

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](http://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

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

|                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| c) Verrechtlichung der einverständlichen<br>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<br>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<br>Interesse aus der gesellschaftsvertragstheoretischen<br>Perspektive | 95  |
| III. Argumente der Zustimmung aus der Perspektive der<br>Autonomiemaximierung                                                  | 101 |
| 1. Vernünftigkeit der zukünftigen Zustimmung als<br>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<br>Autonomie                                                           | 111 |
| 1. Autonomie als Schwellenbegriff                                                                                              | 111 |
| 2. Rechtspaternalismus aus der Perspektive des<br>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<br>Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende                                              | 125 |
| II. Die Widerspruchslösung                                                                                                     | 127 |

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

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

## Kapitel 4

### **Strafrechtspaternalistische Anwendungsvoraussetzungen auf dem Feld des Aggressivnotstands der postmortalen Organübertragung**

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

|                                                                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. Angemessenheit auf Eingriffsseite                                                                                         | 240 |
| 1. Das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr                                                                    | 241 |
| 2. Angemessenheit der Notstandshandlung                                                                                       | 243 |
| B. Fallanalyse                                                                                                                | 247 |
| I. Ärztliche Organentnahme im Notstand ohne Einwilligung des Verstorbenen und seiner Angehörigen                              | 248 |
| 1. Solidarität aus der rechtspaternalistischen Perspektive                                                                    | 248 |
| a) <i>Solidarität als juristischer Begriff</i>                                                                                | 248 |
| b) <i>Erforderlichkeit der Solidarität</i>                                                                                    | 252 |
| 2. Menschenwürdegarantie als Bewertungsmaßstab der Duldungspflicht im § 34 StGB                                               | 254 |
| a) <i>Grenze der Solidarität</i>                                                                                              | 254 |
| b) <i>Rechtswidrigkeit im Falle A</i>                                                                                         | 257 |
| II. Ärztliche Organentnahme im Notstand mit Einwilligung des Verstorbenen und seiner Angehörigen                              | 261 |
| 1. Die Kollision gleichwertiger Interessen und die Bestimmung der Rechtfertigung                                              | 261 |
| 2. Strafunrechtsausschließungsgründe als zivilrechtliche Erlaubnissätze und öffentlich-rechtliche Eingriffsnormen im Falle B? | 266 |
| C. Resümee                                                                                                                    | 269 |
| <b>Kapitel 5</b>                                                                                                              |     |
| <b>Schlussbetrachtung</b>                                                                                                     | 273 |
| <b>Nachwort</b>                                                                                                               | 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        |
| <b>Literaturverzeichnis</b>                                      | <b>303</b> |

## 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<br>Deutschland<br>(Reihe Alternativkommentare) |
| AöR       | Archiv des öffentlichen Rechts                                                                  |
| Art.      | Artikel                                                                                         |
| AT        | Allgemeiner Teil                                                                                |
| Bd.       | Band                                                                                            |
| bes.      | besonders                                                                                       |
| BGHSt     | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsa-<br>chen                                      |
| BGHZ      | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsa-<br>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-<br>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<br>(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.