

- Ralph Ingelfinger* Tötungsverbot und Sterbehilfe, S. 38
- Stephan Sahm* Sterbehilfe in der aktuellen Diskussion - ärztliche und medizinisch-ethische Aspekte, S. 45
- Bernward Büchner* Zur Beobachtungspflicht des Bundesgesetzgebers, S. 52
- Mihály Filó* Nein zur aktiven Sterbehilfe – das Euthanasie-Urteil des ungarischen Verfassungsgerichtes, S. 60
- Wolfgang Waldstein* Abtreibungen in den Salzburger Landeskliniken aus rechtlicher Sicht

**Editorial**

- 37 Alte Probleme – neue Probleme

**Thema**

*Priv.-Doz. Dr. Ralph Ingelfinger, Heidelberg*

- 38 Tötungsverbot und Sterbehilfe

*Dr. med. Stephan Sahn, Offenbach*

- 45 Sterbehilfe in der aktuellen Diskussion –  
medizinische und medizinisch-ethische Aspekte

**Beitrag**

*VRiVG a. D. Bernward Büchner, Freiburg*

- 52 Zur Beobachtungspflicht des Bundesgesetzgebers

*Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Waldstein, Salzburg*

- 54 Abtreibungen in den Salzburger Landeskliniken aus  
rechtlicher Sicht

*RA Dr. Mihály Filó, LL.M., Budapest*

- 60 Nein zur aktiven Sterbehilfe – das Euthanasie-Urteil  
des ungarischen Verfassungsgerichtes

**Kommentar**

- 63 Amtseid

**Judikatur**

- 64 EGMR: Recht des ungeborenen Lebens auf straf-  
rechtlichen Schutz bei Schwangerschaftsabbruch  
wegen ärztlichen Verschuldens

- 65 OGH Wien: Unterlassungsanspruch gegen  
Abtreibungsvorwurf

- 65 LAG München: Spätabtreibung keine  
„Entbindung“

**Aus der JVL**

- 66 Neuwahlen auf der Mitgliederversammlung in  
Würzburg

**Umschau**

- 67 Tun oder Unterlassen?

- 67 Mutmaßungen über den Sterbewillen

- 68 Finale Selbstbestimmung

III **Trends**

## impresum

**Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)**

ISSN 0944-4521

**Redaktion**

Rainer Beckmann (verantwortlich), Richter am  
AG, Würzburg (rb), Dr. Ruth Reimann, Richterin  
am Landgericht, Leichlingen (rei), Knut Wiebe,  
Richter am Landgericht, Köln (kw)

**Anschrift der Redaktion**

Weißdornweg 1  
97084 Würzburg  
eMail: zfl@juristen-vereinigung-lebensrecht.de  
Telefon: 09 31 / 35 99 490

**Herausgeber**

Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.  
Postfach 50 13 30, D-50973 Köln  
Telefon: 0221/13 44 78  
Telefax: 0221/2 22 59 57

www.juristen-vereinigung-lebensrecht.de  
eMail: info@juristen-vereinigung-lebensrecht.de

**Vorstand der Juristen-Vereinigung  
Lebensrecht e.V.**

Bernward Büchner, Vors. Richter am VG a. D.,  
Freiburg i. Br.; Prof. Dr. Christian Hillgruber, Bonn;  
Rainer Beckmann, Richter am AG, Würzburg;  
Dr. Werner Esser, Notar a.D., Köln; Erika Nagel,  
Richterin am AG, Brühl

**Satz & Layout**

Rehder & Partner Medienagentur, Aachen

**Druck**

Luthe Druck und Medienservice, Köln

**Abonnement**

Die ZfL erscheint viermal jährlich. Das Jahresabon-  
nement beträgt 18 Euro inkl. Versand (Studenten  
zahlen 12 Euro).

Zahlungen erfolgen über die Dresdner Bank Köln,  
BLZ 370 800 40, Konto-Nr. 4 769 600.  
Bestellungen an den Herausgeber erbeten.

**Hinweis**

Die ZfL ist urheberrechtlich geschützt. Namentlich  
gezeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die  
Ansicht des Herausgebers wieder.  
Die Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. ist inter-  
disziplinär und nur dem Recht verpflichtet. Sie ist  
als gemeinnützig anerkannt.

**Leserbriefe und Manuskripte ...**

sind jederzeit willkommen und werden an die  
Anschrift der Redaktion erbeten.

**Herausgeber:** Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. (Köln)

## Herausgeberbeirat

Prof. Dr. med. Hermann Hepp, München

Prof. Dr. iur. Christian Hillgruber, Bonn

Prof. Dr. iur. Eike von Hippel, Hamburg

Prof. Dr. phil. Rupert Hofmann, Regensburg

Prof. Dr. iur. Winfried Kluth, Halle

Prof. Dr. iur. Karl Lackner, Heidelberg

Prof. Dr. iur. Winrich Langer, Marburg

Prof. Dr. iur. Joseph Listl, Bonn

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Harro Otto, Bayreuth

Prof. Dr. med. Johannes Pechstein, Mainz

Prof. Dr. theol. Anton Rauscher, Augsburg

Prof. Dr. iur. Wolfgang Rübner, Köln

Prof. Dr. med. Traute Schroeder-Kurth, Eibelstadt

Prof. Dr. phil. Manfred Spieker, Osnabrück

Prof. Dr. iur. Herbert Tröndle, Waldshut-Tiengen

Prof. Dr. iur. Ralph Weber, Rostock

Prof. Dr. phil. Paul-Ludwig Weinacht, Würzburg

Prof. Dr. med. Hans-Bernhard Wuermeling, Erlangen

---

## Alte Probleme – neue Probleme

Und plötzlich geht alles ganz schnell. Neuwahlen sollen ein politisches Dilemma lösen - die Sacharbeit des Parlamentes kommt rasch zum Erliegen. Mit einem Gesetz zur Regelung von Patientenverfügungen rechnet in diesem Jahr keiner mehr. Aber das Thema bleibt auf der Tagesordnung. Auch ein neu gewählter Bundestag wird sich mit Sicherheit dem Thema Patientenverfügung widmen. Gleichzeitig wird die Gesamtproblematik der Sterbehilfe in der öffentlichen Diskussion an Bedeutung zunehmen. Die Probleme dieser Legislaturperiode werden auch die Probleme des neuen Bundestages bleiben.

Die juristische Diskussion wird ohnehin weitergehen, nicht nur, weil punktuelle Gerichtsentscheidungen im Bereich der Sterbehilfe eine systematische Regelung nicht ersetzen können, sondern weil sich im Vorfeld des Deutschen Juristentages im September 2006 wohl noch einige Autoren in der Fachliteratur zu Wort melden werden. Das Thema der strafrechtlichen Abteilung „Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung“ bietet hierfür Anlass genug. Auch die Juristen-Vereinigung Lebensrecht hat dieses Thema auf der öffentlichen Tagung im Mai 2005 erneut aufgegriffen (s. Beiträge von *Ingelfinger* und *Sahm*, S. 38 und 45).

Die Rechtsentwicklung auf diesem Gebiet ist in Europa durchaus unterschiedlich. Während die Niederlande und Belgien ausdrücklich den Weg der Mitleidstötung beschreiten und Frankreich soeben ein Gesetz zur passiven Sterbehilfe mit speziellen Bestimmungen zu Patientenverfügungen verabschiedet hat, prägt in Ungarn das Verfassungsgericht die Rechtslage (s. Beitrag von *Filó*, S. 60). Das Interesse an der Entwicklung der Lebensrechts- und Bioethik-Diskussion in den osteuropäischen Staaten wird zunehmen.

Unbeschadet davon bleibt das „alte“ Thema Abtreibung auch in Deutschland aktuell. Zehn Jahre nach der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs wird immer deutlicher, dass der Umstieg auf das „Beratungsschutzkonzept“ jedenfalls keinen besseren Schutz der ungeborenen Kinder zur Folge hatte. Die vom Bundesverfassungsgericht für notwendig gehaltene Überprüfungs- und Nachbesserungspflicht wird jedoch weiterhin schamlos ignoriert (s. Beitrag von *Büchner*, S. 52). Auch in Österreich hat sich die Diskussion an der Frage, ob Abtreibungen in Landeskrankenhäusern durchgeführt werden sollen, neu entzündet (s. Beitrag von *Waldstein*, S. 60).

*Rainer Beckmann*

Priv.-Doz. Dr. Ralph Ingelfinger, Heidelberg<sup>1</sup>

## Tötungsverbot und Sterbehilfe

Im Spannungsfeld zwischen selbstbestimmtem Sterben und „absolutem“ Lebensschutz

### I. Einleitung

Die Thematik „Sterbehilfe“ wird wie kaum ein zweites rechtspolitisches Thema kontrovers diskutiert. Weltweit ist es erst jüngst durch den spektakulären Fall der US-Amerikanerin Terri Schiavo wieder in das Zentrum des medialen Interesses gerückt.<sup>2</sup> Aber auch schon zuvor haben mehrere grundlegende Entscheidungen des BGH<sup>3</sup> ebenso wie die Legalisierung der aktiven Tötung Schwerkranker in den Niederlanden und in Belgien zu einer lebhaften Debatte beigetragen. In Deutschland stehen rechtspolitisch die materiellen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen des tödlichen Behandlungsverzichts bei entscheidungsunfähigen Schwerstkranken im Fokus der Betrachtung. Im Juni 2004 hat die vom Bundesjustizministerium eingesetzte interdisziplinäre Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ ihren Abschlussbericht vorgelegt, der Empfehlungen an den Gesetzgeber zur Änderung des Betreuungs- und Strafrechts enthält.<sup>4</sup> Daneben liegen ein – allerdings nicht mehr weiterverfolgter – Gesetzentwurf des Bundesjustizministeriums zur Patientenverfügung<sup>5</sup> und ein Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“<sup>6</sup> vor, der am 10. März im Bundestag diskutiert worden ist. Die Sondervoten zu dem zuletzt genannten Papier zeigen, wie weit die vertretenen Standpunkte teilweise voneinander entfernt sind. Dabei besteht zwischen den Beteiligten freilich auch in manchen Punkten Konsens. So ist man sich einig, dass die aktive direkte Sterbehilfe „strikt und ausnahmslos“ verboten bleiben muss. Das Bundesjustizministerium versteht seinen Gesetzentwurf denn auch als Beitrag, „Forderungen nach der Legalisierung aktiver Sterbehilfe zurückzudrängen“.<sup>7</sup> Einvernehmen besteht auch im Grundsatz darin, dass schwer kranken Patienten die Möglichkeit zu einem selbstbestimmten, menschenwürdigen Sterben gegeben werden muss.

Vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion rücken demnach vor allem zwei Fragen in den Blickpunkt des Interesses: Wie viel Selbstbestimmung am Lebensende soll und kann es nach geltendem und künftigem Recht geben? Und wie kann man dem Wunsch nach einem Sterben in Würde am besten gerecht werden?

Um die Fragen zu beantworten, ist zunächst ein Blick auf den rechtlichen Rahmen zu werfen, innerhalb dessen sich ein selbstbestimmtes Sterben bewegen kann. Dieser Rahmen wird einerseits bestimmt durch das in § 216 StGB geregelte strikte Verbot der Tötung auf Verlangen und andererseits durch das in der Verfassung

verbürgte Recht des mündigen Menschen, eine medizinische Behandlung auch dann abzulehnen, wenn dies zum Tode führt. In beiden Fällen geht es zwar um tödliche Selbstbestimmung, gleichwohl unterscheiden sie sich ganz zentral.

Im Folgenden soll zunächst dieser Unterschied durch die Betrachtung des Verhältnisses von Selbstbestimmung am Lebensende und strafrechtlichem Lebensschutz näher herausgestellt werden (II.). Danach wird dann der Blick auf den Behandlungsverzicht im Spiegel der aktuellen Diskussion um die Patientenverfügung gerichtet (III.), bevor ein Schlusswort (IV.) den Beitrag beendet.

### II. Selbstbestimmung am Lebensende und strafrechtlicher Lebensschutz

Das Strafrecht setzt der Selbstbestimmung des Einzelnen über sein Lebensende eine unbedingte Grenze: § 216 StGB verbietet bei Strafe die Tötung auf Verlangen. Die Vorschrift schließt nach ganz h. M. jede Rechtfertigung einer aktiven direkten Sterbehilfe – auch in Extremfällen – aus. Die darin zum Ausdruck kommende Unverfügbarkeit des menschlichen Lebens wird als Ausprägung eines Grundsatzes des „absoluten“ strafrechtlichen Lebensschutzes verstanden. Was verbirgt sich hinter dieser Bezeichnung?

#### 1. „Absoluter“ Lebensschutz und positiver Wert jedes Menschenlebens

In juristischen, vor allem in strafrechtlichen Arbeiten liest man häufig über die Maxime des absoluten Lebensschutzes. Gerade im Bereich der Sterbehilfe wird nicht

1 Schriftliche, mit Fußnoten versehene Fassung des Vortrages auf der öffentlichen Tagung der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e. V. am 30. April 2005 in Würzburg.

2 Siehe neben den zahlreichen Berichten in der Tagespresse z. B. die Reportagen im „Focus“, Nr. 14 vom 4. April 2005; im „Spiegel“, Nr. 14 vom 4. April 2005; im „Stern“, Nr. 14 vom 31. März 2005.

3 Siehe BGHSt 40, 257; 42, 301; 46, 279; BGH NJW 2003, 1588.

4 „Patientenautonomie am Lebensende: ethische, rechtliche und medizinische Aspekte zur Bewertung von Patientenverfügungen“ vom 10. Juni 2004; im Internet: [www.bmj.bund.de/media/archive/695.pdf](http://www.bmj.bund.de/media/archive/695.pdf).

5 „Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts“ vom 1. November 2004 (BMJ-Entwurf); im Internet auf der Seite der Akademie für Ethik in der Medizin: [www.aem-online.de/main.htm](http://www.aem-online.de/main.htm).

