

JÖRG SCHEINFELD

Organtransplantation und Strafrechtspaternalismus

Jus Poenale

7

Mohr Siebeck

JUS POENALE

Beiträge zum Strafrecht

Band 7



Jörg Scheinfeld

Organtransplantation und Strafrechtspaternalismus

Eine Analyse
der strafbewehrten Spendebegrenzungen
im deutschen Transplantationsrecht

Mohr Siebeck

Jörg Scheinfeld geboren 1970; Studium der Rechtswissenschaften ab 1995 an der Ruhr-Universität Bochum; 2005 Promotion; 2012 Habilitation unter anderem mit der Lehrbefugnis für Medizinstrafrecht; danach Lehrstuhlvertreter und später Lehrkraft für besondere Aufgaben an der Universität Mainz; seit Anfang 2016 Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort

ISBN 978-3-16-153392-1 eISBN 978-3-16-153393-8
ISSN 2198-6975 (Jus Poenale)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Kirchheim/Teck gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Anke, Linda und Fiona

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommer 2012 von der Juristischen Fakultät der Universität Hamburg als Habilitationsschrift angenommen. Für die Veröffentlichung habe ich den Text aktualisiert und leicht überarbeitet; jüngere Literatur habe ich berücksichtigt, wegen des Umfanges der Arbeit indes ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

Mein Dank gilt zunächst denen, die zum Entstehen des Textes unmittelbar beigetragen haben: meinem Doktorvater *Rolf Herzberg* für die kritische Lektüre der seinerzeitigen Habilitationsschrift sowie meinem Habilitationsvater *Reinhard Merkel*, der nicht nur mit rechtsethischer und dogmatischer Klarsicht wichtige Weichen für mich gestellt hat, sondern mir auch – mit der gesamten Hamburger Juristischen Fakultät – ein unbelastetes Habilitationsverfahren ermöglicht hat. Dem Hamburger Emeritus *Rainer Keller* danke ich für die Erstellung seines wohlwollenden Zweitgutachtens.

Für ihr sorgfältiges Korrekturlesen danke ich meinen famosen Mitarbeitern am Wiesbadener Lehrstuhl – Herrn *Leon Böhm*, Herrn *Andreas Kriesmair*, Frau *Carolin Langlitz*, Frau *Vida Malakooti* und Frau *Roswitha Romana Jung*.

Zu danken habe ich weiter dem Mohr Siebeck Verlag für die exzellente verlegerische Betreuung, insbesondere Herrn Cheflektor *Dr. Franz-Peter Gillig* und aus der Abteilung »Herstellung« Frau *Susanne Mang*.

Der Druck dieser Schrift wurde von der Verwertungsgesellschaft WORT mit einem generösen Zuschuss gefördert. Dafür bedanke ich mich an dieser Stelle nochmals herzlich.

Wiesbaden, im April 2016

Jörg Scheinfeld

»Der Nutzen vieler gibt ihnen kein Recht gegen einen.«

Immanuel Kant, Reflexion über Moralphilosophie Nr. 6586 (XIX, S. 97)

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
-----------------------------	-----

Erstes Kapitel: Umfang und Bedeutung des Themas: Die Strafbewehrten Spendebegrenzungen im TPG, der Begriff des Strafrechtspaternalismus und Rechtstatsächliches	1
A. Die strafbewehrten Spendebegrenzungen: Aufriss	1
B. Zum Begriff des Strafrechtspaternalismus	13
C. Sachlicher Umfang und Sprachgebrauch	28
I. Der Anwendungsbereich des TPG	28
II. Zum Sprachgebrauch: Organspende, Organspender	30
D. Argumentative Anlage und Reichweite der Untersuchung	31
E. Rechtstatsächliche Hintergründe der Spendebegrenzungen	32
I. Der Nutzen für den Organempfänger	32
II. Der Organmangel: Ausmaß, Gründe, Maßnahmen	36
III. Die Risiken für den Lebendspender	50

Zweites Kapitel: Die Spendebegrenzungen <i>de lege lata</i> : Überblick und Problemfälle	57
A. Toten- und Lebendspende: Das Organhandelsverbot	57
I. Der Gegenstand des Handels: »Organ« und »Gewebe«	58
II. Das Handlungsmerkmal: »Wer ... Handel treibt«	59
1. Zu Definition und Weite des Handelstreibens	59
2. (Relativ) Eindeutige Fälle	64
3. Problemfälle: Der Organspender	67
a) Der Ausgangspunkt: Der Begriff des Handelstreibens im Betäubungsmittelstrafrecht	67
b) Dankbarkeitsgaben des Organempfängers	70

c) Vermeidung von wirtschaftlichen Einbußen	72
d) Altruistischer Eigennutz? – Zur Drittbereicherung	74
e) Immaterielle Vorteile	75
f) Speziell: Die Überkreuzlebenspende (Cross-over-Lebenspende).....	76
g) Das Motivbündel	81
h) Entgelte für Operateure und sonst Beteiligte	83
i) Resümee zum Handeltreiben.....	85
<i>B. Der Spenderkreis bei der Organlebenspende.....</i>	<i>86</i>
I. Überblick	86
II. Aufweis der Verfassungswidrigkeit.....	90
1. Ausgangspunkt: Eingriff in Grundrechte der Spendewilligen und der Organbedürftigen.....	90
2. Die Zwecke der Spenderkreisbegrenzung de lege lata	91
a) Schutz der Spendergesundheit: kein reiner Gesetzeszweck	92
b) Schutz des Organempfängers vor Schuldgefühlen: überhaupt kein Gesetzeszweck	96
c) Schutz der Spenderfreiwilligkeit: Geeignetheit	98
d) Absicherung des Organhandelsverbots: Geeignetheit....	106
e) Schutz der Freiwilligkeit, Absicherung des Organhandelsverbots: Erforderlichkeit	107
III. Rechtfertigung wegen Notstand (§ 34 StGB) – Aufriss und Teillösung der Verfassungsfragen	117
1. Allgemeines.....	117
2. Lebensrettende Organlebenspende im Notstand – verfassungskonforme Auslegung des § 34 StGB	126
a) Das Eingreifen des Gesetzgebers: im Einzelfall ein zurechenbares Töten.....	127
b) Der falsche Ansatz: verhältnismäßiges Töten unschuldiger Staatsbürger	132
c) Der richtige Ansatz: kategorischer Gehalt des Lebensgrundrechts	137
d) Einwände	145
aa) Zulässige Lebensgefährdungen	145
bb) Konsequentialistische Optimierungsstrategien	148
cc) Gefahrtragungspflicht des Organbedürftigen und Gefahrgemeinschaft	162
dd) Ausnahmepflicht im Krieg als Widerlegung der Abwägungsfestigkeit?	164
ee) Erlaubte Gefährdungen »Unbeteiligter« nach dem UzwGBw?	168

