 223.

den Tod hinaus zu achten und zu schützen. Dies betrifft den Schutz der Ehre des Verstorbenen und den Schutz seines Leichnams als Hülle der verstorbenen Person, der nicht wie beliebige Materie behandelt werden darf. Im *Mephisto*-Urteil zeigt sich, dass der postmortale Persönlichkeitsschutz allein auf der Menschenwürde beruht, nicht auf dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Toten⁵³⁰:

Es würde mit dem verfassungsverbürgten Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, das allen Grundrechten zugrunde liegt, unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte. Dementsprechend endet die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode.⁵³¹

Anders gesagt: Zwar bezieht sich dieser Würdeschutz nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf das Lebensbild des Verstorbenen in der Wahrnehmung der Nachwelt, das vor Erniedrigung oder diffamierender Darstellung durch Dritte zu schützen ist, aber dies stellt hier nur auf die staatliche Schutzpflicht und nicht auf das möglicherweise korrelierende Grundrecht ab⁵³², weil eine verstorbene Person kein Rechtsträger des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes mehr ist⁵³³. „Das Verbot für Privatpersonen, die Menschenwürde anzugreifen, ist mit dem Gebot der staatlichen Schutzpflicht, Rechtsgewährleistung zu gewähren, verbunden.“⁵³⁴ Hiermit stellt sich die Frage, warum diese staatliche Schutzverpflichtung gegenüber verstorbenen Personen anerkannt werden muss, wie *Enders* aufzeigt:

530 Vgl. *Luther*, Grundlagen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, S. 50.

531 BVerfGE 30, 173 (194). Siehe dazu auch *Luther*, Grundlagen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, S. 45: „Eine Herleitung des postmortalen Persönlichkeitsrechts durch ein oberstes deutsches Zivilgericht erfolgte erst im Jahr 1968. Im Jahr 1968 hatte der Bundesgerichtshof über die Klage des Adoptivsohns des verstorbenen GUSTAF GRÜNDGENS zu entscheiden, der auf dem Rechtsweg die Verbreitung des Romans ‚Mephisto – Roman einer Karriere‘ von KLAUS MANN verhindern wollte. Das Gericht vertrat die Auffassung, dass die Verbreitung des Romans das Persönlichkeitsrecht GRÜNDGENS’ verletze, weil dessen Lebensleistung negativ verfälscht wiedergegeben werde.“

532 Vgl. *Gröschner*, Menschenwürde und Sepulkralkultur, S. 17 f.

533 Vgl. *Thier*, Rechtsstatus des Körpers nach deutschem Recht, S. 262 f.

534 *Lehnig*, Schutz der Würde, S. 26.

Bedürfen nicht manche Belange wie etwa der postmortale Persönlichkeitsschutz der rechtsprinzipiellen Fundierung im Achtungsgebot, das Art. 1 GG zugunsten der Menschenwürde formuliert? Gerade der postmortale Persönlichkeitsschutz erweist sich indessen als klassische *falsa demonstratio*: Indem ihm zeitliche Grenzen gezogen werden, die nicht vom Subjekt her, sondern heteronom nach Maßgabe seiner auch postum Wahrnehmung in der Öffentlichkeit bestimmt sind, fällt dieser Persönlichkeitsschutz völlig aus der üblichen und sachgebotenen Struktur der grundrechtsgarantierten Rechtspositionen heraus.⁵³⁵

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 Lebenden⁵³⁶. 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 Menschen⁵³⁷: 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 wird⁵³⁸. Mit anderen Worten setzt die Annahme einer Schutzpflicht des Staates zur Gewährleistung postmortalen Persönlichkeitsschutzes nicht voraus, dass die Toten selbst an der menschlichen Würde teilhaben. Die staatliche Schutzpflicht ergibt sich vielmehr schon daraus, dass der Staat die Menschenwürde der Lebenden schützen muss.

535 *Enders*, Die Menschenwürde als Recht auf Rechte, S. 60 f.

536 Vgl. *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 184 f.

537 Siehe dazu *Seelmann*, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte, S. 488: „Im Fall der postmortalen Würde des Leichnams und beim postmortalen Schutz der Persönlichkeit dürfte es sich eher um den Schutz des Willens beim noch Lebenden und um zugunsten anderer erwünschte Folgewirkungen eines einmal vorhanden gewesenen Individualschutzes handeln. Ähnlich wie bei der Menschenwürde geht es dann aber auch bei der Pietät um den Schutz ganz anderer Zusammenhänge und nicht eines bestehenden individuellen Rechts [Hervorh. d. Verf.]“.

538 Vgl. *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 71.

Der Bundesgerichtshof hat diesen Gesichtspunkt auch in der *Mephisto*-Entscheidung wie folgt zum Ausdruck gebracht:

Der Senat ist der Überzeugung, daß Menschenwürde und freie Entfaltung zu Lebzeiten nur dann im Sinne des Grundgesetzes ausreichend gewährleistet sind, wenn der Mensch auf einen Schutz seines Lebensbildes wenigstens gegen grobe ehrverletzende Entstellungen nach dem Tode vertrauen und in dieser Erwartung leben kann.⁵³⁹

Aber diese Anknüpfung an die Menschenwürde der Lebenden stellt eigentlich 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 Schutzverpflichtung gegenüber verstorbenen Personen ein Unsicherheitsgefühl in der lebenden Bevölkerung⁵⁴⁰ bzw. deren allgemeine Angst vor Störung der Totenruhe, was sich schließlich auf den öffentlichen Frieden bezieht, wie *Beck* betont:

Unter „öffentlichem Frieden“ versteht man nicht nur den durch die Rechtsordnung insgesamt gewährleisteten Zustand des von Furcht freien Zusammenlebens der Bürger, sondern auch das in dem Vertrauen auf die Fortdauer dieses Zustands begründete Sicherheitsgefühl der Allgemeinheit oder einzelner Bevölkerungsteile.⁵⁴¹

Deshalb kann die postmortale Menschenwürde anders zu verstehen sein als im Sinne des Schutzes eines Individualrechts, wenn sie bei der Organentnahme nach dem wie auch immer definierten Tod als Schutzgut relevant wird, wie *Seelmann* erläutert:

Eine Möglichkeit wäre, dass es sich bei den Begriffen der Menschenwürde oder der Pietät nur um die idealisierte Formulierung für eine Vielzahl individueller Interessen anderer Individuen handelt. Die Begriffe würden dann nur eine Kollektivbezeichnung – ein „vergeistigtes Zwischenrechtsgut“ [Hervorh. d. Verf.] – für in Wahrheit sehr viel konkretere Güter

539 BGHZ 50, 133 (139).

540 Siehe dazu *Seelmann*, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte, S. 489: „Beim Verbot eines bestimmten Umgangs mit Leichen lassen sich entsprechende auf Sicherheitsgefühle abstellende Argumente finden: wenn gesagt wird, geschützt sei das Vertrauen der Lebenden, auch nach ihrem Tod für die Nachwelt unverletzlich zu sein.“

541 *Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, S. 143.

wie das individuelle Recht auf Leben oder auf soziale Anerkennung bei unbestimmt vielen Einzelmenschen sein.⁵⁴²

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, wie *Amelung* hervorhebt:

Beispiele, in denen die Umgangssprache durch das Hinzutreten einer verfremdenden Perspektive die Sachlage verzerrt, bietet die Bezeichnung von „Gefühlen“, „Vertrauen“ und „Sicherheit“ als (angebliche) Rechtsgüter von Verhaltensnormen. Diese Begriffe bezeichnen keine spezifischen Gegenstände „hinter“ den strafbewehrten Verhaltensnormen, sondern verdinglichen Wirkungen, die auf der Rückseite aller faktisch geltenden Normen dieser Art auftreten.⁵⁴³

Die oben dargestellte Kollektivbezeichnung bedeutet also ein abstraktes Gefährdungsdelikt, das sich auf Gefahren zukünftiger ungewisser Ereignisse richtet⁵⁴⁴. Infolgedessen bezieht sich das Sicherheitsgefühl unmittelbar auf den Erhalt des sozialen öffentlichen Friedens, so dass der Gesetzgeber selbst irrationale Gefühle der Allgemeinheit in sein gesetzgeberisches Kalkül einbeziehen muss, wenn er rational darauf reagieren will.

b) Öffentlicher Frieden bezüglich § 168 StGB und § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG

Wie bereits erklärt, handelt es sich bei den Friedensschutzdelikten um kollektive Rechtsgüter schützende Delikte⁵⁴⁵. Damit wird unter dem öffentlichen Frieden ein Zustand der allgemeinen Rechtssicherheit sowie des beruhigenden Bewusstseins der Staatsangehörigen verstanden, in ihren durch die Rechtsordnung gewährleisteten berechtigten Interessen geschützt zu sein und zu bleiben⁵⁴⁶. Beispielsweise soll eine Störung des öffentlichen

542 *Seelmann*, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte, S. 489.

543 *Amelung*, Die Rechtsgutstheorie, S. 171.

544 Vgl. *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 188.

545 Vgl. *Schmitz*, Straftaten gegen Religion und Weltanschauung, S. 104 f.

546 Vgl. *Hefendehl*, Das Rechtsgut, S. 124.

Friedens etwa dann vorliegen, wenn eine postmortale Organtransplantation insbesondere von Ärzten oder nächsten Angehörigen des Toten ohne Einwilligung bzw. Berechtigung des Betroffenen selbst, also eigenmächtig, durchgeführt wird, weil zahlenmäßig unbestimmte, jedenfalls aber größere Bevölkerungskreise dadurch in ihrem Vertrauen auf die Schutzwirkung der Rechtsordnung zumindest vorübergehend beeinträchtigt werden können. Zwar enthält der Wortlaut des § 168 StGB oder § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG gerade keinen Hinweis auf eine abstrakte Gefährdung oder gar Störung des öffentlichen Friedens, aber man hat hier einzuräumen: „Durch die Bestrafung wird dieses vom Täter durch seine Tat in Frage gestellte Rechtsgut wieder in die gebührende Position gerückt: nicht im individuell verstandenen Sinne, sondern als zu bewahrende ‚Idee‘. M.a.W. ist das Rechtsgut einer jeden Strafnorm nicht im individuellen Sinne zu verstehen, sondern stets im ideellen Sinne für das Zusammenleben der Rechtsgemeinschaft.“⁵⁴⁷

Anders gesagt: Obwohl § 168 StGB und § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG als Verhaltensdelikte bezeichnet werden, beruht die entsprechende staatliche Schutzverpflichtung unter dem Namen der Wahrung der Menschenwürde⁵⁴⁸ im Wesentlichen direkt auf dem öffentlichen Frieden bzw. dem furchtlosen Zusammenleben innerhalb der Rechtsgemeinschaft⁵⁴⁹, wie *Steffen* zeigt:

Das Rechtsgut des öffentlichen Friedens könnte durch § 168 StGB geschützt werden, wenn gerade die Wegnahme einer Leiche, von Leichen teilen oder der Asche des Verstorbenen bzw. auf der anderen Seite der beschimpfende Unfug daran oder an einer Beisetzungsstätte in den Zustand allgemeiner Rechtssicherheit eingreifen bzw. das befriedete Zusammenleben der Bevölkerung einer besonderen Gefahr aussetzen würde. [...] Diese Störung erfolgt aber nicht in der Weise, daß eine Gefährdung des Rechtsfriedens der Allgemeinheit einträte [Hervorh. d. Verf.]. Die Wegnahme der Leiche oder von Leichenbestandteilen geschieht nicht in

547 Kretschmer, Leichenfrevel, S. 273.

548 Vgl. Schrag, Gefühlszustände, S. 52. Siehe dazu auch Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 175: „In der Kommentierung zu Art. 1 GG wird zwar darauf verwiesen, dass jeder Tote von Verfassung wegen einen Anspruch auf ein würdiges Begräbnis und auf würdige Totenruhe habe. Die strafrechtlichen Normen in den §§ 167a, 168 werden auf Art. 1 Abs. 1 GG gestützt. Dies beruht jedoch auf einem undifferenzierten Umgang mit dem Wort ‚Würde‘.“

549 Vgl. Hirsch, Harm Principle, S. 24 f.

jedem Fall unter Umständen, die geeignet sind, Reaktionen der Bevölkerung hervorzurufen oder das Sicherheitsgefühl von Bevölkerungsteilen erheblich zu erschüttern.⁵⁵⁰

Bemerkenswerterweise beziehen sich die kollektiven Rechtsgüter im Rahmen des modernen Strafrechts, wie z. B. der öffentliche Frieden, nach der systemimmanenten Rechtsgutstheorie auf die gesetzgeberliche Präsumtion eines zukünftigen potenziellen Schadens, was bedeutet, dass die mit der Verhaltensweise verfolgten Interessen mit den Interessen anderer Gesellschaftsmitglieder abgewogen werden müssen, „um in ihren eigenen (abweichenden) Wertvorstellungen und Überzeugungen bzw. in der Integrität ihres Gefühlszustandes nicht beeinträchtigt zu werden. Basis dieses Abwägungsprozesses sind notwendigerweise Vorabannahmen zum maßgeblichen Grundkonsens der jeweiligen Gesellschaft, insbesondere im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung des Bereichs der jeder staatlichen und damit auch strafrechtlichen Einwirkung entzogenen (Privat-)Sphäre des Bürgers.“⁵⁵¹ Nach *Stratenwerth* bedeutet der basale gesellschaftliche Konsens dementsprechend die Anerkennung der Allgemeinheit bzw. die verinnerlichte Überzeugung bezüglich der entsprechenden Norm, die für uns als die Wertegemeinschaft ständig so wichtig ist, dass wir ihre bloße Verletzung als strafwürdig empfinden⁵⁵². So verdeutlicht *Wohlers*, dass der Begriff des öffentlichen Friedens nicht einen Zustand faktischer Ungestört-heit umschreibt, sondern den Zustand des mit Verhaltensnormen konstruierten Rechtsfriedens, d. h., der öffentliche Frieden ist gestört, wenn Rechte bzw. Rechtspositionen nicht mehr gesichert bzw. in Frage gestellt sind⁵⁵³. Der öffentliche Frieden hat damit aber keinen eigenständigen argumentativen Gehalt, sondern stellt nichts anderes dar als eine Leerformel für die Gesamtheit der in einer Gesellschaft normativ anerkannten Rechtspositionen⁵⁵⁴.

Die gesellschaftliche Person bezieht sich begrifflich auf die Lebensform einer vernünftigen Existenz in der kommunikativen Praxis bezüglich des

550 *Steffen*, Strafbarkeit der klinischen Sektion, S. 74. Siehe dazu auch *Preis*, Die Leiche im Strafrecht und Strafverfahren, S. 16: „Die Nichtachtung des Totenfriedens eines Individuums verletzt die Gattung in ihren heiligsten Gefühlen, nicht verwandtschaftliche, nicht konfessionelle, sondern allgemein menschliche, moralische Gesichtspunkte sind hier maßgebend.“

551 *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 271.

552 Vgl. *Stratenwerth*, Verhaltensdelikten, S. 162.

553 Vgl. *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 270.

554 Vgl. *Fischer*, Öffentlicher Friede, S. 599 f.

Kritisierens und Rechtfertigens eines menschlichen Verhaltens, wie Günther erklärt:

Alle Personen sind im Raum rationaler und moralischer Gründe präsent. Der Begriff der Person bezieht sich auf die Lebensform einer vernünftigen Existenz, die für Gründe empfänglich ist und aus Gründen heraus handeln kann. Die Empfänglichkeit für Gründe ist Ausdruck der Grundbefähigung zu einer kulturellen Lebensform, die sich unter den Bedingungen der angeborenen menschlichen Natur entwickeln kann und in aller Regel auch entwickelt.⁵⁵⁵

Demnach entwickelt sich die soziale Person bemerkenswerterweise seit der Aufklärung, insbesondere seit der Entstehung eines kapitalistischen Wirtschaftssystems sowie der Konzeption und der selektiven Durchsetzung von Menschenrechten, allmählich zum Zentrum der säkularen Welt⁵⁵⁶. „Dieser Entwicklungsprozess endet damit, dass die Rechtspersönlichkeit mit der Rechtsfähigkeit gleichgesetzt wird, worunter die Fähigkeit zu verstehen ist, Rechte und Pflichten, genauer: subjektive Rechte und rechtliche Pflichten haben zu können.“⁵⁵⁷ Anders gesagt: Der Begriff der Person beruht normativ nicht nur auf der natürlichen Handlungsfähigkeit und Willensmacht, sondern auch auf den abstrakten sozialen, sittlichen und kulturellen Beziehungen⁵⁵⁸, was aus der Perspektive der Wahrung der Menschenwürde schließlich dazu führt, dass der menschliche Körper selbst eine besondere ethische und rechtliche Bedeutung enthält, so dass auch der Leichnam

555 Günther, Die Person der personalen Rechtsgutslehre, S. 26.

556 Vgl. Brugger, AöR 1989, S. 546 ff.

557 Günther, Die Person der personalen Rechtsgutslehre, S. 30.

558 Siehe dazu Remus, Öffentliches Interesse im Strafrecht, S. 25: „Das Individuum kann innerhalb seiner Person einen eigenen untergeordneten einem eigenen übergeordneten Wert gegenüberstellen, es kann aber auch von aussen [sic] eine neue Größe eingeführt werden, die einem anderen wertenden Individuum angehört. Das Individuum bekommt dann einen gesellschaftlichen Charakter; es ist also ebenfalls sowohl subjektiver wie objektiver Wert [Hervorh. d. Verf.]. Und wenn wir in dem Gesellschaftswillen als dem Produkt aus der Uebereinstimmung [sic] der Einzelbestrebungen den herrschenden und sich durchsetzenden übergeordneten Wert gegenüber den Wertsetzungen der Individuen und in dem Recht, dem Ausdruck dieses Willens [...] als Werturteil der Gesellschaftsbestrebungen über die einzelnen Wertbestrebungen innerhalb dieser Gesellschaft verstehen, dann ist Gegenstand dieser Wertung das Individuum mit seinem doppelten Wert als Individuum und als Gesellschaftsmitglied [Hervorh. d. Verf.].“

nach gewohnheitsrechtlichen Wertungsvorstellungen⁵⁵⁹ oftmals zur eigenständigen Inkarnation der postmortalen Menschenwürde werden kann und dadurch weiter zu respektieren ist, wie Hörnle folgert:

Um schlüssig zu begründen, dass die im irdischen Leben verstorbene Person weiter Grundrechtssubjekt bleibt, müsste man allerdings Verbindungslinien zu ihrem alten Leben ziehen können. Der Verstorbene müsste in der neu erreichten Form seines Seins noch Interessen in Bezug auf seine frühere Existenz haben.⁵⁶⁰

Demnach geht es hier um die Möglichkeit, dass die illegale Zerstörung des menschlichen Leichnams negative Gefühle bei den nächsten Angehörigen der Toten und auch anderer Personen auslöst. Während hier der wesentliche, die Strafbarkeit erklärende Zusammenhang zwischen Moral und Strafverbot bestehen könnte, wären diese negativen Gefühle jedoch nur ein Zwischenstadium, weil der Strafgesetzgeber noch weiter abwägen sollte, ob und inwieweit sich der öffentliche Frieden gefährden lässt, wie Fischer betont:

Der Wortlaut des Gesetzes nennt den Angriff auf die Menschenwürde nur als Mittel zur Störung des öffentlichen Friedens. Daraus folgt, daß jeder Angriff auf die Menschenwürde, der nicht geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, nicht von dieser Strafnorm erfaßt wird [Hervorh. d. Verf.]. Hieraus folgt wiederum, daß der öffentliche Friede das Rechtsgut ist, das allein in den Schutzbereich der Norm fällt, denn wenn schon der Angriff auf die Menschenwürde ohne Eignung zur Friedensstörung nicht tatbestandsmäßig ist, kann somit auch die Menschenwürde nicht Schutzzweck der Norm sein.⁵⁶¹

Wie bereits erklärt, könnte die Verletzung der postmortalen Menschenwürde theoretisch ein öffentliches Unsicherheitsgefühl auslösen, aber es fehlt

559 Siehe dazu ebenda, S. 26 f.: „Diese Annahme ist u. E. deshalb abwegig, da der Staat selber nur ebenso wie das Recht eine Kristallisation des Gemeinwillens, ein Ausdruck des Gemeinwillens bezüglich ganz bestimmter Zwecke und Ziele ist und als solcher auch nicht die sämtlichen Inhalte dieses Gemeinwillens umfassen kann. Das zeigt sich besonders darin, daß nicht allein in [den] vom Staat erlassenen Gesetzen der Wille der Gemeinschaft uns als ‚Recht‘ entgegentritt, sondern daß er auch dort, wo er stillschweigend durch das Rechtsleben selbst geäußert wird, Recht, das sogenannte Gewohnheitsrecht erzeugt [Hervorh. d. Verf.]“

560 Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 159.

561 Fischer, Öffentlicher Friede, S. 407. Siehe dazu auch OLG München, JZ 1985, S. 807 f.

an einer Begründung dafür, warum das Gefühl der Sicherheit der Bevölkerung in säkular-pluralistischen Gesellschaften durch das Vertrauen in die allgemeine Rechtssicherheit begründet sein soll oder muss, um dem Begriff des öffentlichen Friedens zu unterfallen⁵⁶². Deshalb hat man hier einzuräumen: „Es sei vielmehr ein komplizierter Abwägungsvorgang erforderlich, bevor zur Strafwürdigkeit Stellung genommen werden könne.“⁵⁶³

Der öffentliche Frieden bedeutet wörtlich ein tolerantes bzw. einträchtiges Zusammenleben, das im Wesentlichen ein kollektiv geteiltes Interesse darstellt. Aber die Vagheit und Ungenauigkeit des Begriffs des öffentlichen Friedens ist stets problematisch⁵⁶⁴.

Im Vergleich zur Abgeschlossenheit der Privatsphäre⁵⁶⁵ umfasst die Öffentlichkeit⁵⁶⁶ als faktischer und normativer Begriff die objektiven Lebensvorgänge und -beziehungen bezüglich der Interessen eines unbestimmten Personenkreises im sozialen Raum, wie *Martens* darlegt:

In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts als Ersatzwort für „Publizität“ aus dem Adjektiv gebildet, bezeichnet auch „Öffentlichkeit“ zunächst einen Zustand der Zugänglichkeit oder Wahrnehmbarkeit, den die Wendungen von der Normativität der „Öffentlichkeit“ meinen, wie der Kontext ergibt [Hervorh. d. Verf.]. Er erweist aber vor allem, daß der mehrdeutige Begriff des normativen Begriffs oder Wertbegriffs dort im Sinne einer „Wertbezogenheit“ verwendet wird. Wenn nämlich „Öffentlichkeit“ als Wertbegriff qualifiziert wird, dann geschieht das nicht mit Rücksicht auf die logische Struktur des Begriffs, sondern in der Erwägung, daß

562 Vgl. *Fischer*, Öffentlicher Friede, S. 477.

563 *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 81.

564 Siehe dazu ebenda, S. 90: „Misstrauen gegenüber Strafnormen, die mit dem Schutz des ‚öffentlichen Friedens‘ begründet werden, wird dadurch geschürt, dass keineswegs geklärt ist, was darunter zu verstehen ist. Offensichtlich ist nur, dass es sich um ein kollektiv zugeordnetes Gut handeln muss, nicht aber, welcher Zustand geschützt werden soll [Hervorh. d. Verf.]“

565 Siehe dazu *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 49: „Die Erscheinungen, die den Bereich der Öffentlichkeit erfüllen, lassen sich nur negativ insofern auf einen gemeinsamen Nenner bringen, als ihnen die für die Privatsphäre charakteristischen Merkmale fehlen.“

566 Siehe dazu ebenda, S. 32: „Erst seit dem Beginn des 18. Jahrhunderts mehren sich die Zeugnisse, die es rechtfertigen, eine echte Sprachwandlung anzunehmen. ‚Öffentlich‘ tritt gleichberechtigt neben ‚gemein‘, verdrängt es teilweise sogar allmählich und wird nun auch für sich allein als Übersetzung von ‚publicus‘ verwendet.“

Publizität für bestimmte Sachverhalte bestimmte Werte wie Freiheit, Wahrheit, Gerechtigkeit verbürge [Hervorh. d. Verf.].⁵⁶⁷

Demnach ergibt sich eine besondere moralische und rechtliche Herausforderung für die Interpretation der Öffentlichkeit als Wertbegriff vornehmlich bezüglich der Menschenwürde in der wachsenden Säkularisierung und Pluralisierung des Ethos in modernen Gesellschaften⁵⁶⁸.

Erstens ist der Bereich der Öffentlichkeit bzw. die Gesellschaft eine eigenständige Entität bzw. Einheit des Gesamtinteresses, wie *Remus* zeigt:

Die Gesellschaft als theoretisches Gebilde stellt sich dar als Vereinigung aller Einzelinteressen zu einem einheitlichen Ganzen, zu einem Gesamtinteresse, welches aber nicht als ihre Summierung, sondern als ihr Produkt erscheint. Denn das Gesamtinteresse ist das Ergebnis des Gesamtwillens. [...] Aber seine merkwürdigste Eigenschaft ist, daß er Einheit und Mannigfaltigkeit zugleich ist, also keine Summation, sondern eine Resultante [Hervorh. d. Verf.], die übereinstimmende und divergierende Motive in sich schließt, ebendeshalb aber auch ein neues Erzeugnis seiner Elemente darstellt. Das auf ihn bezogene Gesamtinteresse ist also eine Vereinigung der Einzelinteressen zu einem Ganzen von bestimmter Eigenart. (Man könnte ihn die chemische Verbindung der Individualwillen im Gegensatz zu einer mechanischen Mischung nennen). [...] Als Willensaggregat betrachtet, besteht die Eigenart des Gesamtinteresses darin, daß es als Einheit vor die Individualinteressen in den Vordergrund tritt [Hervorh. d. Verf.].⁵⁶⁹

Deswegen ist das öffentliche Gesamtinteresse im Wesentlichen eine eigenständige Zusammenfassung der sozialen Interessen der Individuen. Dieses Interesse beschränkt sich demnach nicht auf ein bestimmtes Individuum⁵⁷⁰; es darf auch nicht nur auf einen bestimmten Kreis von Individuen oder einen Kreis bestimmter Individuen abstellen. Anders formuliert: Das

567 Ebenda, S. 44.

568 Vgl. *Luf*, Menschenwürde in der Biomedizin, S. 250.

569 *Remus*, Öffentliches Interesse im Strafrecht, S. 16.

570 Siehe dazu *Fischer*, Öffentlicher Friede, S. 526: „Werden jedoch die ‚Rechtsgüter‘ nicht als staatliche, sondern als ‚allgemeine‘, ‚öffentliche‘ identifiziert, so ist damit die Ebene des individuellen, subjektiven Rechts nicht verlassen. Der Individualfrieden wird, multipliziert man ihn mit einer beliebigen Vielzahl, zum öffentlichen Individualfrieden, nicht aber zum Frieden der Öffentlichkeit als Subjekt [Hervorh. d. Verf.]“

öffentliche Interesse bedeutet kein Interesse einer Mehrheit einzelner Individuen⁵⁷¹.

Zweitens gehört der öffentliche Frieden nach den klassischen systemkritischen Rechtsgutslehren nicht zum materiellen Individualrechtsgut, sondern bezieht sich auf das abstrakte Gefährdungsdelikt als kollektives Rechtsgut⁵⁷², wie *Fischer* erklärt:

Nach dieser Ansicht, die die hohen Erwartungen, welche an eine materielle Rechtsgutstheorie gestellt werden, wesentlich zurücknimmt, ist somit der öffentliche Friede in einer materiellen Systematik von Rechtsgütern nicht selbst als solches einzuordnen; vielmehr verweisen auch hier Begründung und Konzeption eines am materiellen Unrechtsgehalt ausgerichteten Rechtsgutsbegriffs auf den öffentlichen Frieden gerade zurück: Öffentlicher Friede ist nicht ein Rechtsgut, sondern der Maßstab, an welchem sich die Rechtsgutsqualität von Gegenständen prüfen läßt. [...] Der öffentliche Friede liegt vielmehr als normativer Begriff diesen materiellen Rechtsgutskonzeptionen selbst zugrunde [Hervorh. d. Verf.]. Sein Inhalt ist im Bereich der Begriffe der „Strafwürdigkeit“ und des „Gemeinwohls“, des „öffentlichen Interesses“ angesiedelt.⁵⁷³

Demnach orientiert sich das öffentliche Interesse noch wesentlich am Schutz der Individualinteressen, obwohl es selbst ein eigenständiges Schutzgut darstellt, wie oben erwähnt. Zwar sind die Wertungskriterien für die Verobjektivierung und Konkretisierung des öffentlichen Friedens bzw. des Gesamtinteresses besonders in der heutigen pluralistischen Gesellschaft mit wenigen Erfahrungen der Vermeidung zukunftsbezogener Gefahren zu konstituieren⁵⁷⁴, aber die Allgemeinheit versucht dennoch dauerhaft, einen basalen sozialen Konsens bzw. Handlungsmaßstab zu verwirklichen, wie *Hörnle* betont:

Pluralismus dürfe nicht mit Relativismus gleichgesetzt werden. [...] Ein Sicherheitsinteresse am Bestand einer pluralistischen Gesellschaft ist ohne weiteres zu bejahen [Hervorh. d. Verf.]. Ein solches Gesellschaftssys-

571 Siehe dazu *Remus*, Öffentliches Interesse im Strafrecht, S. 29: „Eine Mehrheit von Personen kann nur Träger eines Rechtsinteresses sein, wenn sie Rechtssubjekt ist, d. h., eine tatsächliche Erscheinung des Rechtes und kein theoretisches Gebilde.“

572 Vgl. *Seelmann*, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte, S. 492.

573 *Fischer*, Öffentlicher Friede, S. 602.

574 Vgl. ebenda, S. 612 ff.

tem ist zur Verwirklichung einer wie auch immer im Einzelnen gearteten autonomen Lebensgestaltung unverzichtbar.⁵⁷⁵

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 Gesellschaft⁵⁷⁶, 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, wie oben erklärt, 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.

B. Schutzgrenzen bezüglich des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Außer dem Schutz der Rechtsgüter, sowohl individueller als auch kollektiver, gehören bestimmte Verhaltenserwartungen Dritter, die sich nicht so einfach klar benennbaren Rechten zuordnen lassen, auch schon seit Langem zum Schutzbereich des Strafrechts, z. B. nach § 168 StGB. „Man nennt sie ‚Verhaltensdelikte‘, weil in ihnen einfach sonstiges unerwünschtes Verhalten unter Strafe gestellt ist. Auch damit zusammenhängenden Verhaltenserwartungen gegenüber zeigt das Strafrecht also Verständnis und zu ihrem Schutz stellt es deshalb gleichfalls für jedermann Toleranzzumutungen auf.“⁵⁷⁷ Hier ist zu betonen, dass solche Toleranzzumutungen gegenüber den Erwartungen von Angehörigen, Ärzten oder anderen Berechtigten des Totensorgerechts auch den Umgang mit Verstorbenen betreffen. Umgekehrt stellen diese Toleranzzumutungen ebenfalls dar, ob und inwieweit der Gesetzgeber strafrechtliche Eingriffe in individuelle Autonomie feststellen kann. So geht es hier im Wesentlichen um die Effizienz des staatlichen

575 Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 100.

576 Vgl. Remus, Öffentliches Interesse im Strafrecht, S. 31 f.

577 Seelmann, Orientierungsgewissheit und Sozialmoral, S. 189.

Eingriffs: „Ein Eingriff ist dann nicht gerechtfertigt, wenn ein anderer Eingriff dasselbe Ziel erreicht und bei ihm die Eingriffskosten geringer sind.“⁵⁷⁸ Demnach stellt ein solches konsequentialistisches Effizienzkriterium strafrechtsdogmatisch auf das Übermaßverbot ab. Durch die Beachtung des Übermaßverbots lässt sich die Grenze der Zumutbarkeit für den Betroffenen des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere dieses Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe bewahren⁵⁷⁹. Nach *Lerche* wird der Begriff „Überverbot“ oder „Übermaßverbot“ als Oberbezeichnung über die Grundsätze der Notwendigkeit (Erforderlichkeit) und der Verhältnismäßigkeit definiert⁵⁸⁰, die für das Strafrecht im bekannten Dreischritt konkretisiert wird, nämlich Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit.

Der Begriff des freiheitlichen Rechtsstaates bedeutet „einerseits Ideen von der Herrschaft des Rechts oder der Gesetze, der Mäßigung und Kontrolle der Staatsgewalt sowie der Sicherung individueller Freiheit, andererseits Vorstellungen über die Realisierung materieller Gerechtigkeit“⁵⁸¹. Hiermit liegt ein Spannungsverhältnis zwischen der Wahrung der Gemeinwohlinteressen im Sinne der Grundrechtsdogmatik und der Einschränkung der Individualfreiheit im strafrechtsdogmatischen Sinne vor⁵⁸². So betont *Bae* ausdrücklich:

Ein an das Eigengewicht der individuellen Freiheit gebundener Gerechtigkeitsgedanke liegt dem System des Grundgesetzes zugrunde, dessen Aktualisierung die Aufgabe des freiheitlichen Rechtsstaates ist; hier stehen freiheitlicher Grundrechts- und Gerechtigkeitsgedanke in enger Verbindung. Aus dieser Grundentscheidung der Verfassung ergibt sich, daß die Freiheitsräume des Bürgers von der staatlichen Bevormundung möglichst freigehalten werden müssen und staatliche Eingriffe, wenn überhaupt, nur als Ausnahme in Kauf genommen werden können [Hervorh. d. Verf.].⁵⁸³

Demnach wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum logischen Kernelement der Aktualisierung der materiellen Gerechtigkeit dadurch, dass bei Eingriffen der staatlichen Gewalt unnötige Belastungen der Frei-

578 *Mayr*, Paternalismus, S. 55.

579 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 172.

580 Vgl. *Lerche*, Übermass und Verfassungsrecht, S. 21.

581 *Bae*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht, S. 33.

582 Vgl. *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 140.

583 *Bae*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht, S. 41.

heit des Bürgers vermieden bzw. auf ein Mindestmaß begrenzt werden müssen.

I. Anknüpfungspunkte für die verfassungsrechtliche Prüfung

Wenn das staatliche Handeln die Grundrechte des Bürgers einschränkt, sollte es aufgrund überwiegender Gründe gerechtfertigt werden, weil der Mensch aus liberaler Perspektive nicht für den Staat, sondern der Staat für den Menschen existiert. Schließlich ist der Gesetzgeber in der Beschränkung von Grundrechten an das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden⁵⁸⁴, so dass die gesetzgeberischen Eingriffe geeignet, erforderlich und angemessen sein müssten und diese Grundrechtseingriffe zudem nicht außer Verhältnis zum Zweck bezüglich des Schutzes der Menschenwürde und der Freiheitsgrundrechte stehen dürften⁵⁸⁵, was in erster Linie auf der Abwehrfunktion der bürgerlichen Grundrechte beruht. Mit anderen Worten kommt dieser Abwehrfunktion in der Grundrechtsdogmatik bei der verfassungsrechtlichen Prüfung der staatlichen Eingriffe, wie z. B. den strafrechtlich sanktionierten Verboten, eine zentrale Rolle zu. Die staatliche Schutzpflicht entsteht erst ab dem Erreichen einer gewissen Untergrenze, unterhalb derer es sich um erlaubte Lebensrisiken handelt, die laut dem Bundesverfassungsgericht als sozial-adäquate Lasten⁵⁸⁶ von allen Bürgern

584 Vgl. *Stächelin*, Strafesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 119.

585 Siehe dazu *Wolff*, Entscheidung des Gesetzgebers zur Strafbewehrung, S. 253: „Für einen freiheitlichen Rechtsstaat ist die moralische Missbilligung ein Grundrechtseingriff besonderer Art, der besondere Grenzen gebietet. Die inhaltliche Prüfung der Strafnorm über ihre Verfassungsmäßigkeit vollzieht sich dabei an Hand [sic] der Freiheitsgrundrechte [Hervorh. d. Verf.]. Der allgemeine Gleichheitssatz spielt für die Strafgewalt in der Rechtsprechung des BVerfG keine nennenswerte Rolle. Ordnet man die Strafe als normalen Grundrechtseingriff ein, so verlagert sich die verfassungsrechtlich relevante Prüfung ganz auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.“

586 Der Begriff der Sozialadäquanz dient hier nicht als Begründung, sondern lediglich als Sammelbecken für diejenigen Fallkonstellationen, für die die Auslegung und auch die Wertung ergeben, dass sie im erlaubten Risiko verbleiben. Es geht also nicht um Argumentation, sondern nur um Klassifikation. Beispielsweise ist ein Verhalten für straflos zu erklären, nur weil es sozialadäquat ist, ohne eine andere Begründung für diese Straflosigkeit zu bieten, was in einen Argumentationszirkel gerät. Siehe dazu *Eser*, Sozialadäquanz, S. 207: „Nicht zuletzt meint Roxin auf die ‚unspezifische Begründung‘ der Lehre von der Sozialadäquanz verzichten zu können, da sich die richtige Lösung ‚durch eine am geschützten Rechtsgut orientierte,

zu tragen sind⁵⁸⁷, was sich auf das Untermaßverbot als schutzpflichtspezifische Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bezieht⁵⁸⁸; zugleich sind die Strukturen der abwehrrechtlichen Prüfung einschließlich der „Schranken-Schranke“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁵⁸⁹ heranzuziehen, was auf das Übermaßverbot auch noch aus der Perspektive der Abwehrfunktion der Grundrechte abstellt. Hierzu erklärt *Seedorf* ausdrücklich:

Obwohl der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seine verfassungsrechtliche Verankerung nach wohl überwiegender Ansicht im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG findet und in gewichtigen Anwendungsbereichen wohl auch nur finden kann, hat er seine hervorgehobene Bedeutung in der Rechtspraxis vorrangig im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen erlangt [Hervorh. d. Verf.]. Möglicherweise ist in der Tatsache, dass er im Grundrechtskontext am häufigsten zur Anwendung gelangt [Hervorh. d. Verf.], auch die Ursache dafür zu sehen, dass etwa das Bundesverfassungsgericht den Ursprung des Übermaßverbotes sowohl aus dem Rechtsstaatsprinzip als auch „im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst“ ableitet. Als materielle Grenze für Grundrechtseingriffe steht er damit auch unmittel-

einschränkende Interpretation‘ finden lasse. Zwar räumt er zunächst ein, daß die Lehre von der Sozialadäquanz tendenziell ein ‚richtiges Prinzip zur Profilierung des Deliktstyps und damit ein Tatbestandseinschränkungsgrund‘ sei, daß es aber heute durch präzisere hermeneutische Instrumente ersetzt werden könne [Hervorh. d. Verf.]. Der Schutzbereich des Tatbestandes ergebe sich aus dem geschützten Rechtsgut und der vom Gesetzgeber gegebenenfalls vorgesehenen besonderen Angriffsweise, woraus sich der Deliktstyp bestimmen lasse, so daß bestimmte Handlungen trotz eines weitergreifenden Tatbestandswortlautes nicht erfaßt würden.“

587 Vgl. BVerfGE 39, 1 (92); *Schürer-Mohr*, Erlaubte Risiken, S. 161 f.

588 Vgl. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 76.

589 Siehe dazu *Seedorf*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 136: „Die ‚Schranken der Grundrechtsbegrenzung‘, ‚Eingriffsschranken‘ oder ‚Schranken-Schranken‘ sind in der Staatsrechtswissenschaft ausführlich systematisiert und interpretiert worden. Zumeist wird dabei zwischen formellen und materiellen Anforderungen an Grundrechtseingriffe unterschieden. Formell wirken die Kompetenzordnung des Grundgesetzes für den Bundesgesetzgeber (Art. 70 ff. GG), die Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren (Art. 76 ff. GG), das Verbot des Einzelfallgesetzes (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG) sowie das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG). [...] Als materielle Grenzen für Grundrechtseingriffe des Gesetzgebers werden insbesondere die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) sowie (in abwehrrechtlicher Hinsicht) die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG angesehen [Hervorh. d. Verf.]. Beide Grenzen wirken absolut, Eingriffe in ein Grundrecht, die seinen Wesensgehalt oder den Menschenwürdegehalt tangieren, sind per se unzulässig und ‚in keinem Falle‘ (Art. 19 Abs. 2 GG) zu rechtfertigen.“

bar im Zusammenhang mit der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers [Hervorh. d. Verf.].⁵⁹⁰

Zwischen Ober- und Untergrenze kann der Gesetzgeber theoretisch aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein generelles Rationalitätskriterium staatlichen Handelns ableiten. Bei der inhaltlichen Ausfüllung der staatlichen Schutzpflicht soll dem Gesetzgeber zwar ein großer Spielraum zustehen⁵⁹¹, aber er wird zugleich dazu verpflichtet, seine Maßnahmen an-

590 Ebenda, S. 130.

591 Siehe dazu *Burkiczak*, RT 2021, S. 36 f.: „Spielte die Entstehungsgeschichte in der Auslegungspraxis des BVerfG schon von Anfang an eine weitaus größere und entscheidendere Rolle[,] als manche hier skizzierten abstrakten methodischen Äußerungen des Gerichts vermuten ließen, verstetigte sich in der Folgezeit die auch explizite Anerkennung des Willens des Gesetzgebers als bedeutsamer, ja letztlich Grenzen setzender Auslegungsgesichtspunkt [Hervorh. d. Verf.]. Dies erörtert das BVerfG regelmäßig im Rahmen der Darlegung, dass auch die konforme Auslegung den allgemeinen methodischen Vorgaben entsprechen müsse, also keine weiterreichenden Befugnisse der Gerichte – der Fachgerichte wie des BVerfG selbst – generiere. Während das Gericht im 71. Band der Entscheidungssammlung (1985) noch ausführte, dass (neben dem Wortlaut) der klar erkennbare ‚Wille des Gesetzes‘ die Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung begrenzt [Hervorh. d. Verf.], weil im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt oder das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden dürfe, stellt es seit dem 90. Band der Entscheidungssammlung (1994) insofern (ganz überwiegend) auch begrifflich auf den ‚Willen des Gesetzgebers‘ ab. Sei eine einschränkende, verfassungskonforme Auslegung möglich, dann komme es zwar nicht darauf an, ob dem subjektiven Willen des Gesetzgebers die weitergehende, dem Grundgesetz nicht entsprechende Auslegung eher entsprochen hätte. Die verfassungskonforme Auslegung finde ihre Grenzen aber dort, wo sie zu dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde. Der Respekt vor dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber verbiete es, im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz einen entgegengesetzten Sinn zu verleihen oder den normativen Gehalt einer Vorschrift grundlegend neu zu bestimmen [Hervorh. d. Verf.]. Auch im Wege der verfassungskonformen Interpretation dürfe der normative Gehalt einer Regelung nicht neu bestimmt werden. Die zur Vermeidung eines Nichtigkeitsausspruchs gefundene Interpretation müsse daher eine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige Auslegung sein. Die Grenzen verfassungskonformer Auslegung ergäben sich damit grundsätzlich aus dem ordnungsgemäßen Gebrauch der anerkannten Auslegungsmethoden. Der Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt (Art. 20 Abs. 2 GG) gebiete es dabei, in den Grenzen der Verfassung das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt habe. Er fordere mithin eine verfassungskonforme Auslegung der Norm, die durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckt sei und die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahre. Die Deutung dürfe nicht dazu führen, dass das gesetzgeberische Ziel in einem wesentli-

hand der jeweils neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern, um die individuellen Grundrechte nicht in beliebiger Weise zu beschränken⁵⁹², was einen gesellschaftlichen und rechtlichen Grundkonsens in der liberalen Position darstellt⁵⁹³. *Kaspar* stellt dar, dass es sich dabei um das Problem der Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat handelt. „Die ‚Wahrheit‘ dürfte daher, wie so oft, in der Mitte liegen: Die Verfassung enthält ausdrückliche und vom Bundesverfassungsgericht weiter konkretisierte Vorgaben an den Gesetzgeber, der zwar einen gewissen Spielraum geltend machen kann, aber dabei doch an die Verfassung gebunden bleibt.“⁵⁹⁴

In der Prüfungsstruktur des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erhalten verschiedene Belange ihren Platz zugewiesen: „Zunächst kann prototypisch zwischen Belangen unterschieden werden, die stärker Tatsachen und solchen, die stärker Rechtsfragen betreffen.“⁵⁹⁵ Anders formuliert: Auf der Ebene der Angemessenheit lassen sich die normativen Rechtsfragen abhandeln, während die beiden vorgelagerten Prüfungsstufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit kaum ohne die Einbeziehung von Tatsachen im konkreten Fall zu prüfen sind⁵⁹⁶. Der Prüfungsaufbau führt demnach zu einer absichtenden Strukturierung: Die Geeignetheit bezieht sich auf eine Abwägung der empirisch erhebbaren Tatsachen, um festzustellen, ob das ausgewählte Mittel das Ziel zumindest fördern kann; bei der Erforderlichkeitsprüfung ist die Berücksichtigung der Bewertungen des Normerzeugers hingegen unerlässlich, aber „diese Prüfungsstufe kann das Gericht in vielen Fällen kaum noch autonom beurteilen, weil es, gerade bei prognostischen Regelungen, von Annahmen und Bewertungen des Normerzeugers abhängt, um beurteilen zu können, ob es gleich geeignete[,] aber mildere

chen Punkt verfehlt oder verfälscht werde. In diesen und anderen Entscheidungen rekurriert das BVerfG dann auch regelmäßig auf die Gesetzesmaterialien, um den ‚historischen Willen‘ des Gesetzgebers zu ermitteln.“

592 Siehe dazu *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 64 f.: „Eine Verletzung der Schutzpflicht (die zugleich eine Verletzung des betroffenen Grundrechts bedeutet) soll erst dann anzunehmen sein, wenn der Staat überhaupt keine Schutzmaßnahmen getroffen hat oder wenn diese gänzlich ungeeignet oder zumindest völlig unzulänglich sind. [...] Das BVerfG kann dann nur das ‚ob‘, nicht aber das ‚wie‘ der Handlungspflicht als grundrechtlich geboten feststellen [Hervorh. d. Verf.]“

593 Vgl. *Greco*, ZIS 2008, S. 236.

594 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 172.