6 BT-Drs. 15/3700.

7 Pressemitteilung des BMJ vom 5. November 2004; im Internet: [www.bmj.bund.de/media/archive/791.pdf](http://www.bmj.bund.de/media/archive/791.pdf).

selten mit Hilfe dieses Gesichtspunktes argumentiert. Andererseits gibt so schon seit geraumer Zeit Stimmen, welche die grundsätzliche „Relativität ... des Lebensschutzes“ offen eingestehen.<sup>8</sup> Andere gar sehen in dem Bekenntnis zum absoluten Lebensschutz eine bloße verbale Schablone ohne greifbaren Inhalt.<sup>9</sup>

Sieht man genauer hin, so besteht zum Teil ein Missverständnis über den Inhalt dessen, was nach der genannten Maxime Absolutheit beanspruchen soll. Nicht selten wird unter dem Begriff „absoluter Lebensschutz“ nämlich die absolute Geltung des Tötungsverbots verstanden. Ein solches Verständnis ist aber ersichtlich schon deshalb unangebracht, weil das Recht keine absolute Geltung des Tötungsverbots kennt. Das zeigen mit aller Deutlichkeit die anerkannten Ausnahmen der tödlichen Notwehr und der Tötung im Krieg. Auch der Gesetzesvorbehalt in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG macht das deutlich.<sup>10</sup> Das mit dem Begriff „absoluter Lebensschutz“ Gemeinte muss daher etwas anderes sein. Sein Inhalt erschließt sich, wenn man das Adjektiv „absolut“ allein auf den Wortbestandteil „Leben“ bezieht. Das Absolute ist dann nicht das Schutzinstrument, also das Tötungsverbot, sondern das, was geschützt wird: das Rechtsgut Leben. Ich habe an anderer Stelle nachgewiesen,<sup>11</sup> dass der Ursprung des Terminus „absoluter Lebensschutz“ genau auf ein solches, von dem Strafrechtler *Reinhart Maurach* geprägtes Verständnis zurückgeht. Dazu heißt es bei ihm wörtlich: „Das Leben ist schutzwürdig ohne Rücksicht auf das Lebensgefühl, das Lebensinteresse des einzelnen; es wird ebenso absolut geschützt ohne Rücksicht auf die Wertschätzung, welche die Gesamtheit dem Leben des einzelnen als sozialer Funktion entgegenbringt; und es wird endlich in jeder Phase des von ihm zu durchlaufenden Prozesses in gleicher Weise als Rechtsgut anerkannt.“<sup>12</sup> Aus einem so verstandenen Prinzip des „absoluten Lebensschutzes“ lässt sich eine ganz fundamentale Aussage herleiten: Das Menschenleben ist unabhängig vom physischen und psychischen Zustand seines Trägers immer und ausnahmslos ein Rechtsgut und damit stets etwas Wertvolles. Vor den Augen der Rechtsordnung kann es daher niemals ohne Wert und nur noch ein bloßes Übel sein. Ein solches Prinzip, das im Bekenntnis zur Menschenwürde zum Ausdruck kommt und das Fundament des Tötungsverbots bildet, soll als „Grundsatz des positiven Werts jedes Menschenlebens“ bezeichnet werden.<sup>13</sup> Um Missverständnissen vorzubeugen: Damit ist nicht ausgesagt, dass Qualitätsaspekte im Zusammenhang mit dem Rechtsgut Leben keinerlei Rolle spielen dürfen. Es ist daher nicht ausgeschlossen, die Lebensqualität bei Entscheidungen über Leben und Tod zu berücksichtigen. Der Grundsatz behauptet weniger, dies aber wirklich absolut: Die Rechtsordnung darf nicht erlauben, dass ein Menschenleben auf der Entscheidungsgrundlage ausgelöscht wird, es sei etwas Negatives und habe seinen Sinn verloren.

Wie verhält sich dieser Grundsatz zur Sterbehilfe?

## 2. Aktive direkte Sterbehilfe

Die aktive direkte Sterbehilfe, verstanden als zielgerichtete Tötung zur Leidbeendigung, lässt sich mit der Maxime des positiven Werts jedes Menschenlebens nicht vereinbaren. Sie dient – anders als die indirekte Sterbehilfe – nicht dazu, dem Todgeweihten eine einigermaßen erträgliche letzte Lebensphase zu ermöglichen, sondern allein dazu, einen für unerträglich erachteten Zustand ersatzlos und so schnell wie möglich zu beenden. Da der Wille des Betroffenen – wie sich an § 216 StGB zeigt – dem Geschehen nicht seinen Unrechtscharakter nehmen kann, kommt als ausschlaggebender legitimierender Grund nur die Beendigung des Leidenszustands selbst in Betracht. Das ist im Ergebnis der Standpunkt jener, die eine aktive Sterbehilfe in gewissen Fällen schon nach geltendem Recht aufgrund rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB erlauben wollen.<sup>14</sup> Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift wäre aber, dass das sog. Eingriffsgut – also das Leben – zum Erhalt eines anderen Guts, dem sog. Erhaltungsgut, geopfert wird. Bei der „Mitleidstötung“ fehlt es aber gerade an der Erhaltung eines solchen Guts. Denn sie erhält nichts, sondern beendet lediglich einen für beendigungswürdig erachteten Zustand. Und die im Fall der verlangten Tötung gegebene Realisierung der Selbstbestimmung kommt – wie § 216 StGB mit aller Deutlichkeit zeigt – als überwiegendes Interesse keinesfalls in Betracht. Die Begründung, mit deren Hilfe eine verlangte Tötung deshalb einzig legitimiert werden könnte, ist schlicht die, dass sie etwas beendet, das ein bloßes Übel und als solches notwendig das Gegenteil eines Guts ist. Die Anerkennung der Euthanasie als „guter Tod“ setzt – mit oder ohne Beglaubigung durch den Willen des Betroffenen – voraus, dass das zu beendende Dasein keinen Lebenswert mehr besitzt. Schon aus diesem Grund ist sie strikt abzulehnen.

## 3. Indirekte Sterbehilfe

Ganz anders zu bewerten ist die indirekte Sterbehilfe. Darunter versteht man den Einsatz leidvermindernder Mittel bei Sterbenden oder Todkranken mit dem Risiko, den Todeseintritt zu beschleunigen. Sie dient nicht dem

8 *Eser*, JZ 1986, 786 (789).

9 *Merkel*, in: Hegselmann/Merkel (Hrsg.), Zur Debatte über Euthanasie (1992), 71 (72).

10 Siehe dazu auch *Höfling*, ZfL 2002, 33.

11 *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots (2004), 14 ff.

12 *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil (1952), 12.

13 *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots (2004), 17 f.

14 Siehe z. B. *Herzberg*, NJW 1996, 3047 ff.; *Merkel*, Früheuthanasie (2001), 528 ff.; *Neumann*, in: NK, StGB, § 34 Rn 35.

kompensationslosen Tausch Leben gegen Tod, sondern vielmehr *unmittelbar* dazu, dem Leidenden eine erträgliche Lebensphase zu schaffen und damit ein Gut zu *erhalten*, auch wenn dadurch *mittelbar* über die Verkürzung der Lebenszeit entschieden wird. Sie setzt daher gerade nicht voraus, das Leben des Betroffenen als bloßes Übel zu bewerten, und kommt nicht in Konflikt mit dem Grundsatz des positiven Werts jedes Menschenlebens. Sie verlangt inhaltlich nur die Wertung, dass einem kürzen Leben ohne schwere Schmerzen der Vorzug vor einem etwas längeren qualvollen gegeben wird.<sup>15</sup>

Zur dogmatisch sehr umstrittenen Erklärung der Straffreiheit und deren Grenzen, sei hier nur Folgendes angemerkt.<sup>16</sup> Richtig ist entgegen der h. M., die einen rechtfertigenden Notstand annimmt,<sup>17</sup> dass es bei der indirekten Sterbehilfe bereits an einer Tötungshandlung fehlt, weil sie bei materieller Betrachtung das Rechtsgut Leben nicht verletzt. Geht es nämlich um die Wahl zwischen einem etwas kürzeren Leben ohne schwere Schmerzen und einem nicht viel längeren, das von Qualen bestimmt ist, dann werden gerade nicht zwei unterschiedliche Güter gegeneinander abgewogen. Vielmehr wird ein einzelnes Gut – das Leben – nach der Leidensfähigkeit des betroffenen Menschen inhaltlich bestimmt. Das Herstellen eines erträglichen Daseins mittels indirekter Sterbehilfe ist damit eine Handlung, die das Leben des Patienten zu einem subjektiv erlebbaren Gut macht. Es ist deshalb trotz der formalen Kürzung der Lebensdauer keine Verletzung des Rechtsguts Leben. Nur ein solches Verständnis erfasst den sozialen Sinn- und Bedeutungsgehalt des Geschehens in zutreffender Weise: Ärzte, die indirekte Sterbehilfe leisten, töten nicht.

#### 4. Tödlicher Behandlungsverzicht

In den Grundwertungen ähnlich wie bei der indirekten Sterbehilfe stellt sich die Entscheidungssituation auch beim tödlichen Behandlungsverzicht dar. Sein Grundgedanke beruht, wie er im unmittelbaren Endstadium des Sterbeprozesses deutlich wird, auf der Überlegung, dass eine kürzere, von medizinischen Eingriffen freie Sterbephase mitunter besser sein kann als eine längere, die von der Anwendung technischer Mittel beherrscht wird. Das entscheidende Ziel des Behandlungsverzichts liegt darin, dem Todgeweihten ein „natürliches“ Sterben gleichsam „in Ruhe“ zu gewährleisten und damit – was wichtig ist – ein Gut zu *erhalten*. Die sog. passive Sterbehilfe beruht daher gerade anders als die aktive „Mitleidstötung“ nicht auf einem kompensationslosen Tausch Leben gegen Tod. Sie kommt deshalb auch nicht in Konflikt mit der Maxime des positiven Werts jedes Menschenlebens, sondern hat eine defensive Zielsetzung, die auf Abwehr medizinischer Einmischung gerichtet ist. Man kann sie daher auch defensive Sterbehilfe nennen.

Zweifelhaft wird die dargelegte Entscheidungsgrundlage zum Behandlungsverzicht freilich dann, wenn der Patient zwar schwer und aussichtslos erkrankt, aber – wie die Wachkoma-Patienten – noch nicht im Sterben liegt (passive Sterbehilfe im weiteren Sinne oder Hilfe zum Sterben genannt). Hier steht nicht mehr der Erhalt einer eingriffsfreien Sterbephase allein im Vordergrund, sondern auch und vor allem das Anliegen, den Betroffenen von seinem weiteren Dasein zu befreien. Jede externe Bewertung wäre hier unvereinbar mit dem Grundsatz des positiven Werts jedes Menschenlebens. Deshalb können entgegen Äußerungen des 1. Strafsenats des BGH<sup>18</sup> allgemeine Wertvorstellungen – falls es solche hier überhaupt gibt – keinesfalls über einen Behandlungsabbruch entscheiden. Nur der Wille des Betroffenen kann hier einen Abbruch legitimieren. Auch insoweit ist das Verhalten des die Behandlung beendenden Arztes dann aber defensiv. Es dient der Abwehr einer selbstbestimmungswidrigen (weiteren) medizinischen Intervention. Denn es ist das Recht des mündigen Patienten, eine Behandlung abzulehnen, sogar dann, wenn sie Erfolg verspräche. Geht der Wille des Patienten deshalb dahin, eine medizinische Maßnahme einzustellen, verliert der Arzt sein Recht zur Weiterbehandlung, so dass als juristische Kehrseite auch keine Lebensverlängerungspflicht mehr besteht.

Ein Behandlungsveto des Patienten ist dogmatisch aber nicht etwa eine Einwilligung in eine Tötung durch Unterlassen, die angesichts des § 216 StGB auch gar nicht möglich wäre, sondern eine Verweigerung bzw. ein Widerruf der Einwilligung in die Weiterbehandlung.<sup>19</sup> Sie bewirkt in strafrechtlicher Hinsicht, dass der Arzt aus seiner Garantenstellung entlassen wird und daher schon nicht den Tatbestand eines Tötungsdelikts durch Unterlassen verwirklicht.<sup>20</sup> Ärzte töten also nicht, wenn sie dem Wunsch des Patienten nach Behandlungsabbruch entsprechen.

Problematisch wird das Willenskriterium aber dann, wenn es an einer aktuellen Willensäußerung fehlt. In welcher Weise hier auf einen mutmaßlichen oder antizipierten Willen abgestellt werden kann, ist die entscheidende Frage der gegenwärtigen rechtspolitischen Diskussion, die nunmehr betrachtet werden soll.

15 Vgl. *Roxin*, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), *Medizinstrafrecht* (2. Aufl. 2001), 93 (97).

16 Siehe dazu ausführlich *Ingelfinger*, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots* (2004), 257 ff.

17 Dafür BGHSt 46, 279 (285); nur in der Tendenz, ohne endgültige Festlegung noch BGHSt 42, 301 (305).

18 BGHSt 40, 257 (263).

19 Siehe z. B. *Bernsmann*, *ZRP* 1996, 87 (89); ausführlich *Ingelfinger*, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots* (2004), 294 ff.

20 *Ingelfinger*, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots* (2004), 310.

### III. Der tödliche Behandlungsverzicht im Spiegel der aktuellen Diskussion um die Patientenverfügung

#### 1. Die Ausgangssituation: Primat des Patientenwillens

Die rechtliche Ausgangssituation beim Behandlungsverzicht ist zunächst klar: Es gilt der Primat des Patientenwillens. Jeder ärztliche Eingriff in den Körper des Kranken bedarf grundsätzlich der Einwilligung. Da es ein Zwangsbehandlungsrecht des Arztes auch im Fall von Lebensgefahr nicht gibt, kann der Patient diese wirksam verweigern bzw. widerrufen, selbst wenn das unvernünftig ist und objektiv seinem Wohl widerspricht. Denn ein aufgezwungener Eingriff in den Körper eines Patienten wäre ein gravierender Bruch seiner Autonomie und als Anmaßung der Vernunftthoheit über die Leiblichkeit eines anderen ein Verstoß gegen die Menschenwürde.<sup>21</sup> Hieraus ergibt sich, dass ein Behandlungsverzicht dann rechtlich wenig problematisch ist, wenn der mündige Patient ihn bei klarem Verstand *ausdrücklich* verlangt. Der Arzt ist dann gehalten, die Behandlung einzustellen und aus seiner Garantenposition entlassen.

In der Praxis sehen die Situationen aber meist anders aus: Der Patient kann sich selbst nicht mehr aktuell dazu äußern, ob er die Aufnahme oder Fortführung einer medizinischen Maßnahme wünscht. Hier kann dann nur – falls vorhanden – auf eine antizipierte Willenskundgabe, auf einen mutmaßlichen Willen oder auf das objektive Wohl<sup>22</sup> abgestellt werden. Im Zentrum der gegenwärtigen Diskussion steht hierbei die Frage, welche rechtliche Bedeutung sog. Patientenverfügungen zukommt.

#### 2. Die rechtliche Bedeutung von Patientenverfügungen

Ausdrückliche gesetzliche Regelungen über Patientenverfügungen existieren in Deutschland derzeit nicht.<sup>23</sup> Kaum verwunderlich ist es deshalb, dass unter den Juristen Streit herrscht über die rechtliche Bedeutung solcher Erklärungen. Der Dissens betrifft mehrere Punkte: die Verbindlichkeit, die formellen und sonstigen Anforderungen sowie die inhaltliche Reichweite. Im Folgenden kann hier nur auf die wesentlichen Gesichtspunkte eingegangen werden.