e) Auflösung des normativen Konflikts Lebensinteresse versus Allgemeininteressen: die Notstandsrechtfertigung (§ 34 StGB)	171
f) Sonderproblem: Lebendspendebegrenzungen und Minderung der Überlebenschancen	174
aa) Der problematische Befund	174
bb) Notstandsrechtfertigung?	177
3. Gesundheitsrettende Organlebendspende und Notstand ...	179
4. Exkurs: Dammbruch-, Missbrauchs- und Irrtumsgefahren ..	181
a) Allgemeines	181
b) Missbrauchsgefahren	184
c) Irrtumsgefahren	189
d) Logisch-normativer Dammbruch	190
e) Empirisch-psychologischer Dammbruch	193
aa) Die psychologische Prognose	194
bb) Argumentatives Gewicht der plausiblen Gefahrenprognose	196
(1) »Nüchterne Risikoabwägung«	196
(2) Das grundsätzliche Legitimationsdefizit der empirisch-psychologischen Dammbruch- Argumente (bei Einschränkung existenzieller Notrechte)	200
f) Resümee: Dammbruch-, Missbrauchs- und Irrtumsgefahren und Notstandsrechtfertigung	212
IV. Speziell: die Überkreuzlebendspende	215
1. Fehlt die »besondere persönliche Verbundenheit«?	215
2. Notstandsrechtfertigung	222
C. Die Einwilligungsfähigkeit des Lebendspenders	223
I. Grundsatz	223
II. Notstandsrechtfertigung zum Wohle des Einwilligungsunfähigen?	228
1. Die zur Organübertragung drängende Interessenlage	228
2. Methodische Einwände	228
a) Intrapersonale Interessenkonflikte und § 34 StGB	229
b) Inhalt und Gewicht des Gesetzgeberwillens	238
3. Beurteilungsschwierigkeiten und Missbrauchsgefahren	242
4. Ergebnis zur Notstandsrechtfertigung bei Einwilligungsunfähigen	245
D. Die Volljährigkeit des Lebendspenders	246
I. Problematik der Spendebegrenzung	246
II. (Strafrechts-)Systematische Widersprüche	248
III. Verfassungsrechtliche Bedenken	255

<i>E. Das Aufgeklärtsein des Lebendspenders</i>	256
I. Überblick	256
II. Die strafrechtlich relevanten Aufklärungsinhalte	258
III. Kein Aufklärungsverzicht?	266
<i>F. Der Arztvorbehalt bei der Lebendspende</i>	271
<i>G. Zwischenfazit zur Notstandsrechtfertigung (allgemein)</i>	274
<i>H. Paternalistische Interventionen des Kernstrafrechts?</i>	276
I. Relevanz des Kernstrafrechts	276
II. §§ 223 ff., 228 StGB im Verhältnis zu §§ 19, 8 TPG	277
III. §§ 223 ff., 228 StGB im Verhältnis zu §§ 18, 17 TPG	286
IV. TPG und Teilnahme (§§ 19 Abs. 1, 8 Abs. 1 S. 2 TPG, 26, 27 StGB)	298
V. Strafnormen des TPG und fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB)	300
VI. Ergebnis zum Einfluss des Allgemeinen Strafrechts	301
 Drittes Kapitel: Spendebegrenzungen und Drittschutz	303
<i>A. Einleitung</i>	303
I. Methodische Überlegungen	303
II. Strafzwecke und Verfassung	304
1. Die verfassungsmäßige Ordnung	305
2. Das Sittengesetz	306
3. Die Rechte anderer	318
a) Weitere Strafrechtsgüter: Gemeinwohlbelange?	318
b) Generalisierte Verhältnismäßigkeitserwägungen	321
aa) Generalisierung versus Einzelfallbetrachtung	321
bb) Die als Strafrechtsgut tauglichen »Rechte anderer«: zu Rechten erstarkte Sicherheitsinteressen	326
III. Begründungslast: Verteilung und Bedeutung	328
<i>B. Der Organhandel</i>	332
I. Allgemeines	332
II. Die Zwecke des Handelsverbotes bei der Lebendspende	341
1. Überblick: Denkbare Modelle eines Organmarktes	341
a) Die überkommene Kategorisierung der Lebendorganübertragung nach Daar	344
b) (Inländischer oder europäischer) »freier« Organmarkt... ..	344
c) Kontrollierter (inländischer oder europäischer) Organmarkt	345

d) Anreizmodelle	345
e) Erweiterter Nachteilsausgleich	346
2. Vermeidung einer Kommerzialisierung	347
3. Verhinderung des Ausnutzens gesundheitlicher Notlagen von Organbedürftigen	350
a) Ausnutzen von Seiten des Organlebenspenders	350
b) Strafwürdigkeit des Spenderverhaltens	367
c) Ausnutzen von Seiten eines Organvermittlers	368
d) Resümee zur Verhinderung einer Ausnutzung gesundheitlicher Not	368
4. Vermeidung der Ausnutzung wirtschaftlicher Not der potenziellen Organspender	370
5. Schutz vor Selbstkorrumpierung (<i>Schroth</i>)	378
a) Schutz des Organempfängers	379
b) Schutz des Organlebenspenders	381
6. Verhinderung eines Zweiklassensystems	385
a) Darstellung und Kritik	385
b) Solidarpflicht der Beteiligten?	389
7. Menschenwürde – Menschenbild	391
a) Menschenwürde als subjektives Recht	393
aa) Das Menschenwürde-Recht des Organempfängers ..	393
bb) Das Menschenwürde-Recht des Organlebenspenders	396
(1) Allgemeines	396
(2) Rechtspflichten gegen sich selbst? (Köhler)	397
(3) Instrumentalisierung versus Selbstbestimmung ..	414
(4) Verbleibende Relevanz der Menschenwürde in subjektiv-rechtlicher Hinsicht	424
b) Objektiv-rechtlicher Gehalt der Menschenwürde – Menschenbild der Verfassung	425
aa) Skizze des Gedankens	425
bb) Fruchtbarmachung für den Organhandel	428
cc) Grundsätzliche Kritik	429
8. Pietätsgefühl der Allgemeinheit	437
9. Schutz der Orientierungskompetenz (<i>Seelmann</i>)	448
10. Normschutz	452
aa) Das Prinzip des Normschutzes	453
bb) Logisch-normative Einwände	456
(1) Strafrecht als Normschutzunternehmung?	456
(2) Das Zurechnungsproblem	459
(3) Normerosion durch Normschutz	460
cc) Empirisch-psychologische Einwände	462
dd) Verfassungsrechtliche Folgerungen	464

ee) Speziell zum Organhandelsverbot	466
11. Symbolische Gesetzgebung	467
12. Integrität und Seriosität des Transplantationswesens (Vertrauen der Bevölkerung)	472
13. Körperliche Integrität der Organspender	478
14. Folgerungen <i>de lege lata</i> – das Unrecht des Organhandels (Lebendspende)	479
a) Die Tatbestandsmäßigkeit	479
b) Organhandel und Notstandsrechtfertigung	481
aa) Rechtfertigender Notstand im Rahmen der gesetzgeberischen Vorstellungen	481
bb) Notstand aufseiten des Organempfängers	483
cc) Notstandsrechtfertigung und Organlebendspender ..	484
III. Die Zwecke des Handelsverbots bei der Leichenorganspende ..	486
1. Ersichtlich untaugliche Zwecke	486
2. Verhinderung der Ausnutzung gesundheitlicher Notlagen von Organbedürftigen	487
3. Vermeidung der Ausnutzung wirtschaftlicher Notlagen von potenziellen Organspendern und Schutz vor Selbstkorrumpierung	487
4. Menschenwürde – Menschenbild	488
5. Verhinderung eines Zweiklassensystems	490
6. Folgerungen <i>de lege lata</i>	493
C. <i>Der Spenderkreis bei der Lebendspende: dem Empfänger in besonderer Verbundenheit offenkundig nahestehende Personen</i> ..	494
D. <i>Einwilligungsfähigkeit, Volljährigkeit und Aufgeklärtsein des Lebendspenders, Arztvorbehalt</i>	494
Viertes Kapitel: Zur Legitimität des Strafrechtspaternalismus auf dem Feld der Organübertragung	
A. <i>Offene Fragen</i>	497
B. <i>Paternalismus und Autonomiebegriff</i>	498
C. <i>Harter direkter Paternalismus</i>	504
D. <i>Harter indirekter Paternalismus</i>	506
I. Schädigung des nächsten »Selbst« (<i>Morimura</i>)	508
II. Aspekte der Verteilungsgerechtigkeit? (<i>Arneson</i>)	511
III. Schutz vor der eigenen Unvernunft (<i>Dworkin, Rawls</i> u. a.)	515