595 *Lepsius*, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, S. 19.

596 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 94.

Mittel gibt“⁵⁹⁷, was weiter bedeutet, dass der Umfang der verfassungsrechtlichen Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht eher restriktiv ist und dass der Spielraum des Gesetzgebers in der Regel noch respektiert wird⁵⁹⁸; auf der Angemessenheitsstufe lassen sich schließlich die politischen Werturteilskonflikte zur rein normativen Grundrechtsfrage erklären und damit wieder juridifizieren. Die Angemessenheitsprüfung bezieht sich deshalb im Wesentlichen nur auf eine rein rechtswissenschaftliche Frage, wie *Lepsius* betont:

Auf dieser Prüfungsstufe ist der potentielle Übergriff auf den Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum des Normerzeugers am größten und dementsprechend die Problematik der „countermajoritarian difficulty“ am ausgeprägtesten. Obwohl bei der Angemessenheitsprüfung der institutionelle Konflikt zwischen den Gewalten am schärfsten zu sein verspricht, lässt sich die Frage hier jedoch als eine rein normwissenschaftliche behandeln [Hervorh. d. Verf.]: Es geht um den Abgleich von Rechtsgütern (desjenigen, in das das Mittel eingreift[,]) mit demjenigen, das durch den Zweck der Norm gefördert werden soll), und Rechtsgüterfragen präsentieren sich als normative Fragen wie selbstverständlich als genuin juristische Fragen. Mit anderen Worten: Auf dieser Prüfungsstufe lassen sich politisch erhebliche Aspekte der Falllösung zu einer verfassungsakzessorischen juristischen Prüfung umformen [Hervorh. d. Verf.].⁵⁹⁹

Demnach stellt der oben erwähnte Prüfungsaufbau hauptsächlich auf die „Zweck-Mittel-Relation“ ab, ob und inwieweit ein vom Gesetzgeber gewähltes Mittel im Hinblick auf den damit verfolgten Zweck der Norm gerechtfertigt werden kann, woraus der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Bestimmung von Prüfungsgrenzen ermöglicht⁶⁰⁰. Überdies ist es für die heutige gesetzgeberische Praxis nicht zuletzt entscheidend, „dass das Bundesverfassungsgericht davon ausgeht, dass ein verhältnismäßiger Eingriff in ein Grundrecht die Wesensgehaltsgarantie nicht verletzt: Ein Eingriff in den unantastbaren Wesensgehalt eines Grundrechts ist zwar unzulässig,

597 *Lepsius*, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, S. 20.

598 Vgl. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 73.

599 *Lepsius*, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, S. 20.

600 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 207.

zulässig sind ‚im Allgemeinen‘ aber Eingriffe, die unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen.“⁶⁰¹

II. Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?

1. Anwendungsmöglichkeit im Strafrecht

Nach *Appel* nimmt das Bundesverfassungsgericht für sich in Anspruch, die dritte Stufe der Verhältnismäßigkeit, nämlich Angemessenheit, regelmäßig in vollem Umfang zu prüfen⁶⁰², während dem Gesetzgeber auf den Ebenen der Geeignetheit und Erforderlichkeit sowie der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose des drohenden Gefahrenpotenzials ein Beurteilungsspielraum zustehen soll, der vom Bundesverfassungsgericht je nach der Eigenart des Sachbereichs, den Möglichkeiten eines hinreichend sicheren Urteils und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur begrenzt kontrolliert wird⁶⁰³, wie *Lagodny* verdeutlicht:

Weil die Verhaltensvorschrift zugleich zu präventivpolizeilichem Einschreiten ermächtigt, würde eine Begrenzung der Verhaltensvorschrift über den strafrechtlichen Rechtsgutsbegriff zudem dazu führen, daß man das Verwaltungsrecht mit sachfremden Kriterien einschränkt. Wenn sich aus dem strafrechtdogmatischen Rechtsgutsbegriff aber wenigstens für die Sanktionsvorschrift eindeutige Grenzen ableiten lassen sollen, dann müßte er die Funktion haben, im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne für positiv bestimmbare Kriminalstrafrechtsgüter zu sorgen [Hervorh. d. Verf.].⁶⁰⁴

Anders formuliert: Auf der Basis des Unterschiedes zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm lässt sich die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bzw. Angemessenheit praktisch meistens nur für die strafrechtliche Sanktionsnorm gänzlich vornehmen, auch weil das Gericht die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit einer strafrechtlichen Verhaltensnorm zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes mangels gesicherter

601 *Seedorf*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 137.

602 Vgl. BVerfGE 90, 145 (183 ff.); 92, 277 (326 ff.).

603 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 172.

604 *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 147.

Erkenntnisse über die entsprechenden Wirkungen des Strafrechts im Regelfall gar nicht prüfen kann⁶⁰⁵, wie *Goeckenjan* weiter betont:

Denn die hochkomplexen Wirkungszusammenhänge zwischen Strafrecht und menschlichem Verhalten liegen noch immer weitgehend im Dunkeln; ein Konsens über sie kann allenfalls im diskursiven Prozess demokratischer Willensbildung hergestellt, nicht aber von einer gerichtlichen Instanz schlicht gesetzt werden [Hervorh. d. Verf.]. Der Maßstab der Verhältnismäßigkeit könnte aus diesen Gründen als untauglich für die Überprüfung strafrechtlicher Tatbestände und seine Anwendung somit als Irrweg beurteilt werden.⁶⁰⁶

Demnach kann das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung des Strafgesetzgebers überhaupt darauf prüfen, ob die strafrechtliche Sanktionsnorm materiell im Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht⁶⁰⁷. Bei der Prüfung, ob eine strafrechtliche Bewehrung verfassungsgemäß ist, ist die vom Verfassungsgericht aufgestellte Hürde also denkbar gering, ohne dass der Schutz bedeutsamer Güter im Sinne der strafrechtlichen Rechtsgutslehre heranzuziehen ist; auch der Gesetzgeber ist zumindest bei den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt „sehr frei in der Wahl legitimer Zwecke“, solange er sich im Rahmen der Verfassung bewegt⁶⁰⁸. In diesem Sinn kann der Bezug auf irgendeinen verfassungsrechtlich legitimen Zweck tatsächlich im Ergebnis für die Strafbewehrung ausreichen, wie *Appel* darstellt:

Für die Beurteilung der Frage, zu welchen Zwecken der Gesetzgeber eine Norm zulässigerweise mit Strafe bewehren darf, knüpft das Bundesverfassungsgericht an den Zweck der Verhaltensvorschrift an. Können von einem Verhalten Gefahren ausgehen, die ein besonderes öffentliches Interesse an der alsbaldigen Unterbindung begründen, soll die gesetzgeberische Entscheidung, dieses Verhalten mit einer Strafbewehrung zu versehen, von Verfassungs [sic] wegen grundsätzlich nicht beanstandet werden können [Hervorh. d. Verf.]. Der Begriff der Gefahr deutet darauf hin, daß die Schwelle für den Einsatz strafrechtlicher Sanktionsnor-

605 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 174.

606 *Goeckenjan*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 187.

607 Vgl. BVerfGE 90, 145 (173); 27, 18 (29 f.); 37, 201 (212); 45, 272 (289); 51, 60 (74); 80, 244 (255).

608 Vgl. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 118.

men (eher) niedrig angesetzt wird, zumal als Bezugspunkt der Gefahr im konkreten Fall keine besonders qualifizierten Werte oder Belange genannt werden. [...] Aus der Sicht des Verfassungsrechts kann (auch) die Strafbewehrung (vermeintlich) bloß unsittlichen oder unmoralischen Verhaltens ein verfassungsrechtlich zulässiger Zweck sein [Hervorh. d. Verf.].⁶⁰⁹

Die Frage der strafrechtlichen Rechtsgutslehre, ob und inwieweit ein Verhalten, das als bloß unsittlich oder unmoralisch angesehen wird, vom Gesetzgeber mit Strafe bewehrt werden darf, ist deswegen umgekehrt verfassungsrechtlich regelmäßig kein Problem des verfassungsrechtlich zulässigen Zwecks, sondern allenfalls der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Einsatzes der strafrechtlichen Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks.

2. Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit

Wie bereits dargestellt, bezieht sich das Schutzgut des § 168 StGB oder § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG strafrechtsdogmatisch auf die (postmortale) Menschenwürde. Aber die systemimmanente oder -kritische Rechtsgutstheorie ist nicht in der Lage, diesem Schutzgut eine durchaus ersichtliche Grenze zu setzen. Daher stellt sich hierzu die Frage, ob die Verhältnismäßigkeit als Kriterium der Strafrechtsbegrenzung bezüglich des Schutzes der Menschenwürde funktionieren kann⁶¹⁰.

Das Bundesverfassungsgericht scheint einerseits zu unterstellen, „daß aus der Verletzung der Verhältnismäßigkeit auf einen Würdeverstoß geschlossen werden könne. Wird die Frage des Würdeverstoßes aber vom Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig gemacht, wird sie zur relativen Größe“⁶¹¹; andererseits vertritt das Bundesverfassungsgericht in einigen Entscheidungen die Auffassung, dass nicht jeder beliebige Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bereits als Verletzung der Menschenwürde bewertet werden kann⁶¹², d. h., Verhältnismäßigkeit und Menschen-

609 *Appel*, Verfassung, S. 199 f.

610 Vgl. *Fromlowitz*, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. 62 f.

611 *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 53.

612 Vgl. BVerfGE 22, 21 (28).

würde sind inhaltlich nicht identisch⁶¹³, wie auch *Bae* zeigt: „Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bedeutet nicht notwendig zugleich einen Verstoß gegen die Menschenwürde, auch wenn dies in besonders qualifizierten Einzelfällen zusammenfallen kann.“⁶¹⁴

Zwar ist ein Eingriff in den unantastbaren Wesensgehalt des Grundrechts bzw. der Menschenwürde unzulässig, aber man sollte auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung in Betracht ziehen, um festzustellen, ob ein allgemeiner Eingriff in ein Grundrecht verhältnismäßig bzw. verfassungsgemäß ist oder nicht⁶¹⁵. Anders formuliert: „Wo Grundrechte nicht in ihrem Wesensgehalt eingeschränkt werden und weder der Menschenwürdegehalt eines speziellen Grundrechts noch ein davon unabhängiger eigenständiger Schutzbereich von Art.1 Abs.1 GG verletzt ist, sollen Grundrechtseingriffe nicht stärkere Wirkung entfalten als nötig.“⁶¹⁶

Nach *Geddert-Steinacher* vermag die Menschenwürde zu einem integrierenden und eigenständigen Element des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit i. e. S. bzw. der Angemessenheit zu werden: „Art.1 Abs.1 GG kann die Güterabwägung über seine Ausstrahlungswirkung also steuern, ohne daß der Schutzbereich der Würde-Norm überhaupt verletzt zu sein braucht.“⁶¹⁷ Demnach kommt der Angemessenheit allein die Bedeutung eines notwendigen, nicht aber eines hinreichenden Kriteriums für die Verletzung der Menschenwürde zu: „Ist die Würde des Menschen verletzt, ist der Eingriff

613 Siehe dazu *Bae*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht, S. 30: „Das Bundesverfassungsgericht sieht auch – trotz gegenteiliger Andeutungen – die Menschenwürdeklausel des Art.1 I GG nicht als verfassungsrechtliche Grundlage des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit an.“

614 Ebenda, S. 29.

615 Vgl. *Lerche*, Übermass und Verfassungsrecht, S. 243; *Puig*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage, S. 529. Siehe dazu die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur „Bundesnotbremse“ (Beschluss vom 19. November 2021) sowie dazu *Grabitz*, AöR 1973, S. 590: „In der Gestattung der Aktenübersendung sieht es [das BVerfG] einen ‚Eingriff‘ in das Persönlichkeitsrecht der Ehegatten, der nur zulässig sei, sofern er im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots erfolge und nicht den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung beeinträchtige, der durch Art.1 Abs.1 und Art.19 Abs.2 GG absolut geschützt sei [Hervorh. d. Verf.]. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlange – neben der ‚generellen Abwägung zwischen dem Schutz der Privatsphäre und dem öffentlichen Interesse‘ –, ‚daß die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich‘ sei ‚und daß der mit ihr verbundene Eingriff seiner Intensität nach nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des bestehenden Tatverdachts‘ stehe.“

616 *Seedorf*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 138.

617 *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 55.

auch unverhältnismäßig. Umgekehrt verletzt aber nicht jeder ‚bloß‘ unverhältnismäßige Eingriff die Menschenwürde.“⁶¹⁸

Zusammenfassend vermag der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Prüfung der Menschenwürde nicht zu ersetzen⁶¹⁹. Also kann die Verhältnismäßigkeit nicht als Kriterium der Strafrechtsbegrenzung bezüglich des Schutzes der Menschenwürde funktionieren⁶²⁰. In der Rechtspraxis ist die Argumentation der Menschenwürde vielmehr umgekehrt den Prüfungen der Verhältnismäßigkeit und Willkürfreiheit logischerweise vorgeordnet.

3. Kollektive Rechtsgüter und Verhältnismäßigkeit

Wie vorhergehend erwähnt, stellen die kollektiven Rechtsgüter bzw. Gemeinschaftsrechtsgüter im Wesentlichen eine Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes dar. Die Kollektivbezeichnung dieser Rechtsgüter bedeutet zugleich ein abstraktes Gefährdungsdelikt, das sich auf Gefahren zukünftiger ungewisser Ereignisse richtet⁶²¹. Aufgrund der entsprechenden eigenständigen Beurteilungsspielräume könnte der Gesetzgeber theoretisch jedes von ihm selbst als sozialschädlich eingeschätzte Verhalten pönalisieren, auch wenn eine abschreckende Wirkung der Strafnorm nicht in allen Lebensbereichen nachweisbar sein mag⁶²². „Insbesondere auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung gebührt dem Gesetzgeber nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ein besonders weitgehender Einschätzungs- und Prognosevorrang, welche Maßnahmen er für die Erreichung seiner gesetzgeberischen Ziele für geeignet hält.“⁶²³ Während der Gesetzgeber also für die Erreichung des Schutzes kollektiver Rechtsgüter, wie z. B. des öffentlichen Friedens, die Verhaltens- und Sanktionsnormen gestaltet, wird er zugleich mit den kollidierenden Grundrechtspositionen zwischen einem grundrechtlich geschützten Individualschutzgut und einem verfassungsrechtlich legitimierten Gemeinwohlinteresse konfrontiert. Deswegen ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz notwendigerweise anzuwenden, um die Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume des

618 Ebenda, S. 56.

619 Vgl. *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 80.

620 Vgl. *Zabel*, Die Grenzen des Tabuschatzes im Strafrecht, S. 456 f.

621 Vgl. *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 188.

622 Vgl. BVerfGE 120, 224 (249–252); BVerfGE 92, 277 (325 ff.).

623 *Seedorf*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 142.

Normerzeugers zu erkennen bzw. zu begrenzen⁶²⁴, wie *Appel* ausdrücklich zeigt: „Tatsächlich hat sich der Rechtsgutsbegriff als nicht in der Lage erwiesen, den vielfältigen Vorverlagerungen des Strafrechts in den Bereich abstrakter Gefährdungen hinein oder dem Phänomen der symbolischen Gesetzgebung auch nur im Ansatz Grenzen zu ziehen.“⁶²⁵

Einerseits kann der Gesetzgeber mit seinen eigenen Prüf- und Beurteilungserfahrungen die zukünftige Gefährlichkeit eines Verhaltens prognostizieren, andererseits muss er berücksichtigen, „daß genaue empirische Gefährdungsnachweise bei komplexen überindividuellen Rechtsgütern wie ‚innere Sicherheit‘ und ‚öffentlicher Friede‘ schwer zu führen sind, da sich schon die genannten Rechtsgüter nur schlecht operationalisieren lassen.“⁶²⁶ Infolgedessen verstärkt sich die Tendenz, dass der Gesetzgeber wegen seines abstrakten Verantwortungsbewusstseins die größtmögliche Zurückhaltung im strafgesetzgeberischen Bereich verliert, was zu dem scheinbar paradoxen Ergebnis führt, dass ein Verlust „sowohl der Bereitschaft als auch der Fähigkeit zur direkt-personalen Konfliktbewältigung“ durch die Pönalisierung geringfügiger Friedensbeeinträchtigungen verursacht werden kann, obwohl die Wirkung der General- oder Spezialprävention möglicherweise auch unmittelbar durch eine solche extensive und intensive Strafgesetzgebung verstärkt werden kann⁶²⁷. Auch hinsichtlich der Respektierung des weitgehenden Beurteilungsspielraums bzw. der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers⁶²⁸ soll für das Bundesverfassungsgericht „die Schwelle der Verfassungswidrigkeit ganz allgemein erst bei (evident) ungeeigneten, letz-

624 Siehe dazu *Wolff*, Entscheidung des Gesetzgebers zur Strafbewehrung, S. 262: „Da die Strafbewehrung notwendig immer dem Schutz der Verhaltensnorm dient, besitzt jede Strafnorm Schutzcharakter. So spricht das BVerfG auch bei abstrakten Gefährdungsdelikten gern vom Schutzgedanken, auch wenn die Gefährdung von Rechtsgütern bei diesen gerade noch weit entfernt ist. Von einer Norm im Zusammenhang mit den Schutzpflichten kann man aber nur sprechen, wenn die Verhaltensnorm ihrerseits Rechtsgüter schützen soll, die grundrechtlich oder sonst verfassungsrechtlich abgesichert sind.“

625 *Appel*, Verfassung, S. 356.

626 *Voß*, Symbolische Gesetzgebung, S. 147.

627 Vgl. *Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, S. 144.

628 Siehe dazu *Appel*, Verfassung, S. 182: „Auf den ersten Blick scheint der entscheidende Faktor für die geringe Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei der Prüfung von Strafgesetzen die dem Gesetzgeber eingeräumte Einschätzungs- und Wertungsprärogative zu sein [Hervorh. d. Verf.]. Das Bundesverfassungsgericht betont stets von neuem, daß der Gesetzgeber bei der Einordnung einer strafbaren Handlung in das verfügbare Sanktionensystem keiner in alle Einzelheiten gehenden Prüfungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts unterliege. Es sei grundsätzlich

ten Endes vollkommen wirkungslosen Strafgesetzen überschritten sein⁶²⁹. Hinzu kommt, dass die oben genannte präventive Wirkung des Strafrechts vom Bundesverfassungsgericht weder theoretisch noch systematisch präzisiert wird und ebenfalls empirisch nicht begründet wird, weil es ihm nicht nur an objektiv gesicherten wissenschaftlichen und praktischen Erkenntnissen über die entsprechende Wirkungsweise strafrechtlicher Regelungen, sondern auch an der subjektiven Kognitionskompetenz für die Verifizierung oder Widerlegung der vom Gesetzgeber vorgebrachten Argumente mangelt⁶³⁰, wie *Appel* betont:

Das Bundesverfassungsgericht begründet dies (die abstrakten Gefährdungen) mit dem – theoretisch und systematisch nicht näher präzisierten, freilich präzisierungsbedürftigen – Hinweis auf generalpräventive Gründe, die eine generelle Androhung von (Kriminal-)Strafe rechtfertigen können. Der im strafrechtlichen Schrifttum vielfach skeptisch beurteilten Ausweitung der abstrakten Gefährdungsdelikte können danach unter dem Blickwinkel des verfassungsrechtlich zulässigen Zwecks keine Grenzen gezogen werden [Hervorh. d. Verf.].⁶³¹

Anders ausgedrückt: Weil durch die präventive Zweckrichtung die (abstrakten) Gefahren für ein Rechtsgut im Sinne der systemkritischen Rechtsgutslehre nur prognostiziert und dementsprechend oft unsubstanziert bleiben, verliert das Verhältnismäßigkeitsprinzip dort unerlässlich seine Bedeutung als wirksame verfassungsgemäße Kontrolle⁶³², so dass man die Anwendung dieses Prinzips auf Strafnormen bezüglich der kollektiven Rechtsgüter schon grundsätzlich bezweifeln kann⁶³³.

Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage im einzelnen [sic] verbindlich festzulegen [Hervorh. d. Verf.].“

629 Ebenda, S. 175.

630 Vgl. Gärditz, JZ 2016, S. 644 f.

631 *Appel*, Verfassung, S. 203.

632 Siehe dazu *Burkiczak*, RT 2021, S. 44: „Die ‚Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens‘ ermöglicht die entstehungsgeschichtliche Auslegung in besonderer Weise. Hieraus folgt ein ‚relativer Vorrang der subjektiv-historischen Auslegung‘, die sich damit letztlich als objektiver erweist als die sog. objektive Auslegung, die allein auf das subjektive Verständnis des Rechtsanwenders abstellt.“

633 Siehe dazu *Appel*, Verfassung, S. 176: „Auch dem Schutz überindividueller Rechtsgüter und der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in den Bereich abstrakter Gefährdung hinein ist allein mit dem Kriterium der Geeignetheit keine wirksame Grenze gezogen. Deren (zumindest teilweise) Eignung kann unter generalpräventiven Gesichtspunkten kaum je verneint werden.“

III. Konkretisierung am Verbot der postmortalen Organspende zugunsten fremder Personen

Im Kontext autonomer Selbstschädigung ist das strafbewehrte Verbot von postmortalen Organspenden nach § 19 TPG zu diskutieren. Durch die Vornahme der geltenden Entscheidungslösung kann man das Ziel des postmortalen Menschenwürdeschutzes erreichen. Aber es ist fraglich, ob dieser paternalistische Eingriff noch verhältnismäßig ist, weil die Strafbewehrung eines dagegen gerichteten Verstoßes im § 19 II TPG zugleich die Grundrechte der anderen Betroffenen einschränken kann. Deswegen soll diese Strafbewehrung im Folgenden unter dem Gesichtspunkt der verhältnismäßigen Einschränkung von Grundrechten erörtert werden.

1. Legitime Zwecke, Geeignetheit und Erforderlichkeit

Nur wenn der hier in Rede stehende Zweck⁶³⁴ nicht als rein sittlich oder ethisch angesehen wird, ist dieser mit Strafe bewehrte Zweck regelmäßig verfassungsrechtlich zulässig⁶³⁵. Anders formuliert: Nur „im Falle des Vorliegens einer allgemeinverbindlichen gesetzlichen Verhaltensnorm [ist] das Verhalten aber ohnedies rechtlich (und damit nicht mehr nur moralisch) ge- bzw. verboten“⁶³⁶. Auch nach *Fateh-Moghadam* „soll sich das Verbot einer gesinnungsethischen Konzeption des Strafrechts aus einer ‚gesamtsystematische(n), auf dem Menschenbild des Grundgesetzes aufbauende(n) Verfassungsinterpretation‘ ergeben“⁶³⁷. Folglich ist die Zweckbestimmung des postmortalen Menschenwürdeschutzes im § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG nach Art. 1 I GG auch verfassungsgemäß.

Im Vergleich zur Widerspruchslösung oder der engen Zustimmungslösung erweist sich zwar die Entscheidungslösung ausnahmslos eher als ge-

634 Siehe dazu *Wolff*, Entscheidung des Gesetzgebers zur Strafbewehrung, S. 253: „Der Zweck, dem die Strafe dient, ist dabei nach dem BVerfG der Zweck, dem auch die Verhaltensnorm dient. Die Strafbewehrung ist in [den] Augen des BVerfG als eine besondere Verschärfung der Verhaltensnorm zu beurteilen [Hervorh. d. Verf.]. Die Strafzwecke selbst sind keine Gemeinwohlzwecke in diesem Sinne, sondern nur als Wirkungen der Strafbewehrung zu beachten, die dem Schutz der Verbotsnorm dient.“

635 Vgl. *Appel*, Verfassung, S. 201.

636 Ebenda, S. 201.

637 *Fateh-Moghadam*, Neutralität, S. 155.

eignet, den oben genannten Zweck zu befördern, aber bei der Prüfung der Erforderlichkeit bezüglich des Gedankens der *ultima ratio* und des Grundsatzes der Subsidiarität des Strafrechts sieht man sich im Einzelfall möglicherweise konfrontiert mit nicht nur höchst unbestimmten, sondern auch erheblich wertungsabhängigen bzw. subjektiv kontingenten Kriterien dafür, die beweglichen und wertungsabhängigen Grenzen des sozial Hinnehmbaren zu definieren, Interessenkonflikte aufzulösen und Orientierungssicherheit auf ethisch umstrittenem Terrain durch Normierung zu vermitteln⁶³⁸, so dass eine wirksame Grenze auf der Ebene einer solchen Erforderlichkeit nicht durchaus gezogen werden kann.

2. Angemessenheit

Auf der dritten Stufe der Verhältnismäßigkeit werden Straftatbestände, die bereits die Geeignetheits- und Erforderlichkeitskontrolle passiert haben, daraufhin untersucht, ob sie unter Berücksichtigung der von ihnen ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für die Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zu den dadurch erreichbaren Zwecksetzungen stehen⁶³⁹.

a) Zweckrelevante Faktoren

Die Ziele des Einsatzes des § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG beziehen sich nicht nur auf die individuelle Menschenwürde bzw. das postmortale Persönlichkeitsrecht, sondern auch auf den öffentlichen Frieden⁶⁴⁰. Wenn postmortale Organtransplantationen eigenmächtig durchgeführt werden könnten, ließe sich aus der *Ex-ante*-Sicht eine Störung des öffentlichen Friedens prognostizieren, weil zahlenmäßig unbestimmte, jedenfalls aber größere Bevölkerungskreise in ihrem Vertrauen auf die Schutzwirkung der Rechtsordnung beeinträchtigt werden könnten. Dahinter steht offenbar die Vorstellung, dass ein vom Gesetzgeber durch eine Verhaltensnorm in verfassungsrechtlich zulässiger Weise verfolgter Zweck auch legitimerweise

638 Vgl. Gärditz, JZ 2016, S. 645; List, Behinderung als Kontingenzerfahrung, S. 106.

639 Vgl. Goeckenjan, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. 206.

640 Vgl. Preis, Die Leiche im Strafrecht und Strafverfahren, S. 16 f.

durch einen Schutzmechanismus abgesichert werden kann, der die Normbeachtung und -befolgung sichert⁶⁴¹.

b) Eingriffsrelevante Faktoren

Das Verbot des § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG kann in das Grundrecht auf Leben des potenziellen Organempfängers vornehmlich im Notstand und auch in die Gewissensfreiheit des Arztes (als vorbehaltlos gewährtes Grundrecht⁶⁴²) eingreifen. Wenn dieses Verbot nur auf dem Gesamtinteresse bzw. dem öffentlichen Frieden beruhen würde, wäre es also ein unverhältnismäßiger Eingriff, weil in unserer Rechtsordnung das Recht auf Leben im Art. 2 II GG und auch die Gewissensfreiheit im Art. 4 I GG über Vorrang vor dem nur vagen und abstrakten Gesamtinteresse verfügen müssen.

c) Ergebnis der Abwägung

Die Autonomie bzw. das individuelle Selbstbestimmungsrecht kann einerseits als Höchstwert umfassend durch die Durchsetzung des § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG gewährleistet werden; andererseits ist die Organtransplantation angesichts der Entwicklung medizinischer Technologien und der Fortschritte der medizinischen Forschung kein unersetzbares Behandlungsmittel gegen Organversagen mehr⁶⁴³. Man kann schließlich auch nicht verleugnen, dass nur ein rein rechtliches Mittel, wie z. B. die Widerspruchslösung, das praktische Versorgungsproblem der Transplantationsmedizin nicht wesentlich lösen kann⁶⁴⁴, wie oben bereits dargestellt. Nicht zuletzt ist die (postmortale) Menschenwürde eine notwendige Voraussetzung bei der Prüfung der Angemessenheit: „Ist die Würde des Menschen verletzt, ist der Eingriff auch unverhältnismäßig. Umgekehrt verletzt aber nicht jeder ‚bloß‘ unverhältnismäßige Eingriff die Menschenwürde.“⁶⁴⁵ Somit ist das

641 Vgl. Wolff, Entscheidung des Gesetzgebers zur Strafbewehrung, S. 257.

642 Vgl. Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 490.

643 Vgl. Bock, Voraussetzungen der Organentnahme, S. 258.

644 Vgl. Manzei, Widerspruchslösung, S. 101 ff.

645 Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 56.

Ergebnis der Abwägung eindeutig: Das Verbot im § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG erweist sich noch als verhältnismäßiger Eingriff⁶⁴⁶.

C. Ärztliche Organtransplantation der in Kliniken befindlichen Leichen

I. Untersuchung des Gewahrsamsverhältnisses zum Leichnam

Vor Inkrafttreten des TPG m. W. v. 01.12.1997 war die Organentnahme strafrechtlich noch allein an § 168 StGB zu bemessen. Strafrechtlich relevant ist nur und allenfalls die Wegnahme der Leichenorgane. „An ihr entzündet sich seit Anbeginn der Transplantationsmedizin sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtfertigungsebene ein kontroverser Meinungs austausch: Wer hält den Leichnam in seinem Gewahrsam und wer ist dazu berechtigt? Werden die Organe bei der Transplantation aus berechtigtem Gewahrsam weggenommen?“⁶⁴⁷

1. Die überwiegende Ansicht

„Jede Wegnahme der Leiche aus dem Gewahrsam einer der bezeichneten Personen würde nach §. [sic] 168 strafbar sein, vorausgesetzt, dass dieselben zum Gewahrsam auch berechtigt sind.“⁶⁴⁸ Nach der heute herrschenden Lehre erfüllt die Transplantatentnahme aber jedenfalls innerhalb einer Klinik und damit innerhalb der eigenen Gewahrsamssphäre des verantwortlichen Arztes nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 168 StGB⁶⁴⁹.

Aufgrund der staatlichen Verpflichtung für die Bestattung der Verstorbenen beruht die Berechtigung des Totensorgerechts auf der tatsächlichen Zu-

646 Siehe dazu *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 498: „Denkbar wäre schließlich in Einzelfällen eine unmittelbar auf Art. 4 I GG gestützte Rechtfertigung des Arztes, der zur Rettung des Patienten seinem Gewissen und dem ärztlichen Ethos folgend die Transplantation vornimmt. Auch wenn die Reaktionsmöglichkeiten des Rechtsanwenders auf eine mögliche Verfassungswidrigkeit erst unten erörtert werden, soll bereits jetzt darauf hingewiesen werden, dass man dem Gesetzgeber nicht unterstellen kann, eine unverhältnismäßige Regelung treffen zu wollen [Hervorh. d. Verf.]“

647 *Kretschmer*, Leichenfrevel, S. 512.

648 *Crusen*, Schutz des Rechtsguts der Pietät, S. 43.

649 Vgl. *Ulsenheimer/Biermann/Bock*, Arztstrafrecht, S. 458.

griffsmöglichkeit des Leichnams⁶⁵⁰. Somit zählen zu den Berechtigten prinzipiell außer den nächsten Angehörigen noch Gefängnisse, Krankenhäuser, Armenhäuser, kirchliche oder bürgerliche Gemeinden, ein Staat oder eine andersartige juristische Person⁶⁵¹. „Als berechtigt zum Gewahrsam einer unbestatteten Leiche haben alle diejenigen zu gelten, welchen die Sorge der Beisetzung obliegt, vorausgesetzt jedoch, daß sie auch in der Lage sind, den Gewahrsam tatsächlich auszuüben.“⁶⁵²

Anders gesagt: Der überwiegenden Ansicht nach ist das Hauptkriterium zur Bestimmung des Gewahrsamsinhabers nur die faktische Zugriffsmöglichkeit auf die Leiche. Im § 168 StGB werden die im wörtlichen Nebeneinander von „Gewahrsam“ und „Berechtigung“ zum Ausdruck gekommenen faktischen Komponenten dargestellt. Im Vergleich zur „Berechtigung“ bedeutet der „Gewahrsam“ im § 168 StGB auch keine rechtliche, sondern nur eine tatsächliche Beziehung, wie *Crusen* betont: „Denn der Gewahrsam, als etwas rein Tatsächliches, wird erst durch eine bestimmte Handlung erlangt und tritt nicht kraft eines Rechtes ipso iure ein.“⁶⁵³ „In der ersten Tatbestandsalternative des § 168 StGB komme mit der Formulierung ‚aus‘ dem Gewahrsam eine räumliche Beziehung zum Ausdruck, die der Berechtigte zu dem Leichnam haben müsse.“⁶⁵⁴ Deshalb wird der Begriff des Gewahrsams, wie § 242 StGB zeigt⁶⁵⁵, vom Gesetzgeber zur Kennzeichnung einer unmittelbaren, tatsächlichen Herrschaft bzw. der Möglichkeit faktischer Verfügung und Einwirkung auf einen Gegenstand verwendet. Zwar unterscheidet sich § 168 StGB durch das entsprechende Rechtsgut von § 242 StGB und man kann dogmatisch noch weiter anstreben, unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Schutzrichtungen die wörtlich identischen Gewahrsamsbegriffe zu parallelisieren, aber der Gewahrsam im § 168 StGB

650 Vgl. *Ratzel/Lippert/Prütting*, Kommentar zur MBO-Ä, S. 255.

651 Vgl. *Crusen*, Schutz des Rechtsguts der Pietät, S. 44 ff.

652 *Preis*, Die Leiche im Strafrecht und Strafverfahren, S. 17.

653 *Crusen*, Schutz des Rechtsguts der Pietät, S. 43.

654 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 47.

655 Siehe dazu *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, § 242 StGB, Rn. 1/2: „Da einem Eigentumswechsel am Diebesgut regelmäßig § 935 BGB entgegensteht, wird der Eigentümer im Grunde nur in der Ausübung seines Rechts, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen (vgl. § 903 BGB), betroffen; Rechtsgut des § 242 ist daher lediglich die Verfügungsmöglichkeit des Rechtsgutsinhabers. [...] Daneben soll nach hM auch der Gewahrsam selbstständiges Schutzgut des § 242 sein mit der Folge, dass sowohl der Eigentümer als auch der Gewahrsamsinhaber als ‚Verletzter‘ iSv §§ 77, 247 in Betracht kämen [Hervorh. d. Verf.]“

deutet nach der herrschenden Meinung eine ärztliche Zugriffsmöglichkeit auf die Leiche als besondere Sachherrschaft an, wie *Lütke* zeigt:

Der Begriff Gewahrsam sei aber trotz der zur Berücksichtigung des Rechtsgutes notwendigen „rechtsnäheren und tatferneren“ Auslegung ein den Anwendungsbereich begrenzendes Faktizitätselement. Demnach könne der so verstandene Begriff des Gewahrsams nicht identisch mit der Rechtsbeziehung der Angehörigen zur Leiche sein. Daher hätten nicht die Angehörigen, sondern die gerade tätig werdenden Ärzte den Gewahrsam an den in Kliniken befindlichen Leichnamen. Nach dieser Ansicht ist also das Leitprinzip der „Sachherrschaft“ aus § 242 StGB auf die „tatsächliche Obhut“ des § 168 StGB zu übertragen, indem dort die faktische Zugriffsbefähigung auf die Leiche als entscheidendes Kriterium für die Interpretation zu sehen ist [Hervorh. d. Verf.].⁶⁵⁶

Darüber hinaus setzte der historische Strafgesetzgeber diese herrschende Meinung bereits durch: „Gegen das 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 [Hervorh. d. Verf.]. Die Strafe war in fast allen Gesetzen Arbeitshaus oder Gefängnis bis zu einem Jahr.“⁶⁵⁷

Heute zeigt ein Großteil der Rechtsprechung⁶⁵⁸ und auch der Literatur, dass aufgrund der faktischen Zugriffsmöglichkeit auf die Leiche allein die

656 *Lütke*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 48.

657 *Seinsch*, Schutz des Pietätsempfindens im Rahmen des § 168 StGB, S. 18.