##### a) Verbindlichkeit

Zum Teil wird Patientenverfügungen die prinzipielle Verbindlichkeit abgesprochen. Sie seien nur als Indiz zur Bestimmung des (mutmaßlichen) Willens des Betroffenen im Entscheidungszeitpunkt anzusehen.<sup>24</sup> Demgegenüber hat der 12. Zivilsenat des BGH in einem Beschluss aus dem Jahre 2003 einer validen Patientenverfügung grundsätzlich Bindungswirkung eingeräumt.<sup>25</sup>

Die Annahme einer prinzipiellen Verbindlichkeit hat verschiedene Konsequenzen. Zunächst bewirkt sie, dass die Patientenverfügung grundsätzlich kein „Verfallsdatum“ trägt,<sup>26</sup> sondern unabhängig vom Zeitablauf Gültigkeit besitzt, es sei denn konkrete Anhaltspunkte eines geänderten Willens des Betroffenen liegen vor. Die zweite Konsequenz ist die, dass mit der verbindlichen, auf die konkrete Situation zutreffenden Patientenverfügung eine eigene Erklärung des Betroffenen vorliegt, so dass richtigerweise anders als bei Annahme eines bloßen Indizes keine stellvertretende Erklärung des Betreuers (Einwilligungsverweigerung bzw. Einwilligungswiderruf) notwendig ist, dieser vielmehr allein für die faktische Umsetzung des Patientenwillens zu sorgen hat.<sup>27</sup>

Für die Annahme einer grundsätzlichen Bindungswirkung einer Patientenverfügung sprechen gewichtige Gründe. Das durch die Verfassung verbürgte Selbstbestimmungsrecht des Menschen verlangt, seine Wünsche auch dann zwingend zu beachten, wenn er aktuell zur Willensbildung nicht mehr fähig ist. Der Verlust der Entscheidungsfähigkeit führt nicht zu einem Verlust des Selbstbestimmungsrechts.<sup>28</sup> Es wäre mit dem Verständnis des Menschen als einem autonomen Wesen schlechterdings nicht zu vereinbaren, sich über seinen freien und erklärten Willen zur körperlichen Selbstbestimmung hinwegzusetzen. Deshalb kann die niemals völlig auszuschließende Möglichkeit, dass der Betroffene im Angesicht der konkreten Situation seine Meinung vielleicht geändert hätte, allein nicht genügen, um die Bindungswirkung zu erschüttern. Es ist zwar richtig, dass gerade menschliche Krisen oftmals zu Veränderungen des mentalen Zustands führen.<sup>29</sup> Das allein kann jedoch noch nicht dazu berechtigen, einen früher eindeutig artikulierten Willen zu überspielen.

21 Siehe dazu *Taupitz*, Gutachten zum 63. Deutschen Juristentag (2000), A 13. Zum Gesichtspunkt der Anmaßung von Vernunftthoheit und dazu, dass nicht jeder zwangsweise Eingriff in den Körper eines anderen gegen die Menschenwürde verstößt, siehe *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots (2004), 298 f.

22 Hierfür *Beckmann*, Sondervotum Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/3700, 59, der die Figur des mutmaßlichen Willens aus „grundsätzlichen Erwägungen“ ablehnt; siehe auch dens., Zeitschrift für Biopolitik 2005, 9 (13 ff.); kritisch auch *Höfling*, JuS 2000, 111 (116 ff.).

23 Zu anderen europäischen Ländern siehe Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/3700, 22 ff.

24 Siehe z. B. *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, vor § 211 Rn 8 m. w. N.; *Student*, ZfL 2004, 94 (96).

25 BGH NJW 2003, 1588.

26 Der BGH leitet dies aus dem Rechtsgedanken des § 130 Abs. 2 BGB ab. Siehe aber auch den Vorschlag, eine notwendige Aktualisierung mindestens alle drei oder vier Jahre zu verlangen, Sondervotum *Albers* u. a., Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/3700, 65.

27 So zutreffend Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, 10; *Lipp*, FamRZ 2004, 317 (321).

28 Siehe z. B. *Hufen*, NJW 2001, 849 (852); *Lipp*, FamRZ 2004, 317 (320).

29 Siehe *Student*, ZfL 2005, 94 (96).

Andererseits könnte sich jedoch eine zu starke Bindung bisweilen auch gegen das Selbstbestimmungsrecht wenden. Es muss daher gewährleistet werden, dass eine nach Abfassung der Patientenverfügung eintretende Meinungsänderung des Patienten in ausreichender Weise Berücksichtigung finden kann. Vielfach wird hier darauf abgestellt, ob konkrete Anhaltspunkte für einen Widerruf vorliegen.<sup>30</sup> Diese Koppelung an einen Widerrufsakt, der sich gerade auf die Geltung der Verfügung in objektiver und subjektiver Hinsicht beziehen müsste, erscheint zu eng. Denn danach könnte eine allgemeine Änderung der persönlichen Einstellung und Weltanschauung, die nahe legt, dass die Verfügung nicht mehr gelten soll, nicht berücksichtigt werden. Um eine unangemessene Selbstbindung zu vermeiden, erscheint es daher überlegenswert, nicht allein auf das Fehlen eines Widerrufs abzustellen, sondern die Verbindlichkeit in allgemeiner Weise vom Fehlen einer erkennbaren Willensänderung abhängig zu machen.<sup>31</sup>

### b) Einhaltung formeller und sonstiger Voraussetzungen

Ein zweiter Streitpunkt betrifft die Frage, ob die rechtlichen Wirkungen der Patientenverfügung von der Einhaltung bestimmter formeller oder sonstiger Voraussetzungen abhängig sein sollten. Neben einer obligatorischen ärztlichen Aufklärung und einer regelmäßigen Aktualisierung<sup>32</sup> wird vor allem die Einhaltung der Schriftform diskutiert. Diese wird von der Enquete-Kommission<sup>33</sup> und dem Deutschen Richterbund<sup>34</sup> gefordert, während der Gesetzentwurf des Bundesjustizministeriums auch mündliche Erklärungen genügen lassen will.<sup>35</sup> Mittlerweile zeichnet sich jedoch eine Annäherung dahin ab, dass schriftliche Erklärungen zumindest mit größerer Verbindlichkeit ausgestattet werden sollen.

Blickt man auf die praktischen Unterschiede der divergierenden Ansichten, so sind sie geringer als sie zunächst erscheinen. Denn auch im Fall eines Schriftformerfordernisses würde eine mündliche Erklärung nicht die sonst übliche zivilrechtliche Folge der Formnichtigkeit nach sich ziehen. Die Verfügung wäre vielmehr in abgeschwächter Weise – als Indiz – bei der Erforschung eines mutmaßlichen Patientenwillens zu berücksichtigen. Eine inhaltlich ausreichend bestimmte und sicher beweisbare mündliche Erklärung hätte dann im Ergebnis letztlich kaum eine andere Wirkung als ein schriftlich verfasstes Dokument. Hinzu kommt, dass auch im Fall eines Formerfordernisses ein Widerruf unstrittig formfrei möglich sein muss. Denn eine sonst denkbare Selbstbindung des Patienten gegen seinen geänderten Willen wäre mit dem Selbstbestimmungsrecht unvereinbar. Ist ein Widerruf aber ohne Einhaltung einer Form möglich bzw. kann eine entsprechende Willensänderung auch durch handfeste Indizien festgestellt werden, dann beinhaltet auch eine schriftlich ver-

fasste Patientenverfügung letztlich nur eine – wenn auch beweiskräftige – Vermutung für die aktuelle Fortgeltung des in ihr zum Ausdruck kommenden Willens.<sup>36</sup> Eine Vermutung für einen aktuellen Willen kann aber auch eine mündliche Erklärung besitzen. Die Frage der Schriftform ist denn auch in einem Sondervotum zum Zwischenbericht der Enquete-Kommission als „Scheinproblem“ bezeichnet worden.<sup>37</sup>

Im Ergebnis ist m. E. gleichwohl eine Lösung zu bevorzugen, die von der Schriftform als Regelvoraussetzung ausgeht. Denn es ist aus Beweisgründen und aus Gründen des Missbrauchsschutzes wünschenswert, dass Patientenverfügungen tatsächlich schriftlich abgefasst werden. Das sollte auch eine gesetzliche Regelung deutlich machen. Dies könnte im Wege einer Soll-Vorschrift erfolgen,<sup>38</sup> die klarstellt, dass mündliche Verfügungen zwar nicht unwirksam, aber regelmäßig mit geringerer Verbindlichkeit ausgestattet sind. Eine solche Bestimmung würde einerseits ein Signal an die Bürger setzen, sich mit der Thematik der Patientenverfügung zu befassen und sich dann auch schriftlich festzulegen, um wirklich sicherzugehen, dass der eigene Wille verbindlich berücksichtigt werden kann. Andererseits würde dadurch ein Spielraum eröffnet, mündlichen Erklärungen im Einzelfall die gleiche Verbindlichkeit wie schriftlichen dann beizumessen, wenn ihr Inhalt in vergleichbar beweiskräftiger Weise ermittelt werden kann. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn ein Patient in einem Gespräch mit dem Arzt seine konkreten Wünsche äußert, die von diesem dokumentiert werden.

### c) Reichweitenbeschränkungen

Ein dritter Streit betrifft die Frage, welche Reichweitenbeschränkungen für Patientenverfügungen gelten bzw. gelten sollten.

#### aa) Zwingende Grenzen

Einigkeit herrscht zunächst über zwei zwingende Grenzen, die sich aus dem Strafrecht und dem ärztlichen

<sup>30</sup> BMJ-Entwurf, 3.

<sup>31</sup> So der Vorschlag der Mehrheit der Enquete-Kommission, Zwischenbericht, BT-Drs. 15/3700, 45; ebenso die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum BMJ-Entwurf, 3, im Internet: [www.brak.de/Seiten/pdf/Stellungnahmen/Betreuungsrechts.pdf](http://www.brak.de/Seiten/pdf/Stellungnahmen/Betreuungsrechts.pdf).

<sup>32</sup> Sondervotum *Albers* u. a., Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/3700, 60 ff.

<sup>33</sup> Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/3700, 40 ff. (45).

<sup>34</sup> Stellungnahme zum Entwurf für ein „3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts“; im Internet: [www.drj.de/pages/html/stellung/st-betreuungsrecht2.html](http://www.drj.de/pages/html/stellung/st-betreuungsrecht2.html).

<sup>35</sup> *BMJ*-Entwurf, 16 f.

<sup>36</sup> Siehe schon *Taupitz*, Gutachten zum 63. Deutschen Juristentag (2000), A 118.

<sup>37</sup> Sondervotum *Beckmann*, Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/3700, 58.

<sup>38</sup> So auch die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum *BMJ*-Entwurf, 3.

Standesrecht ergeben. So kann eine Tötung auf Verlangen ebenso wenig wie eine „Beihilfe zur Selbsttötung“ wirksamer Inhalt einer Patientenverfügung sein.<sup>39</sup> Daneben besteht in weitem Rahmen Übereinstimmung, dass Maßnahmen der Basisversorgung, wie z. B. das Waschen und das Befeuchten der Lippen, durch Patientenverfügung nicht wirksam ausgeschlossen werden können.<sup>40</sup> Eine Missachtung des Patientenwillens in dieser Hinsicht ist aber vergleichsweise wenig problematisch, weil reine Pflegemaßnahmen keine Eingriffe in den Körper beinhalten.

Ob über die genannten Grenzen hinaus weitere Reichweitenbeschränkungen zu beachten sind, ist schon nach geltendem Recht ungewiss und wird auch in der Reformdiskussion kontrovers beurteilt. Zentral ist hierbei die Frage, ob der Patient einen Behandlungsverzicht nur bei einem Grundleiden mit irreversiblen tödlichen Verlauf wirksam verfügen kann.

#### **bb) Begrenzung auf Grundleiden mit irreversiblen tödlichen Verlauf?**

(1) Die derzeitige Rechtslage wurde vor allem durch den Beschluss des 12. Zivilsenats des BGH aus dem Jahre 2003 verunklart. In dem Judikat heißt es, dass für das Verlangen des Betreuers, eine medizinische Behandlung einzustellen, dann kein Raum sei, „wenn das Grundleiden des Betroffenen noch keinen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat und durch die Maßnahme das Leben des Betroffenen verlängert oder erhalten wird“.<sup>41</sup> Wie diese Passage zu verstehen ist, bleibt im Kontext der weiteren Beschlussgründe im Dunkeln und wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt. Nimmt man den Senat beim Wort, dann erscheint eine Ernährungseinstellung in den Wachkoma-Fällen ausgeschlossen. Denn diese Patienten können zwar unumkehrbar ihr Bewusstsein verloren haben, ihr Grundleiden hat aber gerade, wenn keine anderweitigen Komplikationen eintreten, noch keinen tödlichen Verlauf angenommen. Vielmehr können sie über Jahre hinweg mit Hilfe künstlicher Ernährung am Leben erhalten werden.

Wegen seiner Unklarheiten und Widersprüche zur Grundsatzentscheidung im Strafrecht<sup>42</sup> ist der Beschluss des 12. Zivilsenats im Schrifttum mit Recht weitgehend auf Ablehnung gestoßen. Er hat die ohnehin bereits verwickelte Rechtslage bei der Sterbehilfe vollends verwirrt.<sup>43</sup> Eine gesetzliche Regelung ist auf diesem Feld daher dringend notwendig. Dies um so mehr, als sich in der Zwischenzeit auch Untergerichte über die Entscheidung hinweggesetzt haben. So hat z. B. das LG Heilbronn die Voraussetzung des irreversiblen tödlichen Verlaufs im Fall einer Wachkoma-Patientin mit der Begründung bejaht, die Betroffene würde *ohne künstliche Ernährung* in kurzer Zeit versterben, so dass ihr Leiden deshalb eine unumkehrbar zum Tode führende Entwicklung angenommen habe.

(2) Auch in der Reformdiskussion dreht sich der Hauptstreit um eine Reichweitenbegrenzung. Während der Gesetzentwurf des Bundesjustizministeriums keine Begrenzung enthält, darf nach der Mehrheit der Mitglieder der Enquete-Kommission der Betreuer die Patientenverfügung nur umsetzen, „wenn das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führt“.<sup>44</sup> Danach sind Verfügungen, welche die Einstellung der künstlichen Ernährung für den Fall eines unumkehrbaren Wachkomas anordnen, rechtlich unwirksam. Im Klartext bedeutet das: Wachkoma-Patienten dürfen und müssen entgegen ihrem eindeutig niedergelegten Willen künstlich weiterernährt werden und zu diesem Zweck das Verbleiben einer PEG-Sonde<sup>45</sup> in ihrer Bauchdecke dulden. Dass dieser Eingriff in das aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 2 GG fließende körperbezogene Selbstbestimmungsrecht<sup>46</sup> verfassungsrechtlich problematisch ist und einer Rechtfertigung bedarf, sieht auch die Kommissionsmehrheit. Sie hält ihn aber im Interesse des Lebensschutzes für zulässig, um einerseits Missbrauchsmöglichkeiten einzuschränken und andererseits vor allem die Entstehung eines gesamtgesellschaftlichen Klimas zu vermeiden, in dem kranke Menschen unter faktischen Druck geraten könnten, einen Behandlungsverzicht zu verfügen.<sup>47</sup> Daneben könne eine antizipierte Entscheidung nicht mit einer aktuellen gleichgesetzt werden, weil es an einem Durchleben der existenziellen Situation fehle und die Änderungsfähigkeit des Menschen unterschätzt werde.<sup>48</sup>

Mit diesem letzten Aspekt ist der Kern des Problems angesprochen: Sind antizipierte Erklärungen und aktuelle Willensäußerungen wertungsmäßig gleichzustellen?<sup>49</sup> Aus juristischer Perspektive kommt es hierbei entscheidend darauf an, ob Erklärungen für die Zukunft in verfassungsrechtlicher Hinsicht gleiches Gewicht besitzen wie aktuelle.