IV. Maximierung und Bewahrung der Autonomie	520
V. Strikter Antipaternalismus versus Abwägungsmodell	528
VI. Integritätsschutz (<i>Kleinig, Möller</i>)	532
VII. Ergebnis zum harten indirekten Paternalismus	541
<i>E. Weicher Paternalismus</i>	542
I. Die Ziele des weichen Paternalismus	542
II. Der Schutz von Freiwilligkeit und Integrität	545
1. Freiwilligkeit	545
2. Integrität	546
a) Beratung	546
b) cooling off period	548
c) donor advocat	548
3. Ergebnis zum weichen Paternalismus	549
 Fünftes Kapitel: Ergebnis der Untersuchung	 551
<i>A. Zusammenfassung in Thesen</i>	551
I. Allgemeines	551
II. Zum Organhandelsverbot (§§ 18, 17 TPG),	552
III. Zur Begrenzung des Spenderkreises auf das Verhältnis der »offenkundigen besonderen persönlichen Verbundenheit« (§§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 8 Abs. 1 S. 2 TPG)	553
IV. Zur Begrenzung auf einwilligungsfähige Spender (§§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 8 Abs. 1 Nr. 1a TPG)	553
V. Zur Begrenzung auf volljährige Spender (§§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 8 Abs. 1 Nr. 1a TPG)	554
VI. Zur Begrenzung auf aufgeklärte Spender (§§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 8 Abs. 1 Nr. 1b TPG)	554
VII. Zum Arztvorbehalt (§§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 TPG)	555
<i>B. Abschließende Überlegungen</i>	555
 Anhang	
Glossar	559
Literaturverzeichnis	561
Sachverzeichnis	615

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AT	Allgemeiner Teil
BÄO	Bundesärzteordnung
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
BSG	Bundessozialgericht
BT	Besonderer Teil
BT-Drucksache	Drucksache des Deutschen Bundestages
BtM	Betäubungsmittel
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesver- fassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesver- waltungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
bzw.	beziehungsweise
Der Onkologe	Der Onkologe – Organ der deutschen Krebsgesellschaft e. V.
Die Verwaltung	Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissen- schaften
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSO	Deutsche Stiftung Organtransplantation, Gemeinnützige Stiftung
DVB.	Deutsches Verwaltungsblatt
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
f. und ff.	folgende
f&w	führen und wirtschaften im Krankenhaus

GA	Goltdammer's Archiv
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
Ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HmbJVB1	Hamburgisches Justizverwaltungsblatt
HchE	»Herrenchiemseer Entwurf«: »Chiemseer Entwurf« – Grundgesetz für einen Bund deutscher Länder, erstellt von einem Verfassungsausschuss, der von den Ministerpräsidenten der Länder der drei Westzonen eingesetzt, und zwischen dem 10. August 1948 und dem 25. August 1948 auf der Herreninsel im Chiemsee zusammengetreten war.
h. A., h. L., h. M.	Herrschende Ansicht, herrschende Lehre, herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. von	herausgegeben von
i. e.	im einzelnen
i. S.	im Sinn
Iurratio	Iurratio – Die Zeitschrift für Stud. iur. und junge Juristen
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAMA	Journal of the American Medical Association
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Focus Mul	Zeitschrift für Wissenschaft, Forschung und Lehre
KastrG	Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden
KJ	Kritische Justiz – Vierteljahresschrift für Recht und Politik
km/h	Kilometer pro Stunde
Kritische Vierteljahresschrift	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Lancet	The Lancet (englischsprachige medizinische Fachzeitschrift)
LNRSchG	Landesnichtraucherschutzgesetz
LaoS	Langenbeck's Archives of Surgery
Legal Affairs	Legal Affairs – The Magazine of Intersection of Law and Life
LG	Landgericht
LSG NRW	Landessozialgericht des Landes Nordrhein-Westfalen
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MDR (H)	Entscheidungen des BGH zitiert nach <i>Holtz</i> in Monatszeitschrift für Deutsches Recht
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
ProstG	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz)
RG	Reichsgericht
RGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
Rn.	Randnummer(n)
Rspr.	Rechtsprechung

RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
S.	Satz, Seite
scil.	scilicet (nämlich)
SG	Soldatengesetz
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte, sogenannter, sogenanntes
SSA	Slippery-Slope-Argument(e)
StA	Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Der Strafverteidiger
SZ	Süddeutsche Zeitung
TFG	Transfusionsgesetz
TPG	Transplantationsgesetz
u.	unten
u. a.	und anderer (-s); unter anderem (-n)
Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin	Europarats-Übereinkommen zum Schutze der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin vom 04. April 1997.
Universitas	Universitas – Zeitschrift für interdisziplinäre Wissenschaft
usw.	und so weiter
UTB	Uni-Taschenbücher – Für Wissenschaft
UZwGBw	Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und verbündeter Streitkräfte sowie zivile Wachpersonen
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vor, Vorbem	Vorbemerkung(en)
WHO	Weltgesundheitsorganisation
z. B.	zum Beispiel
ZDG	Gesetz über den Zivildienst
ZfmE	Zeitschrift für medizinische Ethik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZfT	Zeitschrift für Transplantationsmedizin
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Erstes Kapitel

Umfang und Bedeutung des Themas: Die Strafbewehrten Spendebegrenzungen im TPG, der Begriff des Strafrechtspaternalismus und Rechtstatsächliches

A. Die strafbewehrten Spendebegrenzungen: Aufriss

»Zwar bedarf der Schutz des Menschen vor sich selbst als Rechtfertigungsgrund staatlicher Maßnahmen in Ansehung der durch Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten allgemeinen Handlungsfreiheit grundsätzlich seinerseits einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Auch selbstgefährdendes Verhalten ist Ausübung grundrechtlicher Freiheit. Das ändert aber nichts daran, daß es ein legitimes Gemeinwohlanliegen ist, Menschen davor zu bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen«.¹ Mit diesen wenigen Sätzen beantwortet ein verfassungsrichterlicher Dreierausschuss im Jahre 1999 einen Streit in einer Debatte, die allein im angelsächsischen Schrifttum mittlerweile ein nicht mehr zu überschauendes Ausmaß angenommen hat.² Die Debatte lässt sich – grob formuliert – mit folgender

¹ BVerfG, NJW 1999, 3399, 3401 unter Verweis auf BVerfGE 60, 123, 132. – Bezogen auf die Lebendorganspende zustimmend VG Hamburg, Beschluss vom 7. März 2007 – Az. 15 E 543/07.

² Monographisch behandeln das Thema: *Kleinig*, Paternalism, 1983; *Feinberg*, Harm to Self, 1986; *VanDeVeer*, Paternalistic Interventions – The Moral Bounds on Benevolence, 1986; siehe auch *Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988 (vor allem Kapitel 8); allein zu den Leitaufsätzen zählen: *Feinberg*, Legal Paternalism, Canadian Journal of Philosophy 1971, 105ff.; *Gert / Culver / Clouser*, Bioethics: A Return to Fundamentals, 1997, S. 195ff.; *Hart*, in: *derselbe*, Law, Liberty and Morality, 1963, S. 30ff.; *Husak*, Paternalism and Autonomy, Philosophy and Public Affairs 10 (1981), 27ff.; *Shapira*, Virginia Law Review 74 (1988), 519ff.; *Scoccia*, Paternalism and Respect for Autonomy, Ethics 100 (1990), 318ff.; ferner die Beiträge in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983. – Im deutschen Rechtsraum befassen sich mit der Paternalismusdebatte (zeitlich zum Teil nach der Entscheidung des BVerfG) etwa: *Chatzikostas*, Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie, 2001, S. 150ff.; *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende – Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands, 2008; *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 2007; *Gutmann*, in: *Schroth / Schneewind / Gutmann / Fateh-Moghadam* (Hrsg.), Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, 2006, S. 189ff.; *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005; *Mosbacher*, Strafrecht und Selbstschädi-