658 Besonders deutlich zeigt es sich in dem vom AG Berlin-Tiergarten entschiedenen Fall in NJW 96, S. 3092: „Im Uniklinikum Rudolf Virchow wurden Verstorbenen anlässlich rechtmäßig durchgeführter Sektionen auch Hirnhäute entnommen und diese verkauft. Das AG verneinte die Leichenteilqualität i.S.d. § 168 StGB, weil die Leitung des Krankenhauses im Falle des Versterbens berechnigte Inhaberin des tatsächlichen Gewahrsams sei. Durch ihre Entscheidung, die bei Sektionen entnommenen Teile nicht wieder in den Körper zurückzulegen, werde das entnommene Körperteil aus dem Schutzbereich des § 168 StGB ausgegliedert. Unabhängig davon, daß konsequent nach dieser Ansicht im übrigen nur der Gewahrsamsbruch hätte abgelehnt werden dürfen – der Berechnigte im Sinne von § 168 StGB soll die Obhut ausüben und hat keinerlei Aneignungsrechte! –, hätte das AG folgerichtig den Arzt nach § 246 StGB verurteilen müssen: Wenn durch die Änderung der Zweckrichtung der Schutz des § 168 StGB entfällt, wird der Körperteil eigentumsfähig. Dieses

Klinik bis zur Überführung an die Angehörigen über den entsprechenden Gewahrsam verfügt, was dazu führt, dass in den relevanten Fällen des Versterbens in einer Klinik der traditionelle strafrechtliche Schutz der Leiche vor Leichenteilentnahmen jeglicher Art versagt⁶⁵⁹, obwohl die Gefahr für die Rechtsgüter des § 168 StGB mit den zunehmenden Möglichkeiten der Transplantation und der vielseitigen kommerziellen Verwendung von Leichenteilen ständig wächst⁶⁶⁰.

2. Die sog. Gegenansicht

Die Mindermeinung behauptet, dass unter Rückgriff auf das „Pietätsgefühl der Angehörigen“ als Schutzgut des § 168 StGB der Gewahrsamsbegriff seiner faktischen Komponente entkleidet und zugleich als „Obhutsrecht“ interpretiert wird⁶⁶¹. D. h., der Wortlaut des Gewahrsams kann demnach nicht losgelöst von dem der Vorschrift zugrundeliegenden Zweck bzw. dem strafrechtlich geschützten Rechtsgut sachgerecht verstanden werden, wie *Lüthe* darstellt:

Die Achtung vor der sterblichen Hülle sei mit dem Gefühl der Verbundenheit der Angehörigen mit dem zum Objekt gewordenen Menschenrest, dem Rückstand der Persönlichkeit auf das engste verknüpft. Dies folge auch aus der Stellung des § 168 StGB im Zusammenhang mit den Religionsdelikten. § 168 StGB trage dem durch den Schutz des Obhutsverhältnisses der Angehörigen zu dem Leichnam Rechnung.⁶⁶²

Anders gesagt: Nach dieser Mindermeinung kann das Gewahrsamsverhältnis bzw. Obhutsverhältnis nur zwischen dem Verstorbenen und seinen Angehörigen strafrechtlich geschützt werden. Der Berechtigte ist demnach vor allem auch der Inhaber des Totensorgerechts. „Daher entsprächen die Begriffe ‚Gewahrsam‘ und ‚Wegnahme‘ nicht denen des § 242 StGB. Aus dem Zweckzusammenhang ergebe sich, daß das Tatbestandsmerkmal ‚Gewahrsam des Berechtigten‘ eine begriffliche Einheit darstelle und das geschützte Obhutsverhältnis der Berechtigten zu dem Leichnam kennzeichne.

Eigentum steht aber dem Erben des Verstorbenen zu. Durch den Verkauf maßt sich der gewahrsamshabende Arzt dieses Eigentum an [Hervorh. d. Verf.]“

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

660 Vgl. *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 51 f.

661 Vgl. *Ulsenheimer/Biermann/Bock*, Arztstrafrecht, S. 458.

662 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 52 f.

Wegnahme bedeute demnach Bruch dieses Obhutsverhältnisses.“⁶⁶³ Deswegen verletzt nach der Mindermeinung ein Arzt, der ohne Einwilligung der Angehörigen Leichenteile entnimmt, das mit dem Begriff „Gewahrsam des Berechtigten“ gekennzeichnete Obhutsverhältnis bzw. Obhutsrecht der Angehörigen und erfüllt dann die erste Tatbestandsalternative des § 168 StGB.

Aber der mögliche Wortsinn des Merkmals des Gewahrsams findet seine Grenze nur in einer irgendwie gearteten faktischen Beziehung eines Objektes zu einem Menschen. Deshalb sind das Gewahrsams- und das Obhutsrecht nicht identisch⁶⁶⁴. Hinzu kommt: „Denn wenn der Gesetzgeber von einem ‚Gewahrsam des Berechtigten‘ spricht, können ‚Gewahrsam und Berechtigung nicht identisch‘ und kann das faktische Element des Gewahrsamsbegriffs nicht auf irgendeine rätselhafte Weise verloren gegangen sein.“⁶⁶⁵ Infolgedessen verstößt diese Mindermeinung gegen das Analogieverbot.

Darüber hinaus bejaht diese Auffassung auch einen Gewahrsamsbruch, wenn den Angehörigen erst zum Zeitpunkt der Organentnahme der Tod des Verstorbenen bekannt wird⁶⁶⁶, wie *Kretschmer* erläutert:

Nun wird man der Klinikleitung nicht absprechen können, über den in ihren Räumlichkeiten liegenden Toten Obhut walten zu wollen. Wenn der Leichnam legitimerweise dorthin gelangt ist, wird man den Gewahrsam auch schwerlich als den eines Nichtberechtigten begreifen können, weshalb der Tatbestand ohne weiteres erfüllt ist, wenn sich ein beliebiger Dritter, wozu auch unautorisiertes Klinikpersonal gehören kann, des Corpus oder seiner Teile bemächtigt [Hervorh. d. Verf.]; m.a.W.: der Leichnam steht (zumindest zunächst und auch) in der Obhut und im Gewahrsam der dazu berechtigten Klinikleitung.⁶⁶⁷

3. Eigener Ansatz

a) Wenn nach der herrschenden Meinung die Berechtigung des Totensorgerechts ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Situation des Inhabers

663 Ebenda, S. 53.

664 Vgl. *Sternberg-Lieben*, NJW 1987, S. 2062; *Duttge*, Menschenwürdiges Sterben, S. 41 f.

665 *Ulsenheimer/Biermann/Bock*, Arztstrafrecht, S. 458.

666 Vgl. *Pawlowski*, Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, S. 82 f.

667 *Kretschmer*, Leichenfrevel, S. 512 f.

des Totensorgerechts bzw. der Angehörigen nur die faktische Zugriffsmöglichkeit des Leichnams voraussetzt, dann wird ein Zirkelschluss bei der Interpretation eines Tatbestandsmerkmals vornehmlich in dem Fall, dass keine Angehörigen aufzufinden sind, herbeigeführt, wie *Lütke* betont:

Dieses führte jedoch zu dem paradoxen Ergebnis, daß berechtigt zum Gewahrsam derjenige wäre, der die Obhut über den Leichnam hat und nicht derjenige, der die Obhut über den Leichnam haben soll! Das Totenfürsorgerecht ergibt sich aus der Beziehung zum Lebenden und nicht aus dem Umstand des Todes.⁶⁶⁸

Anders ausgedrückt: Diese eigenständige Berechtigung beruht zwar wirklich direkt auf der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit des Leichnams, aber sie leitet sich nicht umsonst grundsätzlich vom Totensorgerecht ab; demnach orientiert sich die Berechtigung i. S. d. § 168 StGB noch an der Verwirklichung des Totensorgerechts bzw. Obhutsrechts, wie *Kretschmer* aufzeigt:

Zur Obhut berufen sind allerdings zuvörderst die Totenfürsorgeberechtigten, d.h. regelmäßig die nächsten Angehörigen. Sofern nicht ausnahmsweise eine Beschlagnahme des Leichnams durch die Staatsanwaltschaft oder andere Behörden erfolgt ist, hat die Klinikleitung ihnen gegenüber kein eigenes Obhutsrecht, ist das Recht der Klinik dem Totensorgerecht der Angehörigen nachgeordnet [Hervorh. d. Verf.].⁶⁶⁹

b) Auch wenn die Berechtigung des Totensorgerechts nur auf die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit des Leichnams abstellen würde, könnte jede gerade tätig werdende Person aufgrund ihrer faktischen Zugriffsmöglichkeit über den Gewahrsam an den bei ihr befindlichen Leichnamen verfügen, so dass der strafrechtliche Schutz nach der ersten Tatbestandsalternative des § 168 StGB gegen die Leichenteilentnahmen jeglicher Art ins Leere laufen könnte, was zum Dammbbruchargument oder *Slippery-slope*-Argument⁶⁷⁰ führt:

668 *Lütke*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 42.

669 *Kretschmer*, Leichenfrevel, S. 513.

670 Siehe dazu *Saliger*, Dammbbruchargument in Medizinrecht, S. 639 f.: „Die Gleichbehandlung von Dammbbruch- und Schiefe-Bahn-Argumenten im deutschen Schrifttum ist erläuterungsbedürftig. Immerhin lösen die Bilder von Dammbbruch und Schiefe-Bahn auf den ersten Blick recht unterschiedliche Assoziationen aus. So stellt der Dammbbruch im Vergleich zur Schiefen-Bahn das unzweifelhaft dramatischere Bild dar. Beim Dammbbruch steht erkennbar die Verteufelung der Ersthandlung im Vordergrund, während bei der Schiefen-Bahn die Ersthandlung undramatischer

Wenn man die Praxis A erlaubt (gegen die als solche es möglicherweise keine durchschlagenden Einwände gibt), so wird dies mit Sicherheit oder großer Wahrscheinlichkeit früher oder später zu einer Praxis B führen, die ethisch oder rechtlich eindeutig verwerflich ist. Nach der herrschenden Meinung hätte diejenige Person in der Regel als berechtigt zu gelten, die in ihrem Ortsbereich den Gewahrsam am Leichnam hat, was höchst willkürlich erscheint⁶⁷¹. Wenn man dementsprechend in eng begrenzten Ausnahmefällen bzw. in Kliniken Leichenteilentnahmen ohne Einwilligung der Betroffenen zulässt, weil sie in diesen Fällen legitimierbar sind, so kann dies zu einer Praxis der Wegnahme des Leichnams oder der Leichenbestandteile auch außerhalb jener anfänglichen Grenzen führen, die ethisch wie rechtlich inakzeptabel ist⁶⁷², wie *Saliger* darlegt:

Dammbruch- und Schiefe-Bahn-Argumente nehmen auf Ereignisfolgen Bezug, die durch Eintrittswahrscheinlichkeiten miteinander verbunden sind, die mehr als bloße Möglichkeiten bezeichnen. Zwar ist die bloße Möglichkeit eines Ereignisses f Voraussetzung für eine Eintrittswahrscheinlichkeit von f, die größer als Null ist; denn die Unmöglichkeit oder der Ausschluss eines Ereignisses bedeutet nichts anderes, als dass die Eintrittswahrscheinlichkeit gleich 0 ist [Hervorh. d. Verf.]. Jedoch setzen Dammbruch- und Schiefe-Bahn-Argumente voraus, dass die in Bezug genommenen Ereignisfolgen naheliegende, sich aufdrängende oder gar zwingende Konsequenzen der abgelehnten Ersthandlung sind, also in höheren bzw. hohen Eintrittswahrscheinlichkeiten zueinander stehen [Hervorh. d. Verf.].⁶⁷³

Demnach sollte man die reale betroffene Rechtsordnung möglichst plausibel abgrenzen, um eine willkürliche Grenze zu verhindern. Nach *Saliger* soll man dafür die empirischen Gründe für die Risiken des Hinabgleitens beim Dammbruchargument anführen. „Das setzt komplexe Risikoeinschätzungen soziologischer, sozialpsychologischer, wirtschaftlicher und politischer Art voraus, die eine Vielzahl von Variablen zu berücksichtigen haben:

als Einstieg fungiert und die negative Akzentuierung der gesamten Ereigniskette als Prozeß des Hinabgleitens zumindestens [sic] gleichgewichtig erscheint. [...] Allerdings sind die Dammbruch-Argumente mit ihrer stärkeren Brandmarkung der Ersthandlung spezieller, so dass sie als Unterfall der Schiefe-Bahn-Argumente interpretiert werden können [Hervorh. d. Verf.].“

671 Vgl. *Preis*, Die Leiche im Strafrecht und Strafverfahren, S. 17 f.

672 Vgl. *Merkel*, Dammbruch-Argument, S. 285.

673 *Saliger*, Dammbruchargument in Medizinrecht, S. 635.

Einstellungen und Verhaltensänderungspotential der Entscheidungsträger, Funktionsbedingungen von Gesundheitssystem, Politik, Justiz und Wirtschaft, die gesellschaftliche und demographische Entwicklung, die Rechtsentwicklung.“⁶⁷⁴ Anders formuliert: Die Vermeidung dieser Risiken hängt insoweit entscheidend davon ab, wie rational und plausibel die einzelnen Risikoabschätzungen und -bewertungen des Gesetzgebers innerhalb der prognostizierten Ereigniskette begründet werden können.

Somit muss man bestimmen, zu welchem gesetzgeberischen Zweck oder in welcher staatlichen Absicht der Gewahrsam an den in Kliniken befindlichen Leichnamen benötigt bzw. durchgesetzt wird.

Im Vergleich zum § 242 StGB⁶⁷⁵ betont § 168 StGB vornehmlich die Erfüllung der staatlichen Verpflichtung für die Bestattung der Verstorbenen⁶⁷⁶. Anders gesagt: „Ausgeschlossen ist hier die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des § 242 StGB. Gegenüber dem Grundgedanken des § 242 StGB. [sic], dem Schutz des Eigentums, steht der Grundgedanke des § 168 StGB. [sic] dem Schutz des Pietätsempfindens der Allgemeinheit offensichtlich im Vordergrund.“⁶⁷⁷

Weil die Leiche für die herkömmliche juristische Betrachtung keine fremde Sache ist⁶⁷⁸, besteht der Gewahrsam, der nach Zivilrecht das Macht-

674 Ebenda, S. 641 f.

675 Siehe dazu *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 77 f.: „Eine denkbare Antwort wäre, daß § 242 StGB über das – ebenfalls durch § 246 StGB a. F. geschützte – Eigentum hinaus auch den Gewahrsam selbst schützen soll, Verletztter neben dem Eigentümer daher auch der Gewahrsamsinhaber sein könne, wie der Diebstahl gegenüber einen Dieb gerade belege. Dem muß aber entgegengehalten werden, daß nicht jede Wegnahme zur Bejahung des Diebstahlstatbestandes führt: Nimmt der Eigentümer die Sache einem Dritten weg, so handelt es sich nicht um eine ‚fremde‘ Sache. Der Gewahrsam des Dritten wird also gegenüber dem Eigentümer durch § 242 StGB nicht geschützt. [...] Der wesentliche Sinn des § 242 StGB liegt vielmehr darin, daß das zu schützende Eigentum bereits dann erheblich gefährdet ist, wenn eine Wegnahme der Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung erfolgt [Hervorh. d. Verf.]“

676 Vgl. Entwurf StGB E 1962, § 191: Störung der Totenruhe.

677 *Seinsch*, Schutz des Pietätsempfindens im Rahmen des § 168 StGB, S. 26.

678 Die Möglichkeit des Eigentums an einer Leiche wird von der Wissenschaft und Praxis ganz überwiegend verneint. Siehe dazu *Englert*, Todesbegriff und Leichnam, S. 141 ff.: „Der Leichnam könne jedoch nicht Objekt dinglicher Rechte, insbesondere des Eigentums sein und er sei zudem aus ethischen Erwägungen heraus dem Rechtsverkehr entzogen. [...], sondern eben der Tote, d.h. ‚Rückstand der Persönlichkeit‘ eines Verstorbenen. Sie hat für unser ganzes kulturelles Denken und Fühlen eine völlig andere Bedeutung als die körperlichen Gegenstände, die § 90 BGB als Sache bezeichnet [Hervorh. d. Verf.]“

verhältnis über eine des possessorischen Schutzes entbehrende Sache bedeutet, an Leichen im zivilrechtlichen Sinne in der Regel nicht⁶⁷⁹, wie *Bieri* hervorhebt:

So hat denn Liszt selber den Begriff „Gewahrsam“ bei Leichen modifiziert, indem er ihn hier nicht im technischen Sinne verstanden wissen will, sondern ihn der Obhut gleichstellt [Hervorh. d. Verf.]. Auch Kahl umschreibt den Begriff u. E. zutreffend: „Gewahrsam ist das rechtlich geschützte Verhältnis der Obhut über die Leiche.“ Hafter spricht von den berechtigten Personen, denen die Bewahrung und die Obhut über den Leichnam zustehen [Hervorh. d. Verf.]. Und Gaugler sieht darin ein Bewahrungsrecht der Hinterbliebenen, das nicht auf dem Sachenrecht beruht. [...] Die Behandlung dieser Frage [nach den zum Gewahrsam, zur Obhut über einen Leichnam Berechtigten] wird uns vor Augen führen, daß die Gewahrsamsberechtigung der aus eigenem Recht Berechtigten immer aus einer Verpflichtung herauswächst [Hervorh. d. Verf.], bei den Angehörigen aus der auf familienrechtlicher Grundlage beruhenden Totenfürsorgepflicht heraus, bei den von öffentlichrechtlichen [sic] Vorschriften geleiteten Organen aus dem öffentlichen Interesse heraus. Die aus abgeleitetem Recht bestehende Berechtigung erwächst aus der übertragen [sic] erhaltenen Verpflichtung [Hervorh. d. Verf.].⁶⁸⁰

Demnach orientiert sich der Gewahrsam an den in Kliniken befindlichen Leichnamen unbedingt an der Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht der postmortalen Menschenwürde bzw. der rechtlichen Verpflichtung für die Bestattung der Verstorbenen⁶⁸¹. Daher verfügt der berechtigte Arzt zwar

679 Siehe dazu *Seinsch*, Schutz des Pietätsempfindens im Rahmen des § 168 StGB, S. 42: „Abgesehen von bestimmten Umständen, unter denen es den Angehörigen des Verstorbenen möglich ist, eine Leiche an die Anatomie abzugeben oder eine Obduktion zu gestatten, erschöpft sich das ganze Herrschaftsrecht der Berechtigten darin, ein sehr beschränktes Gewahrsamsrecht zu haben und den Bestattungsort in gewissen Grenzen zu bestimmen [Hervorh. d. Verf.]. Diese Rechte sind durch Polizeiverordnungen über das Leichenwesen und öffentlich-rechtliches Gewohnheitsrecht derart eingeschränkt, daß an ein umfassendes Herrschaftsrecht als entscheidendes Merkmal des Eigentums kaum gedacht werden kann.“

680 *Bieri*, Der strafrechtliche Schutz des Totenfriedens, S. 79.

681 Vgl. *Trockel*, Rechtswidrigkeit klinischer Sektionen, S. 29 f. Siehe dazu auch *Schrag*, Gefühlszustände, S. 54: „Unzweckmässig ist das Erfordernis des Gewahrsams der Berechtigten. [...] Es sei soviel gesagt, dass es vor der Bestattung die zur Bestattung Berechtigten sind, nach der Bestattung die Person oder Korporation, der die Verwaltung und Pflege der Grabstätte zusteht. Ist Rechtsgut die Pietätsgefühlslage, so folgt, dass es durch Wegnahme aus dem Gewahrsam Unberechtigter ebensogut

selbst über den Gewahrsam an den bei ihm befindlichen Leichen, aber diese Berechtigung wird rechtspaternalistisch eingeschränkt, so dass er keine eigenmächtige Organexplantation durchführen darf, weil diese Organentnahme eine Beeinträchtigung des Rechtsguts des § 168 StGB bzw. eine Störung des öffentlichen Friedens auslösen kann⁶⁸², wie *Kretschmer* erklärt:

Nach verbreiteter Ansicht soll nun ebendieses Obhutsrecht der Totensorgeberechtigten ausreichen, um im Sinne von § 168 StGB ihren Gewahrsam am Leichnam zu begründen. Selbst eine von der Klinikleitung autorisierte Organentnahme bedeutet dann den Bruch dieses Gewahrsams, mithin tatbestandsmäßiges Handeln [Hervorh. d. Verf.].⁶⁸³

Zusammenfassend kommt neben einer Strafbarkeit aus § 19 II TPG deswegen auch eine Bestrafung nach § 168 I StGB in Betracht, wenn eine eigenmächtige Entnahme durch den Arzt zum Zwecke der Transplantation erfolgt.

c) Nach *Thier* stellt das Totensorgerecht auf die Bestimmungen der Rechtslage des Leichnams ab: „Dieses Nichtvermögensrecht umfasst die Befugnis, Bestimmungen über den Leichnam zu treffen. Dabei handelt es sich um ein ungeschriebenes Rechtsinstitut, das aber in § 2 des Feuerbestattungsgesetzes eine verallgemeinerungsfähige Rechtsgrundlage findet. Inhaber des Totenfürsorgerechts sind diejenigen, die der Verstorbene mit dieser Aufgabe betraut hat.“⁶⁸⁴ Die Durchsetzung dieser Aufgabe bzw. der Bestattung rekuriert auf die Erfüllung der oben genannten staatlichen Schutzpflicht der postmortalen Menschenwürde, welche ein staatliches Versprechen darstellt, den Willen des Individuums grundsätzlich zu respektieren. Ein solches Versprechen generiert damit zugleich ein Recht bzw. einen Anspruch des Versprechensempfängers darauf, dass dieses Versprechen erfüllt wird⁶⁸⁵, wie *Lütke* betont:

verletzt werden kann. Umgekehrt ist es gerade das Pietätsgefühl, das in diesem Falle zur Wegnahme drängen kann: der Berechtigte nimmt die Leiche weg, um sie ehrenhaft zu bestatten. Diesen Fall löst die vorgeschlagene Ordnung, wonach der Beweggrund im Tatbestand berücksichtigt wird. Man würde ihn dann so fassen, dass jede Wegnahme, sofern nicht aus edlen Beweggründen getätigt, strafbar wäre [Hervorh. d. Verf.].“

682 Vgl. *Schmitz*, Straftaten gegen Religion und Weltanschauung, S. 83.

683 *Kretschmer*, Leichenfrevel, S. 513.

684 *Thier*, Rechtsstatus des Körpers nach deutschem Recht, S. 263.

685 Vgl. *Joerden*, Menschenwürde als juridischer Begriff, S. 225.

Die Person, die in einer faktischen Beziehung zum Leichnam stehen soll, ist tatbestandlich als Berechtigter konkretisiert und als Totenfürsorgeberechtigter definiert. Der Gewahrsamsbegriff umschreibt demnach die faktische Beziehung zwischen Leichnam und Totenfürsorgeberechtigten. Es geht bei § 168. 1. 1. Alt. StGB [sic] um die Gewährleistung der dem Willen bzw. mutmaßlichen Willen des Verstorbenen entsprechenden Behandlung und Bestattung des Leichnams [Hervorh. d. Verf.].⁶⁸⁶

Die Totenfürsorgeberechtigten sind jederzeit dazu in der Lage, den Leichnam aus der Klinik, dem Altersheim oder dem Leichenhaus abholen zu lassen, insbesondere um die eigenmächtige Organexplantation zu verhindern⁶⁸⁷. Hinzu kommt: „Handeln die Zugriffsbefähigten den Anweisungen des Totenfürsorgeberechtigten zuwider, beseitigen sie damit die faktische Beziehung, die die potentielle Schutzmöglichkeit zuordnet, brechen also den Gewahrsam des Berechtigten.“⁶⁸⁸

Nach *Bieri* steht es in erster Linie nicht der Klinik, sondern der zuständigen Behörde zu, das Gewahrsamsrecht über den Leichnam im Rahmen des moralisch Erlaubten auszuüben, wenn keine Angehörigen vorhanden sind und auch der Verstorbene nichts über seinen Leichnam angeordnet hat⁶⁸⁹, woraus sich schließlich ergibt: „Die Kenntnis der Klinik von der Person des Totenfürsorgeberechtigten ist nicht zur Entstehung des Gewahrsamsverhältnisses notwendig, da in jedem Fall ein Totenfürsorgeberechtigter vorhanden ist, dessen Anweisungen sich die Klinik unterzuordnen hat. Entweder sind Angehörige ermittelbar oder die Gemeinde, in der der Verstorbene lebte, ist zur Totenfürsorge verpflichtet.“⁶⁹⁰

686 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 87.

687 Siehe dazu *Spilker*, ZRP 2014, S. 113: „Der Einzelne ist in seiner Entscheidung, ob er postmortal seine Organe spenden möchte – ebenso wie bei der Zustimmungsregelung –, frei. Er wird staatlich nicht beeinflusst oder gar zum Objekt staatlichen Handelns gemacht. Er ist lediglich verpflichtet, das Ergebnis seiner inneren Einstellung und persönliche[n] Entscheidung äußerlich erkennbar zu machen, wenn er die Organspende unterbinden will. Solidarische Verpflichtungen gegenüber Mitmenschen sind mit der Garantie der Menschenwürde vereinbar.“

688 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 90.

689 Vgl. *Bieri*, Der strafrechtliche Schutz des Totenfriedens, S. 84.

690 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 91.

II. Eigenmächtige Organexplantation durch Ärzte

Nach § 19 II TPG macht sich strafbar, wer entgegen § 3 I oder II oder § 4 I 2 TPG ein Organ entnimmt. Sowohl der Versuch als auch die fahrlässige Tatbegehung werden ebenfalls nach § 19 IV und V TPG sanktioniert.

Wie vorhergehend erwähnt, ist die berechtigte Klinikleitung selbst oder der verantwortliche Arzt, der von der Klinikleitung autorisiert wird, die Organentnahme ohne Einwilligung des Verstorbenen oder seiner Angehörigen durchzusetzen, auch nach § 168 I StGB zu bestrafen⁶⁹¹. Deshalb bezieht dies sich auf die tatbestandliche Konkurrenz.

Die hier in Rede stehende Konkurrenzsituation lässt sich dadurch darstellen, dass durch eine Handlung, nämlich die Organexplantation, dem Wortlaut nach mehrere Straftatbestände verwirklicht werden können. „Dies entspricht dem Fall der so genannten Gesetzeseinheit bzw. Gesetzeskonkurrenz, welcher dahingehend aufzulösen ist, dass nur ein gesetzlicher Straftatbestand anwendbar ist und die übrigen zurücktreten.“⁶⁹² Inhaltlich kommt es bei der Entscheidung über das Zurücktreten des einen Straftatbestandes darauf an, ob der Unrechtsgehalt der korrekten Handlung durch den anderen Straftatbestand erschöpfend erfasst wird. Anders gesagt: „Maßgeblich sind insoweit die Rechtsgüter, gegen die sich der Angriff des Täters richtet[,] und die Tatbestände, die das Gesetz zu ihrem Schutz aufstellt. Es ist erforderlich, dass die Verletzung des durch den einen Straftatbestand geschützten Rechtsgutes eine regelmäßige Erscheinungsform der Verwirklichung des anderen Tatbestandes ist.“⁶⁹³ Die tatbestandliche Konkurrenz bezieht sich in der Regel auf zwei anerkannte Erscheinungsformen: Spezialität und Subsidiarität. „Bei dem Verhältnis der Spezialität enthält der spezielle gesetzliche Tatbestand alle Merkmale des generellen und darüber hinaus [sic] noch mindestens ein Merkmal mehr. Durch das zusätzliche Merkmal oder die mehreren zusätzlichen Merkmale wird der spezielle Tatbestand der engere.“⁶⁹⁴ Weil die Schutzzwecke des § 19 II TPG und des § 168 I StGB auf ein gleiches Rechtsgut bzw. den öffentlichen Frieden

691 Jedoch wird der betroffene Täter bzw. Arzt nach der herrschenden Meinung nur nach § 19 TPG strafrechtlich sanktioniert. Siehe dazu *Lenckner/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, § 168 StGB, Rn. 7: „Im Bereich des Transplantationswesens sind die o. 6 genannten, auf der Tatbestandsfassung des § 168 beruhenden Strafbarkeitslücken mit der Strafvorschrift des § 19 TPG beseitigt [Hervorh. d. Verf.]“

692 *Pawlowski*, *Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation*, S. 146.

693 Ebenda, S. 146.

694 *Klug*, *ZStW* 1956, S. 400.

bezüglich der postmortalen Menschenwürde abstellen, besteht dazwischen auch das oben genannte Verhältnis der Spezialität bzw. das Stufenverhältnis der Subordination⁶⁹⁵, d. h., § 19 II TPG steht demnach 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 ausschließt⁶⁹⁶, wie Pawlowski erläutert:

Durch die tatbestandlichen Sonderregelungen des TPG für den Bereich der Organentnahme weisen die Strafvorschriften dieses Gesetzes ferner zusätzliche Merkmale auf, die auf neue Gesichtspunkte abstellen, ohne dabei den erfassten Unrechtsgehalt der Strafnormen des StGB zu minimieren. Da nach der Konkurrenzlehre das Gesetz mit den weiteren Elementen als das speziellere Gesetz anzusehen ist, muss in der vorliegenden Konkurrenzsituation das StGB als allgemeines und insoweit nachrangiges Gesetz angesehen werden [Hervorh. d. Verf.].⁶⁹⁷

Zusammenfassend wird die ärztliche eigenmächtige Organexplantation von in Kliniken befindlichen Leichen nicht (mehr) nach § 168 I StGB, sondern nur nach § 19 II TPG strafrechtlich sanktioniert.

D. Resümee

Die klassischen Rechtsgüter, die sich im Verlauf der Geschichte der Strafrechtspflege durchgehalten haben und offensichtlich Grundlage jeder Strafrechtsordnung sind, wie Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre, sind ohne große Schwierigkeiten als Güter von Individuen zu verstehen – „falls die jeweilige Staats- und Rechtsideologie ein solches individualistisches

695 Siehe dazu ebenda, S. 404 f.: „Subordination (Einschließung, Inklusion) liegt vor, wenn jeder Gegenstand, der unter den Begriff A fällt, auch unter den Begriff B fällt, ohne daß zugleich das Umgekehrte gilt. Dabei wird der Begriff A in der traditionellen Terminologie der Logik der untergeordnete (subordinierte, eingeschlossene) und der Begriff B der allgemeinere (generellere, übergeordnete, dominante, einschließende) Begriff genannt. [...] Die begriffslogische Struktur der Spezialität ist, wie man unschwer erkennt, die Subordination [Hervorh. d. Verf.]“

696 Siehe dazu ebenda, S. 400: „In beiden Fällen gilt der Satz, daß der spezielle Tatbestand den generellen ausschließt. *Lex specialis derogat legi generali*. Von Ausnahmesituationen, die etwa dann gegeben sind, wenn das spezielle Delikt nur versucht, das generelle aber vollendet ist, kann hier abgesehen werden [Hervorh. d. Verf.]“

697 Pawlowski, Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, S. 148.

Verständnis erlaubt.⁶⁹⁸ Mit der allmählichen organisatorischen Komplizierung menschlichen Zusammenlebens, vornehmlich mit dem Entstehen staatlicher und gesellschaftlicher Institutionen, verlangt aber auch die sich verselbständigende Gesellschaft den Schutz durch strafgesetzliche Normen. Anders formuliert: Die Interessen einer solchen Gesellschaft haben sich schon von jeweils individuellen Einzelinteressen abgelöst als Interessen einer „Gesamtperson“, z. B. Volksvermögen⁶⁹⁹, wie *Amelung* zeigt:

Kann der Sozialschaden an einem „Gemeingut“ eintreten, so gewinnt er einmal kollektivistische Züge, die der Sozialschadenslehre der Aufklärung fremd waren. Für die Aufklärung ist sozialschädlich, was individuelle Rechte verletzt; das einzige „Gemeingut“, das sie kennt, ist der Staat, der der Sicherung individueller Rechte dient. Birnbaum führt dagegen nichtstaatliche, rein „gesellschaftliche“ Gemeingüter ein, und daran hat die Rechtsgutslehre bis heute festgehalten.⁷⁰⁰

Die systemtranszendente Rechtsgutskonzeption legt den Grundstein für eine kritische Betrachtung des geltenden Strafrechtssystems insgesamt. „Denn das Rechtsgut, konzipiert als eine Größe, welche nicht vom legislatorischen Willen ausgeht, sondern ausschließlich auf der Grundlage einer von ihm unabhängigen Wertordnung besteht, erlangt aufgrund seiner Stellung die Potenz, sowohl als Topos für die Beurteilung der Legitimität von bereits geltenden Strafnormen als auch als kritischer Maßstab für die Aufstellung neuer Tatbestände zu fungieren, und erhält in diesem Sinne generell eine den Strafgesetzgeber einschränkende Rolle.“⁷⁰¹

Zwar sind nach *Roxin* die Schutzobjekte von ungreifbarer Abstraktheit nicht als Rechtsgüter anzuerkennen⁷⁰², aber die Wirklichkeit zeichnet ein anderes Bild: Während die klassischen Rechtsgutslehren nach dem Zweiten Weltkrieg oft als inhaltsleer denunziert werden, erkennt der Strafgesetzgeber mit der teleologischen Interpretation mehr kollektive Schutzgüter als

698 Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, S. 71.

699 Siehe dazu *Rigopoulou*, *Paternalismus*, S. 314: „In der pluralistischen Gesellschaft sei konsensfähig, dass schwere und irreparable Körperverletzungen als allgemein unzulässig angesehen werden; diese allgemeine Erwartung der Unzulässigkeit schwerer Körperverletzungen trotz Einwilligung reiche unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des sozialen Friedens als Strafgrund aus.“

700 *Amelung*, *Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit*, S. 273.

701 *Gkoutis*, *Paternalismus*, S. 200.

702 Vgl. *Roxin*, *Rechtsgüterschutz*, S. 143; *Roxin*, *Selbständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts*, S. 502.

früher an. Gleichzeitig stellt der Begriff der Menschenwürde nicht mehr nur eine anthropologische Qualität dar, „die in spezifischen Eigenschaften des Menschen ihren Ausdruck fände und in intersubjektiven Zusammenhängen sozial-empirisch erfahren werden könnte.“⁷⁰³ „Sie ist vielmehr eine Qualität des Menschen als ‚homo noumenon‘, also Ausdrucksform eines intelligiblen Vernunftprinzips, das empirisch gleichwohl nicht leerläuft.“⁷⁰⁴ Die Kant'sche Objekt-Formel ist für die Definierung 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“⁷⁰⁵. D. h., diese Formel stellt vielmehr dar, dass der Mensch nicht zum „bloßen Mittel“ degradiert bzw. instrumentalisiert und damit seiner Freiheit beraubt werden darf⁷⁰⁶. Hinter dem Menschenwürdeschutz steht dabei ein eindeutig benennbares Kollektivinteresse, nämlich der öffentliche Frieden⁷⁰⁷.

Als „Ausnahme vom Rechtsgutsdogma“⁷⁰⁸ wird der öffentliche Frieden damit rein normativ so verstanden, dass man von anderen die mögliche Wahrung bzw. Achtung der Sozialsicherheit bzw. die Verhinderung einer zukünftigen Störung der öffentlichen Ordnung erwartet⁷⁰⁹. In diesem Sinn beruhen die kollektiven Schutzgüter auf der Einhaltung der ordnungsstiftenden Normen unseres geordneten Zusammenlebens⁷¹⁰.

703 Luf, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 311.

704 Ebenda, S. 311.

705 Dreier, in: Dreier, GG, S. 104.

706 Vgl. Hruschka, JZ 1990, S. 1.

707 Vgl. Schmidt, Postmortaler Würdeschutz, S. 229 f. Siehe dazu auch Neumann, Die Tyrannei der Würde, S. 165: „Die Alternative zu einem ontologischen Modell ist eine Konzeption, in der Menschenwürde nicht substantiell, sondern relational verstanden, nicht in der Person, sondern in der Interaktion zwischen Personen lokalisiert wird. Die Garantie der Menschenwürde ist dann nicht als Anerkennung einer besonderen Eigenschaft des Menschen, sondern als gemeinschaftliches Versprechen zu sehen [Hervorh. d. Verf.]. Ansatzpunkt für die Bestimmung des Schutzbereichs des normativen Prinzips der Menschenwürde wäre nicht die Frage, worin diese Würde besteht, sondern die ganz andere, wodurch Menschen gedemütigt werden können, welche Handlungen eine entwürdigende Behandlung anderer implizieren. Bezugspunkt ist also die Verletzbarkeit des Menschen unter dem Gesichtspunkt der sozialen Mißachtung [Hervorh. d. Verf.]“

708 Vgl. Stratenwerth, Zum Begriff des Rechtsgutes, S. 386.

709 Vgl. Stegbauer, Rechtsextremistische Propaganda, S. 171.

710 Vgl. Stratenwerth, Zum Begriff des Rechtsgutes, S. 387.

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 funktionieren⁷¹¹, wie *Appel* darlegt: „Der Formelkompromiß des 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.“⁷¹² Dadurch wird deutlich, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip zwar einen notwendigen, aber für sich genommen keinen hinreichenden Schutz vor (paternalistischen) Freiheitseinschränkungen bietet⁷¹³.

Nicht zuletzt wird die ärztliche eigenmächtige Organexplantation von in Kliniken befindlichen Leichen nach § 19 II TPG strafrechtlich sanktioniert.

711 Vgl. *Greco*, ZIS 2008, S. 238.

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

713 Vgl. *Hillgruber*, Schutz des Menschen, S. 164 f.

Kapitel 4

Strafrechtspaternalistische Anwendungsvoraussetzungen auf dem Feld des Aggressivnotstands der postmortalen Organübertragung

A. Missbrauchsgefahr und rechtspaternalistische Grenzen der Duldungspflichten bezüglich des rechtfertigenden Notstands

Weil es zwischen Strafgesetz und Transplantationsgesetz ein Stufenverhältnis der Subordination bezüglich der tatbestandlichen Sonderregelungen gibt, ist § 34 StGB unmittelbar im Transplantationswesen anwendbar. Bemerkenswerterweise bildet § 34 StGB bei intrapersonalen Interessenkonflikten einen Rechtfertigungsgrund, der allen, die vom Eingriffsrecht betroffen sind, eine damit korrespondierende Duldungspflicht auferlegt⁷¹⁴. Weil die Durchsetzung des überwiegenden Interesses eine bessere Option für den Betroffenen auf der Erhaltungsseite als auf der Seite des Eingegriffenen bedeutet, ist eine Rechtfertigung nach § 34 StGB für Ausnahmefälle anzuerkennen. Zwar räumt der Gesetzgeber historisch und methodisch die Möglichkeit einer Notstandsrechtfertigung nach § 34 StGB ein, aber die Gefahr seines Missbrauchs lässt sich nicht gänzlich ausschließen. Deshalb betont *Scheinfeld*: „Methodisch ist die Anwendung des § 34 StGB [...] ebenfalls bloß ein ‚Notbehelf‘. De lege ferenda sollte eine besondere Erlaubnisnorm im Transplantationsgesetz die Entnahmevoraussetzungen [...] präzise bestimmen.“⁷¹⁵

Anders als das Dammbbruch- oder Schiefe-Bahn-Argument fordert das Missbrauchsargument, dass eine Regelung nicht eingeführt werden sollte, weil die konkret indizierte Gefahr eines Missbrauchs der Regelung besteht, der sich nicht verhindern lässt⁷¹⁶. Anders gesagt: Missbräuche einer neuen Handlungsfreiheit sind niemals gänzlich auszuschließen; dies gilt für alle schon bestehenden Handlungserlaubnisse nicht anders als für alle denkbaren neuen, denn „ein Missbrauch berührt, solange er gesellschaftlich als solcher klar identifizierbar bleibt, nicht die Geltung der Norm, die ihn

714 Vgl. *Duttge*, in: *Gesamtes Strafrecht*, § 34 StGB, Rn. 1.

715 *Scheinfeld*, *Strafrechtspaternalismus*, S. 246.

716 Vgl. *Saliger*, *Dammbbruchargument in Medizinrecht*, S. 636.

als tadelnswert oder rechtswidrig ausweist⁷¹⁷. Faktisch kommt es bei der Regel darauf an, ob und inwieweit der tatsächliche Missbrauch einer Norm schon über die bereits bestehende statistische Quote an Missbrauchsfällen hinausging, was sich nicht auf die Geltung und Anwendungsmöglichkeit der Norm selbst, z. B. des § 34 StGB, bezieht.