(3) Auch antizipierte Willensbekundungen sind zunächst vollwertige Akte der Selbstbestimmung und stehen unter dem Schutz der Verfassung. Es ist zwar rich-

39 Siehe zur Mitwirkung an der Selbsttötung die Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl. 2004, A 1298.

40 Siehe dazu die Sondervoten *Albers* u. a. sowie *Kauch* u. a., Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/3700, 63 (68).

41 BGH NJW 2003, 1588 (1590).

42 BGHSt 40, 257.

43 Siehe *Höfling/Rixen*, JZ 2003, 884: Das Gericht habe die Diskussion auf den „Nullpunkt“ gebracht; Zur untergerichtlichen Interpretation siehe LG Heilbronn NJW 2003, 3783.

44 § 1901 b Abs. 3 des Gesetzgebungsvorschlags, Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/3700, 45.

45 PEG = Perkutane Endoskopische Gastrostomie. Durch dieses Verfahren wird eine Ernährung direkt über den Magen-Darm-Trakt ermöglicht.

46 Siehe dazu *Hufen*, ZRP 2003, 248 (250).

47 Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/3700, 38.

48 Wie Fn. 47.

49 Zutreffend *Landau*, ZRP 2005, 50 (52).

tig, dass sie strukturell gewisse Probleme besitzen, vor allem weil sie gerade nicht im Angesicht der Krisensituation getroffen worden sind. Kein Gesunder kann wirklich wissen, wie es ist, im Wachkoma zu sein, und was er in diesem Zustand wünschen würde. Gleichwohl muss im Grundsatz die Möglichkeit bestehen, auch für diesen Zustand verbindliche Direktiven zu geben. Zum Selbstbestimmungsrecht des Menschen gehört auch, im Bewusstsein von Ungewissheiten Entscheidungen zu fällen. Antizipierte Willensäußerungen haben nach der Verfassung daher prinzipiell gleiches Gewicht wie aktuelle, so dass Einschränkungen nach einer verfassungsrechtlichen Legitimation verlangen. Freilich wird man diese nicht schon allein mit dem Hinweis auf die Unzulässigkeit einer Zwangsbehandlung von vornherein ausschließen können.<sup>50</sup> Schon der Begriff „Zwang“ passt nicht richtig auf Situationen, in denen es an einem aktuellen Willen fehlt, der zwangsweise gebrochen werden könnte. Gleichwohl wird man Einschränkungen nur insofern rechtfertigen können, wie sie dazu dienen sollen, das Selbstbestimmungsrecht zu sichern. Unbeachtet kann und muss eine Patientenverfügung daher bleiben, wenn zweifelhaft ist, ob der Verfügende die Entscheidung ernstlich getroffen hat und sich ihrer Bedeutung bewusst war. Zu denken ist hier an freilich wohl eher seltene Fälle grob unvernünftiger Patientenerklärungen, die „Selbsttötungsverfügungen“ gleichkommen. Hier kann durchaus Anlass bestehen, an der Ernstlichkeit derartiger Äußerungen zu zweifeln und zum Schutz des Verfügenden vor nicht wirklich gewollten Behandlungsverzicht entgegen der Verlautbarung medizinische Maßnahmen einzuleiten bzw. fortzusetzen. Ein solcher weicher Paternalismus, der letztlich dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts dient, ist grundsätzlich zulässig.<sup>51</sup> Ebenso zulässig wären schließlich auch Wirksamkeitseinschränkungen im Hinblick auf die personale Zurechenbarkeit der Verfügung, wenn – wie z. B. im Fall eines Demenzkranken – der Betroffene nicht mehr die Persönlichkeit ist, die er als Verfügender einmal war.<sup>52</sup>

Hingegen ist eine starre objektive Reichweitenbeschränkung, die wie jene der Enquete-Kommission den Zustand des Wachkomas, den viele Menschen gerade regeln möchten, einer Regelungsmöglichkeit in Patientenverfügungen generell entzieht, verfassungsrechtlich bedenklich und abzulehnen. Zwar ist der Kommissionsmehrheit darin Recht zu geben, dass ein Klima vermieden werden muss, „in dem Druck auf ältere und/oder schwerkranke Menschen ausgeübt werden kann, ihr Leben mittels einer Patientenverfügung willentlich beenden zu lassen“.<sup>53</sup> Jedoch ist dem durch Optimierung der Rahmenbedingungen des Sterbens, wie vor allem durch Stärkung der Hospizarbeit und das Auffangen der Pflegekosten durch die sozialen Sicherungssysteme entgegenzusteuern. Denn *faktischer* Druck kann in allen Fällen von Patientenverfügungen ausgeübt werden.<sup>54</sup> Die

Rechtsordnung muss hier vor allem vermeiden, dass ihre Normsetzung einen möglichen faktischen Druck noch *normativ* verstärkt. Sie darf daher eine Entscheidung zum Tod nicht – auch nicht implizit – gerade wegen des „lebensunwerten Zustands“ des Patienten für rechtlich wirksam erklären. Dies wäre mit dem Grundsatz des positiven Werts jedes Menschenlebens nicht zu vereinbaren. Maßgeblich muss allein der freie Wille des Betroffenen sein, den die Rechtsordnung im Fall einer Behandlungsverweigerung akzeptieren kann, ohne gleichzeitig zu den Gründen *inhaltlich* Stellung nehmen zu müssen. Objektive Einschränkungen der Wirksamkeit von Patientenverfügungen auf bestimmte Krankheitszustände oder Krankheitsstadien haben daher eher den negativen Effekt, diese Lebenssituationen als nicht mehr lebenswert erscheinen zu lassen.

#### d) Die Umsetzung des Patientenwillens

Ein vierter Streitpunkt schließlich, der hier nur noch kurz angesprochen werden kann, betrifft die Frage, wie der Patientenwille verfahrensmäßig zu ermitteln und praktisch umzusetzen ist. Hier geht es vor allem um die Rolle, die dem Vormundschaftsgericht hierbei neben dem gesetzlichen Vertreter zukommt. Vorgeschlagen werden hier im Grundsatz zwei Modelle.<sup>55</sup> Das erste sieht vor, das Vormundschaftsgericht nur im Streitfall einzuschalten. Ein solches Konfliktmodell, das in der Sache auch vom 12. Zivilsenat des BGH vertreten wird,<sup>56</sup> hat zur Konsequenz, dass ein tödlicher Behandlungsverzicht gerichtlich nur dann genehmigt werden muss, wenn sich die zur Umsetzung des Patientenwillens Berufenen über das Vorliegen der Voraussetzungen uneinig sind. Demgegenüber sieht das zweite Modell für alle Fälle des tödlichen Behandlungsverzichts eine Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht vor. Dieses obligatorische Kontrollmodell wird von der Mehrheit der Enquete-Kommission vorgeschlagen,<sup>57</sup> während der Gesetzentwurf des Bundesjustizministeriums in Bezug auf den Betreuer das Konfliktmodell favorisiert und im Fall eines Bevollmächtigten sogar ganz auf eine vormundschaftliche Kontrolle verzichtet.<sup>58</sup>

Alle vorgeschlagenen Lösungen haben Vor- und Nachteile. Das obligatorische Kontrollmodell kann durch

50 So BMJ-Entwurf, 19; für Verfassungswidrigkeit auch *Hufen*, ZRP 2003, 248 (251).

51 Siehe dazu *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst (1992), 121 ff.; *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots (2004), 176 ff.

52 Siehe dazu *Merkel*, JZ 1999, 502.

53 Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/3700, 38.

54 So zutreffend *Beckmann*, Sondervotum Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/3700, 57.

55 Siehe zu den Regelungsoptionen *Beckmann*, Zeitschrift für Biopolitik 2005, 9 (15 ff.).

56 Siehe dazu *Lipp*, FamRZ 2004, 317 (323 f.).

57 Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/3700, 44 f.

58 Siehe § 1904 III u. IV des Entwurfs.

Einschaltung einer neutralen Instanz möglicherweise besser sicherstellen, dass ein Missbrauch durch kollusives Zusammenwirken von Arzt und Betreuer/Bevollmächtigtem ausgeschlossen ist. Andererseits wäre damit verbunden, dass auch im Fall einer verbindlichen und eindeutigen Patientenverfügung eine willenswidrige Weiterbehandlung bis zum Ende des Verfahrens stattfinden müsste. Das ist im Hinblick auf die verfassungsrechtlich garantierte Patientenautonomie problematisch.<sup>59</sup> Einen gangbaren Weg in der Mitte kann hier ein erweitertes Konfliktmodell bieten, das in die Entscheidungsfindung – wie auch von der Mehrheit der Enquete-Kommission vorgeschlagen – nicht nur den Arzt und den gesetzlichen Vertreter, sondern auch weitere Personen, ein Mitglied des Pflegeteams und – falls vorhanden – einen Angehörigen einbezieht. Ein solches Konsil gewährleistet in hohem Maße, dass alle relevanten Gesichtspunkte bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden, und lässt eine zusätzliche gerichtliche Prüfung entbehrlich erscheinen.

*Dr. med. Stephan Sahm, Offenbach<sup>1</sup>*

## Sterbehilfe in der aktuellen Diskussion – medizinische und medizinisch-ethische Aspekte

### 1 Einleitung

Seit der Entwicklung der Intensivmedizin gehört die Frage nach den Grenzen der Medizin am Lebensende zu den großen Herausforderungen der Medizin. Es sind drei Postulate, denen sich die Behandlungsteams ausgesetzt sehen. Da ist die Pflicht, den ihnen anvertrauten Patienten einen menschenwürdigen Tod zu ermöglichen und sie zu begleiten. Dann ist da die Pflicht, Leben zu schützen und schließlich das Gebot, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten.<sup>2</sup>

Dem medizinischen Laien mag es so erscheinen, als dass sich stets ein unlösbarer Konflikt ergebe. Viele glauben, es bestehe dringender Bedarf, diese Konflikte auf dem Wege der Gesetzgebung zu lösen. Ein weiterer Grund für diese Bestrebung ist die Verunsicherung, die im Gefolge des Urteils des Bundesgerichtshofes vom März 2003 eingetreten ist.<sup>3</sup> Wie überhaupt die in der Rechtsprechung gebräuchlichen Begriffe nicht unwesentlich zur Verwirrung beitragen, was zu zeigen sein wird.

Die Aktivitäten des Gesetzgebers, der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verbindlichkeit von Patientenverfügung aus dem Hause der Ministerin der Justiz (mittlerweile zurückgenommen), die Stellungnahmen der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages und einer Ar-

### IV. Schlusswort

Die aktuelle Diskussion verdeutlicht einmal mehr, wie schwierig es ist, auf dem Feld der Sterbehilfe einen Weg zu finden, der einerseits dem Einzelnen ein selbstbestimmtes Sterben in Würde ermöglicht, andererseits aber auch der Notwendigkeit eines effektiven Lebensschutzes gerecht wird. Patentlösungen lassen sich hier keine finden. Gleichwohl sollte der Versuch unternommen werden, durch eine ausgewogene gesetzliche Regelung die Rechtsunsicherheit über Verbindlichkeit und Reichweite von Patientenverfügungen zu beseitigen. Allerdings darf das Leistungsvermögen gesetzlicher Bestimmungen nicht überschätzt werden. Von vorrangiger Bedeutung ist die Förderung der Hospizarbeit und der Palliativmedizin.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Für Verfassungswidrigkeit z. B. *Hufen*, ZRP 2003, 248 (251); *Lipp*, FamRZ 2004, 317 (323).

<sup>60</sup> Siehe dazu Sondervotum *Beckmann*, Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/3700, 58.

beitsgruppe des Bundesjustizministeriums sind Ausdruck des Bemühens, in einem undurchsichtig erscheinenden Dickicht einen gangbaren Weg zu finden.<sup>4</sup>

In der aktuellen Diskussion kann man nun beobachten, dass die an sich routinemäßige Abwägung über das Ausmaß medizinischer Behandlung – deren alltäglicher Charakter bisher in der Öffentlichkeit zu wenig zur Kenntnis genommen wird –, in der juristischen Litera-

<sup>1</sup> Der Autor ist Chefarzt der Medizinischen Klinik I des Ketteler-Krankenhauses in Offenbach. Der Beitrag ist die überarbeitete Fassung eines Vortrages auf der öffentlichen Tagung der JVL am 30. Mai 2005 in Würzburg.

<sup>2</sup> Sahm/Ritter-Sahm (2004), Therapie am Lebensende – widersprüchliche Konzepte in Judikatur und medizinischer Praxis, Bt-Prax, 11-15; Sahm S.W. (1991), Müssen wir immer reanimieren. WienMedWochenschr-Ethik Suppl, 40-41.

<sup>3</sup> Höfling/Rixen (2003), Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft. JZ, 884-894; Borasio/Putz/Eisenmenger (2003), Verbindlichkeit von Patientenverfügungen gestärkt. DÄBl, A 2062-2065; Deutsch (2003), Verfassungszivilrecht bei der Sterbehilfe. NJW, 1567-68; Kutzer/Gerhard (2003), Der Vormundschaftsrichter als Schicksalsbeamter, ZRP, 213-215; Sahm S. (2004), Selbstbestimmung am Lebensende im Spannungsfeld zwischen Medizin, Ethik und Recht, EthikMed., 133-47.

<sup>4</sup> Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin. Zwischenbericht Patientenverfügungen. BT-Drs. 15/3700, 2004; Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ des Bundesministeriums der Justiz, Ethische, rechtliche und medizinische Aspekte zur Bewertung von Patientenverfügungen, 10. Juni 2004 ([www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de)).

tur mit Begriffen und Konzeptionen beschrieben wird, die der Realität medizinischer Praxis nicht gerecht werden. Dies gilt es zu untersuchen und zu belegen. In einem zweiten Schritt – aus Anlass der Debatte über die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen – sollen grundsätzliche Überlegungen zum Autonomiebegriff folgen, vornehmlich im Blick auf die dem Recht der selbstbestimmten Entscheidung seitens der Patienten vorausgehende medizinische Indikation. Zum Schluss wird der Frage nachzugehen sein, ob die Bürger überhaupt das Instrument der Patientenverfügung als geeignet erachten, die vorgenannten ethischen Konflikte zu lösen. Diese Frage ist prinzipiell einer empirischen Untersuchung zugänglich.

### 2.1 Therapiebegrenzung ist Teil der medizinischen Routine

Ein wesentliches Missverständnis im Blick auf medizinische Handlungen am Lebensende äußert sich in der verbreiteten Annahme, die Beendigung oder Nichtaufnahme medizinischer Behandlungen stelle einen Ausnahmefall dar. Ärzte seien stets verpflichtet, immer alles zu tun. Und nur in seltenen Fällen sei über eine Therapiebegrenzung zu entscheiden. Diese Vorstellung und Anschauung ist falsch, sie entspricht nicht der medizinischen Realität. Das Gegenteil ist der Fall. Therapiebegrenzung ist Teil der medizinischen Routine. Die vielfältigen therapeutischen Maßnahmen, die für unzählige medizinische Zustände zur Verfügung stehen, verpflichten stets zur Abwägung, ob die Maßnahme überhaupt und welche der Maßnahmen eingeleitet werden soll bzw. begrenzt werden muß.