Frage umreißen: Darf der Staat paternalistisch intervenieren, also den mündigen Einzelnen bevormunden, um ihn vor sich selbst zu schützen? In der Verfassungsbeschwerde, anlässlich deren die Verfassungsrichter diese Frage unumwunden bejaht haben, ging es um einen schwerkranken, an terminaler Niereninsuffizienz und Diabetes leidenden Beschwerdeführer, der in konkreter Lebensgefahr schwebte und zur Rettung dringend eine Niere implantiert bekommen musste; zur rettenden Lebendnierenspende bereitgefunden hatte sich eine nicht nahe stehende Person, die aus rein altruistischen Gründen »helfen« wollte und deren Einwilligungsfähigkeit nicht zweifelhaft war. Diese Person vor sich selbst zu schützen, ist, im Sinn des Bundesverfassungsgerichts, dasjenige »legitime Gemeinwohlanliegen«, das der Gesetzgeber mit der strafbewehrten Spendebegrenzung der §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 8 Abs. 1 S. 2 TPG verfolgt.³ Zulässig ist nach diesen Normen eine Lebendnierenspende ausschließlich unter bestimmten Verwandten und unter sonstigen Personen, die sich »in besonderer Verbundenheit offenkundig nahe stehen«. Wer – wie der spendewillige Beschwerdeführer des verfassungsrechtlichen Verfahrens – nicht zu diesem Spenderkreis gehört und dennoch eine Niere spenden will, sieht sich dem Unterlassensbefehl des Transplantationsgesetzes ausgesetzt; dem Transplantationsmediziner, der eine Organübertragung vom normativ »unqualifizierten« Organlebensspender vornehmen will, droht das Transplantationsgesetz sogar Strafe an (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 TPG). Wo der verfassungsrichterliche Dreierausschuss diese Regelung als verfassungsrechtlich »angemessen« gelten lässt, also als verhältnismäßig im engeren Sinn einstuft, verweist er wiederum darauf, dass »der Gesetzgeber Aspekte des Gesundheitsschutzes auch auf seiten

gung – Die Strafbarkeit »opferloser« Delikte im Lichte der Rechtsphilosophie Kants, 2001; Papageorgiou, Schaden und Strafe – Auf dem Weg zu einer Theorie der strafrechtlichen Moralität, 1994, S. 215 ff.; Seher, Liberalismus und Strafe – Zur Strafrechtsphilosophie Joel Feinbergs, 2000, S. 123 ff.; Valdés, Rechtstheorie 18 (1987), 273 ff.; Wolf, *Studia Philosophica* 49 (1990), 49 ff.; vgl. ferner die Beiträge in: Anderheiden/Bürkli/Heinig/Kirste/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006; von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht – Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, 2010; Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, 2010. – In der Sache auch *Murmann*, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005.

³ Der Gesetzgeber verfolgt mit den Spendebegrenzungen zumeist nicht zuvorderst und ausschließlich den Zweck, die Beteiligten zu schützen. So zielt die Beschränkung des Spenderkreises in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG nach der Vorstellung des Gesetzgebers beispielsweise nicht nur darauf, die Freiwilligkeit der Organspende zu sichern, sondern auch darauf, die Gefahr eines Organhandels abstrakt einzudämmen (Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P. – Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG), Drucksache des Bundestages 13/4355, 1996, S. 20 rechte Spalte unten). – Anders verhält es sich etwa bei der Begrenzung auf Transplantationszentren (§ 9 Abs. 1 S. 1 TPG): »Die Vorschrift dient *vor allem* der Minimierung der gesundheitlichen Risiken für die Organempfänger« (ebenda, S. 21 rechte Spalte unten – Hervorhebung nur hier).

des potentiellen Organspenders berücksichtigen durfte.«⁴ Daraus folge dann weiter, dass der Gesetzgeber die anonyme Lebendspende gleich mit verbieten durfte: »Es ist zwar richtig, daß bei einer Vermittlung durch eine Vermittlungsstelle i. S. des §12 TPG ähnlich wie bei postmortal gespendeten Organen die Gefahr eines Organhandels durch die Anonymität der Vermittlung praktisch ausgeschlossen wäre. Auch die Freiwilligkeit der Spenderentscheidung dürfte bei einer solchen Konstruktion gesichert sein. Damit wäre aber noch nicht das Problem gelöst, daß jede Organentnahme für den Spender mit gewissen Risiken verbunden ist. Der vom Gesetzgeber legitimerweise verfolgte ›Schutz des Spenders vor sich selbst‹ wäre bei einer anonymen Vermittlung durch eine Vermittlungsstelle nicht erreicht.«⁵

Ein Novum an dieser Entscheidung stellt es dar, dass die Verfassungsrichter den Staat für berechtigt erklären, erwachsene, mündige und aufgeklärte Bürger vor sich selbst zu schützen. Frühere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts heißen zwar auch schon gewisse schützende Bevormundungen des Staates gut (etwa Geschlechtsumwandlung erst ab dem 25. Lebensjahr, Helmpflicht für Motorradfahrer), doch handelt es »sich hierbei ... entweder um Sachverhalte, in denen die Betroffenen tatsächlich oder präsumtiv (noch) nicht hinreichend selbstverantwortlich zu handeln vermögen ..., oder aber um die Regelung von meist nicht ausreichend reflektierten Alltagshandlungen, die ohne persönlichkeitskonstitutiven Bezug, wohl aber potentiell, auch *fremdschädigend* sind.«⁶

Dass das Bundesverfassungsgericht den Kern der Problematik eines staatlichen »Schutzes vor sich selbst« nicht in den Blick genommen hat, das deutet schon die tendenziöse Formulierung an, jemand füge sich einen »Schaden« zu, wenn er altruistisch eine Niere spende.⁷ »Schäden« sind etwas Schlechtes, und man sollte sie vermeiden. Deshalb drängt die Formulierung den Leser

⁴ BVerfG, NJW 1999, 3399, 3402. – Zustimmend *Enquete-Kommission »Ethik und Recht in der modernen Medizin«*, Zwischenbericht – Organlebendspende, Drucksache des Bundestages 15/5050, 2005, S. 19 linke Spalte: »Grundrechtsschutz vor sich selbst«).

⁵ BVerfG, NJW 1999, 3399, 3402.

⁶ So *Gutmann*, NJW 1999, 3387, 3388 (Hervorhebung dort); *derselbe*, in: Schroth/Schneewind/Gutmann/Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende*, 2006, S. 189, 254 – jeweils unter Verweis auf: BVerfGE 10, 302 und BVerfGE 22, 180 (Unterbringung von sich selbst gefährdenden, psychisch kranken Personen), sowie BVerfGE 60, 123 (Mindestalter von 25 Jahren für die sog. »große« Lösung bei der Geschlechtsumwandlung) und »BVerfGE 59, 275 (Schutzhelmpflicht); NJW 1987, 180 (Gurtanlegepflicht), und BVerfGE 90, 145 (Haschischkonsum). – Zu dieser Fallgruppe paternalistischer Interventionen vgl. auch die Beiträge von *Husak* und *Simester* in: von Hirsch/U. Neumann/K. Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht – Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, 2010, S. 129 ff. bzw. 253 ff., 270; ferner bei *Fateh-Moghadam*, *Die Einwilligung in die Lebendorganspende – Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands*, 2008, S. 264.