Auf rechtspraktischer Ebene muss die Auferlegung einer solchen Opferpflicht bzw. Duldungspflicht demnach durch die Konkretisierung der Anwendungskriterien auf begründete Ausnahmefälle beschränkt bleiben:

Die grundrechtlich geschützten Positionen des einzelnen stehen in einer freiheitlich orientierten Rechtsordnung nicht zur beliebigen Disposition eines Nützlichkeitsdenkens, das sich auf den gesamtgesellschaftlichen Vorteil oder die Belange Dritter bezieht. Hier steht vielmehr das Autonomieprinzip im Vordergrund, das nur dort unter Solidaritätsaspekten eingeschränkt werden darf, wo zum einen eine ganz erhebliche Diskrepanz der betroffenen Interessen festzustellen ist und zum anderen gewisse absolute Grenzen der Opferpflicht beachtet werden.⁷¹⁸

Mit anderen Worten bedeutet die hier in Rede stehende Duldungspflicht des Angriffsadressaten bzw. des unbeteiligten Dritten beim aggressiven Notstand die paternalistische Einschränkung seines individuellen Selbstbestimmungsrechts. Demnach beruht die Verhütung der oben genannten Missbrauchsgefahr logischerweise auf der Abgrenzung dieser paternalistischen Einschränkung bzw. auf der Durchsetzung der Schutzpflicht der Menschenwürde aus der Perspektive der entsprechenden Abwehrfunktion, wie vorhergehend erwähnt. So bezieht sich die Legitimation einer Mindestduldung zum einen auf die gesetzlichen Erfordernisse des wesentlichen Überwiegens des geschützten Interesses, zum anderen auf die Angemessenheit der Notstandshandlung. „Genau darum geht es bei dem Subsidiaritätsprinzip: um die rechte Ausgewogenheit von Freiheit des Menschen zu seiner Entfaltung einerseits und von staatlicher Sicherung und Unterstützung dieser Freiheit andererseits.“⁷¹⁹ Diese rechte Ausgewogenheit nennen wir Gerechtigkeit – nicht formale, sondern materiale soziale Gerechtigkeit. Dementsprechend lässt sich eine solche negative Duldungspflicht des im Notstand Angegriffenen weiter auf zwei unterschiedlichen Betrachtungsebenen konkretisieren.

717 Merkel, Dammbruch-Argument, S. 286.

718 Erb, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 5.

719 Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip, S. 93.

I. Erforderlichkeit auf Erhaltungsseite

Die Duldungspflicht bedeutet die Verantwortung des Menschen als Mitglied der Gemeinschaft, die Solidarität in der Gesellschaft zu bewahren⁷²⁰. Deswegen ist die notwendige Duldungspflicht bzw. Einschränkung des eigenen Freiheitsbereichs in ganz bestimmten Notlagen zugunsten eines Anderen „eine in der alten und modernen Gesellschaft unverzichtbare Rechtsidee“⁷²¹.

1. Die Interessenabwägung der notstandsfähigen Rechtsgüter

Der § 34 stellt den gesetzgeberischen Versuch dar, in dieser Regelung die Theorie des überwiegenden Interesses mit der Zwecktheorie zu kombinieren. So wird das wesentliche Überwiegen des geschützten Interesses bzw. das Kriterium der Interessenabwägung als gemeinsames Merkmal aller Notrechte angesehen, d. h., nicht allein die Höherwertigkeit des geschützten Rechtsguts gegenüber dem beeinträchtigten Rechtsgut reicht zur Legitimation eines Notstandseingriffs aus, sondern alle in der konkreten Situation betroffenen, rechtlich beachtenswerten Belange sind zu berücksichtigen und in einer umfassenden Interessenabwägung zu würdigen⁷²². Hierzu betont *Wachinger*, dass der Ausschluss der Rechtswidrigkeit durch Rechtfertigungsgründe nicht nur aus dem Strafrecht, sondern auch aus dem Ganzen der Rechtsordnung zu entnehmen ist: „[E]ine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Rechtswidrigkeit der Tat durch das öffentliche oder bürgerliche Recht ausgeschlossen ist.“⁷²³ Anders formuliert: Die umfassende Interessenabwägung stellt eine Folgenorientierung bzw. Konsekuenzialisierung dar: „Mit der Entscheidung für die rechtfertigende Wirkung von bestimmten Notlagen stellt die Rechtsordnung die Verbindlichkeit ihrer Verbote unter einen weitreichenden Vorbehalt: Diese Verbote werden suspendiert, soweit die Folgen, die ihre Respektierung hätte, im Einzelfall als nicht hinnehmbar erscheinen.“⁷²⁴ So wird die rechtliche Qualität einer konkreten Handlung nicht nur an ihrer Übereinstimmung mit

720 Vgl. *Kollhosser*, Organtransplantationen, S. 165.

721 *Perdomo-Torres*, Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, S. 40.

722 Vgl. *Schmitz*, Rechtfertigender Notstand, S. 146.

723 *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand, S. 481.

724 *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 StGB, Rn. 6.

den allgemeinen Normen des Rechts, sondern auch an ihren Folgen gemessen, was schließlich bedeutet, dass die Interessenabwägungstheorie nur die objektiv festzustellenden Umstände bezüglich eines als überwiegend zu bewertenden Interesses⁷²⁵ beschreibt. Aber im Detail und in der praktischen Anwendung vermag diese Theorie es nicht, ausreichend konkrete Kriterien zur Beurteilung des Eingreifens des rechtfertigenden Notstands zu liefern:

Die im Rahmen des § 34 StGB zu berücksichtigenden Interessen dienen nur als Abwägungsfaktoren, sie können damit aber nicht selbst auch der Abwägungsmaßstab sein. Es ist erforderlich zu klären, aus welchem Blickwinkel die Bewertung der abzuwiegenden Interessen erfolgen soll und wann tatsächlich das Überwiegen eines Interesses festgestellt werden kann.⁷²⁶

Bei der praktischen Anwendung dieser Theorie benutzt man die sog. komparativen Sätze mit „Je-desto-Formel“, d. h., je größer und je mehr die Interessen der Erhaltungsseite nach einzelnen Präferenzkriterien gegenüber denen auf der Eingriffsseite überwiegen, desto eher tritt die Rechtsfolge des wesentlich überwiegenden Interesses ein⁷²⁷. Hierfür betont *Lenckner* vornehmlich:

Sind dort das „Erhaltungsgut“ und das durch die Erforderlichkeit der Notstandshandlung bestimmte „Eingriffsgut“ gegeneinander abzuwägen, so findet die Abwägung hier zwischen den potentiellen „Eingriffsgütern“ statt. Auch befinden sich diese hier alle in derselben Ausgangsposition, während sich „Erhaltungs“- [sic] und „Eingriffsgut“ im typischen, durch die Abwälzung des drohenden Schadens auf einen unbeteiligten Dritten gekennzeichneten Notstandsfall unter verschiedenen Vorzeichen gegen-

725 Der Begriff „Interesse“ ist noch präziser zu definieren. Siehe dazu *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 124: „Zweifel und Mißverständnisse sind hier deshalb möglich, weil der Begriff ‚Interesse‘ selbst nicht eindeutig feststeht. So bemerkte WELZEL einmal, die Bezeichnung ‚Interesse‘ sei sprachlich der ärgste Proteus und vermöge wie kein anderes Wort begrifflich über alles einen Schleier des Halbdunkels zu legen, der um so [sic] gefährlicher sei, als er nicht ganz verdunkle, sondern scheinbar zulasse, die Dinge zu unterscheiden. Trotz dieser zweifellos bestehenden Gefahren ist es jedoch offenbar unmöglich, auf den gerade in der Rechtssprache besonders häufigen Terminus ‚Interesse‘ zu verzichten oder ihn durch einen besseren zu ersetzen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Um so [sic] wichtiger ist es deshalb, Klarheit darüber zu gewinnen, was es bedeutet.“

726 *Schmitz*, Rechtfertigender Notstand, S. 148.

727 Vgl. *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel, S. 219.

überstehen, was wichtige Konsequenzen für die zu treffende Präferenzentscheidung hat: Während ein (wesentlich) überwiegendes Interesse i. S. des § 34 S.1 nur angenommen werden kann, wenn die Abwägung von „Eingriffs“- [sic] und „Erhaltungsgut“ eine unverhältnismäßig größere Schutzwürdigkeit des ersteren ergibt, genügt es hier, daß insoweit überhaupt eine Differenz besteht [Hervorh. d. Verf.].⁷²⁸

Wegen ihrer inneren Komparativität bzw. Vergleichbarkeit stellt diese Formel nur ein bewegliches System oder eine weiche Ordnung dar⁷²⁹. In diesem System kommt die Rechtfertigung also erst in Betracht, wenn ein wesentliches Überwiegen des Interesses der Erhaltungsseite festgestellt wird. Indessen dürfte eine solche Interessenabwägung in Wirklichkeit wenig praktikabel sein, „da klare Kriterien dafür, welche besondere normative Anerkennung ein Interesse benötigt, um zum Rechtsgut zu erstarken (und damit über § 34 ggf. auch über den Rahmen der bestehenden Gesetze hinaus verfolgt werden kann), nicht ersichtlich sind.“⁷³⁰ Im Vergleich dazu zeigt *Lenckner* weiter:

Dem „Mehr-Nutzen-als-Schaden“-Prinzip, auf dem – richtig verstanden – der rechtfertigende Notstand letztlich beruht, entspricht es, daß hier eine Entscheidung weder zugunsten der einen noch zugunsten der anderen Seite getroffen werden kann: Ist das geeignetere jeweils das schwerere bzw. das weniger geeignete jeweils das mildere Mittel, so führt eine unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit durchgeführte „Gewinn- und-Verlust-Rechnung“ hier immer zum selben Ergebnis – dem höheren Aufwand auf der „Eingriffsseite“ entspricht ein höherer Gewinn in Gestalt einer größeren Erfolgsaussicht und umgekehrt dem geringeren Verlust die geringere Rettungschance [Hervorh. d. Verf.] –, weshalb insoweit alle Mittel als gleichwertig anzusehen sind.⁷³¹

Durch die Interessenabwägung ergibt sich daher in Notstandsfällen eine Konsequenz: Der rechtliche Schutz beider konkurrierender Interessen hebt sich gegenseitig auf; der mit der Strafdrohung des Tatbestandes verfolgte Zweck ist dadurch relativiert⁷³² und möglicherweise sogar völlig neutra-

728 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 102.

729 Vgl. *Küper*, Pflichtenkollision im Strafrecht, S. 16 f.

730 *Erb*, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 54.

731 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 111.

732 Bei der Rechtfertigungsprüfung zeigt sich vielmehr, dass man die Kollision der gegenseitigen Interessen zum Gegenstand hat, die an sich beide rechtlichen Schutz

liert⁷³³. Anders ausgedrückt: Eine Rechtfertigung der Zulässigkeit von Notstandseingriffen kann nicht mehr nur mit dem Prinzip des überwiegen- den Interesses geleistet werden, weil dieses Prinzip kein selbsttragendes Prinzip ist⁷³⁴. Deswegen versucht man, ein stabiles Kriterium hinter der In- teressenabwägung zu finden⁷³⁵. Dieses Kriterium beruht auf der Lehre des Utilitarismus⁷³⁶, dass im Rahmen der Interessenabwägungsformel des § 34 StGB nur die Kriterien, die folgenorientiert sozialpragmatisch und aktuell den besten Ausweg aus der Not weisen, entscheidend sind⁷³⁷. Wie oben dargestellt, orientiert sich die utilitaristische Beurteilung schließlich immer an kollektiven Wohlfahrtsinteressen, die aus mitmenschlichen Solidaritäts- pflichten dogmatisch hergeleitet werden⁷³⁸, wie *Perdomo-Torres* betont:

Der Notstandskonflikt ist im Wesentlichen ein rechtlicher, denn dabei stehen zwei Rechte in Kollision, das Recht als Person respektiert zu wer- den und das Recht des Wohls. Jeder der dabei Beteiligten hat ein Recht

genießen. Auch kann die Rechtfertigungslehre auf den Wandel gesellschaftlicher Anschauungen rasch reagieren und diesen bei der Lösung von Konflikten berück- sichtigen. Damit bezieht sich die Interessenabwägung wesentlich auf die subjektive Bewertung des Richters. Siehe dazu *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 129: „Soll daher der Interessenabwägungsgrundsatz einen vernünftigen Sinn bekommen, so kann er nicht auf bestimmte Interessen beschränkt werden, sondern muß alle im Einzelfall kollidierenden Werte erfassen, wobei schon oben dargelegt wurde, daß der Interessenbegriff dies durchaus zuläßt, weil sich jeder Wert in einem entspre- chenden Sozial- oder Individualinteresse auswirkt.“

733 Vgl. *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 49.

734 Vgl. *Neumann*, Rechtsethische Begründung des Notstands, S. 156. Siehe dazu auch *Merkel*, Mißverständnisse zu § 34 S.1, S. 185: „Vielmehr ist danach das ‚wesentliche‘ Interessenübergewicht auf der Erhaltungsseite nicht deswegen ein Rechtfertigungs- grund, weil es eine Nutzenfunktion für den Güterbestand der Rechtsgemeinschaft optimiert.“

735 Siehe dazu *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand, S. 505: „Im [...] Teil [...] wird in Ausführungen, die auch für den mit der Güterabwägungstheorie arbeitenden Ju- risten sehr beachtlich sind, der Grundsatz der Güterabwägung in seine Teilprinzipi- en zerlegt und dargetan, daß diese Teilprinzipien zwar bis zu einem gewissen Grad in Theorie und Praxis Geltung haben, daß sie aber in uneingeschränkter Allgemein- heit zu unannehmbaren Folgerungen führen, daß ferner die Wertungen nicht der Güterabwägungstheorie selbst, sondern anderen Grundsätzen entnommen werden müssen [Hervorh. d. Verf.]“.

736 Siehe dazu *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 43: „Dadurch ließen sich die besonders unbefriedigenden Konsequenzen der älteren Güterabwägungs- theorie innerhalb des ‚utilitaristischen‘ Begründungsschemas vermeiden.“

737 Vgl. *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel, S. 220.

738 Vgl. *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 50.

darauf, aber auch die entsprechende Pflicht dem Anderen gegenüber, dies ist Grundbedingung des gesellschaftlichen Zusammenlebens.⁷³⁹

Zwar führt die Erhaltung des größeren Wertes demnach zur Wahrung des größeren Gesamtgüterbestands der Gesellschaft, aber dahinter verbirgt sich weiter die Gefahr, dass die persönliche Autonomie bzw. das Selbstbestimmungsrecht des Eingriffsoffers im Notstand aufgrund der auferlegten Duldungspflicht dem auf Gesamtnutzen bezogenen Zweck untergeordnet werden muss, wie *Schmitz* zeigt:

Treten zwei solcher Bestandteile nun auf eine Art in Konflikt, dass notwendigerweise einer von beiden geopfert werden muss, so soll untersucht werden, nach welcher Vorgehensweise ein größerer Wert auf dem Gemeinschaftskonto verbleibt. Dient der Notstandseingriff dazu, den im Vergleich größeren Gesamtgüterbestand zu erhalten, so wird er als rechtmäßig beurteilt und das Eingriffsoffer zu Gunsten der Allgemeinheit zur Duldung des Eingriffs verpflichtet [Hervorh. d. Verf.]. Wesentlichstes Element dieses Verrechnungsprinzips ist also, dass rechtlich geschützte Interessen von Einzelpersonen nicht anerkannt werden, sondern nur die Gemeinschaft ein beachtliches Interesse am Erhalt von Rechtsgütern haben soll.⁷⁴⁰

Deswegen müssen wir vornehmlich aus liberaler Perspektive die notwendige Einschränkung der extremen Duldungspflicht beachten. Mit anderen Worten kann die Gewährleistung individueller Rechtspositionen einerseits nicht schrankenlos sein – keine Gesellschaft kommt umhin, ihre Bürger in einem gewissen Rahmen zur Wahrung übergeordneter Interessen in Anspruch zu nehmen, was u. a. in den Eingriffsvorbehalten im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes zum Ausdruck kommt, so dass die Rechtsordnung auch einem Unbeteiligten die Pflicht auferlegen kann, vor dem Hintergrund gravierender Notlagen eine Mindestsolidarität walten zu lassen und ausnahmsweise die Übergriffe in seine Rechtssphäre zu dulden; andererseits muss man berücksichtigen: „Ab einer gewissen [...] Schwelle erscheint ein egoistisches Beharren auf vergleichsweise gering zu veranschlagenden Positionen bei drohender Beeinträchtigung wichtiger Rechtsgüter anderer nicht mehr nur als ethisch verwerfliche Rücksichtslosigkeit, sondern als eine Sozialfeindlichkeit, die mit der Gemeinschaftsbezogenheit

739 *Perdomo-Torres*, Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, S. 38.

740 *Schmitz*, Rechtfertigender Notstand, S. 150 f.

des Individuums auch in einer grundsätzlich individualistisch konzipierten Rechtsordnung nicht mehr vereinbar ist.⁷⁴¹

Jedoch bleibt hierbei noch die Frage offen, woraus sich diese Verpflichtung zur Mindestsolidarität ergibt und welchen genauen Inhalt sie aufweist. Dabei ist zunächst festzustellen, dass der Begriff der Solidarität jedenfalls keine klar definierten Konturen aufweist und demnach aus sich heraus keine hinreichenden Lösungen zu geben vermag, sondern vielmehr als ungreifbare Leitfigur erscheint, die noch der Konkretisierung bedarf. *Lenckner* betont, dass sich das Reichsgericht für seinen Grundsatz auf *Binding* berufen hat, der seine These, dass es nicht verboten sei, das größere Gut auf Kosten des minderwertigen, das gleichwertige auf Kosten des gleichen zu retten, dementsprechend erläutert hatte, dass nicht der Wert der Güterarten, sondern der Wert der einzelnen Güter im konkreten Falle entscheidend sei⁷⁴².

Nach *Merkel* bedeutet die Interessenabwägung trotzdem ein Instrument des reinen Kosten-Nutzen-Kalküls bzw. der Gewinn-und-Verlust-Rechnung im Dienst der Maximierung des gesellschaftlichen Güterbestands und über die vom Recht gezogenen Schutzgrenzen individueller Sphären hinweg⁷⁴³. D. h., mit einer kollektivistischen Tendenz, der Sozialisierung von Gefahrenlagen und auch der Vergemeinschaftung von Schutzgütern wird man der in der Interessenabwägungsformel steckenden sachlichen Kritik die Berechtigung nicht absprechen können: „So rational der Grund der Interessenverrechnung im Hinblick auf den kollektiven Gesamtnutzen sein mag, so wenig wird man diese Rationalität mit Gerechtigkeit gleichsetzen wollen.“⁷⁴⁴ Deswegen sollte man andere, gegenläufige normative Kriterien zur Korrektur der reinen Interessenverrechnung übernehmen: Gerechtigkeit, Rechtsfrieden, Autonomie, Menschenwürde. *Wachinger* betont in diesem Zusammenhang, dass der Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung (des überwiegenden Interesses) nicht als alleiniges Entscheidungsprinzip in Notstandsfällen funktionieren solle; dass die Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen, die sich als das angemessene Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zwecks darstellen, als rechtmäßige Handlungen

741 *Erb*, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 6.

742 Vgl. *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 55.

743 Vgl. *Merkel*, Mißverständnisse zu § 34 S.1, S. 176.

744 *Kühl*, Begründung des rechtfertigenden Notstands, S. 156.

anzusehen seien⁷⁴⁵, so dass das Merkmal der Angemessenheit zur notwendigen Zuordnungsinstantz wird.

2. Die Notstandsgefahr

a) *Die Gegenwärtigkeit der Gefahr*

Neben dem abstrakten Rangverhältnis der konkurrierenden Interessen in der oben genannten Abwägungsformel kommt noch ein eigenständiges Kriterium in Betracht, bei dem es sich um die Berücksichtigung des Grades der dem jeweiligen Interesse drohenden Gefahr handelt, die sich schon aus dem Wortlaut des § 34 StGB ergibt⁷⁴⁶.

Das Erhaltungsgut muss sich in einer Gefahr befinden, unter der man einen Zustand versteht, in dem aufgrund bestimmter Risikofaktoren eine bestimmte Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Schadens besteht⁷⁴⁷. Eine gegenwärtige Gefahr für die betroffenen Rechtsgüter liegt dann vor, wenn sie ohne Ergreifen abwehrender Maßnahmen alsbald oder in allernächster Zeit in einen Schaden umzuschlagen droht. „Gefahr ist die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Sie bezeichnet bezüglich eines Schadens die Möglichkeit aufgrund generalisierender Betrachtung des Gegebenen, daß er Wirklichkeit wird.“⁷⁴⁸ Dies kann eine Augenblicksgefahr sein, aber auch eine sog. Dauergefahr, bei der infolge eines gefahrdrohenden Zustands von längerer Dauer der Schaden jederzeit oder auch alsbald eintreten kann⁷⁴⁹, weil die zeitliche Komponente nur eine Indizfunktion hat: „Sie lässt ein unverzügliches Eingreifen auf der einen Seite umso dringlicher erscheinen, je schneller der Schaden einzutreten droht, und begründet zwingend dessen Notwendigkeit, wenn die Rechtsgutsverletzung unmittelbar bevorsteht oder mit einer im Rahmen von § 34 beachtlichen Wahrscheinlichkeit [...] jederzeit stattfinden kann – deshalb sind Augenblicks- und Dauergefahren in jedem Fall gegenwärtig.“⁷⁵⁰

745 Vgl. Wachinger, Der übergesetzliche Notstand, S. 475 f.

746 Vgl. Janka, Der Strafrechtliche Notstand, S. 246.

747 Vgl. Erb, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 58.

748 Meißner, Die Interessenabwägungsformel, S. 241.

749 Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, § 34 StGB, Rn. 17.

750 Erb, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 82.

Wie sich ein Geschehen, dessen weiterer Verlauf zur Zeit der möglichen Gefahrenlage prinzipiell nicht sicher vorhersehbar war, am Ende tatsächlich entwickelt, ist für das Gefahurteil irrelevant⁷⁵¹; eine Rechtfertigung nach § 34 StGB kann zudem nur eintreten, wenn die konkrete Gefahrenlage vom Täter so beurteilt worden ist, wie es der Summe aller Kenntnisse der Menschheit entspricht. D. h., der Notstandstäter beurteilt subjektiv aus seiner *Ex-ante*-Perspektive die Gefahrenlage; damit ist ein Rest an Ungewissheit notwendigerweise in Kauf zu nehmen und die Anforderungen an diese Beurteilung sollten sich schließlich jedoch irgendwie objektiv feststellen lassen⁷⁵². Anders gesagt: Die Beurteilung der Gegenwärtigkeit der Gefahr umfasst noch ein objektives Kriterium:

Auch Augenblicks- und Dauergefahren sind (sogar in besonders offensichtlicher Form) durch die Notwendigkeit sofortigen Handelns gekennzeichnet, die hier freilich unmittelbar aus der zeitlichen Nähe eines möglichen Schadenseintritts folgt. Damit liegt das übergeordnete und zentrale Kriterium, das über die Gegenwärtigkeit der Notstandsgefahr entscheidet, in der Frage, ob schon zum jetzigen Zeitpunkt Gegenmaßnahmen erforderlich sind, um die drohende Rechtsgutsverletzung zu verhindern [Hervorh. d. Verf.].⁷⁵³

Abgesehen davon, dass die Fähigkeiten des Menschen, irgendwelche Vorgänge zu präjudizieren, immer begrenzt sind⁷⁵⁴, kann der Täter die Gefährlichkeit einer Handlung durch die Bestimmungsfunktion strafrechtlicher Verhaltensnormen beurteilen; beispielsweise können die Verbotsnormen nur solche Handlungen erfassen, deren Eignung, bestimmte Rechtsgüter zu beeinträchtigen, vom *Ex-ante*-Standpunkt aus den Menschen überhaupt er-

751 Vgl. ebenda, Rn. 61.

752 Vgl. *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 107.

753 *Erb*, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 81.

754 Siehe dazu *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 98 f.: „Dabei kehren an dieser Stelle alle die Fragen wieder, die schon beim Gefahrenbegriff vielfach umstritten sind und auf die hier nicht näher eingegangen werden kann: Ob durchgehend auf eine ex-ante-Beurteilung abzustellen ist oder ob der dem Prognoseurteil über die künftige Entwicklung als gegenwärtig gegeben zugrunde gelegte Sachverhalt tatsächlich vorliegen muß, ferner welcher Beurteilungsmaßstab anzuwenden ist, ob derjenige eines zugleich mit dem Sonderwissen des Täters ausgestatteten Durchschnittsbeobachters, eines verständigen Beobachters aus dem Verkehrskreis des Handelnden, eines besonders sachverständigen oder gar über alle Gegenwertskenntnisse verfügenden Betrachters, schließlich ob hier bei den §§ 34 und 35 unterschiedliche Anforderungen zu stellen sind.“

kennbar ist, wie *Rudolphi* betont: „Gegenstand strafrechtlicher Verbote sind daher stets nur Handlungen, die – vom ex-ante-Standpunkt aus beurteilt – möglicherweise, wahrscheinlich oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das jeweils geschützte Rechtsgut beeinträchtigen“⁷⁵⁵, denn die strafrechtlichen Verbote beinhalten nur Verbote gefährlicher Handlungen. Im echten Kollisionsfall handelt es sich also bei einem objektiv begründeten Gefahurteil um die *Ex-ante*-Bewertung einer künftigen Entwicklung⁷⁵⁶. Aber es ist einzuräumen: „Die objektive Rechtfertigungslage ist ex ante zu beurteilen – wobei der Maßstab dieser Beurteilung noch offen bleibt [sic]. – Zu dieser Lösung drängen auch andere Erwägungen: Was de lege lata für den übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand schon richtig ist, schreibt der künftige § 34 ausdrücklich vor, eine Abwägung ‚der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren.‘“⁷⁵⁷ Deswegen sollte man die objektiven Maßstäbe der *Ex-ante*-Bewertung über den übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand präzise definieren und weiter spezialisieren, was wir hier dahingestellt sein lassen⁷⁵⁸.

b) *Die historische Entwicklung und dogmatische Veränderung des Begriffs der Gegenwärtigkeit der Gefahr*

Gegenwärtige Gefahr bedeutete in den frühen Rechtsprechungen, dass die Verhältnisse darauf hindrängen, alsbald mit Abwehrhandlungen vorzuge-

755 *Rudolphi*, Pflichtgemäße Prüfung als Rechtfertigungserfordernis, S. 81.

756 Vgl. *Lenckner*, Rechtfertigungsgründe, S. 179.

757 *Kaufmann*, Lehre vom personalen Unrecht, S. 401.

758 Siehe dazu *Schaffstein*, Maßstab für das Gefahurteil, S. 91 f.: „Das Vorliegen einer ‚gegenwärtigen Gefahr‘ für Rechtsgüter im maßgeblichen Zeitpunkt des Handelns kann zwar vom subsumierenden Richter erst ex post festgestellt werden. Der Richter kann diese Feststellung aber nur aufgrund einer ex ante-Betrachtung treffen, d. h. also, indem er sich in den Zeitpunkt des Eingreifens des Notstandstäters zurückversetzt. Würde man nämlich für das Gefahurteil eine ex post-Betrachtung zugrundelegen, so wäre eine Gefahr nur dann vorhanden gewesen, wenn sie später in eine Verletzung des Rechtsguts umgeschlagen wäre. Damit aber hätte der Gefahrbegriff die spezifische Funktion, die ihm das Strafrecht beim Notstand, bei dem konkreten Gefährdungsdelikt usw. zuweist, eingebüßt [Hervorh. d. Verf.]. Diese Funktion setzt eben gerade voraus, daß das Strafrecht um des stärkeren Schutzes willen seine Rechtsfolgen schon an einen früheren Zustand als den der Rechtsgutsverletzung anknüpft, an einen Zustand nämlich, in dem jene letztere noch im Ungewissen bleibt, so daß nicht nur in Kauf genommen, sondern sogar beabsichtigt ist, daß es überhaupt nicht zur Verletzung kommt.“

hen, und dass durch das Zögern das Ereignis, welches das Übel verwirklicht, unabwendbar wird oder die Gefahr unverhältnismäßig wächst⁷⁵⁹. Die Gefahr stellt demnach einen Zustand dar, „der erfahrungsgemäß bei natürlicher Weiterentwicklung den Eintritt der Schädigung als sicher bevorstehend erscheinen läßt, wenn nicht dagegen eingeschritten wird.“⁷⁶⁰ Diese Rechtsprechung erscheint überzeugend, aber man kann nicht um die Tatsache herumreden, „daß hier das Erfordernis der ‚Gegenwärtigkeit‘ der Gefahr durch das der ‚gegenwärtigen oder als sicher bevorstehenden Gefahr‘ ersetzt wird.“⁷⁶¹ In der Folgezeit ist dieses Erfordernis der Gegenwärtigkeit der Gefahr inhaltlich durch die Rechtsprechungen weiter ausgedehnt worden, wie folgend dargelegt:

Wenn, wie a. a. O. zugegeben wird, der „Notstand“ im § 54 StGB. [sic] auch die Augenblicksgefahr umfaßt, und wenn andererseits auch eine Dauergefahr selbstverständlich gegenwärtig sein kann, so ist aus dem Richtgebrauch des Wortes „Notstand“ in § 52 StGB. [sic] nicht zu folgern, daß der Gesetzgeber mit der in beiden Vorschriften wörtlich übereinstimmenden Wendung „gegenwärtige, auf andere Weise nicht abzuwendende Gefahr für Leib oder Leben“ nicht dasselbe gemeint haben sollte, zumal auch Wissenschaft und Rechtsprechung, die erste wenigstens überwiegend, die Lage des Täters in § 52 StGB. [sic] als Notstand kennzeichnen [Hervorh. d. Verf.]. [...] Die Dauergefahr kann begrifflich im Falle des § 52 StGB. [sic] ebenso gegenwärtig sein, wie im Falle des § 54 StGB. Dazu genügt, daß der Täter bei Unterlassung einer abwendenden Maßnahme mit dem alsbaldigen Eintritt des Übels rechnen kann. Die gleichzeitige Möglichkeit etwa späteren Eintritts des Erfolgs steht der Gegenwärtigkeit der Gefahr nicht entgegen. [...] Da im Sinne der §§ 52, 54 StGB. [sic] unter zukünftiger Gefahr die nicht gegenwärtig drohende zu verstehen ist, so kann dieselbe Gefahr nur entweder gegenwärtig oder zukünftig, nicht beides zugleich sein.⁷⁶²

Die Gefahr im Notstand bedeutet einen Zustand, „der nach menschlicher Erfahrung bei natürlicher Weiterentwicklung der gegebenen Sachlage den Eintritt einer Schädigung sicher oder doch höchstwahrscheinlich

759 Vgl. RGSt 36, 334 (340).

760 RGSt 61, 242 (255).

761 Schroeder, Notstandslage bei Dauergefahr, S. 179.

762 RGSt 66, 98 (100 ff.).

[Hervorh. d. Verf.] macht, wenn nicht alsbald eine Abwehrmaßnahme ergriffen wird.“⁷⁶³

Das eigentliche Problem der Aussageerpressungsfälle ist aber auch damit noch nicht erreicht. Dieses liegt darin, daß zwar die Gefahr für die Gegenwart anderweitig abgewendet werden kann und der Erfolgseintritt auch für die Zukunft nicht höchstwahrscheinlich ist [Hervorh. d. Verf.], daß aber eine restlose Beseitigung der Gefahr nur durch sofortiges Handeln, eben die falsche Aussage, möglich ist.⁷⁶⁴

Auch ein Dauerzustand kann eine gegenwärtige Gefahr bilden [Hervorh. d. Verf.]. Gerade im Augenblick der Tat muß die sofortige unmittelbare Verwirklichung des drohenden Übels nicht zu erwarten sein. Das Einschließen der Person, von der Gefahr droht, kommt nicht unter allen Umständen als ein Mittel in Betracht, um die Dauergefahr zu bannen. [...] Eine solche dauernde Gefahr kann insbes. angenommen werden [Hervorh. d. Verf.], wenn der Charakter eines Menschen diesen, obschon nicht ohne irgendwelche Unterbrechungen, so hoch in rascher Folge, immer wieder zu Handlungen hinzureißen droht [Hervorh. d. Verf.], die nach den gegebenen Verhältnissen Leib oder Leben seiner Angehörigen gefährden. [...] Leib oder Leben steht in Gefahr, wenn ihre Verletzung ohne Ergreifung wirksamer Gegenmaßnahmen zu erwarten ist, und die Gefahr ist „gegenwärtig“, sofern die Maßnahmen, um die Gefahr mit Sicherheit zu beseitigen, alsbald ergriffen werden müssen [Hervorh. d. Verf.].⁷⁶⁵

Handelt es sich um eine gegenwärtige Dauergefahr, so braucht sich die Abwehr nicht darauf zu beschränken, den sofortigen Eintritt des Schadens zu hindern, die Gefahr also hinauszuschieben; die einheitliche Dauergefahr ist nicht in einen gegenwärtigen und einen zukünftigen Teil zu zerlegen (RGSt 66, 98).⁷⁶⁶

Im Wesentlichen verbergen sich dogmatisch hinter der verschachtelten Gesetzesformulierung nur die Elemente sowohl der Notstandslage als auch

763 RGSt 66, 222 (225).

764 Schroeder, Notstandslage bei Dauergefahr, S. 179.

765 JW 1934, 422 (423).

766 BGHSt 5, 371 (375). Siehe dazu auch Roxin, ESJ-Strafrecht: AT, S. 134: „Das Urteil behandelt eine der praktisch wichtigsten Notstandskonstellationen. Die Ausführungen zur ‚Dauergefahr‘ und zum Problem der ‚Abwendbarkeit‘ zeigen, daß die Berufung auf einen entschuldigenden Notstand in Fällen solcher Art keineswegs aussichtslos ist.“

der Notstandshandlung; „[S]chon nach allgemeinem Sprachgebrauch ist eine Gefahr, der man sich mühelos entziehen oder sonst ohne weiteres begegnen kann [...], noch kein ‚Notstand‘ oder eine ‚Notstandslage‘.“⁷⁶⁷ Daraus ist auch abzuleiten, dass die Bedeutsamkeit der Gegenwärtigkeit der Gefahr bei der Rechtsbeurteilung allmählich verändert und sogar, beispielsweise durch die begriffliche Anerkennung der Dauergefahr, verflüchtigt wird. Wie *Schroeder* zeigt, wurde die frühere Formulierung „der Erfolgseintritt stand mit Sicherheit bevor“ in RGSt 36, 334 (340) durch den späteren Ausdruck „die sichere Beseitigung der Gefahr ist nur in der Gegenwart möglich“⁷⁶⁸ ersetzt; demnach ist die Notstandslage „nunmehr auf eine ‚gegenwärtige oder als sicher bevorstehende oder nur in der Gegenwart mit Sicherheit zu beseitigende Gefahr‘ erweitert“⁷⁶⁹. Dies führt dazu, dass die Strafbarkeit der Handlung durch eine erweiternde Auslegung des §§ 34, 35 StGB eingeschränkt wird, was das Bedenken herbeiführt, „daß hier durch staatliche Gerichte Eingriffe in grundrechtlich geschützte Güter für rechtmäßig erklärt werden, ohne daß eine gesetzliche Grundlage dafür vorhanden ist.“⁷⁷⁰

II. Angemessenheit auf Eingriffsseite

Als Träger der Solidaritätspflicht wird ein Angriffsadressat bzw. ein an der Entstehung der Gefahrenlage Unbeteiligter durch die Notstandshandlung verletzt oder gefährdet, was bedeutet, dass jeder Notstandseingriff in seine Rechtsgüter zugleich einen Eingriff in seine Autonomie darstellt⁷⁷¹. D. h., auf der Seite des Eingriffsopfers ist dementsprechend nicht nur das Interesse zu berücksichtigen, das gerade durch den heranzuziehenden Straftatbestand geschützt wird; einzubeziehen sind vornehmlich auch mittelbare Beeinträchtigungen anderer Interessen des Inhabers des Eingriffsgutes⁷⁷². Deshalb ist die Handlung nur dann gerechtfertigt, wenn das bedrohte Interesse auf der Erhaltungsseite die Summe der betroffenen Interessen auf der Eingriffsseite wesentlich überwiegt.

767 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 95.

768 JW 1934, 422 (423).

769 *Schroeder*, Notstandslage bei Dauergefahr, S. 179.

770 Ebenda, S. 180.

771 Vgl. *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 141.

772 Vgl. *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 StGB, Rn. 69.

1. Das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr

Das zu prüfende Verhältnis ist also dasjenige zwischen den Gefahren im Notstand und den Erhaltungsinteressen: Je größer der zu erwartende Schaden beim Erhaltungsgut ist, desto geringere Anforderungen sind an dessen Eintrittswahrscheinlichkeit zu knüpfen; je mehr sich die Schadenswahrscheinlichkeit der Schadensgewissheit für das zu erhaltende Rechtsgutsobjekt annähert, desto eher darf ein anderes Rechtsgutsobjekt bzw. Angriffsobjekt verletzt werden⁷⁷³. Auf der Eingriffsseite stellt sich ein entsprechend umgekehrtes Verhältnis dar: „Je geringer die Wahrscheinlichkeit eines Verletzungserfolges, [sic] und je geringer dessen Schwere, desto eher wird ein überwiegendes Interesse zugunsten des Erhaltungsgutes zu bejahen sein.“⁷⁷⁴ Anders gesagt: Es kommt bei der Rechtfertigung bzw. Angemessenheit der Notstandshandlung auf den Verletzungs- oder Gefährdungsgrad beim Angriffsadressaten an; auf der Seite des Eingriffsofers bezieht sich demnach das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr im Notstand auf die Notstandshandlung, während es auf der Erhaltungsseite neben der Gegenwärtigkeit der Gefahr zur Notstandslage gehört, wie *Lenckner* betont:

Muß die Tat in einer anders (!) nicht zu beseitigenden Gefahr begangen sein, so heißt dies zugleich, daß sie von der Art sein muß, daß gerade sie und nur sie die Gefahr für das „Erhaltungsgut“ beseitigen kann. Da hiermit bestimmte Anforderungen an die Notstandshandlung gestellt werden, betrifft das Merkmal der Nicht-anders-Abwendbarkeit daher auch diese [Hervorh. d. Verf.].⁷⁷⁵

Das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr betrifft demnach auch die Zuspitzung der Kollision der gegenseitigen Interessen: Das bedrohte Interesse muss entweder abgeschieden oder zu seiner Rettung muss ein anderes Interesse geopfert werden, da die Gefahr für das Erhaltungsgut nur durch die Nothandlung, nämlich die Verletzung des Eingriffsofers, abzuwenden ist.

773 Siehe dazu *Merkel*, Kollision rechtmäßiger Interessen, S. 78: „Je nach der Größe der ihm in concreto drohenden Verletzung kann das Interesse an Erhaltung der körperlichen Integrität dem Lebensinteresse gleichwertig sein [Hervorh. d. Verf.] – Beraubung der Geisteskräfte – oder selbst einem beträchtlichen Vermögensinteresse untergeordnet erscheinen – Verlust eines Ohrläppchens.“

774 *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel, S. 241.

775 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 96.

Dieses Merkmal betont daher, dass der Notstandstäter nicht nur auswählen muss, „entweder den Dingen ihren Lauf zu lassen und die Gefahr hinzunehmen oder – tertium non datur – diese gerade dadurch abzuwenden, daß er die fragliche Tat begeht“⁷⁷⁶, sondern zudem weiter abwägen muss, ob diese Gefahr auch auf andere Weise abwendbar ist. Anders formuliert: „Bei § 34 ist dies einerseits die Erwägung, daß für das Recht nur dann Anlaß bestehen kann, den Eingriff in eine fremde Rechtssphäre zuzulassen, wenn dem Betroffenen dadurch kein sinnloses Opfer auferlegt wird, oder positiv formuliert: wenn der verfolgte Zweck – Abwendung der drohenden Gefahr – damit möglichst auch erreicht wird“⁷⁷⁷; andererseits ist vornehmlich auf der Eingriffsseite zu beachten, dass die Erhaltung des bedrohten Interesses nur mit dem geringstmöglichen Verlust des Eingriffsopfers erkaufte werden darf. Demnach deutet das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ eine notwendige Voraussetzung für die Notstandshandlung an, nämlich die Angemessenheit des Eingriffs in die Rechte und/oder Unversehrtheit eines an der Entstehung der Gefahrenlage Unbeteiligten⁷⁷⁸. Dabei bezieht sich diese Angemessenheit sowohl auf die richtige Auswahl als auch auf die sachgemäße Anwendung des Mittels, wie *Lenckner* zeigt:

Die Erforderlichkeit der Notstandstat ist daher zu verneinen, wenn diese zwar ihrer Art nach das geeignetste und relativ mildeste Mittel darstellt, ihre konkrete Ausführung aber in einer Weise erfolgt, daß sie ihren Zweck, die Gefahr mit der größtmöglichen Aussicht auf Erfolg und unter den geringstmöglichen Opfern abzuwenden, deshalb verfehlt.⁷⁷⁹

Es stellt sich also durch das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ die Ausgewogenheit vom Schutz der möglichst hohen Interessen auf der Erhaltungsseite und von der Durchsetzung der möglichst geringen Verletzung oder Gefährdung auf der Eingriffsseite dar.