Man kann dies an einem Gedankenexperiment verdeutlichen. Wären Ärzte stets verpflichtet, eine kardio-pulmonale Wiederbelebung vorzunehmen, nämlich dann wenn ein Patient stirbt, dann wäre jeder Sterbevorgang nur unter diesen Bedingungen, d. h. unter den Bedingungen einer Reanimation möglich. Dies ist aber – gottlob – nur selten der Fall. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle geht dem Sterben eine Entscheidung voraus, die eine oder andere Maßnahmen zu unterlassen. Noch immer stirbt die Mehrheit der Menschen ohne Wiederbelebungsversuche. Wäre es anders, wäre die Republik überzogen von Intensivstationen, in denen die Patienten vor dem Sterben noch reanimiert und beatmet würden.

Für die Nicht-Mediziner kann man dies an einem einfachen Beispiel erläutern. Es gibt Hausärzte, die einen schwerkranken Patienten in betagtem Alter nicht mehr in die Klinik einweisen. Dies ist eine Entscheidung über die Zurückhaltung medizinischer Maßnahmen. Nach Schätzungen der amerikanischen Krankenhausesellschaft gehen 70 bis 75 Prozent der Sterbefälle in Kliniken mit einer Entscheidung einher, medizinische Maßnahmen nicht einzuleiten oder zu begrenzen. Im enge-

ren Sinne geht den Sterbefällen in bis zu 50 Prozent eine „End-of-life“-Entscheidung voraus.<sup>5</sup> Eine Entscheidung, alle Therapiemaßnahmen zu stoppen, wurde in 10 Prozent der Todesfälle auf englischen Intensivstationen getroffen.<sup>6</sup> Diese Zahl verdeutlicht, dass die Auswahl aus verschiedenen Behandlungsalternativen zum Kernbereich medizinischen Handelns zählt. Dies gilt auch am Lebensende.

### 2.2 Verwirrung der Begriffe

Der Gebrauch unklarer Begriffe trägt erheblich zur Verwirrung bei, verunsichert Bürger, Patienten, Angehörige und Ärzte. Zudem werden Grauzonen geschaffen, wo keine sind. Das ist nicht nur ein semantisches Problem, sondern zeitigt bedenkliche Auswirkungen. Die Existenz von Grauzonen wird von nicht wenigen Befürwortern der aktiven Sterbehilfe als ein wesentlicher Grund für die Notwendigkeit angeführt, sie zu liberalisieren. Es lohnt daher, die Begriffe kurz zu analysieren.

In der juristischen Literatur wie in der Rechtsprechung finden Begriffe Anwendungen, die in der Ärzteschaft auf Unverständnis stoßen und in der medizinethischen Literatur als nicht brauchbar, daher als obsolet betrachtet werden. Ich meine die Konzeption der *passiven Sterbehilfe* und der *indirekt aktiven Sterbehilfe*.

Im Urteil vom 17. März 2003 hatte der 12. Senat des Bundesgerichtshofes zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Beendigung einer spezifischen lebenserhaltenden Therapie Stellung zu nehmen.<sup>7</sup> Er zitiert in der Begründung des Urteiles das vorliegende Gericht, das davon ausgeht, dass ein Behandlungsabbruch auf die Lebensbeendigung des Betroffenen „abziele“. Dieses „Abzielen“ spielt im weiteren Text der Urteilsbegründung eine bedeutsame Rolle. Dies gilt etwa bei der Prüfung, ob eine Analogie zur Genehmigung medizinischer Maßnahmen mit hohem Risiko nach § 1904 BGB bestehe. Und der Senat schreibt, dass der geforderte Behandlungsabbruch sein Leben (d. h. des Patienten) „beenden wolle“. Damit unterstellt er implizit eine Motivation zur *Herbeiführung des Todes*. Eigentlich sollte es jedem Leser die Sprache verschlagen. Das Gericht unterstellt eine Motivation, die im Widerspruch zur ärztlichen Ethik – und nebenbei bemerkt auch zum Grundgesetz – steht!

Ein zweites Beispiel: In einem Urteil des Oberlandesgerichts München vom Februar 2003 wird in der Urteils-

5 van der Heide/Deliens/Faisst/Nilstun/Norup/Paci/van der Wal/van der Maas; EURELD consortium. End-of-life decision-making in six European countries: descriptive study. *Lancet*. 2003, 345-50.

6 Wunsch/Harrison/Harvey/Rowan, End-of-life decisions: a cohort study of the withdrawal of all active treatment in intensive care units in the United Kingdom. *Intensive Care Med.* 2005 Apr 27.

7 BGH-Beschluss vom 17.3.2003, AZ XII ZB 2/03, NJW 2003, 1588-1594.

begründung mit dem Begriff passive Sterbehilfe operiert. Es ging um einen „Ethikvorbehalt“ der Pflegenden. Unabhängig von dieser Fragestellung formuliert das Gericht, dass keine Ansprüche bestünden, „auf die Mitwirkung an der Herbeiführung des Todes durch Einstellen der künstlichen Ernährung nach Maßgabe einer ärztlichen Verordnung“.<sup>8</sup> Auch hier wird ausdrücklich von einer Motivation zur *Herbeiführung des Todes* gesprochen. Unabhängig von der Bewertung des – wie ich finde berechtigten – Ethikvorbehaltes ist es doch immerhin bemerkenswert, dass ein Oberlandesgericht eine Absicht unterstellen kann, *den Tod herbeizuführen*.

Die Motivation der Herbeiführung des Todes ist aber *kein* Ziel der Medizin. Es kann nach Selbstverständnis der Ärzteschaft und auch nach rechtlicher Beurteilung doch allein um die Frage der Achtung des Selbstbestimmungsrechtes eines Patienten gehen, der eine entsprechende Therapie ablehnt. Abgesehen von den Ärzteverbänden in den Niederlanden und Belgien wird von der World Medical Association und allen Ärzteverbänden der entwickelten Nationen das Ziel, den Tod eines Patienten herbeizuführen, als nicht mit dem ärztlichen ethischen Kodex vereinbar erachtet.<sup>9</sup>

Die beiden Beispiele verweisen auf ein grundsätzliches Missverständnis, das im Begriff der passiven Sterbehilfe gründet. Der Begriff ist nämlich gänzlich ungeeignet zur Beschreibung medizinischer Handlungen am Lebensende. Viel mehr stiftet er Verwirrung bei den Handelnden. Dies haben mehrere empirische Untersuchungen belegt. Sie zeigen, dass medizinisches Personal, Ärzte und Laien nicht in der Lage sind, Handlungen am Lebensende in die Kategorie der passiven Sterbehilfe adäquat einzuordnen.<sup>10</sup> Die Ursachen für diese Schwierigkeit liegen auf der Hand. Folgt man nämlich der Differenzierung in aktive und passive Sterbehilfe entsprechend dem Handlungsmodus, so wird das Unterlassen als erlaubt – und ggf. moralisch geboten – straflos gestellt. Aber es besteht ein Widerspruch, wenn eine Behandlung durch das Bewegen eines Schalters, etwa das Abschalten einer Atemmaschine, oder das Absetzen einer medikamentösen Therapie beendet wird. Hier erleben die Handelnden ihr Tun natürlich als aktiv. Schon 1998 bemerkte Laufs, dass diese Unterscheidung etwas „gekünsteltes“ habe.<sup>11</sup>

Dadurch wird eine Grauzone erzeugt, die den Boden bereitet für Argumente, die auf die Freigabe der aktiven Sterbehilfe hinauslaufen. So begründet etwa Dieter Birnbacher seine Befürwortung der Liberalisierung aktiver Sterbehilfe durch den Hinweis auf die angeblich gleiche Motivation, die der aktiven wie passiven Sterbehilfe zugrunde liege. Und da es keinen fundamentalen Unterschied gebe zwischen der Verursachung des Todes durch eine aktive Handlung oder eine Unterlassung, sei die Gesellschaft verpflichtet, auch aktive Tötungshandlungen in bestimmten Fällen zuzulassen.<sup>12</sup> Damit verliert die moralisch akzeptierte Kategorie der passiven

Sterbehilfe aber ihre Unschuld, wenn sie mit der Intention der Herbeiführung des Todes vorgenommen wird.

Der Handlungsmodus – aktiv/passiv – sagt nichts über die moralische und rechtliche Bewertung einer Handlung. Das lehren Ethik und Philosophie des Handelns. Es gibt *keinen* fundamentalen Unterschied zwischen aktiven und passiven Handlungen. Immer muss auch vor dem Unterlassen entschieden werden, ob unterlassen wird. Bereits die Entscheidung ist eine Handlung. Die Notwendigkeit aus den Alternativen heraus auswählen zu müssen, verdeutlicht den Handlungscharakter auch des Unterlassens.<sup>13</sup>

Die moralische und rechtliche Qualität einer Handlung wird aber zuallererst (selbstredend nicht nur) durch ihre Intention bestimmt, nicht durch den Handlungsmodus (aktiv/passiv). Sie ist die wegweisende Kategorie. Das Abschalten eines Atemgerätes bei einem Sterbenden wird in der Sprache des Rechts als passive Sterbehilfe bezeichnet. Faktisch wird aktiv gehandelt. Wer ein Baby verhungern lässt, verhält sich passiv, könnte aber das Mordmerkmal der Arglist erfüllen. Die Beispiele zeigen, dass die Handlung von ihrer Intention und einem Kalkül ihrer Effektivität her zu beurteilen ist. Der Handlungsmodus ist zweitrangig.

Wer aber wie die Begründungen in den vorgenannten Urteilen bei der passiven Sterbehilfe die Motivation der Herbeiführung des Todes unterstellt, verfängt sich in einer Motivationsfalle. Die moralisch entscheidende Unterscheidung zwischen *Sterben lassen* und *Töten*, die aufrecht erhalten werden soll, schwimmt gerade. Und damit verliert die passive Sterbehilfe ihre Unschuld. Es wundert, dass die Rechtsprechung und die juristische Literatur sich von der einmal eingeführten Kategorie dennoch nicht lösen können.

Noch deutlicher wird die Verwirrung der Begriffe, wenn man die Konzeption der indirekten aktiven Sterbehilfe betrachtet. Darunter versteht man eine medizinisch indizierte Maßnahme, die der Linderung von Beschwerden dient, die jedoch eine unbeabsichtigte Beschleunigung des Todes in Kauf nimmt.

8 OLG München, NJW 2003, 1743.

9 Weltärztebund. <http://www.wma.net>.

10 Vgl. Meier/Emmons/Wallenstein/Quill/Morrison/Cassel (1998). A national survey of physician assisted-suicide and euthanasia in the united states. *NewEnglJMed*, 1193-1201, und etwa Vollmann. Ärztliche Beihilfe zum Suizid bei AIDS-Patienten in den USA. Eine qualitative Interview-Studie über professionelle Ethik und Praxis im Wandel. *EthikMed* 2002, 270-286, sowie van Oorschot/Lipp/Tietze/Nickel/Simon, Einstellungen zur Sterbehilfe und zu Patientenverfügungen Ergebnisse einer Befragung von 727 Ärzten. *Dtsch med Wochenschr* 2005, 261-265.

11 Laufs, *Arztrecht* 1988, 99.

12 Birnbacher (1998), Recht auf Sterbehilfe Pflicht zur Sterbehilfe?, in: Illhardt/Heiss/Dornberg (Hrsg.), *Sterbehilfe - Handeln oder Unterlassen*, 125-35.

13 Kaulbach (1982), Einführung in die Philosophie des Handelns, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

Diese Konstruktion und Konzeption ist nicht weniger gekünstelt. Es ist notwendig darauf hinzuweisen, dass unerwünschte Wirkungen medizinischer Maßnahmen, dazu zählen auch tödliche Folgen, zum medizinischen Alltag gehören. Es gehört zur Qualität medizinischer Versorgung, die Häufigkeit dieser Folgen statistisch zu beschreiben. So geht die an sich nicht besonders gefährliche Operation an der Gallenblase mit einer Sterberate von 0,1 bis 0,5 Prozent einher. Die Operation eines Krebses an der Bauchspeicheldrüse führt in einem sehr erfahrenen Zentrum in 3 Prozent der Fälle zum Tode. Die meisten tödlichen Ausgänge werden jedoch durch den Rezeptblock verursacht.

Die kunstgerecht durchgeführte Schmerztherapie führt aber nach allem was die evidenzbasierte Palliativmedizin lehrt, in weit geringerem Ausmaß zur Beschleunigung des Todes. Warum wird aber bei der Schmerztherapie die mögliche unbeabsichtigte Auswirkung als *indirekt aktive Sterbehilfe* beschrieben, die tödliche Nebenfolge eines operativen Eingriffes oder einer medikamentösen Therapie dagegen nicht? Es besteht überhaupt kein Anlass, therapeutische Maßnahmen am Lebensende, die auf die Linderung von Beschwerden zielen, als Sterbehilfe zu bezeichnen. Sie sind *nicht* häufiger tödlich als andere medizinische Maßnahmen auch, eher seltener.

Unterstellte man aber ärztlichem Handeln überhaupt, dass es im Blick auf mögliche tödliche Nebenwirkungen mit einer Motivation der Herbeiführung des Todes verbunden sei, dann ließe es sich weder moralisch noch rechtlich überhaupt rechtfertigen. Der Rechtfertigungsgrund besteht einzig und allein in dem Ziel des Heilens oder Linderns - selbstredend bei vorliegender Einwilligung des Betroffenen. Wegweisend sind Motivation und Einwilligung. Damit erweist sich das Konzept der indirekten aktiven Sterbehilfe ebenfalls als ungeeignet und Verwirrung stiftend.

### 2.3 Alternative Begriffe

In der internationalen medizinethischen Literatur wie in der Mehrzahl der Dokumente von Ärzteverbänden in den entwickelten Ländern finden daher die Begriffe passive Sterbehilfe und *indirekt aktive Sterbehilfe* keine Verwendung mehr. So auch die Deutsche Ärzteschaft. In dem in der juristischen Literatur offensichtlich unzureichend wahrgenommenen Dokument der *Grundsätze ärztlicher Sterbebegleitung* in der Fassung von 1998 und in der erneuerten Version von 2004 kommt die passive Sterbehilfe (wie auch die indirekt aktive Sterbehilfe) *nicht* vor.<sup>14</sup>

Das ist nicht bedeutungslos. Erst die begriffliche Konzeption, die die entsprechende Motivation berücksichtigt, erlaubt es, die aktive Sterbehilfe konsequent zurückzuweisen, ohne einem technologischen Impera-

tiv (es muß getan werden, was getan werden kann) verfallen zu müssen. Das Ziel, den Tod herbeizuführen, wird als mit der ärztlichen Ethik unvereinbar betrachtet.