⁷ BVerfG, NJW 1999, 3399, 3401.

dahin, dieses offenbar vernünftige Bestreben des Staates zu billigen und die Spendebegrenzungen als allemal vertretbar und folglich als legitim zu akzeptieren. Ob es sich aber, bei genauer Analyse des Begriffs und per saldo, um einen »Schaden« handelt, wenn eine mündige und aufgeklärte Person sich »freiwillig« für eine Nierenspende entscheidet, das ist gerade die Frage, die es zu beantworten gilt. Es könnte, um einen banalen Vergleich zu bringen, so liegen wie beim Hauseigentümer, der sich nach reiflicher Überlegung freiwillig dazu entschließt, sein intaktes Zweithaus abreißen zu lassen, um an seiner Stelle einen Fußballplatz für die Kinder des Ortes anzulegen. Ganz so wie seine eigenverantwortlich gesetzten Ziele, die er mit dem Abriss verfolgt, es ausschließen, in diesem selber verfügten Abriss einen »Schaden« zu sehen (jedenfalls einen verbotbaren Schaden), so könnte es die Einwilligung und die Rettungsabsicht des Spendebereiten ausschließen, das Explantieren der Niere als »Schaden«, strafrechtsdogmatisch gesprochen als Erfolgswert einzustufen.⁸ Ganz in diesem Sinn sagt etwa die *Enquete-Kommission »Ethik und Recht in der modernen Medizin«*, dass die Lebendorganspende »durch Absicht und Umstände ... etwas anderes« sei »als eine Schädigung seiner selbst«.⁹ – Gleichwohl mag sich das indirekt-bevormundende staatliche Einschreiten gegenüber dem Spendewillen (und dem transplantationswilligen Arzt) am Ende rechtfertigen lassen. Mit dem bloßen Hinweis auf die Schädigungsqualität der Nierenentnahme ist eine Rechtfertigung aber nicht geleistet. Die Geringschätzung der Paternalismusdebatte drückt sich darin aus, dass die *Kammer* diesen Fragen »keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung« zumisst.¹⁰ Dabei handelt es sich bei der Legitimation des Strafrechtspaternalismus um eine »Zentralfrage des Rechtsstaats«.¹¹

Die Formulierung des Dreierausschusses des Bundesverfassungsgerichts zum legitimen Gesetzeszweck des »Schutz des Spenders vor sich selbst« ist »hart«-paternalistisch, das heißt in einer ersten Annäherung an den Begriff: Sie bestimmt das Wohl der Spendewilligen von einem externen Standpunkt und mit einem Wertegefüge, das *prima facie* nicht das des jeweiligen Spen-

⁸ Es ist selbstverständlich nicht zweifelhaft, dass der Nierenverlust für sich betrachtet einen Körperschaden darstellt; entscheidend ist aber, ob sich die freiwillige (und unentgeltliche) Nierenlebenspende auch *per saldo* als Erfolgswert begreifen lässt.

⁹ *Enquete-Kommission »Ethik und Recht in der modernen Medizin«*, Zwischenbericht – Organlebenspende, Drucksache des Bundestages 15/5050, 2005, unter Punkt C 1 S. 34 ff. – Unseriös ist es dann freilich, dass die Enquete-Kommission genau diese Termini gebraucht, wenn sie ein ihrer Bewertung widerstrebendes Verfahren diskreditieren will, etwa die Überkreuzlebenspende oder Poolmodelle: »Selbstschädigung« (S. 45 f.), »massive Selbstschädigung« (S. 70), »Selbstverstümmelung« (S. 74); kritisch auch *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz – Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin, 2006, S. 40.

¹⁰ BVerfG, NJW 1999, 3399.

¹¹ *Schünemann*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht – Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten, 2010, S. 221, 236.

dewilligen ist.¹² Das Schweigen des verfassungsrichterlichen Dreierausschusses zu dieser Kernfrage, ob der Staat überhaupt berechtigt ist, den mündigen Organspender zu bevormunden, verwundert umso mehr, als die Verfassungsrichter an späterer Stelle des Beschlusses verweisen auf das »Bild des Grundgesetzes von der Würde und *Selbstbestimmtheit* des Menschen«. ¹³ Das Vermeiden der Paternalismusdebatte mag seinen Grund darin haben, dass die »Frage nach dem *Sinn* individueller Rechte jeder Grundrechtstheorie hermeneutisch vorangeht« ¹⁴ und die Verfassungsrichter sich zu dieser Klärung nicht unbedingt berufen fühlen. Aber wenn die Verfassungsrichter diese Aufgabe nicht übernehmen, wer soll sie in der Rechtspraxis dann erfüllen? Auch haben wir bereits gesehen, dass die Frage, ob der Staat paternalistisch intervenieren darf, ihren Platz in der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat. Es geht um die Frage, ob der Schutz des Betroffenen vor sich selbst ein »legitimer Gesetzeszweck« ist. ¹⁵ Erst wenn dies bejaht ist, kommt es an auf die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Vorschrift: »Ohne eine Antwort auf die Frage nach der Legitimation des vom Gesetzgeber verfolgten Zwecks hängen alle anderen Überlegungen über Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Strafdrohung zur Erreichung dieses Zwecks ebenso wie die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Luft.« ¹⁶ Dies in den Blick genommen liegt eine der Schwächen des Verfassungsgerichtsbeschlusses offen: die Begründung dafür schuldig zu bleiben, dass der Staat den gegenläufigen Willen des aufgeklärten und mündigen Spendebereiten unterdrücken darf, um (neben anderen Schutzrichtungen) dessen körperliche Integrität zu erhalten. ¹⁷

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist in der rechtswissenschaftlichen Diskussion denn auch ganz überwiegend kritisiert worden ¹⁸ und zumeist auf Ablehnung gestoßen: ¹⁹ Die (strafbewehrte) Spenderkreis-

¹² *Gutmann*, in: Schroth/Schneewind/Gutmann/Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende*, 2006, S. 189f. mit Fn. 3.

¹³ BVerfG, NJW 1999, 3399, 3403; vgl. dazu auch BVerfGE 32, 98, 107; ferner *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz – Kommentar*, Band 1, 2004, Art. 1 Rn. 40; *Morlok*, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, 1993, S. 287.

¹⁴ *Gutmann*, in: Schroth/Schneewind/Gutmann/Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende*, 2006, S. 189, 256.

¹⁵ *Möller*, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, 2005, S. 14.

¹⁶ *Roxin*, StV 2009, 544, 545 (dort zur Inzestentscheidung des BVerfG); ähnlich *Hassemer*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, S. 57, 60; *Greco*, ZIS 2008, 234, 238.

¹⁷ *Kirste*, JZ 2011, 808, 811 linke Spalte.

¹⁸ Vgl. bei *Corell*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, Art. 2 [Stand: 2001] Rn. 130.

¹⁹ *Augsberg*, in: Höfling (Hrsg.), *Transplantationsgesetz – Kommentar*, 2013, § 8 Rn. 47ff.; *Esser*, *Verfassungsrechtliche Aspekte der Lebendspende von Organen zu Transplantationszwecken*, 2000, S. 79; *derselbe*, in: Höfling (Hrsg.), *Transplantations-*