776 Ebenda, S. 96.

777 Ebenda, S. 97.

778 Siehe dazu ebenda, S. 97: „Bei diesem besteht, gleichgültig wie man § 35 im übrigen erklären mag, kein Grund zur Nachsicht gegenüber dem Täter, wenn nicht wenigstens die Minimalvoraussetzung erfüllt ist, daß die Tat zur Abwendung der Gefahr in dem genannten Sinn erforderlich war. Mit Recht hat deshalb die h. M. auch nie geögert, das vom Gesetz der Gefahr zugeschriebene Merkmal der ‚Nicht-anders-Abwendbarkeit‘ in beiden Notstandsvorschriften in den Grundsatz der Erforderlichkeit der Notstandshandlung umzudeuten.“

779 Ebenda, S. 97.

2. Angemessenheit der Notstandshandlung

Für den Angriffsadressaten bedeutet die Notstandshandlung eine Bedrohung seiner Interessen, deswegen kommt es bei der Rechtfertigung der Notstandshandlung einerseits darauf an, dass bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt⁷⁸⁰; andererseits muss trotzdem das beeinträchtigte Interesse des Angriffsadressaten bzw. des an der Entstehung der Gefahrenlage völlig Unbeteiligten berücksichtigt werden, weil dessen eigentlich rechtlich geschützte Freiheitssphäre durch die Notstandshandlung bzw. die Durchführung der entsprechenden Duldungspflicht beschränkt wird.

Demnach bezieht sich der Beurteilungsmaßstab, nach dem die Angemessenheit der Notstandshandlung festzustellen ist, nicht nur auf die Präjudizierung der Gefahrenlage, wie oben dargestellt, sondern auch darauf, wie wahrscheinlich es sein muss, dass die fragliche Notstandshandlung den gewünschten Erfolg hat. Anders gesagt: „Sinn und Zweck der Angemessenheitsprüfung ist es, die schutzwürdigen Belange des von der Notstandshandlung Betroffenen noch einmal besonders in den Blickpunkt zu rücken. Auf diese Weise können die bisher gewonnenen Ergebnisse unter Berücksichtigung einer sozialetischen Gesamtwertung, die den Wertvorstellungen der Allgemeinheit Rechnung trägt, gegebenenfalls noch korrigiert werden.“⁷⁸¹ Jedoch ergibt sich daraus die Schwierigkeit, wie genau der Beurteilungsmaßstab der Angemessenheitsprüfung abgegrenzt werden kann, weil zum einen nicht nur eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit eines positiven Schadenseintritts auf der Erhaltungsseite verlangt werden kann und zum anderen auch eine nur ganz entfernte und vage Duldungspflicht auf der Eingriffsseite nicht ausreicht, wie *Lenckner* erläutert: „Dabei ist eine exakte begriffliche Fixierung hier so wenig möglich wie dort, und wie schon das Vorliegen einer Gefahr, so kann auch die für die Geeignetheit des Mittels erforderliche Rettungschance nicht mit Hilfe von Prozentzahlen bestimmt werden.“⁷⁸² So beruft sich die Lösung logischerweise auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn mehrere Möglichkeiten in Betracht kommen, die Gefahr abzuwenden.

780 Vgl. *Kühl*, Begründung des rechtfertigenden Notstands, S. 148.

781 *Pawlowski*, Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, S. 101.

782 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 99.

Zunächst muss der Täter unter den mehreren zur Verfügung stehenden Mitteln eine Auswahl treffen. Wenn er die falsche trifft, dann ist eine Rechtfertigung wegen des Notstands dementsprechend zu verneinen, auch wenn der Täter dieser fraglichen Notstandshandlung im Glauben ist, diese Auswahl sei das einzige verfügbare Mittel; aber umgekehrt „auch dann, wenn die fragliche Tat, wäre sie das einzige verfügbare Mittel gewesen, gerechtfertigt oder entschuldigt wäre“⁷⁸³, wie *Kaufmann* aufzeigt:

Beim Verkennen der Tatumstände eines Verbotstatbestandes kann noch ein anderes Verbot eingreifen – die Verbote beispielsweise, die der Fahrlässigkeit zugrunde liegen [Hervorh. d. Verf.]. Wäre die Vorstellung von den Voraussetzungen des Erlaubnissatzes maßgebend, wäre [...] die Folge eine Rechtfertigung, und zwar schlechthin. Die Rechtsordnung als Regelung menschlichen Verhaltens kann deshalb das ausnahmsweise Eingreifen des Erlaubnissatzes nicht von der etwaigen Fehlvorstellung des Erlaubnisträgers abhängig machen, sondern letztlich nur von außerhalb der Tätervorstellung liegenden Kriterien [Hervorh. d. Verf.]. Sie muß damit aber dem Handelnden, der von einer Erlaubnis des Rechts Gebrauch machen will, das Risiko aufbürden, die Voraussetzungen des Erlaubtseins richtig zu erkennen.⁷⁸⁴

Mit anderen Worten hat die hier in Rede stehende Erforderlichkeit der Notstandshandlung die Funktion eines ersten und wichtigen Filters. Nachdem die Alternativen, die keine wirksame Abhilfe versprechen, nach der oben genannten Regel auszuschneiden sind⁷⁸⁵, werden die übrigen möglichen Handlungsalternativen noch einmal unter dem Gesichtspunkt ihrer Eignung zur Gefahrabwendung geprüft und miteinander je nach Größe der Erfolgsaussicht verglichen, so dass der Täter selbst herausfinden kann, ob diese Handlungsalternativen für den gewollten Zweck gleich oder unterschiedlich geeignet sind. Hierzu erklärt *Lenckner* insbesondere:

Geht es bei der Prüfung der Geeignetheit der vorhandenen Mittel um den Nutzen auf der „Erhaltungsseite“ in Gestalt einer mehr oder weniger großen Chance, das bedrohte Gut retten zu können, so ist anschließend ein Blickwechsel zur „Eingriffsseite“ vorzunehmen und nach der Höhe der dort jeweils entstehenden „Kosten“ zu fragen.⁷⁸⁶

783 Ebenda, S. 100.

784 *Kaufmann*, Lehre vom personalen Unrecht, S. 400.

785 Vgl. *Pawlowski*, Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, S. 100 f.

786 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 100.

Auf der Eingriffsseite zielt demnach der Vergleich der Handlungsalternativen darauf ab, das relativ mildeste Mittel auszuwählen, so dass das entsprechende Opfer auch das kleinste Übel ist⁷⁸⁷.

a) Bei der Angemessenheitsprüfung kommen deshalb die Interessen auf der Eingriffsseite überhaupt nur in Betracht, weil der Täter dort eine einfache Abwägung der betroffenen Güter und Interessen vornehmen kann, um das relativ mildeste Mittel als Gefahrabwendungshandlung zu bestimmen. Anders ausgedrückt:

Die Interessen, um die es auf der „Erhaltungsseite“ geht, haben dabei außer Betracht zu bleiben, da bei der Prüfung der Erforderlichkeit allein die Frage interessiert, mit welchem der vorhandenen Mittel das geringste Opfer auf der „Eingriffsseite“ verbunden ist [Hervorh. d. Verf.]: Auch wenn die Notstandshandlung, weil das geschützte Interesse das beeinträchtigte nicht wesentlich überwiegt (§ 34) bzw. die Hinnahme der Gefahr zumutbar ist (§ 35), nicht gerechtfertigt oder entschuldigt ist, kann sie unter den gegebenen Möglichkeiten doch das mildeste Mittel gewesen sein, ebenso wie umgekehrt eine wegen des Vorhandenseins eines milderer Mittels nicht erforderliche Notstandshandlung rechtswidrig und schuldhaft bleibt [Hervorh. d. Verf.], auch wenn sie, hätte es diesen anderen Ausweg nicht gegeben, gerechtfertigt oder entschuldigt wäre (z. B. im Fall des § 34, weil auch hier die geschützten Interessen immer noch wesentlich überwogen hätten).⁷⁸⁸

Meist wird herangezogen, dass die Bestimmung des relativ mildesten Mittels wesentlich auf den Vergleich der Schadenkosten auf beiden Seiten, nämlich Erhaltungsseite und Eingriffsseite, abstellt, was jedoch nicht bedeutet, dass man die Angemessenheit gleichsam nach dem arithmetischen Mittel zu bestimmen hätte. Maßgeblich ist jedenfalls das Verhältnis zwischen den Eingriffskosten, vornehmlich dem Verlust an Selbstbestimmungsfreiheit des an der Entstehung der Gefahrenlage Unbeteiligten, und den subjektiv zu bewertenden Rechtsgutsbeeinträchtigungen, wenn man

787 Siehe dazu *Henkel*, Notstand, S. 116: „Nach alledem bedarf es in der Subsidiaritätsfrage einer Änderung in der bisherigen Prägung des Begriffes. Man sollte nicht daran festhalten, daß die Notlage ‚nicht anders‘ oder ‚nicht auf rechtmäßige Weise‘ abwendbar sein muß, sondern es richtiger darauf abstellen, daß sie unter den verschiedenen Rettungsmöglichkeiten das kleinste Übel bedeutet. Diesem Gedanken wird am besten die Formel gerecht, der Notstand dürfe ‚nicht durch weniger schädliche Mittel‘ zu beseitigen sein.“

788 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 101 f.

die Notstandshandlung zu rechtfertigen hat, was vielmehr auf die Abwägung unter den konkreten Umständen abstellt⁷⁸⁹.

b) Auf der Eingriffsseite bedeutet das kleinste Übel zugleich eine Inanspruchnahme des am wenigsten schutzwürdigen Interesses des Angriffsadressaten⁷⁹⁰. Weil das Ausmaß der Schutzwürdigkeit der verfügbaren Eingriffsinteressen von konkreten Umständen wie z. B. faktischen Lebenssituationen abhängt, ist eine Konkretisierung und Individualisierung für die im abstrakten Rang- und Wertverhältnis stehenden Interessen notwendig⁷⁹¹.

Bemerkenswerterweise ergibt sich daraus, dass sich die Schutzwürdigkeit der möglichen Eingriffsgüter im Einzelfall nicht nur auf die strafrechtliche Abwägung der Notstandshandlung bezieht, sondern beispielsweise auch auf den zivilrechtlichen Vergleich der Geringerwertigkeit der durch diese Notstandshandlung beeinträchtigten Eingriffsgüter. In der Regel bedeutet ein milderes Mittel eine Handlung, die eigentlich keinen Straftatbestand verwirklicht⁷⁹².

Ausnahmsweise kann aber auch eine Rettungsalternative, die keinen Straftatbestand erfüllt, für den Angriffsadressaten mit schwereren Nachteilen verbunden sein. Anders gesagt: „Nur mit Einschränkungen ist daher auch der Satz richtig, daß nicht tatbestandsmäßige Handlungen gegenüber solchen, die einen Straftatbestand erfüllen, die milderen Mittel sind. Schon bei der auf der Ebene eines abstrakten Rechtsgütervergleichs durchgeführten Abwägung zwischen den möglichen ‚Eingriffsgüter [sic]‘ kann daraus, daß ein Gut z. B. nur zivilrechtlichen Schutz genießt, nicht schlechthin auf seine Geringerwertigkeit gegenüber strafrechtlich geschützten Gütern geschlossen werden.“⁷⁹³

c) Bevor der drohende Schaden durch den Übergriff auf eine fremde Rechts- und Herrschaftssphäre auf einen Dritten abgewälzt wird, muss der Notstandstäter zunächst unter den konkreten Umständen abwägen, ob die zu rettende Person, die in eine Gefahr geraten ist, die Gefahrenlage auf eigene Kosten bereinigen kann.

789 Vgl. *Fateh-Moghadam*, Paternalismus, S. 41.

790 Vgl. *Hoyer*, Wesentlich überwiegendes Interesse, S. 177.

791 Siehe dazu *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 103: „Eine Konkretisierung, weil Rechtsgut nur der abstrakte Rechtswert (z. B. das Eigentum als solches), nicht aber das konkrete Objekt ist (z. B. die bestimmte einzelne Sache); eine Individualisierung, weil immer zu fragen ist, welche Interessen gerade die potentiell Betroffenen im Einzelfall an ihren Gütern tatsächlich haben und berechtigterweise haben dürfen.“

792 Vgl. *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 158 ff.

793 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 103.

Mit anderen Worten kann die zu rettende Person im Notstand regelmäßig nicht uneingeschränkt erwarten, auf Kosten Dritter salviert zu werden, aufgrund des allgemeinen Prinzips, dass jedermann die ihn betreffenden Risiken des Lebens und die daraus resultierenden Schäden primär selbst zu tragen hat und nicht anderen aufbürden darf⁷⁹⁴, wie *Lenckner* betont: „Den Anforderungen der sozialen Gemeinschaft entspricht zunächst der selbstverständliche Grundsatz, daß jeder einen ihm drohenden Schaden selbst tragen muß und nicht berechtigt ist, ihn auf einen unbeteiligten Dritten abzuwälzen. Dem entspricht es auf der Seite des Betroffenen, daß sich seine Güter gegenüber dem gefährdeten prinzipiell behaupten dürfen.“⁷⁹⁵

B. Fallanalyse

Wie oben bereits dargestellt, kann § 34 StGB neben den Regelungen des TPG zur Anwendung kommen, d. h., das strikt formulierte Spendeverbot im TPG vermag keinen Aufschluss über die Nichtanwendung des § 34 StGB zu geben, weil die Anwendung von Rechtfertigungsgründen bei allen Verbotsnormen das allgemeine Prinzip der Rechtsordnung ist⁷⁹⁶, wie *Dietrich* zeigt:

Eine Organentnahme, die unter Verstoß gegen die §§ 3, 4, 17 ff. TPG vorgenommen wird, noch an § 34 StGB zu messen, bedeutet zunächst einmal schlicht die Anwendung geltenden Rechts. Die Vorschrift zum rechtfertigenden Notstand gilt prinzipiell für jede Tatbestandserfüllung und verlangt, in jedem Fall zur Unrechtsprüfung herangezogen zu werden; sonst würde dem Täter vorschnell und gesetzwidrig eine Rechtfertigungsmöglichkeit abgeschnitten.⁷⁹⁷

Zu denken ist also an einen Sachverhalt, bei welchem der Arzt gegen den Willen des Verstorbenen eine Organ- oder Gewebeentnahme durch-

⁷⁹⁴ Siehe dazu *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S.38: „Die Geburt des heutigen, umfassenden Aggressivnotstandsrechts datiert ins ausgehende 19. Jahrhundert. Ausgangspunkt ist zu diesem Zeitpunkt eine Rechtskultur, die ganz im Zeichen negativer Freiheit steht und der die Inanspruchnahme eines Unbeteiligten zugunsten eines anderen fremd ist. KANT hatte, wie gesehen, das Notrecht abgelehnt, weil es keine Not geben könne, welche, was unrecht sei, gesetzmäßig mache.“

⁷⁹⁵ *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. III.

⁷⁹⁶ Vgl. *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 239.

⁷⁹⁷ *Dietrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 83.

führt, um mit der geplanten Übertragung das unmittelbar bedrohte Leben eines anderen Patienten zu retten. Hierbei ist es eine Frage des Einzelfalls, ob das Überlebensinteresse des potenziellen Empfängers die postmortale Rechtsstellung des Verstorbenen zu verdrängen vermag, wenn es an einem Widerspruch sowohl des Verstorbenen als auch des nächsten Angehörigen fehlt⁷⁹⁸. Sicherlich kann es aber keinen Automatismus dergestalt geben, dass bei fehlendem Widerspruch stets auf die Regeln des Notstands zurückgegriffen werden kann. Anderenfalls würde die Entscheidung des Gesetzgebers, die postmortale Organ- oder Gewebespende der erweiterten Zustimmungslösung zu unterstellen, unterlaufen und in eine Widerspruchslösung umdeklariert. Nicht zuletzt ist gleichsam noch weiter klärungsbedürftig, ob somit die Angemessenheit der Notstandshandlung in jedem Fall scheitert.

I. Ärztliche Organentnahme im Notstand ohne Einwilligung des Verstorbenen und seiner Angehörigen

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.

1. Solidarität aus der rechtspaternalistischen Perspektive

a) *Solidarität als juristischer Begriff*

Das Legitimationsprinzip, das der Notstandsnorm zugrunde liegt, ist wie oben erwähnt die Mindestsolidarität⁷⁹⁹. Nach Metz liegt die sprachgeschichtliche Wurzel des Solidaritätsbegriffs im Recht bzw. „in der Kategorie der Solidarhaftung, sei es einer organisierten Gruppe für ihre Mitglieder, sei es der Mitglieder für das Ganze. Bereits im römischen Recht verbindet sich dieser Haftungsgedanke mit dem Adjektiv ‚solidus‘, weitet dessen Grundbedeutung ‚sicher gegründet, fest zusammenhängend‘ zur

798 Vgl. Tag, in: MK-StGB, Bd. 6, § 19 TPG, Rn. 16.

799 Vgl. Scheinfeld, Strafrechtspaternalismus, S. 229.

Bedeutung von ‚zuverlässig, moralisch begründet‘ aus⁸⁰⁰. Die französische Rechtssprache übernimmt diese Kategorie und nennt sie „solidité“. Nach dem Ausbruch der Französischen Revolution politisierte sich der Gedanke wechselseitiger Haftung zum eigentlichen Begriff der „solidarité“, der in der Umgangssprache häufig für den der „fraternité“ verwendet wird. Im 19. Jahrhundert wurde der Begriff der Solidarität in Frankreich jedoch sprachlich entpolitisiert und juristisch in der Napoleonischen Gesetzgebung an die Solidarhaftung zurückgebunden, wie Metz betont: „Solidarität sollte aus seiner politisch brisanten Kausalverbindung mit der Brüderlichkeit gelöst und ausschließlich als Haftungsverpflichtung von Mitschuldnern verstanden werden.“⁸⁰¹ Bemerkenswerterweise wurde der sozialreformerische Begriff der Solidarität⁸⁰² weltanschaulich von den repräsentativen Intellektuellen des bürgerlichen Republikanismus, wie z. B. *Léon Bourgeois* und *Emile Durkheim*, erneut formuliert und schrittweise in einer Reihe von Sozialgesetzen zwischen 1892 und 1910 umgesetzt⁸⁰³. Deswegen lag dem juristischen Begriff der Solidarität anfangs die liberale Vorstellung einer freien Gesellschaft, in der Freiheit, Gleichheit und Philanthropie als Kategorien der Individualisierung galten⁸⁰⁴, zugrunde.

Zwar mangelt es an begrifflicher Bestimmtheit der Solidarität, aber dennoch betont *Kühnbach*:

Die Einwände der Bedeutungsvielfalt und begrifflichen Unbestimmtheit können nicht gegen die Verwendung des Begriffs Solidarität im recht-

800 Metz, *Solidarität und Geschichte*, S. 17. Siehe dazu auch *Loos*, *Solidarität und Gemeinsinn*, S. 8.

801 Metz, *Solidarität und Geschichte*, S. 20.

802 Siehe dazu ebenda, S. 23: „Die ‚Solidarität‘ war zum wichtigsten Begriff der politischen Sprache in Frankreich geworden und als ‚Solidarismus‘ zum Ansatz einer neuen Sozialphilosophie, aus dem die Franzosen im Laufe des 20. Jahrhunderts dann ihr Konzept der ‚sécurité sociale‘, des Wohlfahrtsstaates, abgeleitet haben.“

803 Vgl. ebenda, S. 23.

804 Siehe dazu ebenda, S. 34: „Zur Theorie ausgearbeitet wurde die katholische Interpretation des Solidaritätsgedankens dann von dem deutschen Jesuiten Heinrich Pesch seit 1905 unter der Bezeichnung ‚Solidarismus‘. Mit ihm wurde ‚Solidarität‘ bis dahin im Deutschen wesentlich nur als kämpferischer Klassenbegriff der selbstbewußten Arbeiterschaft gebräuchlich, zu einem Konsensusbegriff oder mindestens zum Angebot eines solchen. In Anlehnung an das französische Denken verstand Pesch unter ‚Solidarität‘ oder ‚Gemeinhaftung‘ [Hervorh. d. Verf.], wie er auch sagte, die Anerkennung der wechselseitigen Abhängigkeit der in Gesellschaft lebenden Menschen, die dadurch von einem faktischen zu einem sittlichen Verhältnis fortgebildet werden konnte [Hervorh. d. Verf.].“

lichen Kontext ins Feld geführt werden. Bedeutungsvielfalt im sprachlichen Umgang disqualifiziert einen Begriff nicht als Rechtsbegriff, weil es dem Recht nichts Fremdes ist, Begriffe aus ihrem herkömmlichen Sprachgebrauch zu isolieren und ihnen eine festgelegte, begrenzte rechtliche Bedeutung durch rechtliche Definition zu geben. Auch ist zu beachten, daß der Einwand mangelnder Bestimmtheit auf Solidarität nicht stärker zutrifft als auf zahlreiche andere geschriebene oder ungeschriebene Rechtsprinzipien, wie zum Beispiel die Menschenwürde, das Sozialstaatsprinzip, das Gebot der Bundestreue oder Kreationen wie Neutralität, Toleranz, Vertrauensschutz, Verhältnismäßigkeit.⁸⁰⁵

Demnach zeigt sich begrifflich in der Solidarität das Bilden eines gegenseitigen Füreinander-Einstehens in abgegrenzten Personengruppen, wie z. B. in der Arbeiterschaft oder der Familie, welches auf Freiwilligkeit bzw. einem freiwilligen Zusammenschluss beruht. D. h., wie oben dargestellt, bedeutet die hier in Rede stehende Solidarität im Wesentlichen eine freiwillig übernommene Pflicht der Personengesamtheit, die Freiheit und Gleichheit im Zusammenleben zu erhalten⁸⁰⁶. Auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene ist die Solidarität zumindest eine grundsätzliche Sozialversicherungspflicht, z. B. die Pflicht zur Nothilfe und die Duldungspflicht im Notstand. „Denn in einer Gesellschaft, in der rechtliche Hilfspflichten bestehen, braucht man vor Notfällen – auch wenn sie dann tatsächlich für viele nie eintreten – keine Angst zu haben, weil man im Vertrauen auf die Hilfe der Mitbürger leben kann. Und das bringt neben der Freiheitseinschränkung auch eine Freiheitserweiterung mit sich, da man Dinge tun wird, die man sich sonst nicht getrauen würde oder für die man großen Vorsorgeaufwand betreiben müßte.“⁸⁰⁷ Demnach deutet diese Verpflichtung an, dass das soziale Bedürf-

805 Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 58.

806 Siehe dazu Droesser, Solidarität, S. 19: „Die grundlegende Einheit der Gesellschaft ist dann keine Zwangsordnung – sei diese durch Sitte und Gesetz vorgegeben oder als moralisches Projekt und Ideal aufgegeben, sondern ein Einigungsvorgang, der sich aus verschiedenen Interaktionen immer wieder neu herstellt. Sie ergibt sich aus dem Zusammenspiel der individuellen Freiheiten; sie ist die Selbstsystematisierung der Freiheit, die wiederum neue Differenzierungen ermöglicht und provoziert. In diesem Modell sprechen die individuellen Subjekte sich zwar an, sie nehmen aufeinander Bezug, aber sie machen einander nicht zum Objekt und auch nicht zum Objekt ihres moralischen Wollens. Kein Individuum drängt sich der Freiheit des anderen auf. Objekte sind nur die Gebrauchsdinge, an denen die Freiheit des einen wie des anderen interessiert sind [Hervorh. d. Verf.]“

807 Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 65.

nis nach Solidarität nicht nur durch ethische Selbstlenkung, sondern auch durch heteronome moralische Gebote⁸⁰⁸ und sogar positivrechtliche Zwänge erfüllt werden muss⁸⁰⁹. § 34 StGB verkörpert ein solches gesetzesrechtliches Beispiel, das den Gedanken der Solidarität bzw. der oben genannten Pflicht auf der fiktiv gesellschaftsvertraglichen Ebene zeigt, Notstandsgefahren abzuwehren⁸¹⁰. Weil die Duldungspflicht des § 34 StGB eigentlich zu einer Freiheitsbeschränkung der Bürger führt, soll sie aber nicht grenzenlos ausgestaltet werden, wie *Kühnbach* zeigt:

Da der Begriff der Pflicht, sei es eine Unterlassungs-, Duldungs- oder Handlungspflicht, durch nichts anderes bestimmt ist als eine Freiheitsbeschränkung und die Wirkung der Grundrechte im Verhältnis zwischen Bürgern ebenso zu Freiheitsbeschränkungen führen, wie ihre Geltung gegenüber dem Staat dessen Macht oder Freiheit beschränken, führen sie im Verhältnis zwischen den Bürgern zu Pflichten und zwar zu jenen interpersonellen Pflichten, die den Rahmen, innerhalb dessen der Gesetzgeber ihr Rechtsverhältnis ausgestaltet, vorstrukturieren.⁸¹¹

Als Argument der Rechtfertigung der Notstandshandlung beruhen die Interessenabwägung und auch die Duldungspflicht des § 34 StGB also primär auf dem Gedanken einer Maximierung des sozialen Nutzens. Bemerkenswerterweise ist wiederum zu betonen, dass dieser soziale Nutzen nicht einen Nutzen der abstrakten Gesamtheit, sondern einen Nutzen aller einzelnen Mitglieder der Gesellschaft bedeutet⁸¹², wie *Kühl* hervorhebt:

808 Siehe dazu *Merkel*, Mißverständnisse zu § 34 S.1, S. 181: „Dies ist die gedankliche Voraussetzung aller Deutungen der Interessenabwägungsklausel als einer Prämie für sozial nützliches Handeln. Sie artikuliert keine rein strafrechtliche These mehr, sondern ein ethisches Grundlagenargument [Hervorh. d. Verf.]. [...] § 34 gehört auch zur Rechtsordnung. Der theoretische Ort des Problems liegt in der praktischen Philosophie.“

809 Siehe dazu *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 67: „Die Vereinbarung wechselseitiger Solidaritätspflichten sei unter dem die Unparteilichkeit der Verhandlungsteilnehmer garantierenden ‚Schleier des Nichtwissens‘ als eine Politik der gegenseitigen sozialen Absicherung nicht im Sinne einer genuin moralischen Einstellung, sondern im Sinne einer rational motivierten Kooperation denkbar, die das Moralprinzip der Solidarität in den härteren Geltungsmodus des Rechts überführe, und könne Regelungen wie §§ 34 StGB, 904 BGB schlüssig etablieren.“

810 Vgl. *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 138.

811 *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 207.

812 Vgl. *Merkel*, Mißverständnisse zu § 34 S.1, S. 187.

Jedermann habe aus Gründen der Solidarität mit dem in Gefahr Geratenen eine Inanspruchnahme seiner Rechtsgüter durch diesen hinzunehmen. Umgekehrt wird von jedermann ebenfalls aus Gründen der Solidarität nach dem Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland verlangt, daß er bei Unglücksfällen dem in Gefahr Geratenen Hilfe leistet (§ 323c StGB). Auch wenn die Gefahrenlagen i. S. v. § 34 StGB und die i. S. v. § 323c StGB möglicherweise nicht voll identisch sein sollten, kann doch für solche Notfälle, die von beiden Vorschriften erfaßt sind, gesagt werden, daß sie Pflichten für jedermann, Pflichten für Unbeteiligte auslösen.⁸¹³

Mit anderen Worten wird in die Interessen unbeteiligter Dritter im typischen Fall des Notstands eingegriffen, um die entsprechende Duldungspflicht zu erfüllen, so dass die Notstandshandlung schließlich zu rechtfertigen ist, was darauf abstellt, dass sich die Mindestsolidarität, die dabei in Konkurrenz zur Utilität („Sozialnützlichkeit“ oder „Mehr-Nutzen-als-Schaden“-Prinzip) als Begriff erscheint⁸¹⁴, trotz der individuellen Freiheitsbeschränkungen im aggressiven Notstand verwirklichen lässt⁸¹⁵.

b) *Erforderlichkeit der Solidarität*

Der rechtfertigende Notstand wird heute meistens mit dem Utilitaritäts- bzw. Solidaritätsprinzip begründet⁸¹⁶. Nach dem Utilitaritätsprinzip dürfen geringerwertige Güter zur Erhaltung höherwertiger Güter aufgeopfert werden, weil dies sozial nützlich ist. Aber das hier in Rede stehende Solidaritätsprinzip darf keineswegs ein kollektivistisches Staats- und Gesellschaftsmodell voraussetzen. Mit anderen Worten orientiert es sich noch grundsätzlich am Schutz der individuellen Interessen und Freiheit⁸¹⁷, wie *Perdomo-Torres* erläutert:

813 *Kühl*, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, S. 266 f.

814 Vgl. ebenda, S. 264.

815 Siehe dazu *Albrecht*, Rechtliche Zulässigkeit postmortaler Transplantatentnahmen, S. 76: „Die gesetzlich fixierten Maßnahmen stellen jedoch regelmäßig geringfügige Eingriffe und eine Aufopferung zugunsten von Interessen der Allgemeinheit (Strafverfolgung, Bekämpfung übertragbarer Krankheiten) dar. Eine Blutentnahme zur Lebenserhaltung betrifft hingegen die Rettung eines einzelnen als Akt mitmenschlicher Hilfsbereitschaft.“

816 Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT, § 16, Rn. 10.

817 Vgl. *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 StGB, Rn. 9.

Die Berücksichtigung anderer Güter scheint aber heute in einer Gesellschaft, die auf gemeinschaftsbezogene Güter bzw. auf das allgemeine Wohl, auf wirtschaftliche Entwicklungen oder auf ihre „eigene Kultur“ Wert legt, durchaus plausibel; dies ist aber strukturell unterschiedlich zum existentiellen Notstand der gezeigten rechtsphilosophischen Tradition und deswegen sollte es soweit wie möglich mit rechtlichen Grundprinzipien abgesichert werden, also mit freiheitlichen Gedanken kompatibel bleiben [Hervorh. d. Verf.]. Das angenommene Verständnis von rechtlich zu erwartender Solidarität zwischen den Bürgern innerhalb einer Freiheitsordnung leistet diese Sicherung und lässt trotz des Gemeinschaftsbezugs die hiesige Notstands begründung als immer noch individualistisch erscheinen.⁸¹⁸

Demnach lässt sich die Legitimität der Duldungspflicht des § 34 StGB nur auf der Ebene der Gewährleistung der individuellen Freiheit begründen. Mit anderen Worten stützt sich das hier in Rede stehende Solidaritätsprinzip bezüglich dieser Duldungspflicht entweder auf das verständige Eigeninteresse des Notstandspflichtigen – wer einen maßvollen fremden Eingriff dulden muss, wird dazu bereit sein, wenn er bedenkt, dass er selbst einmal in die Lage kommen kann, sich auf Kosten anderer retten zu müssen – oder auf den Gedanken der Fairness – weil man in der Vergangenheit von der Solidarität anderer profitiert hat, ist man fairerweise jetzt auch zu einer Solidaritätsleistung verpflichtet⁸¹⁹ –, was die Folge einer ausschließlich rational motivierten Kooperation zwischen Bürgern darstellt⁸²⁰. „Begründet wird die Wahl der natürlichen Pflicht zur Nothilfe von RAWLS unter Rückgriff auf KANTS Ableitung der moralischen Hilfspflicht aus dem Kategorischen Imperativ: Die Ablehnung einer allgemeinen Pflicht zur Nothilfe sei ein Selbstwiderspruch im Wollen eines vernünftigen Wesens, da man sich dadurch selbst jeder Hoffnung [sic] auf diese Hilfe beraube, obwohl für jeden Situationen entstehen könnten, in denen er der Hilfe anderer bedürfe.“⁸²¹

Zugleich deutet die Duldungspflicht auf der Eingriffsseite auch eine erforderliche Dimension des individuellen Abwehrrechts an, weil die Interessen eines an der Entstehung der Gefahrenlage Unbeteiligten nicht jederzeit zu opfern sind, um die gewichtigeren Interessen einer anderen Person zu schützen, wie *Neumann* betont:

818 *Perdomo-Torres*, Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, S. 38.

819 Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT, § 16, Rn. 10.

820 Vgl. *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 70 f.

821 *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 65.

Plausibel ist diese Konzeption nur auf der Basis eines Gesellschaftsmodells, das die Gesellschaft als Körper und die Individuen nur als Glieder dieses Körpers versteht. Dieses organizistische Modell spielt etwa bei Bentham im Zusammenhang mit der Begründung eines utilitaristischen Moralkonzepts eine wichtige Rolle. Es entspricht aber weder den grundlegenden Wertungen eines modernen liberalen Verfassungsstaates noch den fundamentalen Rechtsprinzipien, auf die sich das positive Recht dieses Staates (dieses Staatstypus') gründet [Hervorh. d. Verf.].⁸²²

Deswegen kann die Duldungspflicht nur im Einzelfall je nach aktuellen Bedürfnissen eingesetzt und ausgestaltet werden, wobei das Erwägungsprinzip deutlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist. Anders gesagt: Bei der Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsmaßstabs sollte eine weitere Abwägung zwischen Autonomie und Solidarität getroffen werden⁸²³, um die Mindestsolidarität aus der Perspektive der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Menschenwürde zu verwirklichen⁸²⁴.

2. Menschenwürdegarantie als Bewertungsmaßstab der Duldungspflicht im § 34 StGB

a) Grenze der Solidarität

Einerseits bedeutet die Duldungspflicht, dass sich das Selbstschutzrecht bzw. Selbstbestimmungsrecht eines an der Entstehung der Gefahrenlage

822 Neumann, Rechtsethische Begründung des Notstands, S. 163.

823 Siehe dazu Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 81 f.: „Ein auf der Straße vorübergehender Spaziergänger wird gezwungen, sich für eine Blutentnahme zur Verfügung zu stellen, obwohl auch einer der behandelnden Ärzte als Blutspender in Betracht gekommen wäre. Wenn es richtig ist, daß den Arzt in einem solchen Fall wegen seiner besonderen Beziehung zu dem Patienten wirklich eine entsprechende Duldungspflicht trifft, so ist die gewaltsame Blutentnahme bei einem völlig unbeteiligten Dritten in der Tat schon aus diesem Grund rechtswidrig.“

824 Siehe dazu Neumann, Rechtsethische Begründung des Notstands, S. 163: „Weil es mit dem Menschenbild eines Staates nicht vereinbar ist, der die Menschenwürde verfassungsrechtlich garantiert und diese Würde als Würde jedes einzelnen versteht. Die Einzelne ist nach dieser Sichtweise eben nicht nur dienendes Glied der Gemeinschaft, sondern ein Wert an sich selbst. Das Bild von dem Gesamtkörper und seinen Gliedern verzeichnet deshalb das normative Verhältnis von Individuum und staatlicher Gemeinschaft im liberalen Verfassungsstaat.“

Unbeteiligten beschränken lässt⁸²⁵; andererseits beinhaltet die Mindestsolidarität jedoch die Anforderung, dass die Notstandshandlung auf der Eingriffsseite, nämlich der Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht unbeteiligter Dritter, nicht unverhältnismäßig durchgesetzt werden darf⁸²⁶, denn auf der Erhaltungsseite wird die Duldungspflicht vom Staat anerkannt als Ersetzung bzw. Ergänzung der staatspaternalistischen Schutzpflicht. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Frage nach der Angemessenheit zu stellen, wo sich die unstrittigen Grenzen der Duldungspflicht vornehmlich in der pluralistischen Gesellschaft befinden dürfen. Man kann nur von einem Basiskonsens der Allgemeinheit ausgehen, um die Antwort auf diese Frage herbeizuführen⁸²⁷.

Wie bereits dargestellt, kann der Eingriff in die rechtlich geschützte Freiheitssphäre eines anderen nicht mehr nur durch die utilitaristische Verrechnung der in einer Notsituation kollidierenden Interessen gerechtfertigt werden⁸²⁸. Mit anderen Worten bedeutet beispielsweise die Wahrung des höheren Werts nicht einfach die Erhaltung des höherwertigen, sondern des nach den besonderen Umständen schutzwürdigeren Interesses, wie *Lenckner* zeigt: Weil das Opfer dem Angriffsadressaten durch einen von außen her erfolgenden Eingriff in seine Rechts- und Herrschaftssphäre aufgezwungen wird, ist es zusätzlich noch dadurch charakterisiert, dass sich mit dem Gutsverlust als solchem eine Missachtung seiner Autonomie verbindet⁸²⁹. In diesem Sinn muss das Selbstbestimmungsrecht bzw. die Menschenwürde des von der Notstandshandlung Betroffenen unbedingt respektiert werden⁸³⁰. Anders formuliert: Nach Art. 1 I 2 GG ist es die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Menschenwürde zu achten und zu schützen⁸³¹, was weiter bedeutet:

825 Die hier in Rede stehende Duldungspflicht bezieht sich logischerweise auf die Frage, ob die Gemeinschaft vom Einzelnen im besonderen Fall ein solches, mit der Verletzung seiner Selbstbestimmung verbundenes Sonderopfer verlangen darf. Siehe dazu *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 112 f.

826 Vgl. *Gutmann*, Rechtspaternalismus, S. 248.

827 Vgl. *Drerup*, Paternalismus, S. 158.

828 Siehe dazu *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 96: „Eine Güterabwägung, die nach dem Rang- und Wertverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter fragt, führt nach der Zwecktheorie nur zu einer ersten, vorläufigen Aussage, die [...] vielfach noch der Korrektur bedarf.“

829 Vgl. ebenda, S. 112.

830 Vgl. *Kühl*, Begründung des rechtfertigenden Notstands, S. 154.

831 Siehe dazu *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 54: „Das Solidaritätsprinzip trägt die Abwägung rechtlich geschützter Interessen gegeneinander – an-

Geht man nun davon aus, daß die Menschenwürde in Art.1 Abs.1 der ideelle Ausgangspunkt für die nachfolgenden Einzelgrundrechte ist [Hervorh. d. Verf.] und diese nur die wichtigsten und vornehmlichsten Mittel zur positiv-rechtlichen Verwirklichung jener objektiven Ausgangsnorm sind, so liegt die Annahme nahe, daß die zu positivem Schutz verpflichtende Aussage des Art.1 Abs.1 S.2 zugleich hinter den darauf folgenden Grundrechtsartikeln steht [Hervorh. d. Verf.]. Diese Interpretation müßte jedenfalls bei solchen Rechtsgütern möglich sein, die, wie Leben, Körperintegrität und Freiheit, in besonders naher Beziehung zur Menschenwürde stehen, soweit es sich dabei um den Schutz vor so schwerwiegenden Verletzungen handelt.⁸³²

Demnach orientiert sich die Legitimität der Solidarität des § 34 StGB grundsätzlich an der Wahrung der Menschenwürde bzw. der Autonomie⁸³³ auf der Eingriffsseite, da ein solidarisches Notstandsverständnis die Ausübung individueller Rechte zu weit beschränken und ihre Garantie praktisch aufheben würde⁸³⁴. Bezüglich der begrifflichen Vagheit der Menschenwürde kann man jedoch im Einzelfall auch noch durch das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit die Beschränkung von Eingriffsmöglichkeiten bzw. Duldungspflichten verwirklichen⁸³⁵, um die Interessen der einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft untereinander und gegenüber den Interessen der Allgemeinheit abgrenzen zu können. Aber man muss einräumen: „Dem Richter erwächst bei der Beurteilung tatbestandsmäßiger Handlungen unter dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstands – wie überhaupt bei einer die jeweiligen Kulturanschauungen berücksichtigenden Rechtsprechung – eine schwere Aufgabe.“⁸³⁶ Bei der Konkretisierung der Verhältnismäßigkeit insbesondere in der pluralistischen Gesellschaft betont *Wachinger* deswegen:

ders als das Verrechnungsprinzip – nicht unter Auflösung des Autonomieprinzips, sondern als weiteres Gestaltungsprinzip für die Verteilung von Freiheiten neben diesem.“

832 *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 219.

833 Aus liberaler Perspektive wird die Menschenwürdegarantie im heutigen Rechtsstaat immer mit der Brüderlichkeit in Zusammenhang gebracht, d. h., neben der Autonomie gehört auch ein bestimmtes Quantum an Solidarität zum Begriff der Menschenwürde. Siehe dazu *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 205.

834 Vgl. *Schmitz*, Rechtfertigender Notstand, S. 167 f.

835 Vgl. *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand, S. 505.

836 Ebenda, S. 517.

[Der Richter] muß sich mit allen Vorgängen des kulturellen Lebens vertraut machen, um die im Volk und namentlich in der führenden Schicht herrschenden Wertvorstellungen und damit den Geist des geltenden Rechts zu ergründen. Er muß aber seinen Blick auch über das geltende Recht (im weitesten Sinn) hinaus auf das natürliche Sittengesetz richten, nicht um das geltende Recht zu korrigieren [Hervorh. d. Verf.] – dies muß er dem Gesetzgeber überlassen –, wohl aber, um Ergebnisse seiner Denkarbeit, die mit dem Sittengesetz nicht vereinbar zu sein scheinen, mit doppelter Schärfe auf ihre Haltbarkeit zu prüfen. Käme er hierbei zu der Überzeugung, daß er ein Urteil fällen müßte, das dem natürlichen Sittengesetz und seinem Gewissen ganz unzweifelhaft zuwiderläuft, dann entstünde für ihn ein tragischer Konflikt, den er unter Umständen nur durch Verzicht auf sein Amt lösen könnte [Hervorh. d. Verf.].⁸³⁷

Mit anderen Worten ist es möglich, die Anwendung des § 34 StGB bzw. die Duldungspflicht auf der Eingriffsseite unmittelbar wegen einer unzulässigen Überschreitung der Grenzen der Menschenwürdegarantie abzusprechen.

b) Rechtswidrigkeit im Falle A

Nach *Albrecht* besteht keine rechtliche Verpflichtung zur Aufopferung der Integrität der Leiche für die Lebenserhaltung eines Mitmenschen, denn diese Aufopferung „widerspräche den fundamentalen Wertprinzipien der Rechtsgemeinschaft, namentlich der Menschenwürde und dem Freiheitsprinzip“⁸³⁸. Anders gesagt: Eine solche Aufopferung der Leiche ist nicht in der gerechtfertigten Duldungspflicht eingeschlossen, ohne dass der Verstorbene selbst oder seine nächsten Angehörigen in die Organentnahme eingewilligt haben. In diesem Sinn kann die Nichtäußerung eines Widerspruchs des Verstorbenen oder seiner nächsten Angehörigen angesichts des geltenden Transplantationsgesetzes keine Voraussetzung für das Eingreifen des rechtfertigenden Notstandes sein⁸³⁹. *Rosenau* betont, dass die

⁸³⁷ Ebenda, S. 518.