In den *Grundsätzen zur ärztlichen Sterbebegleitung* wird das ärztliche Handeln im Blick auf die Motivation beschrieben.<sup>15</sup> Bei Patienten mit infauster Prognose, kommt es zunächst auf eine Änderung des Therapiezieles an. Ist eine lebenserhaltende Behandlung nicht möglich oder führt sie zu einer vom Patienten abgelehnten oder als nicht erträglich erachteten Leidensvermehrung, treten allein lindernde Therapieverfahren in den Vordergrund, d. h. die palliative Versorgung. Ziel ist nicht der Tod des Betroffenen. Handlungsleitend ist vielmehr die Erkenntnis, dass er nicht länger ohne unzumutbare Belastungen und Leiden der Betroffenen hinausgeschoben werden kann. Diese Motivation ist ersichtlich nicht gleich derer, die den Tod herbeiführen will. Vielleicht mag diese Differenzierung geziert erscheinen. Sie ist aber für das ärztliche Selbstverständnis wesentlich.

Daraus erklärt sich auch, dass in der medizinethischen Literatur wie in den Dokumenten der Ärzteschaft der Begriff des *Therapieabbruches* nicht vorkommt. Selbst wenn die Lebensverlängerung kein sinnvolles Ziel mehr ist, endet die medizinische Behandlungspflicht nicht. Sie ändert lediglich ihr Ziel, hin zur alleinigen Leidensminderung. Leiden lindern gehört aber zu den vornehmsten Aufgaben der Medizin.

Diese im Vergleich zur juristischen Literatur alternative begriffliche Konzeption findet international große Verbreitung. Sie erlaubt es, die Sterbehilfe konsequent abzulehnen, ohne den Handelnden eine unbegrenzte Pflicht zur Lebensverlängerung und Lebenserhaltung aufzuerlegen. In den Grundsätzen zur ärztlichen Sterbebegleitung heißt es daher auch: „die ärztliche Verpflichtung zur Lebenserhaltung besteht jedoch nicht unter allen Umständen. Es gibt Situationen, in denen sonst angemessene Diagnostik und Therapieverfahren nicht mehr indiziert sind, sondern Begrenzung geboten sein kann. Dann tritt palliativ-medizinische Versorgung in den Vordergrund“.<sup>16</sup>

Diese Begriffswahl erlaubt es, die intendierte Tötung, die aktive Sterbehilfe, schlüssig zurückzuweisen, ohne sich in vermeintlichen Grauzonen zu verlieren, wo keine sind. Dennoch muß niemand fürchten, einer grenzenlosen Medizin ausgeliefert zu sein.

14 Bundesärztekammer (1998), Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl, A 2365-6 und Bundesärztekammer (2004), Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl 2004, A1298-99.

15 Sahn SW, Palliative care versus euthanasia. The German position: the German General Medical Council's principles for medical care of the terminally ill. J Med Philos. 2000, 195-219.

16 Bundesärztekammer (Anm. 13).

### 3.1 Imperfekte Autonomie I: die von der ärztlichen Indikation gesetzte Grenze

Die Fähigkeit frei intentional agieren zu können, ist Voraussetzung der Zurechenbarkeit von Handlung und ihren Folgen. Das Recht kann die Autonomie nur als Abwehrrecht konstatieren. Akte gelten dann als autonom, wenn sie frei von Einflüssen anderer sind. Diese negative Konzeption der Autonomie herrscht vor in der derzeitigen Debatte um die angemessene Medizin am Lebensende und die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen.

Notwendig ergibt sich ein Missverhältnis eines solchen Verständnisses im Blick auf die *Fürsorge* und den Begriff der *medizinischen Indikation*. Im bereits genannten Urteil des Bundesgerichtshofs vom März 2003 heißt es: „Die medizinische Indikation, verstanden als das fachliche Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall, begrenzt insoweit den Inhalt des ärztlichen Heilungsauftrages“. <sup>17</sup> Die ärztliche Indikation umfasst also nicht nur ein physiologisches Kalkül. Sie schließt vielmehr – wie im Begriff der medizinischen Indikation in der Geschichte der Medizin tief verwurzelt – ein fachliches Urteil über den *Wert* oder *Unwert* einer medizinischen Behandlungsmethode bezogen auf den vorliegenden Fall ein. Erst ein Urteil, ob eine technisch mögliche Maßnahme dem einzelnen Kranken in seiner Situation auch gerecht wird, macht aus dem wissenschaftlichen Kalkül ein ärztliches Urteil. Und dieses konstituiert die medizinische Indikation. Damit geht sie mit all ihren wertenden Inhalten der Zustimmung der Betroffenen *voraus*. Man kann von einer *ärztlichen Prärogative* sprechen, die die Gesellschaft der ärztliche Profession zugesteht. Das vorgenannte Urteil des Bundesgerichtshofes bestätigt dies erneut. <sup>18</sup>

Damit unterliegt die Autonomie der Patienten aber schon einer ersten Grenze. Sie ist nicht negativ als Freiheit von äußeren Einflüssen definiert. Sie wird dort offenbar, wo die Frage nach dem angemessenen Handeln für den Betroffenen ärztlich im Rahmen der Indikationsstellung reflektiert wird. Ein Patient kann nur einfordern bzw. ablehnen, was vorher indiziert worden ist.

Nun ist diese Reflektion über das angemessene einer Behandlung kein Vorgang, der in einer geschlossenen Gruppe unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet und stattfinden darf. Vielmehr muss die ärztliche Prärogative und der darin gegebene Vertrauensvorschuss sich rechtfertigen durch eine entsprechende Offenlegung ethischer Prinzipien, die der ärztlichen Indikationsstellung zugrunde liegen. Dies verweist auf einen bemerkenswerten Aspekt, der in der Diskussion über die Autonomie der Patienten verloren zu gehen scheint. Die Reflektion über das Angemessene zielt auf das für den Patienten in seiner jeweiligen Situation gute. Das Gute, aber schreibt Platon im Dialog *Gorgias*, „das Gute, wenn

es an den Tag kommt, ist allen gemeinsam“. <sup>19</sup> Die Konzeption der ärztlichen Indikation, wie sie die Rechtsprechung der Ärzteschaft zugesteht, setzt eine Reflektion über das gemeinsame Gute voraus. Es gehört ja zu den Charakteristiken jeder ethischen Entscheidung, dass sie nach dem gemeinsamen Guten, nicht nach dem Gut für etwas, für jemanden fragt.

Das gemeinsame Gute kann nur in einem Dialog an den Tag gebracht werden. Die Ausrichtung auf das gemeinsame Gut ist die regulative Idee, die jeder medizinischen Indikationsstellung zugrunde liegt – trotz aller Pluralität der Anschauungen. Und sie ist damit das notwendige Bindeglied zwischen Autonomie und Fürsorge als zentralen Prinzipien medizinischen Handelns.

### 3.2 Imperfekte Autonomie II: die Autonomie des Kranken ist heteronom

Im Falle der Krankheit rücken heteronome Aspekte der Selbstbestimmung in den Vordergrund. Die Autonomie der Betroffenen muss im Dialog zwischen Patient, Angehörigen und Handelnden entwickelt und gestützt werden. Dies zeigt sich schon daran, dass etwa die Aufklärung über Krankheitszustände ein Akt und Prozess der Interpretation ist, an dem beide Seiten in gleicher Weise teilhaben. Es geht nicht nur um das medizinisch mögliche. Vielmehr rücken jetzt Interpretationen aller Geschehnisse und die Anpassung an die Lebenswirklichkeit in das Blickfeld. Dabei ist es unbestritten, dass nach den Wertentscheidungen, die dem Grundgesetz zugrunde liegen, die Selbstbestimmung als Abwehrrecht höchsten Rang genießt. Aber die Erstrangigkeit entbindet niemals von der Pflicht der Fürsorge.

Die Konstruktion der Autonomie als Abwehrrecht und letztentscheidende Kategorie ist eine staatstheoretische Illusion – die immerhin Freiheit sichert. Sie ist die Option für den Fall der Machtfrage, wenn über die Frage des gemeinsamen Guten kein gemeinsamer Nenner gefunden werden kann. Die Ereignisse um die Amerikanerin Terri Schiavo demonstrieren den Fall gescheiterter Kommunikation, des gescheiterten Dialoges. Es ist die vornehmste Aufgabe medizinischer Kommunikation, den Punkt diesen Scheiterns zu vermeiden. Als rechtliche Konstruktion kann in so gelagerten Fällen nur die Erstrangigkeit der Selbstbestimmung den Ausschlag geben. Im Falle der Machtfrage, sticht die Autonomie. Daraus folgt aber noch lange nicht, dass ein gutes Sterben folgt. Denn selbstbestimmtes und gutes Sterben sind nicht notwendig deckungsgleich. <sup>20</sup>

<sup>17</sup> BGH (Anm. 7).

<sup>18</sup> Vgl. Sahn (Anm. 2).

<sup>19</sup> Platon, *Gorgias*, in: Platon, *Sämtliche Werke*. Bd.I Heidelberg 1982, hier 382.

<sup>20</sup> Sahn S. (2005), *Imperfekte Autonomie und die Grenzen des Instrumentes Patientenverfügung*. Zeitschrift für medizinische Ethik, im Druck.

Eine Fülle philosophischer und sozialempririscher Argumente belegt den Imperfekten Charakter der Autonomie kranker Menschen. Es sprengte den Rahmen dieser Ausführungen, sie hier darzustellen. Wie unvollständig die Autonomie beim Kranken begegnet, zeigen aber u. a. die empirischen Befunde, die die fehlende Akzeptanz des Instrumentes Patientenverfügung bei den Bürgern dokumentieren.

#### 4 Akzeptanz von Patientenverfügungen – eine Illusion

Die derzeitige Diskussion wird daneben von der Frage Thema beherrscht, wie die Selbstbestimmung der Patienten am Lebensende erhalten und gesichert werden kann. Es wird behauptet, Patientenverfügungen seien ein geeignetes Instrument, medizinische Handlungen am Lebensende zu leiten und die Selbstbestimmung der Betroffenen zu sichern. Glaubt man den Umfragen von Forsa, dann wünscht eine Mehrheit der Bundesbürger eine Regelung zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen. Unabhängig von den philosophischen, ethischen und rechtlichen Überlegungen zur Autonomie der Patienten lassen sich eine Reihe der anstehenden Fragen empirisch beantworten. Untersuchungen zur Rolle der Patientenverfügung bei der Entscheidung über medizinische Behandlung am Lebensende aus den Vereinigten Staaten zeigen aber: Patientenverfügungen sind ein ungeeignetes Instrument.

Eine umfangreiche Untersuchung aus Deutschland, die wir an unserer Klinik vergleichend bei Krebspatienten, gesunden Kontrollpersonen und medizinischem Personal durchführten, kommt zu ähnlichen Ergebnissen. Mit den Worten von Angela Fagerlin und Carl E. Schneider: Die Patientenverfügung ist gescheitert!<sup>21</sup> Im folgenden sind die für die derzeitige Diskussion wichtigen empirischen Befunde zusammengefasst:<sup>22</sup>

1. Nur eine Minderheit von Menschen hat eine Patientenverfügung ausgefüllt, nur eine Minderheit will eine Patientenverfügung ausfüllen. Entgegen der Behauptung einiger großer Verbände, die über eine außerordentlich große Nachfrage nach Patientenverfügungen bzw. entsprechenden Formularen berichten, zeigen empirische Untersuchungen, dass nur eine Minderheit eine Patientenverfügung ausfüllt. In Thüringen haben 3 Prozent von palliativ behandelten Tumorpatienten eine Patientenverfügung. In unserer Untersuchung lag der Prozentsatz bei den Krebspatienten bei 19 Prozent, Ärzte und medizinisches Personal hatten sie nur zu 10 Prozent. Allerdings handelt es sich hier um eine überdurchschnittlich gebildete Schicht. Dennoch will ein hoher Prozentsatz keine Patientenverfügung abfassen, und bei denjenigen, die es wollen, bleibt unklar, ob sie es auch tun werden.

2. Es gibt eine Reihe von wirkmächtigen Hinderungsgründen, die dem Verfassen einer Patientenverfügung entgegenstehen. Die Hälfte der Befragten in allen Gruppen, d. h. unter Patienten, gesunden Vergleichspersonen, aber 60 bis 75 Prozent der befragten Personen der medizinischen Berufsgruppen (Pfleger und Ärzte) fürchten, dass andere Menschen Patienten zum Abfassen einer Patientenverfügung drängen könnten. Ein Viertel bis ein Drittel der Befragten in den Gruppen rechnet damit, dass eine Patientenverfügung diktatorisch gelesen werden könnte. Darunter versteht man eine bloße Befolgung der Anweisungen in einer Verfügung, obgleich die medizinische Indikation auch andere alternative Behandlungsschritte nahe legt. Zwischen 38 und 64 Prozent aller Befragten fürchten, Angehörige könnten Ärzte drängen, auf Grund einer Patientenverfügung eine Therapie abzubrechen. Solche gravierenden Einwände, die mit dem Instrument der Patientenverfügung in Verbindung gebracht werden, werden in der derzeitigen politischen und medizinethischen Debatte nur unzureichend berücksichtigt.

3. Die Mehrheit der befragten Mitbürger ist unsicher im Blick auf die Behandlungswünsche am Lebensende. Mit der unterstellten Autonomie ist es nicht eben weit her. Fragt man Personen gezielt nach Behandlungsalternativen, etwa der Gabe von Flüssigkeit, artifizielle Ernährung, Behandlung von Lungenentzündungen mit Antibiotika bei gleichzeitig vorliegender, zum Tode führender Erkrankung, Gabe von Schmerztherapie, oder Chemotherapie oder gar künstlicher Beatmung, dann zeigt sich dass der Anteil der Unentschlossenen und Unentschiedenen außerordentlich hoch ist, er schwankt je nach Behandlungsalternative zwischen 19 und 61 Prozent. Überraschenderweise beträgt ausgerechnet unter den Pflegenden und Ärzten der Anteil der Unentschiedenen im Blick etwa auf die künstliche Ernährung zwischen 40 und 56 Prozent.

Generell ist der Anteil der Unentschiedenen sehr hoch. Dies korrespondiert sehr gut mit Ergebnissen amerikanischer Forscher, die ein Vermeidungsverhalten beobachten bei Personen, die in Heimen untergebracht sind

21 Fagerlin/Schneider (2004), Enough. The failure of the living will, Hastings Center Report 30-42.

22 Die Ergebnisse der Studie sind zum teil publiziert bzw. erscheinen derzeit: Sahn/Will, Angehörige als natürliche Stellvertreter. Eine empirische Untersuchung zur Präferenz von Personen als Bevollmächtigte für die Gesundheitsvorsorge bei Patienten, Gesunden und medizinischem Personal. Ethik Med (2005), 7-20; Sahn/Will/Hommel, What are cancer patients' preferences about treatment at the end of life? A comparison with healthy people and medical staff. Supportive Care in Cancer (2005), 206-214; Sahn/Will/Hommel, Attitudes towards and barriers to write advance directives amongst tumour patients, healthy controls and medical staff., in: Journal Medical Ethics (2005), in press; Sahn/Will/Hommel, Would they follow what has been laid down? Cancer patients' and healthy controls' views on adherence to advance directives compared to medical staff. Philosophy of Medicine and Health care, 2005, in press.

und denen das Verfassen einer Patientenverfügung angeboten wird. Die allmähliche Verfertigung der Gedanken beim Abfassen einer Patientenverfügung konfrontiert mit Fragen, die niemand leicht zu beantworten vermag.