begrenzung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG genüge »den Anforderungen an eine rationale, rechtsstaatliche und grundrechtsfreundliche Gesetzgebung nicht« und sei »im besten Fall freiheitswidrig, im schlechteren therapiefeindlich, im schlimmsten eine Verweigerung der Lebensrettung«;²⁰ mit Blick auf die schützenswerten Gesetzeszwecke hätte »eine Beweislastumkehr für einander nicht Nahestehende ... ausgereicht«;²¹ »die besondere Problematik der Entscheidung« liege »darin, daß sie den bevormundenden staatlichen Schutz des Menschen vor sich selbst nicht nur als solchen, sondern darüber hinaus als Rechtfertigung für einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff bei einer *dritten* Person (hier: dem Organempfänger)« legitimiere;²² und ganz generell gelte: »Die Vorstellung, es könne ein legitimes Anliegen des liberalen Rechtsstaats sein, erwachsene, einsichtsfähige und hinreichend informierte Menschen gegen ihren erklärten Willen vor sich selbst zu schützen«, habe »in der rechtsphilosophischen Diskussion der vergangenen Jahrzehnte eine vernichtende Kritik erfahren ... Eine solche Begründung staatlichen Handelns« sehe »sich einem grundsätzlichen Legitimitätsdefizit gegenüber, weil sie Menschen nicht als Personen« ernst nehme und »sich an der für Rechtsstaaten fundamentalen Annahme« vergehe, »daß Grundrechte die Funktion haben, Spielräume zur eigenverantwortlichen Suche nach den je individuellen Maßstäben des richtigen und gelungenen Lebens zu garantieren.«²³ – Das sind schwere Vorwürfe, die in der Sache schon zu Zeiten der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorgetragen

gesetz – Kommentar, 2002, § 8 Rn. 89 ff.; *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende – Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands, 2008, S. 263 ff.; *Fateh-Moghadam / Schroth / Gross / Gutmann*, Medizinrecht 2004, 19 f.; *Gutmann*, NJW 1999, 3387 ff.; *derselbe*, in: Middel / Pühler / Lilie / Vilmar (Hrsg.), Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts – Bestandsaufnahme und Bewertung, 2010, S. 17, 27 ff.; *Gutmann / Schroth*, Organlebendspende in Europa – Rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, 2002, S. 24; *Höfling*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung der Enquete-Kommission »Ethik und Recht in der modernen Medizin« – Organlebendspende, 2005, S. 3 f.; *Kauch / Flach / Merkel*, in: Zwischenbericht der Enquete-Kommission »Ethik und Recht in der modernen Medizin« – Organlebendspende, Drucksache des Bundestages 15/5050, 2005, S. 78 ff.; *Paeffgen*, in: Nomos Kommentar StGB, Band 2, 2013, § 228 Rn. 94–96; *Pfeiffer*, Die Regelung der Organlebendspende im Transplantationsgesetz, 2003, S. 115 ff.; *Rittner / Besold / Wandel*, Medizinrecht 2001, 118, 120; *Sachs*, JuS 2000, S. 393 ff.; *Seidenath*, Medizinrecht 2000, S. 33; *Zillgens*, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende – Betrachtungen de lege lata und de lege ferenda, 2004, S. 331 ff., zusammenfassend S. 341; kritisch auch *Ohly*, »Volenti non fit iniuria« – Die Einwilligung im Privatrecht, 2005, S. 105 f.

²⁰ *Kauch / Flach / Merkel*, in: Zwischenbericht der Enquete-Kommission »Ethik und Recht in der modernen Medizin« – Organlebendspende, Drucksache des Bundestages 15/5050, 2005, S. 78, 81 linke Spalte.

²¹ *Seidenath*, Medizinrecht 2000, 33, 34.

²² *Gutmann*, NJW 1999, 3387, 3388 – Hervorhebung dort.

²³ *Gutmann*, ebenda.

worden waren²⁴ (und übrigens auch mit der Verfassungsbeschwerde vorgetragen worden sind), was den Umstand, dass die Verfassungsrichter zur Legitimität des Gesetzeszwecks weitgehend schweigen, noch unverständlicher erscheinen lässt.

Eine argumentative Legitimation des staatlichen Paternalismus ist im Rahmen unseres Themas umso mehr einzufordern, als die §§ 18, 19 TPG den Willen des Spendebereitenden mit den Mitteln des Strafrechts unterdrücken. Selbst bei grundsätzlicher Zulässigkeit solcher Spendeverbote könnten die Strafnormen des Transplantationsgesetzes deshalb illegitim sein, weil sie ihren Paternalismus mit der *ultima ratio* des Strafrechts absichern.²⁵ Das Bundesverfassungsgericht kennzeichnet die Aufgabe des Strafrechts wie folgt: »Das Strafrecht wird als ›ultima ratio‹ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.«²⁶ Die gesteigerte Eingriffsintensität strafrechtlicher Sanktionen könnte also die eine oder andere Spendebegrenzung des Transplantationsgesetzes unverhältnismäßig machen.²⁷ Diese Fragen stehen vor allem deswegen im Raum,

²⁴ Vgl. die Nachweise zur angelsächsischen und älteren deutschsprachigen Literatur in Fußnote 2.

²⁵ Zum Gedanken der Ultima Ratio näher BVerfG, 120, 239, 240; Hassemer, in: Griesbaum/Hannich/Schnaar (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung – Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 49, 59; Hörmle, Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005, S. 1, 25 ff.; Roxin, JuS 1966, 377, 382; derselbe, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 2006, § 2 Rn. 97; ferner Appel, Verfassung und Strafe – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, S. 404 ff., 543 ff.; Köhler, NJW 1985, 2389 f.; Kühl, in: Jahn/Kudlich/Streng (Hrsg.), Strafrechtspraxis und Reform – Festschrift für Heinz Stöckel, 2010, S. 117 ff.; Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte – Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, 1996, S. 531; Seelmann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2007, S. 3 ff.; und die Beiträge in: Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1987.

²⁶ BVerfGE 120, 224, 239 f. (Geschwister-Inzest); das Urteil entbehrt in diesem Punkt allerdings der Folgerichtigkeit, weil die Senatsmehrheit kurz darauf befindet, dass die Befugnis des Strafgesetzgebers nicht »unter Berufung auf angeblich vorfindliche oder durch Instanzen jenseits des Gesetzgebers ›anerkannte‹ Rechtsgüter eingeeengt werden« dürfe (BVerfGE 120, 224, 240) – nur um dann im Anschluss an diese Behauptung aber doch drei in Frage kommende Rechtsgüter des § 173 Abs. 2 S. 1 StGB auf deren Verhältnismäßigkeit hin zu überprüfen (vgl. zum Ganzen näher bei Hörmle, NJW 2009, 2085 ff.; Noltenius, ZJS 2009, 15, 17; Roxin, StV 2009, 544, 545).

²⁷ Für das Organhandelsverbot geht etwa Schulte konsequent für jeden vom Gesetzgeber verfolgten Gesetzeszweck zweiseitig der Frage nach, ob das Verbot erstens an sich legitimierbar ist und ob es zweitens gerade mit den Mitteln des Strafrechts abgesichert werden darf (vgl. in: Die Rechtsgüter des strafbewehrten Organhandelsverbotes – Zum Spannungsfeld von Selbstbestimmungsrecht und staatlichem Paternalismus, 2009, S. 96 ff., 120 ff. *et passim*). Eine analytisch mögliche und auch von vielen durchgeführte Trennung von Verhaltensnorm, Androhungsnorm und Sanktionsnorm ist aber für die Bewertung der strafbewehrten Verbote nicht stets erforderlich (dazu näher Hefendehl, in: Schüne-

weil »sich die flankierenden Strafdrohungen« des Transplantationsgesetz zum Teil »gegen ein Verhalten richtet, dessen Charakter nichts mit dem eines [sonstigen] kriminellen Unrechts gemein hat, das vielmehr als Hilfe für schwerkranke Menschen ethisch von hohem Wert ist«²⁸ und »bei dem der Organspender« jedenfalls in Fällen altruistischer Spende »zudem – nach entsprechender Aufklärung – ausschließlich in seine eigenen Rechtsgüter eingreifen« lässt²⁹. Sein Verhalten ist also zumindest auf den ersten Blick nicht »sozialschädlich«, sondern achtenswert und verdient Respekt. Es in einem freiheitlichen Staat bei Strafe zu verbieten, muss daher eingehend und überzeugend begründet werden. Diese Begründung steht noch aus. Der Dreierausschuss des Bundesverfassungsgerichts ist in seinem Beschluss zwar kurz auf Fragen des schuldangemessenen Strafens eingegangen. Doch nehmen sich die Ausführungen befremdlich unsensibel aus, wenn es etwa heißt, dass es sich bei dem Verhalten des Arztes (im Falle freiwilliger und unentgeltlicher Lebendorganspende) zwar um ein sozial nützliches Verhalten handle, der Gesetzgeber aber befugt sei, zum Schutze wichtiger Gemeinschaftsgüter eine strafrechtliche Sanktion unabhängig von einer konkreten Gefährdung oder gar Verletzung der Schutzgüter in den Bereich einer abstrakten Gefährdung vorzuverlagern.³⁰