⁸³⁸ *Albrecht*, Rechtliche Zulässigkeit postmortaler Transplantatentnahmen, S. 76.

⁸³⁹ Siehe dazu *Tag*, in: MK-StGB, Bd. 6, § 19 TPG, Rn. 15: „Im Hinblick darauf, dass § 3 Abs. 2 Nr. 1 die Organ- oder Gewebeentnahme bei vorliegendem Widerspruch des Verstorbenen ausdrücklich verbietet, schließt ein Widerspruch die Entnahme auch dann aus, wenn sie zur konkreten unmittelbaren Rettung eines anderen Menschen

Notstandslösung an der Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB scheitert, weil die Aufopferung eines Rechtsguts nur dann verlangt werden kann, wenn dies mit dem Anspruch des Betroffenen auf Selbstbestimmung und Respektierung der Person nach dem Autonomieprinzip vereinbar ist; dieses Selbstbestimmungsrecht kommt aber auch dem Verstorbenen zu und es wirkt nach seinem Tod weiter. Deswegen kommt die hier in Rede stehende Rechtfertigung der Organentnahme im Notstand nicht in Betracht, denn der Gesetzgeber hat ausdrücklich in den §§ 3, 4 TPG eine abschließende Spezialregelung getroffen⁸⁴⁰.

„Der bloße Rechtsgütervergleich der sich gegenüberstehenden Interessen geht zunächst eindeutig zugunsten des Transplantatempfängers aus [...]. Ebenso steht das postmortale Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper im Rang unter dem Recht auf Leben als vitale Basis aller Grundrechte. Dies ergibt sich aber nicht bereits aus dem Umstand, daß die Interessen eines Lebenden mit jenen eines Toten abzuwägen sind.“⁸⁴¹ Mit anderen Worten bezieht sich die Legitimation der Rechtfertigung der Notstandshandlung im Falle A im Wesentlichen nicht auf die Interessenabwägung zwischen dem Verstorbenen B und dem Patienten C, sondern nur auf die Respektierung der postmortalen Menschenwürde bzw. die Bewertung der Angemessenheit der Notstandshandlung⁸⁴²:

Die Angemessenheitsprüfung dient der Begrenzung der Solidarpflichten des Einzelnen. Die in der Prüfung festgestellte Grenze entspricht derjenigen, die auch eine einfachgesetzlich geschaffene Regelung nicht zu überwinden vermag. Anders formuliert: Soll die eigenmächtige Transplantatentnahme eine angemessene Rettungshandlung i.S.d. § 34 S. 2 StGB darstellen, mußte in einem Gesetz formuliert der Satz vor dem Grundgesetz Bestand haben [Hervorh. d. Verf.]: „Jeder hat nach seinem Tod die Entnahme von Organen zum Zwecke der Rettung eines konkret

notwendig gewesen wäre. Unter diesen Voraussetzungen bleibt kein Anwendungsbereich für § 34 StGB.“

840 Vgl. *Rosenau*, Widerspruchslösung, S. 66.

841 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 117 f.

842 Siehe dazu *Dietrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 124: „Trockel lehnt prinzipiell eine Anwendung des § 34 StGB als Rechtfertigungsgrund einer Organentnahme ab, weil die Rechtsgüterabwägung zu einem absoluten Vorrang des postmortalen Persönlichkeitsrechtes des Toten und der Pietätsinteressen der Angehörigen führe.“

bedrohten Lebens oder zur Heilung schwerster Krankheiten zu dulden, sofern diese Ziele nicht in anderer Weise erreichbar sind.“⁸⁴³

Sinn und Zweck der Angemessenheitsprüfung ist es, die schutzwürdigen Belange des von der Notstandshandlung Betroffenen noch einmal besonders in den Blickpunkt zu rücken. Auf diese Weise können die zuvor gewonnenen Ergebnisse unter Berücksichtigung einer sozialetischen Gesamtwertung, die dem sozialen Basiskonsens der Zivilgesellschaft bzw. den Wertvorstellungen der Allgemeinheit Rechnung trägt, gegebenenfalls noch korrigiert werden⁸⁴⁴. Demnach ergibt sich aus der Angemessenheitsprüfung im Falle A, dass die Grenze der Solidar- bzw. Duldungspflichten auf der Eingriffsseite darin liegt, ob die postmortale Menschenwürde zu beachten ist oder ob der Mensch einschließlich seiner Leiche zum bloßen Objekt fremder Zwecksetzung wird. Mit anderen Worten soll niemand aus Gründen mitmenschlicher Solidarität verpflichtet sein, seine körperliche Integrität aufzuopfern, denn „ein allgemeiner Grundsatz, wonach jeder verpflichtet ist, etwa seine Nieren nach dem Tode zur Verfügung zu stellen, geht über die Sozialpflichtigkeit des Einzelnen hinaus“⁸⁴⁵, wie auch *Lüthe* darlegt:

Zur Aufopferung der körperlichen Integrität für die Lebenserhaltung eines Mitmenschen existiert allerdings keine rechtliche Verpflichtung. Es widerspräche fundamentalen Wertprinzipien der Rechtsgemeinschaft, insbesondere der Menschenwürde und dem Freiheitsprinzip [Hervorh. d. Verf.], erklärte man für Rechters [sic], einen anderen über seine Freiheitsrechte und seine verantwortliche sittliche Entscheidung hinweg zu zwingen, seinen Körper als bloßes Mittel zur Erreichung eines, wenn auch wünschenswerten, Zwecks, [sic] verwenden zu lassen.⁸⁴⁶

Wenn die Notstandshandlung im Falle A aufgrund der Anerkennung der entsprechenden Solidarpflichten als gerechtfertigt angesehen würde, würde dies zugleich einen Missbrauch des § 34 StGB im Einzelfall herbeiführen⁸⁴⁷ und auch die geltende Entscheidungslösung des § 3 TPG wäre damit abzu-

843 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 127.

844 Vgl. *Pawlowski*, Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, S. 101.

845 *Dietrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 125.

846 *Lüthe*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 119.

847 Vgl. *Merkel*, Früheuthanasie, S. 597 ff.

sprechen⁸⁴⁸, denn „einen allgemeinen Rechtsbegriff der Solidarität mit präzisiertem Inhalt und konkreten, auf verschiedene Rechtsgebiete übertragbaren Rechtsfolgen gibt es im Rechtssystem der Bundesrepublik nicht“⁸⁴⁹. D. h., eine Notstandslösung bedeutet in der juristischen Praxis normalerweise eine Einzelfalllösung, was logischerweise zu der Rechtsunsicherheit führt, jederzeit die Möglichkeit der Notstandsrechtfertigung zu eröffnen⁸⁵⁰. Zwar ist somit die Zulassung einer relativen Rechtsunsicherheit *de lege lata* unvermeidbar, aber die Legitimation der Solidar- bzw. Duldungspflichten beispielsweise im Falle A bedarf noch einer weiteren Anforderung als unvertretbare Voraussetzung der entsprechenden Rechtfertigung, wie *Kühl* zeigt: „Ebenso wie bei der moralischen Hilfespflicht müssen auch bei der moralischen Duldungspflicht zusätzliche, einschränkende Voraussetzungen hinzukommen, bevor aus ihr eine allgemein zustimmungsfähige Rechtspflicht entstehen kann.“⁸⁵¹ Damit stellt sich die Frage, wie man diese Voraussetzung in methodisch-systematischer Hinsicht bei einer Notstandsrechtfertigung der Organentnahme wie beispielsweise im Falle A herausfinden kann.

De lege lata ist wiederum zu betonen, dass es aus Sicht des Gesetzgebers als planwidrig anzusehen ist, wenn das soziale Allgemeininteresse aus verfassungsrechtlichen Gründen wegfällt. „Folglich darf diese Lücke mit einer analogen Anwendung des § 34 StGB geschlossen werden, und zwar im Wege des Erst-recht-Schlusses: Wenn der Gesetzgeber die Tat erlauben wollte, obwohl aus seiner Sicht sogar ein weiteres schutzwürdiges Interesse beeinträchtigt worden wäre, dann muss die Tat erst recht erlaubt sein, wenn dieses Interesse gar nicht strafrechtlich geschützt werden darf, denn dann ‚überwiegen‘ die mit der Tat geschützten Interessen ja noch stärker.“⁸⁵² In diesem Sinn lässt sich eine Anwendung des § 34 StGB im Falle A methodisch nicht mehr legitim begründen, weil sich der Gesetzgeber mit § 19 TPG i. V. m. §§ 3, 4 TPG bewusst und unter Bewertung bzw. Respektierung

848 Siehe dazu *Bock*, Voraussetzungen der Organentnahme, S. 261: „In der Praxis ist es nur unzureichend kontrollierbar, ob ausreichende Versuche unternommen wurden, die Angehörigen zu erreichen. Hinzu kommt, daß Obdachlose, Staatenlose, Alleinstehende oder Waisen von vornherein als potentielle Spender betrachtet werden könnten, denn hier wird es in den seltensten Fällen gelingen, Angehörige in der knapp bemessenen Zeit aufzuspüren. Auch im Falle fehlender Erreichbarkeit der Ersatzentscheider, [sic] weckt eine Rechtfertigung über § 34 StGB also durchweg Unbehagen.“

849 *Kühl*, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, S. 260.

850 Vgl. *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 173.

851 *Kühl*, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, S. 276.

852 *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 237.

der postmortalen Menschenwürde für die strikten Organspendebedingungen entschieden hat. Anders formuliert: Ohne Einwilligung entweder des potenziellen Spenders oder seiner Angehörigen ist trotz des Notstands die Organentnahme im Falle A noch unzulässig. Vor diesem Hintergrund macht sich der Arzt im Falle A, der unter Verstoß gegen § 3 I und II TPG und § 4 I 2 TPG ein Organ entnimmt, bei Vorsatz nach § 19 II TPG, bei Fahrlässigkeit nach § 19 V TPG strafbar.

II. Ärztliche Organentnahme im Notstand mit Einwilligung des Verstorbenen und seiner Angehörigen

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.

1. Die Kollision gleichwertiger Interessen und die Bestimmung der Rechtfertigung

Der Fall B unterscheidet sich vom Fall A darin, dass entweder der Verstorbene oder seine Angehörigen schon vor dem Notstand in die postmortale Organentnahme eingewilligt haben. Der verstorbene Spender stellt bei einer postmortalen Organspende die eigenen Organe für eine Transplantation zur Verfügung, was *de lege lata* anonym durchgesetzt wird. Demnach können er und seine Angehörigen nicht erfahren, wer das Organ empfängt⁸⁵³. In diesem Sinn verändert sich der Inhalt der Einwilligung des Verstorbenen oder seiner Angehörigen im Falle B im Wesentlichen nicht, obwohl der Arzt A in Wirklichkeit mit der gespendeten Niere eine Organübertragung zur Erreichung des Zwecks der Heilbehandlung für den Patienten C im Notstand durchgeführt hat. Anders gesagt: Dieser Arzt hat nicht die postmortale Menschenwürde bzw. die Autonomie beeinträch-

853 Siehe dazu die entsprechenden Angaben auf der Seite: <https://www.organspende-in-fo.de/faq.html>, abgerufen am 18.11.2021.

tigt⁸⁵⁴, was zugleich bedeutet, dass es bezüglich der Legitimation der Rechtfertigung der ärztlichen Notstandshandlung im Falle B überhaupt nur auf die Interessenabwägung zwischen dem Patienten C und dem potenziellen Empfänger D auf der Warteliste ankommt⁸⁵⁵.

Bemerkenswerterweise ist zugleich zu betonen, dass entweder der Patient C oder der potenzielle Empfänger D im Falle B noch durch die eigene Grunderkrankung gefährdet bzw. beeinträchtigt werden. Demnach stellt die ärztliche Notfallrettung nur ein Mittel zur Verringerung und Beseitigung der entsprechenden Lebensgefahren dar⁸⁵⁶. Mit anderen Worten deuten die Rettungschancen nur ein individuelles Anwartschaftsrecht an, aber nicht das individuelle Leben selbst. Damit beschreibt die Rechtfertigung der Verteilung dieser Rettungschancen, wie dieses Anwartschaftsrecht 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.

Infolgedessen tangiert die Organübertragung im Falle B gleichzeitig die Lebensinteressen bzw. Rettungschancen von C und D. Nach der herrschenden Strafrechtslehre werden der Höchststrang des menschlichen Lebens und das unbedingte Verbot der Abwägung seiner Quantität und Qualität festgestellt⁸⁵⁷; wenn die betroffenen Rechtsgüter annähernd gleichwertig sind oder das gleiche Rechtsgut auf beiden Seiten betroffen ist, tritt das Maß der Beeinträchtigung ganz in den Vordergrund der Betrachtung⁸⁵⁸. Im Falle B wird auch nach *Pawlik* nur die gegenwärtige Gefahr zum Gegenstand der Rechtfertigungsabwägung nach § 34 StGB⁸⁵⁹. 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 Patienten⁸⁶⁰.

„Grundsätzlich wird man das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr bei den Patienten bejahen können, die auf eine Leber-, Herz- oder Lungenver-

854 Vgl. *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 36 f.

855 Vgl. *Broelsch*, UNIKATE 2009, S. 41.

856 Vgl. *Schlögl-Flierl*, Widerspruchslösung, S. 66.

857 Vgl. *Merkel*, Früheuthanasie, S. 540.

858 Vgl. *Erb*, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. 112.

859 Vgl. *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 137.

860 Vgl. *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel, S. 244.

pflanzung angewiesen sind.“⁸⁶¹ In diesem Sinn bedeutet die hier in Rede stehende Beseitigung der gegenwärtigen Gefahr mindestens eine tatsächliche Verbesserung der gesundheitlichen Lage, wie z. B. die erhebliche Verkürzung einer Dialysebehandlung⁸⁶². Umgekehrt bedeutet die hier in Rede stehende gegenwärtige Gefahr, dass der Funktionsausfall der eigenen Organe beispielsweise den Patienten C oder den potenziellen Empfänger D auf der Warteliste schnell in eine krisenhafte Situation bringen wird, „die durch apparative Maßnahmen entweder nur schlecht oder gar nicht aufgefangen werden kann.“⁸⁶³ Nach *Diettrich* liegt eine gegenwärtige Gefahr zudem nicht nur bei krisenhafter Zuspitzung vor, „sondern auch dann, wenn bei einer bereits eingetretenen Schädigung eine Intensivierung des Schadens drohe“⁸⁶⁴; deswegen ist noch weiter zu fordern, dass die Krankheit des Patienten eine gewisse Progredienz aufweist, so dass gesundheitliche Schäden oder der potenzielle Tod nur durch sofortiges Handeln bzw. durch unverzügliche Implantation eines Organs gerade von dem betroffenen Verstorbenen abgewendet werden können⁸⁶⁵, d. h., „schon dann sei Notstand gegeben, wenn ein Abwärtstrend bei Nichteingreifen weitergehe, nicht erst bei einer dramatischen Verschlimmerung des Zustandes eines Dialysepatienten.“⁸⁶⁶ Wenn es also gleichwertige Interessen und auch gleichgradige Gefahren zwischen dem Patienten C und dem potenziellen Empfänger D auf der Warteliste gibt⁸⁶⁷, wie können wir die im Falle B genannte Notstandshandlung als *ultima ratio* zur Rettung eines Schwerkranken rechtfertigen?

Nach *Delonge* ist es eindeutig *contra legem*, dass alle Betroffenen im Falle B beliebig ihre subjektiven Eigeninteressen verfolgen können, d. h., dass sie alle nur um ihre eigene Rettung besorgt sind, wenn sich die gleichwertigen Interessen in einer Kollision befinden:

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

862 Vgl. *Diettrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 94.

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

864 *Diettrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 91.

865 Vgl. *Bock*, Voraussetzungen der Organentnahme, S. 259.

866 *Diettrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 91.

867 Siehe dazu *König*, Todesbegriff und Strafrecht, S. 98: „Der Krankheitszustand des Organempfängers kann sich jederzeit abrupt dergestalt verändern, daß er in einen lebensgefährdenden Zustand umschlagen kann [Hervorh. d. Verf.]. Einige Autoren lassen es sogar genügen, daß eine bloße Verschlechterung des Gesundheitszustandes in Aussicht steht. Das spricht für das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr, im Sinne einer Dauer Gefahr, auf Seiten des Empfängers.“

Statt also diesen Egoismus zum Ausgangspunkt zu nehmen, dem dort Schranken auferlegt werden, wo er in den Augen der Normsetzer per Saldo Schaden anrichtet [Hervorh. d. Verf.], setzt diese Betrachtungsweise also erst bei diesen Schranken ein: Sie betrachtet diese Verbote als das Urprinzip [Hervorh. d. Verf.] und räumt dem individuellen Egoismus nur dort ausnahmsweise Erlaubnisse ein, wo er per Saldo positiven Nutzen bringt. Erklären läßt sich diese Sichtweise wohl am ehesten mit der grundsätzlichen Abneigung gegen jede Form eines gesellschaftlichen „Darwinismus“ [Hervorh. d. Verf.].⁸⁶⁸

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 handeln⁸⁶⁹. Infolgedessen funktioniert das strafrechtliche Bewertungssystem in der juristischen Praxis nicht und fällt sogar gänzlich aus⁸⁷⁰. Gegen einen solchen rechtsfreien Raum⁸⁷¹ sollte der Staat nur positive rechtspaternalistische Eingriffe durchführen, um die Mindestsolidarität zu bewahren, weil der individuelle Egoismus auf der gesellschaftsvertraglichen

868 *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 170. Siehe dazu auch *Büchner*, Darwinismus und Sozialismus, S. 5 f.: „Es ist ein allgemeiner Konkurrenz-Kampf oder ein Krieg aller gegen alle, wobei der Tod des einen das Brot des andern, das Unglück des einen das Glück des andern bedingt [Hervorh. d. Verf.]. Der mächtige Trieb der Selbsterhaltung und der Zwang des gesellschaftlichen Egoismus überwiegt alles; ein Widerstand gegen denselben ist nicht möglich, ausser bei schwerer Strafe der Widerstrebenden [Hervorh. d. Verf.]. Denn wo das Wohl oder Interesse des Einzelnen in Frage kommt, da kennt der gesellschaftliche Egoismus in der Regel ebensowenig Mitleid oder Schonung, wie der Tiger, wenn er sein Opfer zerreisst; und man kann oder darf dieses dem Einzelnen nicht einmal zum Vorwurf machen, da der Trieb oder das Interesse der Selbsterhaltung innerhalb eines gesellschaftlichen Organismus, wie er zur Zeit noch besteht, ihm sein Verhalten gebieterisch vorschreibt, wenn er nicht den eignen Untergang herbeiführen oder beschleunigen will. Selbst der aufopferndste Menschenfreund kann sich diesem Gebot des Egoismus nicht entziehen, ohne sich selbst den grössten Gefahren auszusetzen. Es ist gewissermassen eine grosse und allgemeine Flucht oder ein Wettrennen der Furcht vor der Not und Entbehrung des Lebens [Hervorh. d. Verf.], ohne Mitleid oder Hilfe für die dabei zu Boden Sinkenden, ähnlich jenem berüchtigten Übergang der grossen Armee über die Beresina, wo jeder nur für die eigne Rettung besorgt war und besorgt sein musste.“

869 Vgl. *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 129.

870 Vgl. *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 179.

871 Vgl. *Kaufmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, S. 339 ff.

Ebene nicht mehr der Legitimierung bedarf, wenn er sich gegen fremde Interessen durchsetzen muss.

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.“⁸⁷² Demnach kann man die Notstandshandlung im Falle B nur durch Angemessenheitsprüfung rechtfertigen⁸⁷³. 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?

Nach *Diettrich* werden die Rettungschancen für beide Seiten bei der Angemessenheitsprüfung erst recht entscheidend und spielen möglicherweise 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 aufweisen⁸⁷⁴. Nur durch den konkreten Vergleich der Rettungschancen kann der Arzt deswegen in der *Ex-ante*-Betrachtung⁸⁷⁵ 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. Deswegen macht sich der Arzt als Notstandstäter nicht strafbar, auch wenn der potenzielle Empfänger D auf der Warteliste wegen der ärztlichen Unterlassung eine Rettungschance verliert und dadurch eine dramatische Verschlimmerung oder möglicherweise sogar der Tod dieses Empfängers D unmittelbar verursacht wird.

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

873 Siehe dazu *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 246: „Die Funktion des § 34 S. 2 StGB soll sich auf die einer bloßen ‚Kontrollklausel‘ beschränken: § 34 S. 2 StGB ermahne dazu, nicht vorschnell die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung zu bejahen, sondern wirklich umfassend abzuwägen.“

874 Vgl. *Diettrich*, Organentnahme und Rechtfertigung, S. 103.

875 Vgl. *Schaffstein*, Maßstab für das Gefährurteil, S. 100 f.

2. Strafunrechtsausschließungsgründe als zivilrechtliche Erlaubnissätze und öffentlich-rechtliche Eingriffsnormen im Falle B?

Die oben genannte Unterlassung des Arztes im Falle B ist ordnungswidrig, weil seine Übertragung von Organen des verstorbenen Spenders nach § 20 I Nr. 4 und 5 TPG i. V. m. § 9 II TPG ordnungswidrig ist:

Im Rahmen der postmortalen Spende entnommene Organe, vgl. § 3 oder § 4 (vermittlungspflichtige Organe), dürfen nur übertragen werden, wenn sie durch die Vermittlungsstelle (Eurotransplant) unter Beachtung der Regelungen nach § 12 Abs. 3 S. 1 vermittelt worden sind. Ein ordnungswidriges Verhalten liegt vor, wenn der Arzt ein Organ ohne oder entgegen der Vermittlungsentscheidung überträgt. Sind vermittlungspflichtige Organe im Geltungsbereich dieses Gesetzes entnommen worden, ist ihre Übertragung darüber hinaus nur zulässig, wenn die Entnahme nach § 11 Abs. 4 S. 5 durch die Koordinierungsstelle organisiert und unter Beachtung der weiteren Regelungen nach § 11 durchgeführt wurde. Ein Verstoß hiergegen ist ebenfalls eine Ordnungswidrigkeit.⁸⁷⁶

Wie bereits dargestellt, ist der Arzt im Falle B wegen des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB nicht strafbar, aber es stellt sich hier noch weiter die Frage, ob auch die oben erwähnte Ordnungswidrigkeit dieses Arztes nach § 34 StGB gerechtfertigt werden kann.

Wie oben erklärt, zeigen die Merkmale der strafrechtlichen Rechtfertigung: „Die Funktion eines strafrechtlichen Rechtfertigungsgrundes sei die einer ‚Begrenzungsnorm für den Zugriff staatlicher Strafgewalt auf die einzelnen‘. Würde § 34 StGB als Eingriffsermächtigung verwendet, erlange er jedoch die genau gegenläufige Wirkung einer Kompetenz- und Befugnisnorm.“⁸⁷⁷ Diese im § 34 StGB dargestellte Eingriffsermächtigung beruht bemerkenswerterweise nicht nur auf der Erforderlichkeitsprüfung der Notstandshandlung bezüglich der Theorie des überwiegenden Interesses, sondern auch auf ihrer Angemessenheitsprüfung bezüglich der Zwecktheorie bzw. Zweckrationalität⁸⁷⁸. Im Vergleich dazu sind die Rechtfertigungsgedanken im Zivilrecht und auch im öffentlichen Recht anders als im § 34 StGB. Aus kriminalpolitischer Perspektive existiert also noch ein Begriff über

876 Tag, in: MK-StGB, Bd. 6, § 20 TPG, Rn. 7.

877 Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, S. 76.

878 Vgl. Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 237 ff.

allgemeine, metajuristische Rechtfertigungsgründe neben dem Notwehr- oder Notstandsrecht im strafrechtlichen Rahmen, wie *Günther* erklärt:

Denn solche allgemeinen Rechtfertigungsgründe stellen infolge ihrer Beschränkung auf die Erfassung rechtmäßiger Verhaltensweisen an den Strafunrechtsausschluß zu strenge Anforderungen [Hervorh. d. Verf.], weil sie möglicherweise rechtswidrige, aber nicht strafwürdige Verhaltensweisen im Kriminalisierungsbereich belassen. Als deklaratorische Wiedergabe eines allgemeinen, auch für das Zivil- und das Öffentliche Recht geltenden Rechtfertigungsgedankens können sie die funktionsbestimmten Aspekte des Strafrechts nicht berücksichtigen und damit den strafrechts-teleologisch begründeten Besonderheiten des Strafunrechtsausschlusses keine Rechnung tragen [Hervorh. d. Verf.]. Sie reichen deshalb zur Beurteilung der „Strafrechtswidrigkeit“ einer Straftatbestandsverwirklichung nicht aus, sondern bedürfen der Ergänzung durch echte Strafunrechtsausschließungsgründe [Hervorh. d. Verf.].⁸⁷⁹

Mit anderen Worten orientieren sich die Strafunrechtsausschließungsgründe im Wesentlichen nur an den Funktionen des Strafrechts selbst und eliminieren neben rechtmäßigen auch die rechtswidrigen Verhaltensweisen aus der Kriminalisierungszone, die trotz Straftatbestandsverwirklichung kein strafwürdiges Unrecht verkörpern. Hierzu betont *Duttge* ausdrücklich, dass sich die allgemeine Notstandsregelung des § 34 StGB nicht auf einzelne Rechtsgüterkollisionen beschränke und sie insofern die Qualität einer Regelung mit „Auffangcharakter“ gewinne, als beispielsweise die zivilrechtlichen Notstandsvorschriften (§§ 228, 904 BGB) nur die Abwehr von Sachgefahren erfassen⁸⁸⁰, was umgekehrt bedeutet, dass eine unmittelbare Geltung des § 34 StGB im Zivilrecht und auch im öffentlichen Recht ausscheidet, wie *Günther* aufzeigt:

Die Positivierung eines allgemeinen Rechtfertigungsgrundes gerade im StGB zeigt unmißverständlich nur, daß er die Funktion eines Strafunrechtsausschließungsgrundes ausüben soll [Hervorh. d. Verf.]. Dagegen läßt sie offen, in welcher Form der allgemeine Rechtfertigungsgrund auch als zivilrechtlicher Erlaubnissatz oder öffentlichrechtliche [sic] Eingriffsermächtigung fungieren soll. Dies zu entscheiden, ist nicht Aufgabe

879 *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, S. 259.

880 Vgl. *Duttge*, in: *Gesamtes Strafrecht*, § 34 StGB, Rn. 2.

des Strafrechts, sondern Aufgabe des jeweils einschlägigen Rechtsgebiets
[Hervorh. d. Verf.].⁸⁸¹

Demnach ist festzustellen, dass dem Zivilrecht und dem öffentlichen Recht eine unmittelbare Heranziehung der strafgesetzlichen Regelungen über die Notwehr oder den rechtfertigenden Notstand verwehrt bleibt. Trotzdem ist logischerweise noch nicht die Möglichkeit auszuschließen, ob und in welcher Form es allgemeine Rechtfertigungsgründe gibt, die nicht nur vom Strafrecht, sondern auch vom Zivilrecht sowie dem öffentlichen Recht in denselben Geltungsbereichen gemeinsam rezipiert werden können. Doch obwohl diese Möglichkeit von *Günther* nicht durchaus abgesprochen wird, ist strafrechtsdogmatisch für den öffentlich-rechtlichen Bereich die Heranziehung der in § 34 StGB für das Strafrecht positivierten Grundsätze des rechtfertigenden Notstandes in der Regel nicht anerkannt⁸⁸².

Deswegen wird die Ordnungswidrigkeit des Arztes im Falle B noch nach § 20 I Nr. 4 und 5 TPG i. V. m. § 9 II TPG mit einer Geldbuße geahndet⁸⁸³, obwohl er wegen des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB nicht strafbar ist.

881 *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, S. 371.

882 Siehe dazu ebenda, S. 372: „Entsprechend hat das Zivilrecht in §§ 227, 228, 904 BGB eigene Regelungen zum ‚übergesetzlichen‘ Notwehr- und Notstandsgedanken erlassen. Darüber hinaus ist für den zivilrechtlichen Bereich die Heranziehung der in § 34 StGB für das Strafrecht positivierten Grundsätze des rechtfertigenden Notstandes auch ohne eigene zivilgesetzliche Regelung anerkannt [Hervorh. d. Verf.]. Weitaus problematischer stellt sich die Rechtslage im Öffentlichen Recht dar. §§ 32, 34 StGB selbst müssen nach den bisherigen Überlegungen zwar als öffentlich-rechtliche [sic] Ermächtigungen zu hoheitlichen Grundrechtseingriffen ausscheiden [Hervorh. d. Verf.]. Der Klärung bedarf jedoch, inwieweit eine analoge Anwendung der §§ 32, 34 StGB, ein Rückgriff auf die hinter diesen strafrechtlichen Vorschriften stehenden allgemeinen Notrechte, in Betracht kommt. Diese Frage führt zu spezifisch öffentlichrechtlichen [sic] Problemen, die sich insbesondere mit Blick auf den öffentlichrechtlichen [sic] Gesetzesvorbehalt und auf die öffentlichrechtliche [sic] Kompetenzordnung stellen. Ihre Beantwortung bildet indes nicht einen Gegenstand strafrechtsdogmatischer Überlegungen [Hervorh. d. Verf.], sondern fällt in die Domäne der Staats- und Verwaltungsrechtsdogmatik, weil für die Lehre von der ‚Strafrechtswidrigkeit‘ Auswirkungen auf den Strafunrechtsausschluß ausbleiben.“

883 Vgl. *Scheinfeld*, Strafrechtspaternalismus, S. 124.

C. Resümee

Auf rechtspaternalistischer Ebene handelt es sich beim rechtfertigenden Notstand im § 34 StGB begrifflich um eine staatliche Eingriffsermächtigung, die sich in der Form der Duldungspflicht auf die Beschränkung der negativen bzw. passiven Selbstbestimmungsrechte des Angriffsadressaten bezieht. „Der Ausgang der Kollision [ist] den Normsetzern in aller Regel keineswegs gleichgültig. Vielmehr läßt sich meist eine eindeutige Aussage darüber machen, welches dieser Interessen sie im Vergleich zum anderen eher opfern wollen. Und eine solche Relation von Rechtsgütern (also: geschützten Bedürfnissen) läßt sich ebenso abstrakt formulieren wie ein Tatbestand.“⁸⁸⁴ Der Begriff der Übergesetzlichkeit der Rechtfertigungsgründe stellt weiter dar, dass die Tatbestandsmäßigkeit eingeschränkt dafür funktioniert, die Handlungen als rechtswidrig zu erachten, wie *Wachinger* betont:

Im Gebiet des Strafrechts ist freilich die Bildung neuer und die Erweiterung bestehender strafbarer Tatbestände durch Gesetzes- oder Rechtsanalogie gemäß § 2 Abs. 1 StGB. [sic] ausgeschlossen; dagegen ist beides zur Auffindung von Rechtfertigungsgründen unentbehrlich. Bei der Schaffung des Strafgesetzbuches war man sich klar darüber, daß weder das Strafgesetzbuch selbst noch das sonstige gesetzte Recht eine lückenlose Aufzählung der Gründe enthalte, durch welche die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Handlung ausgeschlossen werde.⁸⁸⁵

Demnach beruhen die Rechtfertigungsgründe auf dem Rechtsgefühl und auch auf den Kulturanschauungen der Gemeinschaft. Unter Berücksichtigung der beiden Seiten, nämlich Erhaltungs- und Eingriffsseite, setzt man die Analyse der Gegenwärtigkeit der wahrscheinlichen Gefahren und zugleich die Interessenabwägung immer mit der entsprechenden Angemessenheitsprüfung durch, um festzustellen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen des Angriffsadressaten im Einzelfall als ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zwecks gelten können.

Insbesondere bedeutet die Erfüllung der Solidarität zwar die Förderung des allgemeinen Wohls, aber im Rechtsstaat muss man die Lebensinteressen der Mitglieder der Gemeinschaft untereinander und gegenüber den In-

884 *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 60.

885 *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand, S. 509.

teressen der Allgemeinheit abgrenzen, um die Menschenwürde einschließlich der postmortalen Persönlichkeitsrechte wie z. B. der Integrität des Leichnams zu respektieren und zu schützen, was von der Ausgewogenheit zwischen sozialer Gerechtigkeit und individueller Freiheit ausgeht⁸⁸⁶, wie *Trockel* aufzeigt:

Soweit bei der Durchführung einer Organverpflanzung die Gewebeentnahme aus dem Leichnam eines Verstorbenen erfolgt, wie es bei einem unpaaren Organ immer notwendig ist, ist für eine derartige Maßnahme die zu Lebzeiten erteilte Einwilligung des Verstorbenen oder die Einwilligung der Hinterbliebenen erforderlich. Ein eigenmächtiger Eingriff verletzt das Totensorgerecht der Hinterbliebenen und ist grundsätzlich rechtswidrig. Das Totensorgerecht der Hinterbliebenen erstreckt sich auf das abgetrennte Gewebe. Es erlischt erst mit der Durchführung der Transplantation, nach der das überpflanzte Teil eine Einheit mit dem Körper des Menschen bildet, dem es übertragen worden ist. Sofern dies nicht alsbald geschieht, das abgetrennte Teil vielmehr der Lagerung etwa in einer Organbank zugeführt wird, erlischt die Befugnis der Hinterbliebenen mit dieser Zweckbestimmung. Auch dies gilt jedoch nur dann, wenn die Organentnahme die zu Lebzeiten erteilte Einwilligung des Verstorbenen gefunden hat. Liegt eine derartige Erklärung nicht vor, gibt das Totensorgerecht den Hinterbliebenen die Befugnis, die Herausgabe der Leichenteile zum Zwecke der Bestattung zu verlangen. Eine Rechtfertigung durch den sog. übergesetzlichen Notstand kommt nicht in Betracht, weil die mit ihm verbundene Frage der Zumutbarkeit zu verneinen ist. Das allgemeine Sittlichkeitsempfinden läßt das Rechtsgut der Pietät, das mit dem Totensorgerecht der Hinterbliebenen geschützt wird, selbst gegenüber einer Gefahr für das Leben dessen, der als Organempfänger ausersehen ist, unantastbar sein [Hervorh. d. Verf.]. Ganz ähnlich ist die Rechtslage bei einer Bluttransfusion. Die im Wege ärztlicher Eigenmacht durchgeführte Blutentnahme, gleichgültig ob sie bei einem lebenden Menschen oder von dem Leichnam eines Verstorbenen erfolgt, ist selbst dann nicht durch den übergesetzlichen Notstand gerechtfertigt, wenn sie erforderlich war, um das Leben eines anderen Menschen zu retten. Das allgemeine Sittlichkeitsempfinden verneint die Zumutbarkeit. Eine Ausnahmesituation, in der die Verweigerung der

886 Vgl. *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 93 f.

Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt, ist nicht anzuerkennen
[Hervorh. d. Verf.].⁸⁸⁷

Im Falle A geht es also um Solidarpflichten, die das postmortale Selbstbestimmungsrecht tangieren, ohne dass ein Menschenwürdeverstoß in Betracht gezogen wird. Anders gesagt: „In der Angemessenheitsprüfung kommt es allein darauf an, ob die Möglichkeit besteht, den Willen des durch die Rettungshandlung Betroffenen zu überwinden.“⁸⁸⁸

Im Falle B wird die Ordnungswidrigkeit des Arztes aus der Perspektive der Rechtsstaatlichkeit und insbesondere auf der Basis des Gewaltenteilungs- bzw. Funktionsordnungsprinzips⁸⁸⁹ zwar im öffentlich-rechtlichen Bereich nach § 20 I Nr. 4 und 5 TPG i. V. m. § 9 II TPG mit einer Geldbuße geahndet, aber er ist wegen des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB nicht strafbar, auch wenn der potenzielle Organempfänger angesichts der ärztlichen Unterlassung eine Rettungschance verliert und dadurch eine dramatische gesundheitliche Verschlimmerung oder unmittelbar der Tod verursacht wird. Hierzu betont *Lenckner* bemerkenswerterweise bei der Interessenabwägung:

Je geringer die Rettungschancen sind, umso eher fällt die Interessenabwägung zugunsten des „Eingriffsguts“ aus (§ 34) bzw. umso eher ist die Hinnahme der drohenden Gefahr zumutbar (§ 35 I S. 2), wobei die Anforderungen an die Geeignetheit noch steigen, je schwerer der in der Notstandstat liegende Eingriff in fremde Güter einerseits und je geringer die durch sie geschützten Interessen andererseits wiegen [Hervorh. d. Verf.]. Umgekehrt sinken diese Anforderungen, je höher das „Erhaltungsgut“ zu veranschlagen ist und je geringfügiger die Verletzungshandlung erscheint, um schließlich einen Punkt zu erreichen, an dem es genügt, daß der Erfolg nicht gänzlich unwahrscheinlich ist.⁸⁹⁰

Demnach funktioniert die Rettungschance noch als Abwägungselement zur Rechtfertigung der Notstandshandlung, wenn man mit gleichwertigen Interessen und auch gleichgradigen Gefahren auf beiden Seiten im Notstand konfrontiert ist.

Zusammenfassend dient die Achtung bzw. der Schutz der Menschenwürde als eine fundamentale einschränkende Voraussetzung der Solidar- bzw.

887 *Trockel*, NJW 1970, S. 493.

888 *Lütke*, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. 128.

889 Vgl. *Stern*, Staatsrecht, S. 537 ff.

890 *Lenckner*, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. 99.

Duldungsverpflichtung sowie der staatspaternalistischen Anerkennung der Notstandshandlung⁸⁹¹.

891 Vgl. *Seelmann*, Paternalismus und Solidarität, S. 866. Siehe dazu auch *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 70: „Innerhalb der vergleichenden Bewertung von Rechtsgütern, etwa bei der Abwägungsdogmatik des § 34 StGB[,] besteht nach dieser Lehre ein gewisser Vorrang für die fundamental personalen Güter, zu Lasten der abzuleitenden kollektiven Güter, deren Bedeutung für die Interessen des einzelnen jeweils zu überprüfen ist. Gleichzeitig mutieren all diejenigen Delikte, die dann als Schutz der Medien der personalen Interessen verstanden werden müssen.“

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 Verbrechensschöpfung 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 Verbrechensbegriff 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 werthafter 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 Freiheitssphäre 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.

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 Betroffenen 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 Betroffene 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 Moralnormen 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 Paternalismuskussion 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 postmortaler 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 Leichenteilentnahmen 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, Leichenfrevell, 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.

lich auf der Basis der Anerkennung der Menschenwürde entwickelt, die ihm zustehende gesetzgeberische Qualifikation, da die unbegrenzte Ausweitung der Gesetzgebungsbefugnis selbst gegen das Grundprinzip des modernen Staats bzw. die Rechtsstaatlichkeit verstößt.

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.

936 Vgl. Engelmann, Rechtsgeltung, S. 117 ff.

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.

Literaturverzeichnis

- Albrecht, Volker*: Die rechtliche Zulässigkeit postmortaler Transplantatentnahmen, Marburg 1986, N. G. Elwert Verlag (zit.: Albrecht, Rechtliche Zulässigkeit postmortaler Transplantatentnahmen, S. ...)
- Alexy, Robert*: Begriff und Geltung des Rechts, München 2020, Verlag Karl Alber (zit.: Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, S. ...)
- Amelung, Knut*: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens, Frankfurt am Main 1972, Athenäum (zit.: Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. ...)
- Amelung, Knut*: Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, Nomos, S. 155–182. (zit.: Amelung, Die Rechtsgutstheorie, S. ...)
- Amelung, Knut*: Rechtgutverletzung und Sozialschädlichkeit: Beiträge zu einer Standortbestimmung, in: Jung, Heike/Müller-Dietz, Heinz/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Recht und Moral, Baden-Baden 1991, Nomos, S. 269–279. (zit.: Amelung, Rechtgutverletzung und Sozialschädlichkeit, S. ...)
- Anastasopoulou, Ioanna*: Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, München 2005, C. H. Beck (zit.: Anastasopoulou, Kollektive Rechtsgüter, S. ...)
- Appel, Ivo*: Verfassung und Strafe: Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, Berlin 1998, Duncker & Humblot (zit.: Appel, Verfassung, S. ...)
- Bae, Jong-Dae*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, Frankfurt am Main 1985, Peter Lang (zit.: Bae, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht, S. ...)
- Barbaro, Salvatore/Wieland, Joachim*: Das Mehrheitsprinzip im Wahlrecht, in: Rechtswissenschaft, 12 (4), 2021, S. 440–451. (zit.: Barbaro/Wieland, RW 2021, S. ...)
- Barczak, Tristan*: Der nervöse Staat: Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft, Tübingen 2020, Mohr Siebeck (zit.: Barczak, Der nervöse Staat, S. ...)
- Beauchamp, Tom Lamar/Childress, James Franklin*: Principles of Biomedical Ethics, Oxford 2012, Oxford University Press (zit.: Beauchamp/Childress, Biomedical Ethics, S. ...)
- Beck, Ulrich*: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main 2015, Suhrkamp (zit.: Beck, Risikogesellschaft, S. ...)