4. Darüber hinaus könnte die Kenntnis einer lebensbedrohlichen Diagnose, die Einstellung gegenüber bestimmten Behandlungsalternativen beeinflussen. Man spricht von einem Perspektivenwechsel. Sofern dieser Perspektivenwechsel aufträte, wäre die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen, die in gesunden Tagen abgefasst sind, zu hinterfragen. Es gibt eine Reihe von Untersuchungen über die Stabilität von Behandlungswünschen im Zeitverlauf. Sie führen zu widersprüchlichen Ergebnissen. Eine Möglichkeit ist, die Behandlungswünsche von Patienten und Gesunden zu vergleichen, wie wir es getan haben. Dort zeigt sich, dass eingreifende Behandlungen wie Chemotherapie und Dialyse von den Patienten in hohem Prozentsatz gewünscht werden, wohingegen Gesunde, Pflegende und Ärzte nur in geringem Prozentsatz eine solche Behandlung wollen. Dieses Ergebnis dokumentiert erstmalig diesen Perspektivenwechsel, der aber Ärzten aus ihrem klinischen Alltag vertraut ist. Wer krank ist, urteilt anders.

5. Es wird in der politischen Diskussion unterstellt, die Bürger wünschten sich eine hohe Verbindlichkeit von Patientenverfügungen. Die vorgenannte Forsa-Umfrage legt diesen Schluss nahe. Dabei ist natürlich klar, dass die Art und Weise der Fragestellung die Antwort beeinflusst. Wenn man am Telefon gefragt wird, ob eine Verfügung, die man selbst verfasst hat, beachtet werden sollte, ist die Antwort „ja“ zu erwarten.

Zu einem anderen Ergebnis kommt man, wenn man Personen mit Fallgeschichten konfrontiert, in der es um die Beachtung einer Patientenverfügung geht. Genau dies haben wir in unserer Studie untersucht. Den Befragten wurden 5 Fallgeschichten vorgelegt, in denen es um die Begrenzung lebenserhaltender Behandlung ging. Jeweils lag eine Patientenverfügung vor. In einem Falle mündlich, in vier Fällen schriftlich. Die Ergebnisse stehen im Widerspruch zu den Annahmen, wie sie der derzeit geführten Debatte zugrunde liegen.

Aus Platzgründen will ich mich auf die Darstellung einer Kennzahl dieser Untersuchung beschränken. Wenn man 5 Fallgeschichten vorlegt und jeweils für die Befolgung der Verfügung einen Punkt vergibt, ergibt sich eine maximale Punktzahl von 5. Nun zeigte sich, dass die mittlere Punktzahl bei den Patienten bei 1,5 liegt, bei der gesunden Kontrollgruppe bei 1,6, bei den Pflegenden bei 2,05 und bei den Ärzten bei 1,87. Daraus ist ersichtlich, dass die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen in allen Gruppen außerordentlich niedrig eingeschätzt wird. In der Mehrzahl der vorgelegten Fälle würden die Befragten *entgegen* der Anweisung der Pati-

entenverfügung handeln. Und für viele überraschend, für diejenigen, die sich mit der Thematik auskennen aber zu erwarten: Patienten und gesunde Personen erachten die Verfügung weniger verbindlich als die Angehörigen medizinischer Berufe. Denn für sie wäre eine hohe Verbindlichkeit eine Entbindung von ihrer Verantwortung.

Bei der Interpretation ist zu beachten, dass die Studie nicht untersuchte, ob die Personen die Verfügung für im rechtlichen Sinne verbindlich achteten, sondern es wurde nach der moralischen Bewertung der Handlung gefragt.

Diese Ergebnisse decken sich mit Studien aus den Vereinigten Staaten. Dort erwartet eine Mehrheit der befragten Patienten eine Interpretation einer Patientenverfügung durch die behandelnden Ärzte zusammen mit ihren Patientenvertretern.<sup>23</sup> Aus diesen Ergebnissen lässt sich sogar schließen, dass die legale Festschreibung einer hohen Verbindlichkeit von Patientenverfügungen dem Abfassen einer Verfügung gerade *entgegensteht*. Wer eine Patientenverfügung unterschreibt, läuft Gefahr, dass Ärzte sich daran halten. Offensichtlich ist es diese Erkenntnis, die Personen davon abhält. Die überwältigende Mehrzahl der Befragten möchte die Entscheidung anderen übertragen.

6. So verbleibt sechstens die Frage, wer denn die Entscheidung übernehmen soll. Derzeit wird in einem weiteren Gesetzesentwurf geprüft, ob Angehörige als natürliche Stellvertreter in Gesundheitsfragen für nicht entscheidungsfähige Personen Entscheidungen treffen können sollen. Eine Mehrheit in allen Gruppen lehnt Ärzte, Richter und Angehörige als Entscheider ab! Fragt man aber, ob eine Entscheidung im Zusammenwirken von Ärzten und Angehörigen getroffen werden soll, antwortet die überwältigende Mehrheit in allen Gruppen mit „Ja“.

Diese Untersuchung bestätigt eine Alltagserfahrung in den Kliniken. Patienten wünschen eine stellvertretende Entscheidung durch Angehörige im Zusammenspiel mit ihren Ärzten. Die medizinische Kompetenz und die Kenntnis der Persönlichkeit und Präferenzen der betroffenen Personen müssen zusammenwirken. Eine rechtliche Regelung wäre wünschenswert, die eine natürliche Stellvertretung von Angehörigen ermöglicht und damit für eine übergroße Mehrheit aller Behandlungsfälle, in denen Patienten nicht für sich sprechen können, klar und eindeutig ist.

7. Es lässt sich eine kleine Gruppe von Personen identifizieren, die sich in der Tat eine strikte Befolgung ihrer Patientenverfügung wünscht. Diese Gruppe lässt sich

<sup>23</sup> Hawkins/Ditto/Danks/Smucker, *Micromanaging death: process preferences, values, and goals in end-of-life medical decision making*. Gerontologist, 2005, 107-17.

sozial-empirisch charakterisieren durch das Merkmal der Vereinsamung und sozialen Deprivation. Es sind Geschiedene und Alleinlebende, die sich die Befolgung der Patientenverfügung wünschen. Daraus ergibt sich aber meiner Einschätzung nach zunächst die Verpflichtung, diesen Personen soziale Unterstützung und Hilfestellungen anzubieten.

Im Falle der Machtfrage aber, d.h. des Behandlungskonfliktes, kann es aufgrund der Wertentscheidung unserer Verfassung keinen anderen Weg geben, als dem niedergelegten Willen der Betroffenen zu folgen. Es ist aber Aufgabe der Behandelnden und der Angehörigen, den Fall dieser Machtfrage zu vermeiden.

## 5 Schlussfolgerung

– Die in der juristischen Literatur gebräuchlichen Begriffe zur Beschreibung medizinischer Handlungen am Lebensende werden der Realität der Handlungen nicht gerecht und stiften Verwirrung. Das gilt für die Konzeption der passiven wie der indirekt aktiven Sterbehilfe. Alternativen sind von der ärztlichen Profession vorgestellt und in der medizinischethischen Literatur etabliert. Sie erlauben es, die zugrunde liegenden Motivation und Intention eindeutig zu beschreiben. Die aktive Sterbehilfe kann so schlüssig abgelehnt werden. Für sie gibt es keine medizinische Indikation.

– Eine Analyse der anthropologischen Gegebenheiten des kranken Menschen wie der rechtlichen Bedingungen der Indikationsstellung verweist auf den imperfekten Charakter der Autonomie von Patienten. Es ist Auf-

gabe aller Behandelnden, die Autonomie soweit wie möglich zu erhalten. Sie erweist sich damit aber selbst als heteronom.

– Dieser Aspekt wird deutlich in empirischen Befunden. So steht – entgegen einer weit verbreitete Anschauung – eine überwältigende Mehrheit von Personen dem Instrument der Patientenverfügung ablehnend gegenüber. Dies deckt sich mit den Befunden aus den Vereinigten Staaten. Dort wurden bereits vor 15 Jahren Gesetze verabschiedet, die die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen regeln. Dennoch steigt der Anteil der Personen, die eine Patientenverfügung ausgefüllt haben, nicht über 10 bis 15 Prozent. Ein Mehrheit wünscht sich vielmehr für den Fall eigener Unfähigkeit zur Entscheidung eine stellvertretende Entscheidung durch Angehörige und Ärzte.

– Im Falle des nicht durch entsprechenden Dialog und Kommunikation überwindbaren Konfliktes gehört es zu den Folgen der grundlegenden Entscheidung unserer Verfassung, dass dem Patientenwunsch Folge zu leisten ist. Dies gilt auch dann, wenn die Zurückweisung einer medizinisch indizierten, lebenserhaltenden Behandlung in einer Patientenverfügung niedergelegt ist. Es zählt zu den wesentlichen Aufträgen ärztlicher Ethik, derartige Konfliktfälle im voraus zu vermeiden. Und jeder, der eine Patientenverfügung ausfüllt, muß über die Gefahr aufgeklärt sein, dass Ärzte sich daran halten könnten.

24 Fagerlin und Schneider (Anm. 21).

*VRiVG a. D. Bernward Büchner, Freiburg*

## Zur Beobachtungspflicht des Bundesgesetzgebers

Am 1. Oktober wird das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz und mit ihm das in Deutschland geltende, gelegentlich so genannte Abtreibungsrecht seit zehn Jahren in Kraft sein. Niemand wird ernsthaft bestreiten, dass damit eine hinreichende Beobachtungszeit längst abgelaufen ist, nach welcher der Bundesgesetzgeber der ihm vom BVerfG auferlegten Beobachtungspflicht hätte nachkommen müssen. Die gesetzgebenden Organe des Bundes haben sich dieser Pflicht jedoch bisher entzogen. Sie haben sich nicht einmal dafür interessiert, ob die geltenden Gesetze, wie in Artikel 31 Absatz 4 des Einigungsvertrages vom 31. August

1990 als Ziel formuliert, den Schutz des vorgeburtlichen Lebens besser gewährleisten, als dies in den beiden Teilen Deutschlands damals der Fall war. Erst recht nicht haben sie beobachtet, wie sich das gesetzliche Schutzkonzept in der gesellschaftlichen Realität auswirkt und ob es das von der Verfassung geforderte Maß an Schutz gewährleistet. Wenn nicht, wäre der Gesetzgeber bekanntlich zur Korrektur oder Nachbesserung seines Konzepts verpflichtet.<sup>1</sup>

Einzig die Fraktion der CDU/CSU im Deutschen Bundestag hat die genannten Pflichten in wiederholten Anfragen an die Bundesregierung in Erinnerung gebracht. In ihrer jüngsten Kleinen Anfrage<sup>2</sup> lautete die erste von 42 Fragen, wie „die Bundesregierung“ der vom BVerfG

<sup>1</sup> BVerfGE 88, 203, 309 f.

<sup>2</sup> Deutscher Bundestag, Drs. 15/3029.

geforderten, tatsächlich jedoch dem Bundesgesetzgeber obliegenden Beobachtungspflicht nachgekommen sei. An den Bundestag gerichtete Initiativen der Unionsfraktion betrafen lediglich die Spätabtreibungen. In der Debatte über den jüngsten hierzu gestellten Antrag ihrer Fraktion<sup>3</sup> beteuerte die Unionsabgeordnete Dr. Böhmer, „dass niemand bei uns Interesse an einer erneuten Diskussion über den § 218 StGB insgesamt hat.“<sup>4</sup>

Die auf die Beobachtungspflicht angesprochene Bundesregierung hat sich die Antwort bisher stets leicht gemacht. Die gesetzlichen Regelungen kämen dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz des ungeborenen Lebens nach und gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe nicht. Zur Begründung wird lediglich auf die Bundesstatistik über Schwangerschaftsabbrüche verwiesen. Bei den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Zahlen sei zu berücksichtigen, dass Vergleiche mit Daten für die Jahre bis 1996 mangels deren Verlässlichkeit nicht möglich seien. Seit 1996 hätten sich die Zahlen trotz kontinuierlicher Vervollständigung der statistischen Erfassung kaum verändert.<sup>5</sup> Dabei wird verschwiegen, dass zwar die absolute Zahl der gemeldeten Schwangerschaftsabbrüche seit 1996 bis 2004 mit rund 130.000 annähernd gleich geblieben ist, angesichts der stetig sinkenden Zahl der Frauen im gebärfähigen Alter sowie der Lebendgeburten jedoch die relative Abtreibungshäufigkeit stetig zugenommen hat.<sup>6</sup> Davon abgesehen dürfte die tatsächliche Gesamtzahl der Abtreibungen in Deutschland diejenige der gemeldeten nach wie vor deutlich übersteigen und mindestens jährlich 200.000 betragen.<sup>7</sup> Im März wurde von den Medien nahezu unbemerkt ein Augsburger Frauenarzt wegen fahrlässiger Tötung bei einer Abtreibung sowie wegen illegaler Schwangerschaftsabbrüche in 161 Fällen verurteilt.<sup>8</sup> Dieser Arzt, dessen Straftaten ohne den Todesfall wohl unentdeckt geblieben wären, ist sicher nicht der einzige, der beispielsweise unter Verstoß gegen die gesetzlichen Fristen Abtreibungen contra legem vorgenommen oder auch lediglich nicht gemeldet hat, zumal gerade die vollständige Erfüllung der Meldepflicht kaum überprüfbar ist.

Von den Mängeln der offiziellen Statistik einmal abgesehen: Eine tolerable Gesamtzahl der Abtreibungen lässt sich der Verfassung nicht entnehmen. Selbst wenn die Daten des Bundesamts der Realität exakt entsprächen, könnten sie deshalb nur eine Tendenz zum Besseren oder Schlechteren aufzeigen, nicht dagegen die Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht für das Leben Ungeborener beweisen. Hierfür maßgebend sind vielmehr inhaltliche Anforderungen an ein gesetzliches Konzept, zumal diese Schutzpflicht auf das einzelne Leben bezogen ist, nicht nur auf menschliches Leben allgemein.<sup>9</sup>

An die Beobachtungspflicht des Bundesgesetzgebers ist in den letzten Jahren verschiedentlich erinnert worden.

Nicht nur die Lebensrechtler haben sie mehrfach ange mahnt, sondern auch die großen christlichen Kirchen. Zuletzt haben es der Vorsitzende der Deutschen Bischofskonferenz, Kardinal Lehmann, und der Präses der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bischof Huber, anlässlich der Vorstellung der diesjährigen „Woche für das Leben“ getan. In den Medien wurde dies auch diesmal kaum registriert. Von Reaktionen der Angesprochenen war auch nichts zu erfahren.