In dieser Untersuchung wollen wir daher für das Gebiet der Organtransplantation der Frage nachgehen, ob sich tragfähige Begründungen für das schützende und strafrechtlich abgesicherte Bevormunden finden lassen, wie der Staat es derzeit manchem Spendewilligen zumutet – und das für die Organbedürftigen vielfach gesundheitlich schlimme Folgen hat und nicht selten

mann / Achenbach / Bottke / Haffke / Rudolphi [Hrsg.], Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 145, 159f.; *Staechel*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat – Normative und empirische, materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis, 1998, S. 164; im Ergebnis wohl auch *Lewisch*, ZÖR 1998, 390, 392). Zu Bedenken ist nämlich, dass die Sanktionsnorm über die Androhungsnorm mit der Verhaltensnorm verknüpft ist. Schon die Verhaltensnorm greift stärker in die Handlungsfreiheit ein, wenn sie strafrechtlich abgesichert ist. Denn schon der Normbefehl hat mit der strafrechtlichen Sanktionsnorm im Rücken stärkeres Gewicht und die Normübertretung kostet den Betroffenen mehr als in anderen Fällen rechtlicher Verbote. Und das erfährt der Normadressat schon mit Androhung der Sanktion. Mit einer Anleihe an eine Vokabel des Strafprozessrechts lässt sich sagen: Es besteht eine »Vorwirkung« (so verstehe ich auch *Schünemann*, in: von Hirsch / Neumann / Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht – Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, 2010, S. 221, 233 – dort unter 1.).

²⁸ So die wohl allgemein geteilte Bewertung von *Kauch / Flach / Merkel*, Sondervotum, in: Zwischenbericht der Enquete-Kommission »Ethik und Recht in der modernen Medizin« – Organlebenspende, Drucksache des Bundestages 15/5050, 2005, S. 78, 81 rechte Spalte unten; ähnlich *Gutmann*, NJW 1999, 3387, 3389; zugestanden auch vom BVerfG, NJW 1999, 3399, 3403.

²⁹ *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz – Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin, 2006, S. 8.

³⁰ BVerfG, NJW 1999, 3399, 3403 – unter Verweis auf BVerfGE 90, 145, 184.

tödlich endet.³¹ Freilich muss diese Begründung nur gegeben werden, wenn nicht schon sonstige Schutzzwecke, die jenseits des (rein) paternalistischen Spenderschutzes liegen, das Verbot legitimieren.³² In anderen Regelungs-zusammenhängen ist dieses Umschwenken auf einen drittschützenden und deshalb leichter legitimierbaren Gesetzeszweck bekannt.³³ So wird etwa bei der Gurt- und Helmpflicht für Auto- beziehungsweise Motorradfahrer darauf verwiesen, dass sich diese Regelungen mit dem Schutz von Drittinteressen rechtfertigen lassen: Gurt- und Helmpflicht sind geeignet, die Zahl schwerer Verletzungen im Straßenverkehr zu vermindern. Deshalb sorgen die Regelungen zum einen dafür, dass die Allgemeinheit weniger finanzielle Lasten tragen muss;³⁴ zum andern kann ein Unfallbeteiligter, der weitgehend unverletzt geblieben ist, die Unfallstelle räumen und absichern, Verletzte versorgen und Hilfe herbeirufen, was der Unangeschnallte oder Helmlose vielleicht wegen schwerer Verletzungen nicht mehr zu leisten vermag.³⁵

³¹ Der vielfach vermeidbare »Tod auf der Warteliste« ereilt jährlich etwa 1.000 Organbedürftige (dazu näher unten, S. 36).

³² von Münch, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg – Deutschland – Europa, Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Hans Peters Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, 1977, S. 113, 127; vgl. auch bei Harcourt, Journal of Criminal Law and Criminology 90 (1999), 105 ff.

³³ Gkoutis, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 20, der dies wohl als unzulässigen Kniff einstuft und ablehnt; auch Schünemann, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht – Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten, 2010, S. 221, 229 ff.

³⁴ Dazu BVerfGE 59, 275, 278 f.; Höfling, in: Wienke/Eberbach/Kramer/Janke (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, 2009, S. 119, 125; Hörnle, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht – Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten, 2010, S. 111, 118; Paeffgen, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S. 579, 599; von der Pfordten, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig/Kirste/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 93, 103; Seelmann, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht – Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten, 2010, S. 241, 251 f. – Das Argument ist problematisch, weil es dazu auffordert, auch andere die Gemeinschaftskassen schädigende Verhaltensweisen zu verbieten, wie Alkoholkonsum und den fortgesetzten Verzehr fettreicher Kost (Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie, 2001, S. 151 ff.). Intuitiv hat man aber das Gefühl, dass diese Verbote zu weit gingen. Freilich könnte diese Intuition in der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgefangen werden, indem diese Verbote für »unangemessen« und unverhältnismäßig im engeren Sinne erklärt werden (vgl. Schwabe, JZ 1997, 66, 72 ff.). – Zu weiteren Einwänden gegen den Eingriffsgrund der Finanzlastenvermeidung vgl. bei Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 229; Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1993, S. 259 ff.; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 158 ff.

³⁵ Ähnlich BVerfGE 59, 275, 278 f.; Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie, 2001, S. 151; von Münch, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg – Deutschland – Europa, Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Hans Peters Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, 1977, S. 113, 118; kritisch Hillgruber,

Zumindest der zweite Gesichtspunkt gibt einen hinreichenden Grund und erlaubt es dem Gesetzgeber, die Freiheit des Auto- und Motorradfahrers zu beschneiden.³⁶ Denn bei Gurt- und Helmpflicht handelt es sich danach um Solidaritätspflichten, die auferlegt werden dürfen wegen ihrer Geringfügigkeit und als Kehrseite der Freiheit zum gefährlichen Kraftfahrzeugführen. Wer mit Autofahren und Motorradfahren Verhaltensweisen an den Tag legt, die zivilrechtlich eine Gefährdungshaftung begründen, der muss es sich auch gefallen lassen, dass er zur Minderung der ihm von der Rechtsordnung erlaubten Gefährdungen leichteste Einschränkungen zu tragen hat.³⁷ Kann man in dieser Weise den Schutz von Drittinteressen anführen, muss zur Legitimierung einer Vorschrift nicht gesondert auf den paternalistischen Schutzzweck abgestellt werden.³⁸ Daher werden wir auch für die strafbewehrten Freiheitsbegrenzungen des Transplantationsgesetzes zunächst untersuchen, ob sie sich mit dem Schutz von Drittinteressen legitimieren lassen.³⁹ Das Bundesverfassungsgericht benennt in seinem Beschluss selbst ein solches Drittinteresse, nämlich das Allgemeininteresse an der »Seriosität der Transplantationsmedizin«:⁴⁰ Es sei für die Bewertung der Angemessenheit der Spendebegrenzung zu berücksichtigen, dass »gerade die mit § 8 Absatz 1 S. 2 TPG verfolgten Ziele dazu beitragen, in einem sensiblen Bereich wie der Transplantationsmedizin ein Höchstmaß an Seriosität und Rechtssicherheit herzustellen.«⁴¹ Das sei »unabdingbare Voraussetzung, wenn – um des Lebensschutzes willen – die Bereitschaft der Menschen zur Organspende langfristig gefördert werden soll.«⁴² Erst wenn solche, auf den Drittschutz abstellende Begründungsstrategien versagen, ist zu klären, ob ein – mehr oder weniger reiner – Strafrechtspaternalismus auf dem Feld der Organtransplantation legitimierbar ist.⁴³

Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 97; gegen ihn zutreffend *Schwabe*, JZ 1998, 66, 67 rechte Spalte oben.