- Beck, Wolfgang*: Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung: Zum Problem der Unrechtsbegründung im Bereich vorverlegter Strafbarkeit, erörtert unter besonderer Berücksichtigung der Deliktstatbestände des politischen Strafrechts, Berlin 1992, Duncker & Humblot (zit.: Beck, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, S. ...)
- Behrendt, Svenja*: Die beiden Säulen der Rechtssubjektivität – Autonomie und Anerkennung eines grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses als Fundamente für die Entstehung von Rechtssubjektivität, in: Rechtstheorie, 52 (1), 2021, S. 45–68. (zit.: Behrendt, RT 2021, S. ...)
- Benner, Dietrich/Brüggen, Friedhelm*: Theorien der Erziehungswissenschaft im 20. Jahrhundert. Entwicklungsprobleme – Paradigmen – Aussichten, in: Zeitschrift für Pädagogik, 42, 2000, S. 240–263. (zit.: Benner/Brüggen, ZfP, S. ...)
- Benner, Dietrich/Brüggen, Friedhelm*: Mündigkeit, in: Benner, Dietrich/Oelkers, Jürgen (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Pädagogik, Weinheim 2004, Beltz Verlag, S. 687–699. (zit.: Benner/Brüggen, Mündigkeit, S. ...)
- Bergheim, Brigitte*: Das gesellschaftliche Individuum, Tübingen 2001, A. Francke Verlag (zit.: Bergheim, Das gesellschaftliche Individuum, S. ...)
- Berz, Ulrich*: Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, München 1986, C. H. Beck (zit.: Berz, Tatbestandsverwirklichung, S. ...)
- Bieri, Richard*: Der strafrechtliche Schutz des Totenfriedens (Art. 262 StGB), Siegburg 1954, Verlag Franz Schmitt (zit.: Bieri, Der strafrechtliche Schutz des Totenfriedens, S. ...)
- Bihler, Michael*: Rechtsgefühl, System und Wertung: Ein Beitrag zur Psychologie der Rechtsgewinnung, München 1979, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (zit.: Bihler, Rechtsgefühl, System und Wertung, S. ...)
- Birnbacher, Dieter*: Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?, in: Hirsch, Andreas von/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, Baden-Baden 2010, Nomos, S. 11–26. (zit.: Birnbacher, Paternalismus, S. ...)
- Birtsch, Günter*: Naturrecht und Menschenrechte. Zur vernunftrechtlichen Argumentation deutscher Jakobiner, in: Dann, Otto/Klippel, Diethelm (Hrsg.), Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution, Hamburg 1995, Felix Meiner, S. 111–120. (zit.: Birtsch, Naturrecht, S. ...)
- Bock, Nadine*: Rechtliche Voraussetzungen der Organentnahme von Lebenden und Verstorbenen: Eine juristische Untersuchung, basierend auf den medizinischen Grundlagen der Organtransplantation, unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen rechtspolitischen und rechtsethischen Diskussion, Frankfurt am Main 1999, Peter Lang (zit.: Bock, Voraussetzungen der Organentnahme, S. ...)
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Menschenwürde als normatives Prinzip: Die Grundrechte in der bioethischen Debatte, in: Juristenzeitung, 58 (17), 2003, S. 809–815. (zit.: Böckenförde, JZ 2003, S. ...)
- Bois-Pedain, Antje du*: Die Beteiligung an fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens – Ein Beitrag zur Strukturanalyse des indirekten Paternalismus, in: Hirsch, Andreas von/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, Baden-Baden 2010, Nomos, S. 33–56. (zit.: Bois-Pedain, Selbstschädigung, S. ...)

- Böllinger, Lorenz*: Betäubungsmittelstrafrecht, Drogenpolitik und Verfassung, in: Kantscheider, Bernulf (Hrsg.), Drogenkonsum – bekämpfen oder freigeben?, Leipzig 2000, Hirzel Verlag, S. 179–196. (zit.: Böllinger, Betäubungsmittelstrafrecht, S. ...)
- Breyer, Friedrich*: Materielle und immaterielle Anreize für Organspender, in: Duttge, Gunnar/Dochow, Carsten/Waschkewitz, Marc-Alexander/Weber, Alexandra Kristina (Hrsg.), Recht am Krankenbett – Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems, Göttingen 2009, Universitätsverlag Göttingen, S. 27–45. (zit.: Breyer, Anreize für Organspender, S. ...)
- Broelsch, Christoph E.*: Zwischen Tod und Leben: Ein Plädoyer für die Organspende, in: Essener Unikate: Berichte aus Forschung und Lehre: Natur-/Geisteswissenschaften: Sterben, Tod – und dann?, 35 (2), 2009, S. 38–47. (zit.: Broelsch, UNIKATE 2009, S. ...)
- Brugger, Winfried*: Radikaler und geläuterter Pluralismus, in: Der Staat, 29 (4), 1990, S. 497–520. (zit.: Brugger, Pluralismus, S. ...)
- Brugger, Winfried*: Grundlinien der Kantischen Rechtsphilosophie, in: Juristenzeitung, 46 (19), 1991, S. 893–900. (zit.: Brugger, JZ 1991, S. ...)
- Brugger, Winfried*: Menschenrechte im modernen Staat, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 114 (4), 1989, S. 537–588. (zit.: Brugger, AöR 1989, S. ...)
- Brugger, Winfried*: Stufen der Begründung von Menschenrechten, in: Der Staat, 31 (1), 1992, S. 19–38. (zit.: Brugger, Begründung von Menschenrechten, S. ...)
- Brugger, Winfried*: Das Menschenbild der Menschenrechte, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 3, 1995, S. 121–134. (zit.: Brugger, Menschenbild der Menschenrechte, S. ...)
- Büchner, Ludwig*: Darwinismus und Sozialismus: oder der Kampf um das Dasein und die moderne Gesellschaft, Berlin 2016, Verlag Hofenberg (zit.: Büchner, Darwinismus und Sozialismus, S. ...)
- Bude, Heinz*: Pandemie und Gesellschaft, Bonn 2021, Verlag J. H. W. Dietz Nachf. (zit.: Bude, Pandemie, S. ...)
- Burkiczak, Christian*: Der Wille des Gesetzgebers als Auslegungsargument – Zur Entwicklung der methodischen Äusserungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Rechtstheorie, 52 (1), 2021, S. 23–44. (zit.: Burkiczak, RT 2021, S. ...)
- Coninx, Anna*: Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand: Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit, Bern 2012, Stämpfli Verlag (zit.: Coninx, Solidaritätsprinzip, S. ...)
- Crusen, Georg*: Der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät, Berlin 1890, Verlag von J. Guttentag (zit.: Crusen, Schutz des Rechtsguts der Pietät, S. ...)
- Dabrock, Peter*: Widerspruchslösung bei Organspenden unnötig und schädlich, in: Interview im Deutschlandfunk, 1.4.2019. <<https://www.deutschlandfunk.de/theologie-peter-dabrock-widerspruchslösung-bei-organspenden-100.html>> (zit.: Dabrock, Widerspruchslösung, S. ...)
- Delonge, Franz-Benno*: Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen, Diss. Jur. Univ. München 1987, Verlag V. Florentz (zit.: Delonge, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. ...)

- Denninger, Erhard (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, Neuwied 1989, Hermann Luchterhand (zit.: Bearbeiter, in: Denninger, AK-GG)
- Detjen, Joachim: Pluralismus und Naturrecht. Vom Nutzen des klassischen Naturrechtsdenkens für Legitimität und normative Orientierung der pluralistischen Demokratie, in: Beckmann, Rainer/Duttge, Gunnar/Gärditz, Klaus Ferdinand/Hillgruber, Christian/Windhöfel, Thomas (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, Berlin 2019, Duncker & Humblot, S. 35–60. (zit.: Detjen, Pluralismus und Naturrecht, S. ...)
- Dettmeyer, Reinhard: Medizin & Recht. Rechtliche Sicherheit für den Arzt, Heidelberg 2006, Springer Medizin Verlag (zit.: Dettmeyer, Medizin & Recht, S. ...)
- Dietrich, Stefanie: Organentnahme und Rechtfertigung durch Notstand?: Zugleich eine Untersuchung zum Konkurrenzverhältnis von speziellen Rechtfertigungsgründen und rechtfertigendem Notstand gem. § 34 StGB, Frankfurt am Main 2003, Peter Lang (zit.: Dietrich, Organentnahme und Rechtfertigung, S. ...)
- Dreier, Horst: Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz, in: Seelmann, Kurt (Hrsg.), Menschenwürde als Rechtsbegriff, Stuttgart 2004, Franz Steiner Verlag, S. 33–48. (zit.: Dreier, Menschenwürde, S. ...)
- Dreier, Horst: Säkularisierung und Sakralität: Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates, Tübingen 2013, Mohr Siebeck (zit.: Dreier, Säkularisierung und Sakralität, S. ...)
- Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Tübingen 1996, Mohr Siebeck (zit.: Bearbeiter, in: Dreier, GG)
- Dreier, Horst/Huber, Wolfgang: Bioethik und Menschenwürde: Ethik & Gesellschaft, Münster 2002, LIT Verlag (zit.: Dreier/Huber, Menschenwürde, S. ...)
- Drerup, Johannes: Paternalismus, Perfektionismus und die Grenzen der Freiheit, München 2013, Ferdinand Schöningh (zit.: Drerup, Paternalismus, S. ...)
- Droesser, Gerhard: Solidarität: nicht mehr Sitte und nicht nur moralischer Appell, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 22, 2014, S. 17–28. (zit.: Droesser, Solidarität, S. ...)
- Düber, Dominik: Was heisst: den Paternalismus angemessen begrenzen?, in: Kühler, Michael/Nossek, Alexa (Hrsg.), Paternalismus und Konsequentialismus, Münster 2014, mentis Verlag, S. 129–150. (zit.: Düber, Paternalismus, S. ...)
- Dufková, Jarmila: Die Zulässigkeit und Strafbarkeit der Organentnahme zu Transplantationszwecken im Vergleich zu klinischen Sektionen, in: Medizinrecht, 16 (7), 1998, S. 304–308. (zit.: Dufková, MedR 1998, S. ...)
- Dürig, Günter: „Kommentar zu Art. 1 GG“, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/ Herdegen, Matthias (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, München 1958, C. H. Beck (zit.: Dürig, in: Maunz/Dürig, GG)
- Duttge, Gunnar: Die „Sakralität“ des Menschen, in: Demko, Daniela/Seelmann, Kurt/Becchi, Paolo (Hrsg.), Würde und Autonomie, Baden-Baden 2015, Nomos, S. 145–158. (zit.: Duttge, Menschen, S. ...)
- Duttge, Gunnar: Kommentar zu § 34 StGB, in: Dölling, Dieter/Duttge, Gunnar/König, Stefan /Rössner, Dieter (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, Baden-Baden 2017, Nomos (zit.: Duttge, in: Gesamtes Strafrecht, § 34 StGB, Rn. ...)

- Duttge, Gunnar*: Menschenwürdiges Sterben zwischen Utopie und rechtlicher Realität, in: Die Geschäftsstelle der Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Jahres- und Tagungsbericht der Görres-Gesellschaft 2016, S. 37–52. <<https://www.goesres-gesellschaft.de/publikationen/jahresberichte.html>> (zit.: Duttge, Menschenwürdiges Sterben, S. ...)
- Dworkin, Gerald*: Paternalism, in: Sartorius, Rolf (Hrsg.), Paternalism, Minneapolis 1983, University of Minnesota Press, S. 19–34. (zit.: Dworkin, Paternalism, S. ...)
- Eberling, Elisabeth*: Widerspruchslösung – ein Weg zu höheren Organspenderaten?, in: Vierteljahrshäfte zur Wirtschaftsforschung, 87 (2), 2018, S. 153–168. (zit.: Eberling, VzW 2018, S. ...)
- Eidenmüller, Horst*: Liberaler Paternalismus, in: Juristenzeitung, 66 (17), 2011, S. 814–821. (zit.: Eidenmüller, JZ 2011, S. ...)
- Eifert, Christiane*: Paternalismus und Politik: Preussische Landräte im 19. Jahrhundert, Münster 2003, Westfälisches Dampfboot (zit.: Eifert, Paternalismus, S. ...)
- Elger, Bernice Simone*: Paternalismus in der Medizin: der Respekt vor der Patientenautonomie als ethische und rechtliche Herausforderung, in: Hafner, Felix/Seelmann, Kurt/Lüchinger, Corinne Widmer (Hrsg.), Selbstbestimmung an der Schwelle zwischen Leben und Tod, Zürich 2014, Schulthess, S. 23–38. (zit.: Elger, Paternalismus, S. ...)
- Ellscheid, Günter*: Das Paternalismusproblem im System der Kant'schen Moralphilosophie, in: Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, W. Kohlhammer, S. 182–205. (zit.: Ellscheid, Paternalismusproblem, S. ...)
- Ellscheid, Günter*: Strukturen naturrechtlichen Denkens, in: Saliger, Frank/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg 2016, C. F. Müller, S. 143–200. (zit.: Ellscheid, Strukturen naturrechtlichen Denkens, S. ...)
- Ellscheid, Günter*: Das Naturrechtsproblem, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, München 2010, C. F. Müller (zit.: Ellscheid, Naturrechtsproblem, S. ...)
- Ely, Richard Theodore*: The Past and the Present of Political Economy, Baltimore 1884, N. Murray (zit.: Ely, 1884, S. ...)
- Ely, Richard Theodore*: Pullman: A Social Study, in: Harper's Magazine, 70, February 1885, S. 452–466. <<http://urbanplanning.library.cornell.edu/DOCS/pullman.htm>> (zit.: Ely, 1885, S. ...)
- Ely, Richard Theodore*: The Telegraph Monopoly, in: The North American Review, 149 (392), 1889, S. 44–53. (zit.: Ely, 1889, S. ...)
- Ely, Richard Theodore*: A Programme for Labor Reform, in: The Century, 1890, 39, S. 938–952. (zit.: Ely, 1890, S. ...)
- Enderlein, Wolfgang*: Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, München 1996, C. H. Beck (zit.: Enderlein, Rechtspaternalismus, S. ...)
- Enders, Christoph*: Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung: Zur Dogmatik des Art. 1 GG, Tübingen 1997, Mohr Siebeck (zit.: Enders, Menschenwürde, S. ...)

- Enders, Christoph:* Die Menschenwürde als Recht auf Rechte – die mißverständene Botschaft des Bonner Grundgesetzes, in: Seelmann, Kurt (Hrsg.), Menschenwürde als Rechtsbegriff, Stuttgart 2004, Franz Steiner Verlag, S. 49–61. (zit.: Enders, Die Menschenwürde als Recht auf Rechte, S. ...)
- Engelmann, Andreas:* Rechtsgeltung als institutionelles Projekt: Zur kulturellen Verortung eines rechtswissenschaftlichen Begriffs, Weilerswist 2020, Velbrück Wissenschaft (zit.: Engelmann, Rechtsgeltung, S. ...)
- Englert, Nikolaus:* Todesbegriff und Leichnam als Element des Totenrechts, München 1979, tuduv-Verlagsgesellschaft (zit.: Englert, Todesbegriff und Leichnam, S. ...)
- Entwurf StGB E 1962 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1962 (mit Begründung), Bundesratsvorlage, Bonn 1962 (zit.: Entwurf StGB E 1962)
- Epitropakis, Ioannis G.:* Die Strafbarkeit der Manipulationen bei der Organallokation nach den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten, Baden-Baden 2020, Nomos (zit.: Epitropakis, Organallokation, S. ...)
- Erb, Volker:* Kommentar zu § 34 StGB, in: Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, München 2003, C. H. Beck (zit.: Erb, in: MK-StGB, § 34 StGB, Rn. ...)
- Erbel, Günter:* Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte, Berlin 1971, Duncker & Humblot (zit.: Erbel, Sittengesetz, S. ...)
- Eser, Albin:* „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?: Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin 2001, Walter de Gruyter, S. 869–890. (zit.: Eser, Sozialadäquanz, S. ...)
- Eser, Albin/Bosch, Nikolaus:* Kommentar zu § 242 StGB, in: Eser, Albin/Perron, Walter/Sternberg-Lieben, Detlev/Eisele, Jörg/Hecker, Bernd/Kinzig, Jörg/Bosch, Nikolaus/Schuster, Frank/Weißer, Bettina/Schittenhelm, Ulrike (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, München 2014, C. H. Beck (zit.: Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, § 242 StGB, Rn. ...)
- Esser, Dirk:* Verfassungsrechtliche Aspekte der Lebendspende von Organen zu Transplantationszwecken, Gießen 2000, Universität Gießen (zit.: Esser, Verfassungsrechtliche Aspekte der Lebendspende, S. ...)
- Fangerau, Heiner:* Widerspruchslösung aus medizinethischer Sicht – ein Kommentar, in: Lindner, Josef Franz (Hrsg.), Transplantationsmedizinrecht: Beiträge zur aktuellen Diskussion um die Widerspruchslösung, Baden-Baden 2019, Nomos, S. 7–13. (zit.: Fangerau, Widerspruchslösung, S. ...)
- Fateh-Moghadam, Bijan:* Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts: Zur strafrechtlichen Beobachtung religiöser Pluralität, Tübingen 2019, Mohr Siebeck (zit.: Fateh-Moghadam, Neutralität, S. ...)
- Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm* (Hrsg.): Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, W. Kohlhammer (zit.: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl, Paternalismus, S. ...)

- Fateh-Moghadam, Bijan*: Grenzen des weichen Paternalismus – blinde Flecken der liberalen Paternalismuskritik, in: Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, W. Kohlhammer, S. 21–47. (zit.: Fateh-Moghadam, Paternalismus, S. ...)
- Feinberg, Joel*: Paternalism, in: Borchert, Donald Marvin (Hrsg.), Encyclopedia of Philosophy, Detroit 2006, Thomson Gale, Bd. II, S. 137–139. (zit.: Feinberg, Paternalism I, S. ...)
- Feinberg, Joel*: Harm to Other, New York 1984, Oxford University Press (zit.: Feinberg, Others, S. ...)
- Feinberg, Joel*: Harm to Self, New York 1986, Oxford University Press (zit.: Feinberg, Self, S. ...)
- Feinberg, Joel*: Legal Paternalism, in: Sartorius, Rolf (Hrsg.), Paternalism, Minneapolis 1983, University of Minnesota Press, S. 3–18. (zit.: Feinberg, Paternalism II, S. ...)
- Fischer, Mira/Lotz, Sebastian*: Ist sanfter Paternalismus ethisch vertretbar? Eine differenzierende Betrachtung aus Sicht der Freiheit, in: Sozialer Fortschritt, 63 (3), 2014, S. 52–58. (zit.: Fischer/Lotz, Sanfter Paternalismus, S. ...)
- Fischer, Thomas*: Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung: Grundlagen und Entwicklung des Rechtsguts „Öffentlicher Friede“, insbesondere in den §§ 126, 130, 140 Nr. 2, 166 StGB, Diss. Jur. Univ. Würzburg 1986 (zit.: Fischer, Öffentlicher Friede, S. ...)
- Freud, Sigmund*: Totem und Tabu: Einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker, Frankfurt am Main 1991, Fischer Taschenbuch Verlag (zit.: Freud, Totem und Tabu, S. ...)
- Fröhlich, Michael/Langebeck, Klaus*: Solidarität und Selbstbestimmung: Warum unsere freiheitliche Moderne Tugenden benötigt, Darmstadt 2020, Verlag wbv Academic (Wissenschaftliche Buchgesellschaft) (zit.: Fröhlich/Langebeck, Solidarität und Selbstbestimmung, S. ...)
- Fromlowitz, Patrick*: Das Urheberpersönlichkeitsrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht: Eine vergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung, des Inhalts, des postmortalen Schutzes und der Übertragbarkeit, Frankfurt am Main 2014, Peter Lang (zit.: Fromlowitz, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. ...)
- Gärditz, Klaus Ferdinand*: Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz, in: Juristenzeitung, 71 (13), 2016, S. 641–650. (zit.: Gärditz, JZ 2016, S. ...)
- Geddert-Steinacher, Tatjana*: Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Berlin 1990, Duncker & Humblot (zit.: Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. ...)
- Geis, Max-Emanuel*: Gewohnheitsrecht, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C. (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017, J. B. Metzler, S. 25–29. (zit.: Geis, Gewohnheitsrecht, S. ...)
- Geisler, Cheryl*: Academic Literacy and the Nature of Expertise: Reading, Writing, and Knowing in Academic Philosophy, Abingdon 1994, Taylor & Francis (zit.: Geisler, Academic Literacy, S. ...)

- Giese, Bernhard: Das Würde-Konzept: Eine normfunktionale Explikation des Begriffes Würde in Art.1 Abs.1 GG, Berlin 1975, Duncker & Humblot (zit.: Giese, Würde-Konzept, S. ...)
- Gkoutis, Ioannis: Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, Berlin 2011, Duncker & Humblot (zit.: Gkoutis, Paternalismus, S. ...)
- Göbel, Alfred: Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, Frankfurt am Main 1992, Peter Lang (zit.: Göbel, Einwilligung, S. ...)
- Goeckenjan, Ingke: Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen 2015, Mohr Siebeck, S. 184–209. (zit.: Goeckenjan, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S. ...)
- Grabitz, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 98 (4), 1973, S. 568–616. (zit.: Grabitz, AöR 1973, S. ...)
- Graul, Eva: Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin 1991, Duncker & Humblot (zit.: Graul, Abstrakte Gefährdungsdelikte, S. ...)
- Greco, Luís: Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? – Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 3 (5), 2008, S. 234–238. (zit.: Greco, ZIS 2008, S. ...)
- Green, Thomas Hill: Liberal Legislation and Freedom of Contract, in: R. L. Nettleship (Hrsg.), Works of Thomas Hill Green, Bd. III, Cambridge 1888, Cambridge University Press, S. 365–386. (zit.: Green, Liberal Legislation, S. ...)
- Gröschner, Rolf: Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundsätzlichen Ordnung: Die kulturstaatlichen Grenzen der Privatisierung im Bestattungsrecht, Karlsruhe 1995, Richard Boorberg Verlag (zit.: Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur, S. ...)
- Günther, Hans-Ludwig: Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Köln 1983, Carl Heymanns Verlag (zit.: Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, S. ...)
- Günther, Klaus: Die Person der personalen Rechtsgutslehre, in: Neumann, Ulfrid/Prittwitz, Cornelius (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, Frankfurt am Main 2007, Peter Lang, S. 15–39. (zit.: Günther, Die Person der personalen Rechtsgutslehre, S. ...)
- Gutmann, Thomas: Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens?, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung, Bd. 122, 2005, S. 150–194. (zit.: Gutmann, ZdsfR 2005, S. ...)
- Gutmann, Thomas: Zur philosophischen Kritik des Rechtspaternalismus, in: Schroth, Ulrich/Schneewind, Klaus A./Gutmann, Thomas/Fateh-Moghadam, Bijan (Hrsg.), Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, Göttingen 2006, Vandenhoeck & Ruprecht, S. 189–278. (zit.: Gutmann, Rechtspaternalismus, S. ...)

- Gutmann, Thomas*: Paternalismus und Konsequentialismus, in: Kühler, Michael/Nossek, Alexa (Hrsg.), Paternalismus und Konsequentialismus, Münster 2014, mentis Verlag, S. 27–66. (zit.: Gutmann, Konsequentialismus, S. ...)
- Gutmann, Thomas*: Würde und Autonomie. Überlegungen zur Kantischen Tradition, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 15, 2010, S. 5–34. (zit.: Gutmann, Würde und Autonomie, S. ...)
- Gutwald, Rebecca*: Autonomie, Rationalität und Perfektionismus – Probleme des weichen Paternalismus im Rechtfertigungsmodell der Bounded Rationality, in: Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, W. Kohlhammer, S. 73–93. (zit.: Gutwald, Perfektionismus, S. ...)
- Häberle, Peter*: Das Menschenbild im Verfassungsstaat, Berlin 2008, Duncker & Humblot (zit.: Häberle, Menschenbild im Verfassungsstaat, S. ...)
- Habermas, Jürgen*: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 2019, Suhrkamp (zit.: Habermas, Faktizität und Geltung, S. ...)
- Haller, Walter*: Der strafrechtliche Notstand, unter besonderer Berücksichtigung des Strafgesetzentwurfes von 1927, Tübingen 1933, Buchdruckerei Albert Becht (zit.: Haller, Notstand, S. ...)
- Hart, Herbert Lionel Adolphus*: Law, Liberty, and Morality, Stanford 1963, Stanford University Press (zit.: Hart, 1963, S. ...)
- Hart, Herbert Lionel Adolphus*: The Concept of Law, Oxford 1976, Clarendon Press (zit.: Hart, 1976, S. ...)
- Hassemer, Winfried*: Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: Scholler, Heinrich/Philipps, Lothar (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, Decker & Müller, S. 85–94. (zit.: Hassemer, Rechtsgutslehre, S. ...)
- Hassemer, Winfried*: Theorie und Soziologie des Verbrechens: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main 1980, Europäische Verlagsanstalt (zit.: Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. ...)
- Hayek, Friedrich August von*: Evolution und spontane Ordnung, in: Streit, Manfred E. (Hrsg.), Rechtsordnung und Handelsordnung, Tübingen 2003, Mohr Siebeck, S. 92–103. (zit.: Hayek, Spontane Ordnung, S. ...)
- Hefendehl, Roland*: Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, Nomos, S. 119–132. (zit.: Hefendehl, Das Rechtsgut, S. ...)
- Hefendehl, Roland*: Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln 2002, Carl Heymanns Verlag (zit.: Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. ...)
- Heger, Martin*: Kommentar zu § 168 StGB, in: Lackner, Karl/Kühl, Kristian (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, München 2018, C. H. Beck (zit.: Heger, in: Lackner/Kühl, § 168 StGB, Rn. ...)
- Heil, Marius*: Menschenrechte bei Rousseau. Von Naturzustand zum Gesellschaftsvertrag, Norderstedt 2017, GRIN Verlag (zit.: Heil, Menschenrechte bei Rousseau, S. ...)

- Henkel, Heinrich*: Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, München 1932, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (zit.: Henkel, Notstand, S. ...)
- Hilgendorf, Eric*: Die mißbrauchte Menschenwürde: Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 7, 1999, S. 137–158. (zit.: Hilgendorf, Die mißbrauchte Menschenwürde, S. ...)
- Hillgruber, Christian*: Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992, Verlag Franz Vahlen (zit.: Hillgruber, Schutz des Menschen, S. ...)
- Hirsch, Andreas von*: Direkter Paternalismus im Strafrecht: Sollte selbstschädigendes Verhalten kriminalisiert werden?, in: Hirsch, Andreas von/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, Baden-Baden 2010, Nomos, S. 67–70. (zit.: Hirsch, Direkter Paternalismus, S. ...)
- Hirsch, Andreas von*: Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen, Berlin 2005, Berliner Wissenschafts-Verlag (zit.: Hirsch, Verbrechen, S. ...)
- Hirsch, Andreas von*: Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“, in: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, Nomos, S. 13–25. (zit.: Hirsch, Harm Principle, S. ...)
- Hirsch, Andreas von/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt* (Hrsg.): Paternalismus im Strafrecht, Baden-Baden 2010, Nomos (zit.: Hirsch/Neumann/Seelmann, Paternalismus, S. ...)
- Hirsch, Andreas von/Neumann, Ulfrid*: „Indirekter Paternalismus“ im Strafrecht – am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), in: Hirsch, Andreas von/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, Baden-Baden 2010, Nomos, S. 71–98. (zit.: Hirsch/Neumann, Indirekter Paternalismus, S. ...)
- Hobbes, Thomas*: Der Leviathan, München 2020, Anaconda (zit.: Hobbes, Leviathan, S. ...)
- Höffe, Otfried*: Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, Frankfurt am Main 1994, Suhrkamp Verlag (zit.: Höffe, Rechtsprinzipien, S. ...)
- Holzhauer, Heinz*: Zur Vorgeschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Erichsen, Hans-Uwe/Kollhoser, Helmut/Welp, Jürgen (Hrsg.), Recht der Persönlichkeit, Berlin 1996, Duncker & Humblot, S. 51–71. (zit.: Holzhauer, Vorgeschichte des Persönlichkeitsrechts, S. ...)
- Hörnle, Tatjana*: Paternalismus in der Medizin – am Beispiel der Eizellenspende in der Reproduktionsmedizin, in: Hirsch, Andreas von/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, Baden-Baden 2010, Nomos, S. 111–128. (zit.: Hörnle, Paternalismus, S. ...)
- Hörnle, Tatjana*: Der Schutz von Gefühlen im StGB, in: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, Nomos, S. 268–280. (zit.: Hörnle, Schutz von Gefühlen, S. ...)
- Hörnle, Tatjana*: Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt am Main 2005, Vittorio Klostermann (zit.: Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. ...)

- Hoyer, Andreas*: Wie wesentlich muss das „wesentlich überwiegende Interesse“ bei § 34 StGB überwiegen?, in: Hettinger, Michael/Zopfs, Jan/Hillenkamp, Thomas/Köhler, Michael/Rath, Jürgen/Streng, Franz/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2007, C. F. Müller, S. 173–181. (zit.: Hoyer, Wesentlich überwiegendes Interesse, S. ...)
- Hruschka, Joachim*: Die Person als ein Zweck an sich selbst – Zur Grundlegung von Recht und Ethik bei August Friedrich Müller (1733) und Immanuel Kant (1785), in: Juristenzeitung, 45 (1), 1990, S. 1–15. (zit.: Hruschka, JZ 1990, S. ...)
- Humboldt, Wilhelm von*: Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, Stuttgart 2010, Philipp Reclam jun. GmbH (zit.: Humboldt, Ideen zu einem Versuch, S. ...)
- Huster, Stefan*: Die ethische Neutralität des Staates: Eine liberale Interpretation der Verfassung, Tübingen 2017, Mohr Siebeck (zit.: Huster, Neutralität, S. ...)
- Imanishi, Kinji*: Die Welt der Lebewesen, München 2002, Iudicium (zit.: Imanishi, Lebewesen, S. ...)
- Irrlitz, Gerd*: Kant-Handbuch: Leben und Werk, Stuttgart 2015, J. B. Metzler (zit.: Irrlitz, Kant-Handbuch, S. ...)
- Iwangoff, Nikolai*: Die Duldungspflichten im rechtfertigenden Notstand, Basel 2009, Helbing Lichtenhahn Verlag (zit.: Iwangoff, Duldungspflichten im rechtfertigenden Notstand, S. ...)
- Jäger, Herbert*: Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung, Stuttgart 1957, Ferdinand Enke Verlag (zit.: Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz, S. ...)
- Jakobs, Günther*: Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlin 1993, Walter de Gruyter (zit.: Jakobs, Strafrecht AT, S. ...)
- Janka, Karl*: Der Strafrechtliche Notstand, Erlangen 1878, Verlag von Andreas Deichert (zit.: Janka, Der Strafrechtliche Notstand, S. ...)
- Joas, Hans*: Die Sakralität der Person: Eine neue Genealogie der Menschenrechte, Berlin 2011, Suhrkamp (zit.: Joas, Die Sakralität der Person, S. ...)
- Joerden, Jan C.*: Menschenwürde als juridischer Begriff, in: Joerden, Jan C./Hilendorf, Eric/Thiele, Felix (Hrsg.), Menschenwürde und Medizin: Ein interdisziplinäres Handbuch, Berlin 2013, Duncker & Humblot, S. 217–240. (zit.: Joerden, Menschenwürde als juridischer Begriff, S. ...)
- Kant, Immanuel*: Metaphysik der Sitten: Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Hamburg 2018, Felix Meiner (zit.: Kant, Rechtslehre, S. ...)
- Kant, Immanuel*: Metaphysik der Sitten: Zweiter Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, Hamburg 2018, Felix Meiner (zit.: Kant, Tugendlehre, S. ...)
- Kant, Immanuel*: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Berlin 2020, Boer Verlag (zit.: Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. ...)
- Kant, Immanuel*: Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, Berlin 2016, Verlag der Contumax (zit.: Kant, Gemeinspruch, S. ...)
- Kapust, Antje*: Menschenwürde auf dem Prüfstand, in: Philosophische Rundschau, 54 (4), 2007, S. 279–307. (zit.: Kapust, Menschenwürde auf dem Prüfstand, S. ...)

- Karstedt-Henke, Susanne*: Die Stützung von strafrechtlichen Normen und Sanktionen durch das Rechtsgefühl: Ein kognitionszentrierter Ansatz, in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 10, Opladen 1985, Westdeutscher Verlag, S. 210–239. (zit.: Karstedt-Henke, Normen und Sanktionen, S. ...)
- Kaspar, Johannes*: Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, Baden-Baden 2014, Nomos (zit.: Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. ...)
- Kaufmann, Armin*: Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: Stratenwerth, Günter/Kaufmann, Armin/Geilen, Gerd/Joachim Hirsch, Hans/Schreiber, Hans-Ludwig/Jakobs, Günther/Loos, Fritz (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin 1974, Walter de Gruyter, S. 393–414. (zit.: Kaufmann, Lehre vom personalen Unrecht, S. ...)
- Kaufmann, Arthur*: Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, in: Roxin, Claus/Bruns, Hans-Jürgen/Jäger, Herbert (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, Berlin 1974, Walter de Gruyter, S. 89–107. (zit.: Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip, S. ...)
- Kaufmann, Arthur*: Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung: Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs, in: Schroeder, Friedrich-Christian/Zipf, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, C. F. Müller, S. 327–345. (zit.: Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, S. ...)
- Kelsen, Hans*: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, Mohr Siebeck (zit.: Kelsen, Hauptprobleme, S. ...)
- Kemmerling, Andreas*: Zu einer anti-individualistischen Argumentationsfigur, in: Filosofický časopis, 50 (3), 2002, S. 401–427. (zit.: Kemmerling, Zu einer anti-individualistischen Argumentationsfigur, S. ...)
- Kersting, Wolfgang*: Die verbindlichkeitstheoretischen Argumente der Kantischen Rechtsphilosophie, in: Dreier, Ralf/Alexy, Robert (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts: Vorträge der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1990, Franz Steiner, S. 62–74. (zit.: Kersting, Rechtsphilosophie, S. ...)
- Kindhäuser, Urs*: Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, in: Lüderssen, Klaus/Nestler-Tremel, Cornelius/Weigend, Ewa (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultimatio-Prinzip, Frankfurt am Main 1990, Peter Lang, S. 29–37. (zit.: Kindhäuser, Strafrechtsgut, S. ...)
- Kirste, Stephan*: Recht und Moral, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C. (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017, J. B. Metzler, S. 7–24. (zit.: Kirste, Recht, S. ...)
- Kirste, Stephan*: Harter und weicher Rechtspaternalismus: Unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik, in: Juristenzeitung, 66 (17), 2011, S. 805–814. (zit.: Kirste, JZ 2011, S. ...)
- Kleinig, John*: Paternalism, Manchester 1983, Manchester University Press (zit.: Kleinig, Paternalism, S. ...)

- Kleinig, John*: Paternalismus und Menschenwürde, in: Hirsch, Andreas von/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, Baden-Baden 2010, Nomos, S. 145–171. (zit.: Kleinig, Menschenwürde, S. ...)
- Klug, Ulrich*: Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 68 (3), 1956, S. 399–416. (zit.: Klug, ZStW 1956, S. ...)
- Köhler, Michael*: Recht und Gerechtigkeit: Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit, Tübingen 2017, Mohr Siebeck (zit.: Köhler, Recht, S. ...)
- Kollhosser, Helmut*: Persönlichkeitsrecht und Organtransplantationen, in: Erichsen, Hans-Uwe/Kollhosser, Helmut/Welp, Jürgen (Hrsg.), Recht der Persönlichkeit, Berlin 1996, Duncker & Humblot, S. 147–171. (zit.: Kollhosser, Organtransplantationen, S. ...)
- König, Bettina*: Todesbegriff, Todesdiagnostik und Strafrecht: Zur Strafbarkeit todesdiagnostischer Maßnahmen, dargestellt am Beispiel der Zerebralangiographie, Frankfurt am Main 1989, Alfred Metzner Verlag (zit.: König, Todesbegriff und Strafrecht, S. ...)
- Krauß, Detlef*: Rechtsgut und kein Ende: Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzepts (BVerfGE 120, 224), in: Herzog, Felix/Neumann, Ulfrid/Bae, Jong-Dae/Hirsch, Andreas von/Horiuchi, Shozo/ Muñoz Conde, Francisco/Tavares, Juarez (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010, Heidelberg 2010, C. F. Müller, S. 423–437. (zit.: Krauß, Rechtsgut und kein Ende, S. ...)
- Kretschmer, Bernhard*: Der Grab- und Leichenfrevl als strafwürdige Missetat, Baden-Baden 2000, Nomos (zit.: Kretschmer, Leichenfrevl, S. ...)
- Kriele, Martin*: Rechtsgefühl und Legitimität der Rechtsordnung, in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 10, Opladen 1985, Westdeutscher Verlag, S. 23–36. (zit.: Kriele, Rechtsgefühl und Legitimität der Rechtsordnung, S. ...)
- Krüger, Matthias*: Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, Berlin 2000, Duncker & Humblot (zit.: Krüger, Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, S. ...)
- Krüger, Matthias*: Gesichts-, Arm- und Gebärmuttertransplantation aus Sicht des deutschen Transplantationsrechts, in: Rechtsbrücke, 2 (2), 2012, S. 175–183. (zit.: Krüger, Gesichts-, Arm- und Gebärmuttertransplantation, S. ...)
- Kübler, Heidrun*: Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme zu Transplantationszwecken, Berlin 1977, Duncker & Humblot (zit.: Kübler, Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme, S. ...)
- Kühl, Kristian*: Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, in: Seebode, Manfred (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, Berlin 1992, Walter de Gruyter, S. 75–98. (zit.: Kühl, Naturrechtliche Grenzen, S. ...)
- Kühl, Kristian*: Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands, in: Eser, Albin/Schittenhelm, Ulrike/Schumann, Heribert (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, C. H. Beck, S. 143–158. (zit.: Kühl, Begründung des rechtfertigenden Notstands, S. ...)

- Kühl, Kristian*: Freiheit und Solidarität bei den Notrechten: Rechtsphilosophische Überlegungen auf der Basis der praktischen Philosophie Kants, in: Weigend, Thomas/Küpper, Georg (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin 1999, Walter de Gruyter, S. 259–276. (zit.: Kühl, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, S. ...)
- Kuhlen, Lothar*: Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen, in: Hirsch, Andrew von/Seelmann, Kurt/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden 2006, Nomos, S. 148–156. (zit.: Kuhlen, Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen, S. ...)
- Kühn, Hermann Christoph*: *Die Motivationslösung*, Berlin 1998, Duncker & Humblot (zit.: Kühn, Motivationslösung, S. ...)
- Kühn, Ulrich*: Der Gesetzesbegriff des Thomas von Aquin, in: Kühl, Kristian/Seher, Gerhard (Hrsg.), *Rom, Recht, Religion – Symposium für Udo Ebert zum siebenzigsten Geburtstag*, Tübingen 2011, Mohr Siebeck, S. 89–98. (zit.: Kühn, Der Gesetzesbegriff des Thomas von Aquin, S. ...)
- Kühnbach, Lena*: *Solidaritätspflichten Unbeteiligter: Dargelegt am Beispiel von Aggressivnotstand, Defensivnotstand, unterlassener Hilfeleistung und polizeilichem Notstand*, Baden-Baden 2007, Nomos (zit.: Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. ...)
- Küper, Wilfried*: *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, Berlin 1979, Duncker & Humblot (zit.: Küper, Pflichtenkollision im Strafrecht, S. ...)
- Küper, Wilfried*: Von Kant zu Hegel: Das Legitimationsproblem des rechtfertigenden Notstandes und die freiheitsphilosophischen Notrechtslehren, in: *Juristenzeitung*, 60 (3), 2005, S. 105–115. (zit.: Küper, JZ 2005, S. ...)
- Lagodny, Otto*: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen 1996, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) (zit.: Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. ...)
- Lahti, Raimo*: Das moderne Strafrecht und das ultima-ratio-Prinzip, in: Herzog, Felix/Neumann, Ulfrid/Bae, Jong-Dae/Hirsch, Andreas von/Horiuchi, Shozo/ Muñoz Conde, Francisco/Tavares, Juarez (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*, Heidelberg 2010, C. F. Müller, S. 439–448. (zit.: Lahti, Das moderne Strafrecht, S. ...)
- Lampe, Ernst-Joachim*: *Das personale Unrecht*, Berlin 1967, Duncker & Humblot, S. 116–198. (zit.: Lampe, Unrecht, S. ...)
- Lampe, Ernst-Joachim*: Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, in: Stratenwerth, Günter/Kaufmann, Armin/Geilen, Gerd/Joachim Hirsch, Hans/Schreiber, Hans-Ludwig/Jakobs, Günther/Loos, Fritz (Hrsg.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin 1974, Walter de Gruyter, S. 151–165. (zit.: Lampe, Rechtsgut, S. ...)
- Langbehn, Victor*: *Psychologie für Anfänger: Einführung in die Grundlagen der Psychologie*, Hannover 2018, unabhängig veröffentlicht (zit.: Langbehn, Psychologie, S. ...)