³⁶ Vgl. bei *Schwabe*, JZ 1998, 66, 70 f. mit Fußnote 28.

³⁷ Ähnlich *Schünemann*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht – Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, 2010, S. 221, 240.

³⁸ *Seelmann*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht – Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, 2010, S. 241 ff. – *Hochbuth* sieht in den genannten Fällen allerdings immer den Zweck des (aufgedrängten) Schutzes mitverfolgt (in: *Anderheiden/Bürkli/Heinrich/Kirste/Seelmann* [Hrsg.], *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 207, 208).

³⁹ Drittes Kapitel, S. 303 ff.

⁴⁰ BVerfG, NJW 1999, 3399, 3402 sowie im zweiten Leitsatz. – Allerdings ist die »Seriosität der Transplantationsmedizin« in diesem Fall sicher nicht gefährdet gewesen, denn die Beteiligten wollten nur im Sinne des Transplantationsgesetzes das Leben des Organbedürftigen retten, ohne dass ein sonst mit der Spenderkreisbegrenzung verfolgter Zweck tangiert gewesen wäre (vgl. *Seidenath*, *Medizinrecht* 2000, 33).

⁴¹ BVerfG, ebenda.

⁴² BVerfG, ebenda.

⁴³ Die einzelnen Gesetzeszwecke, die paternalistischen und die nicht-paternalistischen,

Sachverzeichnis

- Arztvorbehalt s. *Organlebenspende*
Aufklärung des Organspenders s.
 Organlebenspende
Autonomie s. *auch Paternalismus*
– Menschenwürde und ~ 400, 407
- Begründungslast 328
- Cooling off period s.
 Organlebenspende
Cross over-Spende s.
 Organlebenspende
- Dammbruch
~ argument 181
~ gefahr 181
Donor Advocac s. *Organlebenspende*
- Einwilligungsunfähige Organspender
– Notstandsrechtfertigung 228
– Spendebegrenzung 223
Ethikkommission
~ klinische 106, 117, 345, 540, 543, 545
- Freiwilligkeit s. *Organlebenspende*
- Gefühlsschutz 437
- Höchstpersönliche Entscheidung 232,
 327, 375, 506, 518, 526, 541, 547
- Inkommensurabilitätsproblematik 526
Integritätsschutz s. *Paternalismus*
Intrapersonale Interessenkonflikte s.
 Notstandsrechtfertigung
- Konsequentialismus 148
- Lebenspende s. *Organlebenspende*
Leichenorganspende
– Allokationsmodelle 45
– Funktionsrate bei Nieren 176
– Organhandel 486
- Menschenwürde 391
– Gattungswürde 425
– Rechtspflichten gegen sich selbst 397
– Subjektives Recht 393
- Nachteilsausgleich s. *Organhandel*
Notstandsrechtfertigung
– Allgemein 274
– Dammbruchgefahren und ~ 212
– Dauergefahr 118, 178
– Einwilligungsunfähigkeit des
 Lebenspenders und ~ 228
– Irrtumsgefahren 189
– Intrapersonale
 Interessenkonflikte 229
– Missbrauchsgefahren 184
– Organhandel und ~ 481
– Spenderkreisüberschreitung und
 ~ 117, 171, 177, 222
– Überkreuzlebenspende und ~ 222
- Organ 28
Organbedürftiger 32, 350
Organempfänger
– Nutzen für den ~ 32
Organhandel
– Begriff 59
– Dankbarkeitsgaben 70
– Drittbereicherung 74
– eindeutige Fälle des ~ 64
– Entgelte der Operateure 83
– immaterielle Vorteile 75
– Kommerzialisierung 347

- körperliche Integrität des Lebendspenders 478
- Menschenwürde 391
- Motivbündel 81
- Nachteilsausgleich 64
- Normschutz 452
- Notstandsrechtfertigung 481
- Pietätsgefühl der Allgemeinheit 437
- Problemfälle 67
- Organmarkt 341
- Orientierungskompetenz 448
- Selbstkorrumpierung 378
- Seriosität des Transplantationswesens 134, 148, 472
- Solidarpflicht 389
- symbolische Gesetzgebung 467
- Überkreuzlebenspende 76
- Vermeidung wirtschaftlicher Einbußen 72
- wirtschaftliche Not des Spenders 370
- Wucher 350, 370
- Zwecke des Handelsverbotes 341, 486
- Zweiklassensystem 385
- Organmangel 36
- Organmarkt s. *Organhandel*
- Organlebenspende
 - Arztvorbehalt 271
 - Aufklärung des Spenders 256
 - Aufklärungsinhalte 258
 - Aufklärungsverzicht 266
 - Cooling-off-period 548
 - Cross-over-Spende s. *Überkreuzlebenspende*
 - Donor Advocat 548
 - Einwilligungsfähigkeit des Spenders 223, 494
 - Freiwilligkeit der ~ 3, 88, 92, 98, 107, 353, 370, 499, 532, 545
 - Funktionsrate bei Nieren 176
 - Näheverhältnis 86
 - Notstandsrechtfertigung 117, 171, 177, 222
 - Risiken 50
 - Spenderkreis 86, 494
 - Sittenwidrigkeit 286
 - Überkreuzlebenspende 76, 215, 222, 480
 - Volljährigkeit des Spenders 246, 494
- Organspende
 - Anreizmodelle 345
 - Rechtstatsächliches 32
 - Sprachgebrauch 30
- Organspender
 - Risiken 50
- Organtransplantation 28
- Paternalismus
 - Autonomiebegriff und ~ 498
 - autonomieorientierter ~ s. *weicher*
 - Autonomieschutzansatz 520
 - Begriff 13
 - Freiwilligkeitsschutz 545
 - harter direkter ~ 23, 504
 - harter indirekter ~ 23, 506
 - Integritätsschutzansatz 532
 - integritätsschützender ~ s. *weicher*
 - Legitimität 497
 - moralistischer ~ 25
 - Rationalitätsansatz 515
 - weicher ~ 542
- Schiefe-Ebene-Argument s. *Dammbruch*
- Selbstkorrumpierung s. *Organlebenspende*
- Slippery-slope-argument s. *Dammbruch*
- Spendebegrenzungen
 - Drittschutz 9, 303
 - Minderung der Überlebenschancen 174
 - strafbewehrte 1, 11
 - Verhältnis zum Kernstrafrecht 276
 - Zurechnung des Todeserfolges 127
- Spenderkreis s. *auch Organlebenspende*
 - Zwecke der Spendebegrenzung 91
- Strafrechtsgüter 318, 326
- Strafrechtspaternalismus s. *Paternalismus*
- Tabu(schutz) 230, 279, 309, 314, 337, 431, 442

- Überkreuzlebensspende
- Organhandel 76, 480
- Spenderkreis 215, 222
- Utilitarismus 135, 145, 153, 204
- Ultima Ratio
- Strafrecht als ~ 7, 126, 321, 392
- Verhältnismäßigkeit 2, 5, 85, 117, 132,
199, 205, 250, 265, 275, 321, 512
- Verteilungsgerechtigkeit 341, 511
- Volljährigkeit des Organspenders
- Notstandsrechtfertigung 253
- Spendebegrenzung 246