- Lautenschläger, Dunja*: Der Status ausländischer Personen im deutschen Transplantationsssystem, Frankfurt am Main 2009, Peter Lang (zit.: Lautenschläger, Transplantationsssystem, S. ...)
- Lehmann, Jens*: Wissenschaftsfreiheit und postmortaler Persönlichkeitsschutz aus der Sicht des Strafrechts, in: Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, Bd. 19, 2018, S. 291–335. (zit.: Lehmann, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, S. ...)
- Lehnig, Kirsten*: Der verfassungsrechtliche Schutz der Würde des Menschen in Deutschland und in den USA: Ein Rechtsvergleich, Münster 2003, LIT Verlag (zit.: Lehnig, Schutz der Würde, S. ...)
- Leisner, Walter*: Personalismus: Individualethik im Staatsrecht, Berlin 2015, Duncker & Humblot (zit.: Leisner, Personalismus, S. ...)
- Lenckner, Theodor*: Der rechtfertigende Notstand, Tübingen 1965, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) (zit.: Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. ...)
- Lenckner, Theodor*: Das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB, in: Küper, Wilfried/Puppe, Ingeborg/Tenckhoff, Jörg (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin 1987, Walter de Gruyter, S. 95–112. (zit.: Lenckner, Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, S. ...)
- Lenckner, Theodor*: Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, in: Geerds, Friedrich/Naucke, Wolfgang (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Berlin 1966, Duncker & Humblot, S. 165–184. (zit.: Lenckner, Rechtfertigungsgründe, S. ...)
- Lenckner, Theodor/Bosch, Nikolaus*: Kommentar zu § 168 StGB, in: Eser, Albin/Perron, Walter/Sternberg-Lieben, Detlev/Eisele, Jörg/Hecker, Bernd/Kinzig, Jörg/Bosch, Nikolaus/Schuster, Frank/Weißer, Bettina/Schittenhelm, Ulrike (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, München 2014, C. H. Beck (zit.: Lenckner/Bosch, in: Schönke/Schröder, § 168 StGB, Rn. ...)
- Lepsius, Oliver*: Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen 2015, Mohr Siebeck, S. 1–41. (zit.: Lepsius, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, S. ...)
- Lerche, Peter*: Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln 1961, Carl Heymanns Verlag (zit.: Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, S. ...)
- Lilie, Hans*: Aktuelle Rechtsprobleme bei der Organtransplantation – Zur Widerspruchslösung –, in: Lilie, Hans/Rosenau, Henning/Hakeri, Hakan (Hrsg.), Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen: Beiträge des 6. Deutsch-Türkischen Symposiums zum Medizin- und Biorecht, Baden-Baden 2011, Nomos, S. 55–59. (zit.: Lilie, Widerspruchslösung, S. ...)
- List, Elisabeth*: Behinderung als Kontingenzerfahrung, in: Fürst, Gebhard/Mieth, Dietmar (Hrsg.), Entgrenzung des Menschseins?: Eine christliche Antwort auf die Perfektionierung des Menschen, Paderborn 2012, Ferdinand Schöningh, S. 105–113. (zit.: List, Behinderung als Kontingenzerfahrung, S. ...)

- Littwin, Frank*: Grundrechtsschutz gegen sich selbst: Das Spannungsverhältnis von grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht und Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums, Frankfurt am Main 1993, Peter Lang (zit.: Littwin, Grundrechtsschutz gegen sich selbst, S. ...)
- Liu, Yueting*: Principle of Reliance in Medical Malpractice of Criminal Law – on Theory and Application, Taipei 2016, Hanlu Press (zit.: Liu, Principle of Reliance, S. ...)
- Liu, Yueting*: Criminal Law Theory as Will and Representation: The Construction of the Values and Theoretical Systems of Contemporary Chinese Liberal Criminal Law, Taipei 2023, Hanlu Press (zit.: Liu, Liberal Criminal Law, S. ...)
- Lohmeier, Jens/Gross, Dominik*: Der Diskurs über die rechtliche Regelung der Organtransplantation in West- und Ostdeutschland (1960–1989). Eine vergleichende Studie, in: Sudhoffs Archiv, 97 (1), 2013, S. 39–56. (zit.: Lohmeier/Gross, Rechtliche Regelung der Organtransplantation in West- und Ostdeutschland, S. ...)
- Loos, Jonathan*: Der Kommunitarismus. Solidarität und Gemeinsinn im Zentrum einer modernen Gesellschaftskritik, Norderstedt 2015, GRIN Verlag (zit.: Loos, Solidarität und Gemeinsinn, S. ...)
- Luf, Gerhard*: Menschenwürde in der Biomedizin, in: Fischer, Michael (Hrsg.), Der Begriff der Menschenwürde: Definition, Belastbarkeit und Grenzen, Frankfurt am Main 2005, Peter Lang, S. 247–265. (zit.: Luf, Menschenwürde in der Biomedizin, S. ...)
- Luf, Gerhard*: Menschenwürde als Rechtsbegriff: Überlegungen zum Kant-Verständnis in der neueren deutschen Grundrechtstheorie, in: Zaczyk, Rainer/Köhler, Michael/Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, Heidelberg 1998, Springer, S. 307–323. (zit.: Luf, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. ...)
- Luhmann, Niklas*: Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 2019, Duncker & Humblot (zit.: Luhmann, Grundrechte als Institution, S. ...)
- Lütke, Frank*: Zur Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen durch Ärzte gemäß § 168 Abs. 1, 1. Alternative StGB, Hamburg 2001, Verlag Dr. Kovač (zit.: Lütke, Strafbarkeit eigenmächtiger Leichenteilentnahmen, S. ...)
- Luther, Christoph*: Grundlagen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, Göttingen 2009, V&R unipress (zit.: Luther, Grundlagen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, S. ...)
- Maihofer, Werner*: Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt am Main 1968, Vittorio Klostermann (zit.: Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, S. ...)
- Manetti, Giannozzo*: Über die Würde und Erhabenheit des Menschen, Hamburg 1990, Felix Meiner (zit.: Manetti, Würde, S. ...)
- Manzei, Alexandra*: Über den Zusammenhang von Hirntodkonzept und Organmangel. Warum die Widerspruchslösung das Versorgungsproblem der Transplantationsmedizin nicht löst, in: Lindner, Josef Franz (Hrsg.), Transplantationsmedizinrecht: Beiträge zur aktuellen Diskussion um die Widerspruchslösung, Baden-Baden 2019, Nomos, S. 73–108. (zit.: Manzei, Widerspruchslösung, S. ...)

- Martens, Wolfgang*: Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v. d. H. 1969, Verlag Dr. Max Gehlen (zit.: Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. ...)
- Marx, Michael*: Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln 1972, Carl Heymanns Verlag (zit.: Marx, Rechtsgut, S. ...)
- Mayr, Erasmus*: Grenzen des weichen Paternalismus II – Zwischen Harm-Principle und Unvertretbarkeit, in: Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, W. Kohlhammer, S. 48–72. (zit.: Mayr, Paternalismus, S. ...)
- Mehring, Reinhard*: Carl Schmitt zur Einführung, Hamburg 2011, Junius Verlag (zit.: Mehring, Carl Schmitt zur Einführung, S. ...)
- Meißner, Andreas*: Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), Berlin 1988, Duncker & Humblot (zit.: Meißner, Die Interessenabwägungsformel, S. ...)
- Merkel, Reinhard*: Das Dammbruch-Argument in der Sterbehilfe-Debatte, in: Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, W. Kohlhammer, S. 285–300. (zit.: Merkel, Dammbruch-Argument, S. ...)
- Merkel, Reinhard*: Zaungäste? Über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafrechtswissenschaft (und einige verbreitete Mißverständnisse zu § 34 S.1 StGB), in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt am Main 1995, Peter Lang, S. 171–196. (zit.: Merkel, Mißverständnisse zu § 34 S.1, S. ...)
- Merkel, Reinhard*: Früheuthanasie: Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, Baden-Baden 2020, Nomos (zit.: Merkel, Früheuthanasie, S. ...)
- Merkel, Rudolf*: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895, Verlag von Karl J. Trübner (zit.: Merkel, Kollision rechtmäßiger Interessen, S. ...)
- Metz, Karl Heinz*: Solidarität und Geschichte: Institutionen und sozialer Begriff der Solidarität in Westeuropa im 19. Jahrhundert, in: Orsi, Giuseppe/Seelmann, Kurt/Smid, Stefan/Steinorth, Ulrich (Hrsg.), Solidarität, Frankfurt am Main 1995, Peter Lang, S. 17–36. (zit.: Metz, Solidarität und Geschichte, S. ...)
- Michaelis, Christian*: Postmortaler Schutz im Persönlichkeitsrecht, Norderstedt 2014, GRIN Verlag (zit.: Michaelis, Postmortaler Schutz im Persönlichkeitsrecht, S. ...)
- Mill, John Stuart*: Über die Freiheit, Hamburg 2018, Nikol (zit.: Mill, Freiheit, S. ...)
- Mill, John Stuart*: Utilitarianism/Der Utilitarismus, Stuttgart 2021, Philipp Reclam jun. GmbH (zit.: Mill, Utilitarismus 2021, S. ...)
- Mill, John Stuart*: Utilitarismus, Hamburg 2020, Felix Meiner (zit.: Mill, Utilitarismus 2020, S. ...)
- Mohr, Georg*: „nur weil er verbrochen hat“ – Menschenwürde und Vergeltung in Kants Strafrechtsphilosophie, in: Klemme, Heiner F. (Hrsg.), Kant und die Zukunft der europäischen Aufklärung, Berlin 2009, Walter de Gruyter, S. 469–499. (zit.: Mohr, Menschenwürde, S. ...)

- Mohr, Georg*: Person, Recht und Menschenrecht bei Kant, in: Klein, Eckart/Menke, Christoph (Hrsg.), *Der Mensch als Person und Rechtsperson: Grundlage der Freiheit*, Berlin 2011, BWV-Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 17–37. (zit.: Mohr, Person, S. ...)
- Möller, Kai*: *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, Berlin 2005, Duncker & Humblot (zit.: Möller, Paternalismus, S. ...)
- Müller-Dietz, Heinz*: Instrumentelle vs. sozioethische Funktionen des Strafrechts – am Beispiel der Pönalisierung von Verhaltensweisen, in: Scholler, Heinrich/Philipps, Lothar (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg 1989, Decker & Müller, S. 95–108. (zit.: Müller-Dietz, Funktionen des Strafrechts, S. ...)
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip* (Hrsg.): *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I, München 2000, C. H. Beck (zit.: Bearbeiter, in: Münch/Kunig, GG)
- Neumann, Robert*: *Libertärer Paternalismus: Theorie und Empirie staatlicher Entscheidungsarchitektur*, Tübingen 2013, Mohr Siebeck (zit.: Neumann, Paternalismus, S. ...)
- Neumann, Ulfrid*: Die Tyrannei der Würde: Argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip, in: ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, 84 (2), 1998, S. 153–166. (zit.: Neumann, Die Tyrannei der Würde, S. ...)
- Neumann, Ulfrid*: Kommentar zu § 34 StGB, in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen Hans-Ullrich (Hrsg.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, Baden-Baden 2010, Nomos (zit.: Neumann, in: NK-StGB, § 34 StGB, Rn. ...)
- Neumann, Ulfrid*: Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip, in: Hirsch, Andreas von/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht: Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Baden-Baden 2013, Nomos, S. 155–173. (zit.: Neumann, Rechtsethische Begründung des Notstands, S. ...)
- Nickel, Lars Christoph*: Die Entnahme von Organen und Geweben bei Verstorbenen zum Zwecke der Transplantation nach dem Transplantationsgesetz vom 5. November 1997 unter Berücksichtigung der nationalen Regelungen der anderen europäischen Staaten, Diss. Jur. Univ. Bonn 1999 (zit.: Nickel, Entnahme von Organen und Geweben bei Verstorbenen, S. ...)
- Noltenius, Bettina*: Grenzenloser Spielraum des Gesetzesgebers im Strafrecht? – Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2008, in: Zeitschrift für das Juristische Studium, 2 (1), 2009, S. 15–21. (zit.: Noltenius, ZJS 2009, S. ...)
- Ogus, Anthony*: The paradoxes of legal paternalism and how to resolve them, in: *Legal Studies*, 30 (1), 2010, S. 61–73. (zit.: Ogus, Legal Studies 2010, S. ...)
- Otte, Gerhard*: Die Naturrechtsrechtsprechung der Nachkriegszeit, in: Kühl, Kristian/Seher, Gerhard (Hrsg.), *Rom, Recht, Religion – Symposium für Udo Ebert zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 2011, Mohr Siebeck, S. 189–204. (zit.: Otte, Naturrechtsrechtsprechung, S. ...)
- Papageorgiou, Konstantinos*: *Schaden und Strafe*, Baden-Baden 1994, Nomos (zit.: Papageorgiou, Schaden, S. ...)

- Pawlik, Michael*: Der rechtfertigende Notstand: Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Berlin 2002, Walter de Gruyter (zit.: Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. ...)
- Pawlik, Michael*: Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 22, 2014, S. 137–157. (zit.: Pawlik, Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie, S. ...)
- Pawlowski, Kai*: Die strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, Diss. Jur. Univ. Bochum 2007 (zit.: Pawlowski, Strafrechtliche Bewertung der Organtransplantation, S. ...)
- Perdomo-Torres, Jorge Fernando*: Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, Baden-Baden 2011, Nomos (zit.: Perdomo-Torres, Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, S. ...)
- Perron, Walter*: Kommentar zu § 34 StGB, in: Eser, Albin/Perron, Walter/Sternberg-Lieben, Detlev/Eisele, Jörg/Hecker, Bernd/Kinzig, Jörg/Bosch, Nikolaus/Schuster, Frank/Weißer, Bettina/Schittenhelm, Ulrike (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, München 2014, C. H. Beck (zit.: Perron, in: Schönke/Schröder, § 34 StGB, Rn. ...)
- Philipps, Lothar*: Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen. Rechtslogische Aufsätze. Bern 2012, Anthologia (zit.: Philipps, Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen, S. ...)
- Philipps, Lothar*: Zur Ontologie der sozialen Rolle, Frankfurt am Main 1963, Vittorio Klostermann (zit.: Philipps, Ontologie, S. ...)
- Pico della Mirandola, Giovanni*: Über die Würde des Menschen, Zürich 1989, Manesse (zit.: Pico della Mirandola, Würde, S. ...)
- Preis, Siegfried*: Die Leiche im Strafrecht und Strafverfahren in vergleichender Darstellung mit dem ausländischen Straf- und Strafprozeßrecht, Diss. Jur. Univ. Erlangen 1934 (zit.: Preis, Die Leiche im Strafrecht und Strafverfahren, S. ...)
- Puchta, Georg Friedrich*: Das Gewohnheitsrecht, Theil I, Bd. I, Erlangen 1828, Balm'sche Verlagsbuchhandlung (zit.: Puchta, Gewohnheitsrecht, S. ...)
- Puig, Santiago Mir*: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts, in: Herzog, Felix/Neumann, Ulfrid/Bae, Jong-Dae/Hirsch, Andreas von/Horiuchi, Shozo/ Muñoz Conde, Francisco/Tavares, Juarez (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010, Heidelberg 2010, C. F. Müller, S. 521–534. (zit.: Puig, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage, S. ...)
- Quante, Michael*: Menschenwürde und personale Autonomie: Demokratische Werte im Kontext der Lebenswissenschaften, Hamburg 2014, Felix Meiner (zit.: Quante, Menschenwürde und personale Autonomie, S. ...)
- Radbruch, Gustav*: Rechtsphilosophie, Stuttgart 1950, K. F. Koehler (zit.: Radbruch, Rechtsphilosophie, S. ...)
- Ratzel, Rudolf/Lippert, Hans-Dieter/Prütting, Jens*: Kommentar zur (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997, Berlin 2018, Springer (zit.: Ratzel/Lippert/Prütting, Kommentar zur MBO-Ä, S. ...)

- Rauh, Martina*: Menschenwürde: Eine historische Abhandlung über die Entwicklung des Begriffs der Menschenwürde, Norderstedt 2010, GRIN Verlag (zit.: Rauh, Menschenwürde, S. ...)
- Rawls, John*: Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 2019, Suhrkamp Verlag (zit.: Rawls, Gerechtigkeit, S. ...)
- Reckwitz, Andreas*: Pandemie und Staat, Bonn 2021, Verlag J. H. W. Dietz Nachf. (zit.: Reckwitz, Pandemie, S. ...)
- Rehse, Wilhelm*: Die Abwehr des Notstandes, Erlangen 1933, Buchdruckerei Max Döres (zit.: Rehse, Notstand, S. ...)
- Reitter, Antonia*: Rechtspaternalismus und Biomedizinrecht: Schutz gegen den eigenen Willen im Transplantationsgesetz, Arzneimittelgesetz und Embryonenschutzgesetz, Berlin 2020, Duncker & Humblot (zit.: Reitter, Rechtspaternalismus, S. ...)
- Remus, Heinz Albert*: Notstand und öffentliches Interesse im Strafrecht, Berlin 1930, Buchdruckerei Ludwig Begach (zit.: Remus, Öffentliches Interesse im Strafrecht, S. ...)
- Rigopoulou, Maria*: Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, Berlin 2013, Duncker & Humblot (zit.: Rigopoulou, Paternalismus, S. ...)
- Roberts, David*: Paternalism in Early Victorian England, London 2017, Routledge (zit.: Roberts, Paternalism, S. ...)
- Rohrer, Jens*: Menschenwürde am Lebensanfang und am Lebensende und strafrechtlicher Lebensschutz, Berlin 2012, Duncker & Humblot (zit.: Rohrer, Menschenwürde, S. ...)
- Rosenau, Henning*: Die Widerspruchslösung in der Transplantation als rechtliche Möglichkeit, in: Lilie, Hans/Rosenau, Henning/Hakeri, Hakan (Hrsg.), Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen: Beiträge des 6. Deutsch-Türkischen Symposiums zum Medizin- und Biorecht, Baden-Baden 2011, Nomos, S. 61–78. (zit.: Rosenau, Widerspruchslösung, S. ...)
- Rousseau, Jean-Jacques*: Der Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des politischen Rechts, Köln 2012, Anaconda (zit.: Rousseau, Gesellschaftsvertrag, S. ...)
- Roxin, Claus*: Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in: Hefendehl, Roland (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus: Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, München 2005, Carl Heymanns Verlag, S. 135–150. (zit.: Roxin, Rechtsgüterschutz, S. ...)
- Roxin, Claus*: Täterschaft und Tatherrschaft, Berlin 2019, Walter de Gruyter (zit.: Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. ...)
- Roxin, Claus*: Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, München 2006, C. H. Beck (zit.: Roxin, Strafrecht AT, § ..., Rn. ...)
- Roxin, Claus*: ESJ-Strafrecht: Allgemeiner Teil, München 1984, C. H. Beck (zit.: Roxin, ESJ-Strafrecht: AT, S. ...)
- Roxin, Claus*: Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Herzog, Felix/Neumann, Ulfrid/Bae, Jong-Dae/Hirsch, Andreas von/Horiuchi, Shozo/ Muñoz Conde, Francisco/Tavares, Juarez (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010, Heidelberg 2010, C. F. Müller, S. 573–597. (zit.: Roxin, Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, S. ...)

- Roxin, Claus*: Selbständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion, in: Hettinger, Michael/Zopfs, Jan/Hillenkamp, Thomas/Köhler, Michael/Rath, Jürgen/Streng, Franz/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2007, C. F. Müller, S. 489–504. (zit.: Roxin, Selbständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts, S. ...)
- Rudolphi, Hans-Joachim*: Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift für Richard M. Honig: Zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970, Göttingen 1970, Verlag Otto Schwartz, S. 151–167. (zit.: Rudolphi, Rechtsgutsbegriff, S. ...)
- Rudolphi, Hans-Joachim*: Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, in: Stree, Walter/Lenckner, Theodor/Cramer, Peter/Eser, Albin (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Horst Schröder, München 1978, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, S. 73–95. (zit.: Rudolphi, Pflichtgemäße Prüfung als Rechtfertigungserfordernis, S. ...)
- Saliger, Frank*: Das Dambruchargument in Medizinrecht und Medizinethik, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 15, 2007, S. 633–656. (zit.: Saliger, Dambruchargument in Medizinrecht, S. ...)
- Saliger, Frank*: Positives und symbolisches Strafrecht: Von guter und schlechter Kriminalpolitik, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft, 1 (3), 2022, S. 276–288. (zit.: Saliger, ZIS 2022, S. ...)
- Samson, Erich*: Rechtliche Probleme der Transplantation, in: Joachim Jungius-Gesellschaft (Hrsg.), Der Grenzbereich zwischen Leben und Tod: Vorträge gehalten auf der Tagung der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften Hamburg am 9. und 10. Oktober 1975, Göttingen 1976, Vandenhoeck & Ruprecht, S. 27–44. (zit.: Samson, Probleme der Transplantation, S. ...)
- Samson, Lothar*: Moralität/Legalität, in: Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried/Gabriel, Gottfried (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, 2007, Schwabe, S. 180. <<https://www.schwabeonline.ch/schwabe-xaveropp/elibrary/start.xav>> (zit.: Samson, Moralität, S. ...)
- Sasse, Ralf*: Das deutsche Transplantationsgesetz: Geschichte, Inhalt, Erfahrungen, in: Barta, Heinz/Weber, Karl (Hrsg.), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa: Organtransplantation zwischen rechtlicher Bindung und gesellschaftlichem Konsens, Wien 2001, WUV-Universitätsverlag, S. 105–119. (zit.: Sasse, Das deutsche Transplantationsgesetz, S. ...)
- Savigny, Friedrich Carl von*: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Berlin 2003, Olms (zit.: Savigny, Gesetzgebung, S. ...)
- Schaffstein, Friedrich*: Der Maßstab für das Gefahurteil beim rechtfertigenden Notstand, in: Frisch, Wolfgang/Schmid, Werner (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Köln 1978, Carl Heymanns Verlag, S. 89–106. (zit.: Schaffstein, Maßstab für das Gefahurteil, S. ...)
- Scheinfeld, Jörg*: Organtransplantation und Strafrechtspaternalismus: Eine Analyse der strafbewehrten Spendebegrenzungen im deutschen Transplantationsrecht, Tübingen 2016, Mohr Siebeck (zit.: Scheinfeld, Strafrechtspaternalismus, S. ...)
- Schirach, Carl Benedikt von*: Über politische Verbrechen, in: Archiv des Criminalrechts. Neue Folge, Jg. 1851, Erstes Beilagen-Heft. (zit.: Schirach, Politische Verbrechen, S. ...)

- Schlink, Bernhard*: Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976, Duncker & Humblot (zit.: Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, S. ...)
- Schlögl-Flierl, Kerstin*: Mein Herz gehört mir! Eine Erwägung der Widerspruchslösung aus moraltheologischer Sicht, in: Lindner, Josef Franz (Hrsg.), Transplantationsmedizinrecht: Beiträge zur aktuellen Diskussion um die Widerspruchslösung, Baden-Baden 2019, Nomos, S. 57–71. (zit.: Schlögl-Flierl, Widerspruchslösung, S. ...)
- Schmidt, Birgit*: Postmortaler Würdeschutz und gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit, in: Der Staat, 49 (2), 2010, S. 211–249. (zit.: Schmidt, Postmortaler Würdeschutz, S. ...)
- Schmitt, Carl*: Legalität und Legitimität, Berlin 2012, Duncker & Humblot (zit.: Schmitt, Legalität, S. ...)
- Schmitt, Carl*: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Berlin 1993, Duncker & Humblot (zit.: Schmitt, Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. ...)
- Schmitt, Carl*: Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, München 2016, C. H. Beck (zit.: Schmitt, Gesetz und Urteil, S. ...)
- Schmitz, Heribert*: Straftaten gegen Religion und Weltanschauung: §§ 166–168 StGB, Diss. Jur. Univ. Köln 1982 (zit.: Schmitz, Straftaten gegen Religion und Weltanschauung, S. ...)
- Schmitz, Jörg L.*: Rechtfertigender Notstand bei internen Interessenkollisionen, Berlin 2013, Duncker & Humblot (zit.: Schmitz, Rechtfertigender Notstand, S. ...)
- Schönberger, Simone*: Postmortaler Persönlichkeitsschutz, Bielefeld 2011, Verlag Ernst Und Werner Gieseke (zit.: Schönberger, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, S. ...)
- Schrag, Carl Herbert*: Gefühlszustände als Rechtsgüter im Strafrecht, Bern 1936, Universität Bern (zit.: Schrag, Gefühlszustände, S. ...)
- Schreiber, Hans-Ludwig*: Der Begriff der Rechtspflicht: Quellenstudien zu seiner Geschichte, Berlin 1966, Walter de Gruyter (zit.: Schreiber, Begriff, S. ...)
- Schröder, Jan*: „Naturrecht bricht positives Recht“ in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?, in: Schwab, Dieter/Giesen, Dieter/Listl, Joseph/Strätz, Hans-Wolfgang (Hrsg.), Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, Berlin 1989, Duncker & Humblot, S. 419–433. (zit.: Schröder, Naturrecht, S. ...)
- Schröder, Richard*: Säkularisierung: Ursprung und Entwicklung eines umstrittenen Begriffs, in: Braun, Christina von/Gräß, Wilhelm/Zachhuber, Johannes (Hrsg.), Säkularisierung: Bilanz und Perspektiven einer umstrittenen These, Berlin 2007, LIT Verlag, S. 61–73. (zit.: Schröder, Säkularisierung, S. ...)
- Schroeder, Friedrich-Christian*: Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht: Eine systematische Darstellung, entwickelt aus Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, München 1958, C. H. Beck (zit.: Schroeder, Der Schutz von Staat, S. ...)
- Schroeder, Friedrich-Christian*: Notstandslage bei Dauergefahr, in: Hoyer, Andreas (Hrsg.), Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik, Heidelberg 2001, C. F. Müller, S. 169–188. (zit.: Schroeder, Notstandslage bei Dauergefahr, S. ...)

- Schroeder, Friedrich-Christian*: Die Straftaten gegen das Strafrecht: Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 28. November 1984, Berlin 1985, Walter de Gruyter (zit.: Schroeder, Die Straftaten gegen das Strafrecht, S. ...)
- Schroth, Ulrich*: Das Organhandelsverbot – Legitimität und Inhalt einer paternalistischen Strafrechtsnorm, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin 2001, Walter de Gruyter, S. 869–890. (zit.: Schroth, Organhandelsverbot, S. ...)
- Schroth, Ulrich*: 20 Jahre TPG – Erfolgsgeschichte oder Reformbedarf? in: Lindner, Josef Franz (Hrsg.), Transplantationsmedizinrecht: Beiträge zur aktuellen Diskussion um die Widerspruchslösung, Baden-Baden 2019, Nomos, S. 37–55. (zit.: Schroth, 20 Jahre TPG, S. ...)
- Schünemann, Bernd*: Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, Nomos, S. 133–154. (zit.: Schünemann, Rechtsgüterschutzprinzip, S. ...)
- Schürer-Mohr, Wiebke*: Erlaubte Risiken: Grundfragen des „erlaubten Risikos“ im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik, Frankfurt am Main 1998, Peter Lang (zit.: Schürer-Mohr, Erlaubte Risiken, S. ...)
- Seedorf, Sebastian*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen 2015, Mohr Siebeck, S. 129–156. (zit.: Seedorf, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. ...)
- Seelmann, Kurt*: Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte an den Rändern des Lebens, in: Zaczky, Rainer/Köhler, Michael/Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, Heidelberg 1998, Springer, S. 481 – 494. (zit.: Seelmann, Gefährdungs- und Gefühlsschutzdelikte, S. ...)
- Seelmann, Kurt*: Orientierungsgewissheit und Sozialmoral, in: Enders, Christoph/Kahlo, Michael (Hrsg.), Diversität und Toleranz: Toleranz als Ordnungsprinzip?, Tübingen 2010, mentis Verlag, S. 189–198. (zit.: Seelmann, Orientierungsgewissheit und Sozialmoral, S. ...)
- Seelmann, Kurt*: Paternalismus und Solidarität bei der Forschung am Menschen, in: Amelung, Knut/Beulke, Werner/Lilie, Hans/Rosenau, Henning/Rüping, Hinrich/Wolfslast, Gabriele (Hrsg.), Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, Heidelberg 2003, C. F. Müller, S. 853–867. (zit.: Seelmann, Paternalismus und Solidarität, S. ...)
- Seelmann, Kurt*: Solidaritätspflichten im Strafrecht?, in: Jung, Heike/Müller-Dietz, Heinz/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Recht und Moral, Baden-Baden 1991, Nomos, S. 295–304. (zit.: Seelmann, Solidaritätspflichten, S. ...)
- Seinsch, Hanjorg*: Der Schutz des Pietätsempfindens im Rahmen des § 168 StGB. in Verbindung mit § 2 StGB., Diss. Jur. Univ. Seestadt Rostock 1939 (zit.: Seinsch, Schutz des Pietätsempfindens im Rahmen des § 168 StGB, S. ...)

- Sensen, Oliver*: Tugendlehre als Lehre von Zwecken, in: Höffe, Otfried (Hrsg.), Immanuel Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, Berlin 2019, Walter de Gruyter, S. 29–43. (zit.: Sensen, Tugendlehre, S. ...)
- Siebert, Arvid*: Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit, Heidelberg 1983, Springer (zit.: Siebert, Strafrechtliche Grenzen, S. ...)
- Sieckmann, Jan-Reinard*: Autonome Abwägung, in: ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, 90 (1), 2004, S. 66–85. (zit.: Sieckmann, Autonome Abwägung, S. ...)
- Sina, Peter*: Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, Basel 1962, Helbing & Lichtenhahn (zit.: Sina, Dogmengeschichte des Rechtsgutes, S. ...)
- Sommer, Florian/Anthuber, Matthias*: Die Widerspruchslösung aus transplantationsmedizinischer bzw. ärztlicher Sicht, in: Lindner, Josef Franz (Hrsg.), Transplantationsmedizinrecht: Beiträge zur aktuellen Diskussion um die Widerspruchslösung, Baden-Baden 2019, Nomos, S. 15–22. (zit.: Sommer/Anthuber, Widerspruchslösung, S. ...)
- Spilker, Bettina*: Postmortale Organspende auf verfassungsrechtlichem Prüfstand: Auswirkungen der Schutzpflicht des Art. 2 II GG, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 47 (4), 2014, S. 112–115. (zit.: Spilker, ZRP 2014, S. ...)
- Stächelin, Gregor*: Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat: Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis, Berlin 1998, Duncker & Humblot (zit.: Stächelin, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. ...)
- Steffen, Chiara*: Postmortale Organspende. Ein Akt der Nächstenliebe oder ein Verstoß gegen christliche Glaubensvorstellungen?, Norderstedt 2015, GRIN Verlag (zit.: Steffen, Postmortale Organspende, S. ...)
- Steffen, Ulrich*: Zur Strafbarkeit der klinischen Sektion gemäß § 168 StGB, Sinzheim 1996, Pro Universitate Verlag (zit.: Steffen, Strafbarkeit der klinischen Sektion, S. ...)
- Stegbauer, Andreas*: Rechtsextremistische Propaganda im Lichte des Strafrechts, München 2000, VVF Verlag (zit.: Stegbauer, Rechtsextremistische Propaganda, S. ...)
- Stentenbach, Berthold*: Der strafrechtliche Schutz der Leiche, Diss. Jur. Univ. Köln 1992 (zit.: Stentenbach, Strafrechtlicher Schutz der Leiche, S. ...)
- Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980, C. H. Beck (zit.: Stern, Staatsrecht, S. ...)
- Sternberg-Lieben, Detlev*: Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, Nomos, S. 65–82. (zit.: Sternberg-Lieben, Rechtsgut, S. ...)
- Sternberg-Lieben, Detlev*: Strafrechtlicher Schutz der toten Leibesfrucht (§ 168 StGB n. F.), in: Neue Juristische Wochenschrift, 40 (34), 1987, S. 2062–2063. (zit.: Sternberg-Lieben, NJW 1987, S. ...)

- Stratenwerth, Günter*: Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“, in: Hirsch, Andrew von/Seelmann, Kurt/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden 2006, Nomos, S. 157–165. (zit.: Stratenwerth, Verhaltensdelikten, S. ...)
- Stratenwerth, Günter*: Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, in: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, Nomos, S. 255–260. (zit.: Stratenwerth, Kriminalisierung, S. ...)
- Stratenwerth, Günter*: Zum Begriff des „Rechtsgutes“, in: Eser, Albin/Schittenhelm, Ulrike/Schumann, Heribert (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München 1998, C. H. Beck, S. 377–391. (zit.: Stratenwerth, Zum Begriff des Rechtsgutes, S. ...)
- Sutter, Barbara/Maasen, Sabine*: „Bürgergesellschaft“. Der verdeckte Paternalismus eines politischen Programms, in: Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, Stuttgart 2010, W. Kohlhammer, S. 318–340. (zit.: Sutter/Maasen, Bürgergesellschaft, S. ...)
- Tag, Brigitte*: Kommentar zu § 19 TPG, in: Mansdörfer, Marco/Miebach, Klaus (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 6: Nebenstrafrecht I*, München 2018, C. H. Beck (zit.: Tag, in: MK-StGB, Bd. 6, § 19 TPG, Rn. ...)
- Taupitz, Jochen*: Das Recht im Tod: Freie Verfügbarkeit der Leiche?: Rechtliche und ethische Probleme der Nutzung des Körpers Verstorbener, Dortmund 1996, Humanitas Verlag (zit.: Taupitz, Das Recht im Tod, S. ...)
- Tenthoff, Christian*: Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, Berlin 2008, Duncker & Humblot, S. 52–56. (zit.: Tenthoff, Strafbarkeit im Lichte des Autonomieprinzips, S. ...)
- Thier, Markus*: Rechtsstatus des lebendigen menschlichen Körpers, seiner Körperteile und der Leiche nach deutschem Recht, in: Knoblauch, Hubert/Esser, Andrea/Groß, Dominik/Tag, Brigitte/Kahl, Antje (Hrsg.), *Der Tod, der tote Körper und die klinische Sektion*, Berlin 2010, Duncker & Humblot, S. 249–268. (zit.: Thier, Rechtsstatus des Körpers nach deutschem Recht, S. ...)
- Thomas von Aquin*: Recht und Gerechtigkeit: Theologische Summe II-II, Fragen 57–79, Bonn 1987, IfG-Verlagsgesellschaft (zit.: Thomas, Recht und Gerechtigkeit, S. ...)
- Tiedemann, Paul*: Menschenwürde als Rechtsbegriff: Eine philosophische Klärung, Berlin 2012, BWV-Berliner Wissenschafts-Verlag (zit.: Tiedemann, Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. ...)
- Tiedemann, Paul*: Was ist Menschenwürde?: Eine Einführung, Darmstadt 2014, Wissenschaftliche Buchgesellschaft (zit.: Tiedemann, Was ist Menschenwürde, S. ...)
- Trockel, Horst*: Die Rechtswidrigkeit klinischer Sektionen: Eine Frage der Rechtswissenschaft und der Medizin, Berlin 1957, Walter de Gruyter (zit.: Trockel, Rechtswidrigkeit klinischer Sektionen, S. ...)
- Trockel, Horst*: Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 23 (12), 1970, S. 489–494. (zit.: Trockel, NJW 1970, S. ...)

- Ulsenheimer, Klaus/Biermann, Elmar/Bock, Rolf-Werner: Arztstrafrecht in der Praxis, Heidelberg 2015, C. F. Müller (zit.: Ulsenheimer/Biermann/Bock, Arztstrafrecht, S. ...)
- Utz, Arthur Fridolin: Naturrecht im Widerstreit zum positiven Gesetz, in: Maihofer, Werner (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Darmstadt 1962, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, S. 219–238. (zit.: Utz, Naturrecht, S. ...)
- Voß, Monika: Symbolische Gesetzgebung: Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, Ebelsbach 1989, Rolf Germer Verlag (zit.: Voß, Symbolische Gesetzgebung, S. ...)
- Wachinger, Michael: Der übergesetzliche Notstand in der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: Hegler, August (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag. 16. August 1930, Bd. I, Tübingen 1969, Scientia Verlag Aalen, S. 469–518. (zit.: Wachinger, Der übergesetzliche Notstand, S. ...)
- Weber, Hellmuth von: Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, Leipzig 1925, Verlag von Theodor Weicher (zit.: Weber, Notstandsproblem, S. ...)
- Weber, Max: Soziologische Grundbegriffe, Tübingen 1984, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) (zit.: Weber, Soziologische Grundbegriffe, S. ...)
- Weber, Ralph: „Kommentar zu Art. 4 GG“, in: Höfling, Wolfram (Hrsg.), TPG: Transplantationsgesetz Kommentar, Berlin 2013, Erich Schmidt Verlag (zit.: Weber, in: Höfling, TPG)
- Weber-Hassemer, Kristiane: Die Zahl der Organspenden erhöhen – Zu einem drängenden Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland, Berlin 2007, Nationaler Ethikrat (zit.: Weber-Hassemer, Stellungnahme des Nationalen Ethikrates, S. ...)
- Wieacker, Franz: Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion, in: Simon, Dieter (Hrsg.), Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung – Ausgewählte Schriften, Bd. II, Frankfurt am Main 1983, Alfred Metzner Verlag (zit.: Wieacker, Naturrechtsdiskussion, S. ...)
- Wieacker, Franz: Rechtsprechung und Sittengesetz, in: Simon, Dieter (Hrsg.), Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung – Ausgewählte Schriften, Bd. II, Frankfurt am Main 1983, Alfred Metzner Verlag (zit.: Wieacker, Sittengesetz, S. ...)
- Wille, Sophia: Das Recht des Staates zur postmortalen Organentnahme: Zur Verfassungskonformität des Notstandsmodells im Bereich der Leichenorgangewinnung, in: Medizinrecht, 25 (2), 2007, S. 91–94. (zit.: Wille, MedR 2007, S. ...)
- Wittwer, Hector: Über Kants Verbot der Selbsttötung, in: Kant-Studien, 92 (2), 2001, S. 180–209. (zit.: Wittwer, Kant-Studien 2001, S. ...)
- Wodarg, Wolfgang: Diesseits des Rubikon? Politische Standortbestimmung im Streit um die rechtliche und moralische Auslegung der Menschenwürde, in: Kettner, Matthias (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt am Main 2004, Suhrkamp Verlag, S. 15–41. (zit.: Wodarg, Menschenwürde, S. ...)
- Wohlens, Wolfgang: Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, Berlin 2000, Duncker & Humblot (zit.: Wohlens, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. ...)

- Wohlers, Wolfgang*: Strafrecht als ultima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?, in: Hirsch, Andrew von/Seelmann, Kurt/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden 2006, Nomos, S. 54–69. (zit.: Wohlers, Strafrecht als ultima ratio, S. ...)
- Wolbert, Werner*: *Der Mensch als Mittel und Zweck: Die Idee der Menschenwürde in normativer Ethik und Metaethik*, Münster 1987, Aschendorff (zit.: Wolbert, Mensch als Mittel und Zweck, S. ...)
- Wolff, Heinrich Amadeus*: Die Entscheidung des Gesetzgebers zur Strafbewehrung, insbesondere zur Verwirklichung des Sicherheitsstaates, in: *Strafverteidigervereinigungen* (Hrsg.), *Wen schützt das Strafrecht?: 29. Strafverteidigertag*, Berlin 2006, Verlag Thomas Uwer, S. 251–269. (zit.: Wolff, Entscheidung des Gesetzgebers zur Strafbewehrung, S. ...)
- Wolfslast, Gabriele*: Transplantation ohne Gesetz? Zur rechtlichen Situation der Organspende, in: *Münchener Medizinische Wochenschrift*, 124 (5), 1982, S. 105–109. (zit.: Wolfslast, MMW 1982, S. ...)
- Zabel, Benno*: Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht: Zur Vereinbarkeit von § 173 Abs. 2 S. 2 StGB mit dem Grundgesetz, in: *Juristische Rundschau*, 80 (11), 2008, S. 453–457. (zit.: Zabel, Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht, S. ...)
- Zucca-Soest, Sabrina*: Das Recht der Menschenwürde, in: Seelmann, Kurt/Zabel, Benno (Hrsg.), *Autonomie und Normativität – Zu Hegels Rechtsphilosophie*, Tübingen 2014, Mohr Siebeck, S. 99–125. (zit.: Zucca-Soest, Menschenwürde, S. ...)
- Zude, Heiko Ulrich*: *Paternalismus: Fallstudien zur Genese des Begriffs*, Freiburg im Breisgau 2010, Verlag Karl Alber (zit.: Zude, Paternalismus, S. ...)