Wenn also selbst die höchsten Vertreter der Kirchen mit ihren Appellen immer wieder derart ins Leere laufen, ist es an der Zeit zu fragen, woran das liegt. Offenbar genügt nicht der bloße Hinweis auf das Urteil des BVerfG und die darin erwähnte Beobachtungspflicht, um die Verantwortlichen zu veranlassen, die Auswirkungen der geltenden Abtreibungsgesetze endlich zur Kenntnis zu nehmen. Deshalb gilt es plausibel zu machen, weshalb nach eigener Beobachtung konkreter Anlass besteht, diese Pflicht in Erinnerung zu rufen. Wer nicht mit Blindheit geschlagen ist, dem sollte das eigentlich nicht schwer fallen. Nur auf einen Geburtsfehler des gesetzlichen „Beratungskonzepts“, dessen Folgen immer deutlicher sichtbar werden, soll hier eingegangen werden.<sup>10</sup>

Das „verfassungsrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs“, von dem das BVerfG ausgegangen ist, hat seinen prägenden Einfluss auf das Rechtsbewusstsein nahezu ganz verloren. Damit jedoch bleibt die Grundvoraussetzung eines wirksamen Lebensschutzes durch Beratung unerfüllt, die das BVerfG in der Erhaltung und Stärkung des Rechtsbewusstseins gesehen hat.<sup>11</sup> Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass die gebotene deutliche Kennzeichnung der Tötung Ungeborener als Unrecht im Gesetz nirgendwo zu finden ist, Unrechtsfolgen – angeblich „konzeptbedingt“ – ausgeschlossen, die Durchführung „beratener“ Abtreibungen

3 Antrag der Fraktion der CDU/CSU „Vermeidung von Spätabtreibungen – Hilfen für Eltern und Kinder“ (Deutscher Bundestag, Drs. 15/3948).

4 Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/138 v. 11.11.2004.

5 Antwort der Bundesregierung v. 18.05.2004, Deutscher Bundestag, Drs. 15/3155, auf die Kleine Anfrage von Abgeordneten und der Fraktion der CDU/CSU, Deutscher Bundestag, Drs. 15/3029.

6 Nach der Statistik des Bundesamts nahm die Zahl der Frauen im Alter zwischen 15 und 45 Jahren von 1995 (17.127.630) bis 2003 (16.656.000) um 471.630 ab. Die Zahl der Lebendgeborenen nahm bis 1997 auf 812.173 zu und von da an bis 2003 auf 706.721 (um 105.452) ab, die Quote der Lebendgeborenen je 1000 Einwohner von 9,9 (1997) auf 8,6 (2003).

7 Manfred Spieker, Acht Millionen – Zur Kultur des Todes in Deutschland -, Lebensforum Nr. 70 (2004), S. 4. Das Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung vermutet, dass nur etwa 60 Prozent der Schwangerschaftsabbrüche durch die Statistik gezählt werden (Bevölkerung, Sonderheft der Schriftenreihe des BiB, 2. Aufl. 2004, S. 31).

8 „Yahoo! Nachrichten“ v. 17.03.2005.

9 BVerfGE 39, 1, 58 f.; 88, 203, 252 und Leitsatz 2.

10 Hierzu ausführlicher die Bilanz der JVL „Zehn Jahre Fristenregelung im vereinigten Deutschland, ZfL 2003, 71 ff.

11 BVerfGE 88, 203, 268, 273, 278, 320.

in einem ausreichenden und flächendeckenden Netz von Einrichtungen zur „Staatsaufgabe“ gemacht worden ist und zudem zum größten Teil aus Haushaltsmitteln der Länder finanziert wird. Die Pflicht zum Besuch einer anerkannten Beratungsstelle, die genau besehen keine Beratungspflicht einschließt, trägt ebenfalls dazu bei, dass die Tötung ungeborener Kinder nicht mehr als Unrecht empfunden wird.

Die Juristen-Vereinigung Lebensrecht e. V. hat auf diesen elementaren Mangel der gesetzlichen Regelung seit Jahren mehrfach hingewiesen und auch verdeutlicht, wie dieser Mangel zu beseitigen wäre, nämlich dadurch, dass die Tötung Ungeborener klar als Unrecht gekennzeichnet, als solches behandelt und nicht länger staatlich gefördert wird. Neben diesem gravierendsten Mangel gibt es noch weitere wesentliche Defizite des gesetzlichen Konzepts, die von der JVL vor zwei Jahren in einer Bilanz „Zehn Jahre Fristenregelung im vereinigten Deutschland“<sup>12</sup> ebenfalls bereits angesprochen wurden.

Leider hat diese Bilanz ebenso wenig Resonanz gefunden wie die Verlautbarungen der Kirchen. Wenn sich das ändern soll und die noch immer von hunderttausendfacher Tötung bedrohten ungeborenen Kinder auch in unserem Land – wie beispielsweise in den USA – eine unüberhörbare Stimme erhalten sollen, dann müssen diejenigen, die das Anliegen eines wirksamen Schutzes menschlichen Lebens teilen, ihre Kräfte bündeln und sich zu gemeinsamem Handeln zusammenfinden.

<sup>12</sup> Bilanz der JVL (Anm. 10).

*Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Waldstein,  
Salzburg*

## **Abtreibungen in den Salzburger Landeskliniken aus rechtlicher Sicht<sup>1</sup>**

Bevor ich auf die Frage eingehe, was aus unserer Rechtsordnung für das hier zu erörternde Problem folgt, muss ich kurz auf die allgemeine Frage eingehen, ob es überhaupt möglich ist, festzustellen, was objektiv unserer Rechtsordnung entspricht. Mit anderen Worten: Ist der objektive Sinn der Normen erkennbar, die in unserer Rechtsordnung gelten? Kann man daher erkennen, was diesen Normen entspricht und was ihnen nicht entspricht und daher normwidrig ist?

Wenn ich hier ein aktuelles Problem aus rechtlicher Sicht beleuchten will, stellt sich vor allem die Frage, ob die Rechtswissenschaft zu dieser Erkenntnis etwas bei-

tragen kann. Diese Frage mag zunächst merkwürdig erscheinen. Seit jeher hat die Rechtswissenschaft ihre Aufgabe darin gesehen, zu klären, was der objektiven Rechtslage entspricht. Wer würde etwa daran zweifeln, dass der verfassungsrechtliche Grundsatz des Art. 18 Abs. 1 BVG<sup>2</sup>: „Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden“, eindeutig erkennen lässt, was damit gemeint ist? Dies würde bei Anwendung der seit der antiken römischen Rechtswissenschaft allgemein geltenden Auslegungsregeln niemand bezweifeln. Gleichwohl muss ich darauf hinweisen, dass es eine in Österreich und heute weit darüber hinaus maßgeblich wirksame Theorie der Auslegung gibt, die dies völlig anders sieht. Weil diese Theorie auch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs über die Fristenlösung möglich gemacht hat, mit dem behauptet wurde, dass die Fristenlösung unserer Verfassung nicht widerspreche, ist sie alles andere als eine bloße Theorie. Sie hat vielmehr praktische Folgen, die buchstäblich tödlich sind. Daher muss ich zunächst auf die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre kurz eingehen (I.) und die Frage erörtern, ob in Österreich die Weisung einer Landeshauptfrau, in öffentlichen Landeskrankenanstalten Abtreibungen durchführen zu lassen, mit Art. 18 Abs. 1 BVG vereinbar oder verfassungswidrig ist (II.). Schließlich sind die Folgerungen kurz darzustellen, die sich ergeben, falls sich eine solche Weisung als verfassungswidrig erweisen sollte (III.).

### **I. Zur Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre**

Ich habe mich mit dieser Theorie mehrfach in Publikationen auseinandergesetzt<sup>3</sup>. Hier kann ich nur die wesentlichsten Punkte hervorheben, die besonders von Kurt Ringhofer, einem prominenten ehemaligen Mitglied der Salzburger Juristen-Fakultät und des Verfassungsgerichtshofs, klargestellt wurden. Ringhofer hat sich dabei mit Ausführungen von Franz Bydlinki kritisch auseinandergesetzt, der die Folgen der Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre mit zwingender Logik aufgezeigt hatte<sup>4</sup>. Ringhofers Ausführungen laufen darauf hinaus, nachzuweisen, dass Bydlinkis Kritik auf einem Missverstehen des Wesens des Rechts und der Interpretation überhaupt beruhe. Eine zentrale Rolle spielt dabei die von Kelsen vorausgesetzte „Mehrdeutig-

<sup>1</sup> Leicht überarbeitete Fassung eines Vortrags vom 26. Januar 2005 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg vor Mitgliedern der „Jugend für das Leben“.

<sup>2</sup> BVG = Bundes-Verfassungsgesetz der Republik Österreich.

<sup>3</sup> Vgl. nur: Das Menschenrecht zum Leben (= Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 423), Berlin 1982, 28–36; Teoria generale del diritto, Dall'antichità ad oggi (= Studia et Documenta, Sectio Iuris Romani et Historiae Iuris – 6), Pontificia Università Lateranense, Roma 2001, 145–193.

<sup>4</sup> Gesetzeslücke, § 7 ABGB und die „Reine Rechtslehre“, Gedenkschrift Franz Gschnitzer, hrsg. von Ch. Faistenberger und H. Mayrhofer, Veröff. der Universität Innsbruck, 1969, 101 ff.

keit der Entscheidungsgrundlage“, also der Norm. Diese „Mehrdeutigkeit“ ist jedoch kein das Gericht einengender Rahmen. Es geht nicht etwa nur darum, dass für das Gericht eine der mehreren möglichen Deutungen verbindlich wäre. Denn letzten Endes kommt es dazu, dass nicht die geltende Rechtsordnung für die Entscheidung maßgeblich ist, sondern die „moralisch-politische Anschauung des Gerichts“<sup>5</sup>. Bei der Darstellung dessen, worum es bei der Interpretation geht, sagt Ringhofer im Sinne Kelsens folgendes:

„Dass die Norm mehrere Deutungen ermöglicht, dass sie mehrere Möglichkeiten der Lösung des Rechtsfalles anbietet, heißt nun aber gar nichts anderes, als dass alle diese mehreren Lösungen in der Norm enthalten, ihr gemäß und also rechtmäßig sind. Die Vorstellung, man könne durch Interpretation eine einzige, nämlich *die schlechthin rechtmäßige*<sup>6</sup> Lösung finden, beruht daher auf einem Denkfehler, sie verkennt die primäre Voraussetzung jeglicher Interpretation, denn sie widerspricht der Annahme: dass die Norm mehrdeutig ist, mehrere Lösungen erlaubt. Unter eben dieser Annahme kann jene von den mehreren möglichen, weil der Norm entsprechenden und also rechtmäßigen Deutungen, die der Entscheidung des Rechtsfalles zugrunde gelegt werden soll, nicht *erkannt*, sondern nur *bestimmt*<sup>7</sup> werden. Und das bedeutet nicht mehr Erkenntnis bereits vorgegebenen, sondern Setzung neuen Rechtes; ... Das aber, so meint die *Reine Rechtslehre*, fällt in die Kompetenz des Richters und nicht in jene der Wissenschaft, es ist Normschöpfung und somit mehr als wissenschaftlich geleistet werden kann“<sup>8</sup>.

In der Anmerkung zu diesen Aussagen fügt er betreffend diese Lösung des konkreten Rechtsfalles noch hinzu: „Wie sie im einzelnen ausfällt, bestimmt sich also ... nur nach den „subjektiven, moralisch-politischen Anschauungen“ des Rechtserzeugungsorgans. Mit Recht sagt daher Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 253: „Tritt an Stelle der moralisch-politischen Anschauung des Gesetzgebers die des Richters, dankt der Gesetzgeber zugunsten des Richters ab“.<sup>9</sup> Damit hat Ringhofer das Ergebnis, zu dem Bydlinski bei seiner Analyse gelangt ist, nicht widerlegt, sondern kompetent bestätigt. Denn dies alles bedeutet in der Tat, wie Bydlinski feststellt, dass „man bei der Unmöglichkeit endet, auch nur die Geltung einer einzigen objektiv, und das heißt doch wohl auch für das entscheidende Organ, verbindlichen Norm auszusagen“<sup>10</sup>. Bydlinski sagt dann treffend weiter: „Es beruht gewiss nicht auf „Missverständnissen“, wenn die Jurisprudenz im allgemeinen die Prämissen nicht akzeptiert, aus denen solche Ergebnisse folgen“<sup>11</sup>. Karl Larenz hat in seiner Methodenlehre der Rechtswissenschaft zu Kelsens Beschränkung der Auslegung auf „das Aufzeigen der dem Wortsinn nach möglichen Bedeutungen, unter denen der Anwender dann eine zu wählen hat“, festgestellt: „Mit der Funktion der Rechtsprechung im Verfassungsstaat verträgt sich diese Auffassung schlecht.

Es fehlt denn auch nicht an kritischen Stimmen“<sup>12</sup>. In einer früheren Auflage hatte Larenz noch gesagt: „Eine solche Beschränkung der Auslegung widerspricht allem, was die Rechtswissenschaft allenthalben und jederzeit tut“<sup>13</sup>. Man kann hier hinzufügen, dass sie dies seit der klassischen römischen Rechtswissenschaft in der gesamten Rechtstradition Europas auch immer getan hat, solange es um Erkenntnis des objektiv bestehenden Rechtes ging.

Sobald es jedoch um die Durchsetzung ideologischer Ziele unter dem Deckmantel des Rechts ging, durften Rechtsnormen keinen dem ideologischen Ziel im Wege stehenden Sinn haben. Dies hat ein kompetentes Mitglied des Verfassungsgerichtshofs im Zusammenhang mit dem Erkenntnis zur Fristenlösung in dankenswerter Offenheit klargestellt. Wilhelm Rosenzweig hat in seinem Beitrag zur Festschrift für Christian Broda<sup>14</sup> offen ausgesprochen, dass für den VfGH nicht seine verfassungsmäßig zugeordnete Aufgabe maßgeblich war, die Entscheidung einer einfachen Parlamentsmehrheit an der Verfassung zu messen, sondern maßgeblich war vielmehr jene „politische Willensentscheidung“, die von der aus dem „Kampf um ihre Programme“ siegreich hervorgegangene Partei getragen ist. Rosenzweig sagt dann wörtlich: „Diese Form der Demokratie darf nicht dadurch bedeutungslos gemacht werden, dass sich die Wähler sagen, dass letzten Endes die Entscheidung nicht von ihnen, sondern vom Verfassungsgericht getroffen wird“<sup>15</sup>.

Peter Pernthaler hat dazu treffend festgestellt: „das ist ein Vorgang, den man zurecht als „Verfassungsverdrängung“ bezeichnet hat und der auf kaltem Wege die normativ objektivierende Funktion des Verfassungsrechts außer Kraft setzt“. Ein solcher Vorgang konnte das behauptete Ergebnis nicht rechtfertigen, wonach die Fristenlösung verfassungsmäßig sei. Objektiv ist sie zweifellos verfassungswidrig, auch wenn das zuständige Höchstgericht nach seiner „subjektiven, moralisch-politischen Anschauung“ das Gegenteil behauptet. Für diese Behauptung war erklärtermaßen nicht die Verfassung maßgeblich, sondern die politische Willensentscheidung einer politischen Partei. Felix Ermacora hat in seinem Buch „Grundriss der Menschenrechte in Österreich“ festgestellt: „Es gibt keine sachliche Rechtfertigung für dieses Erkenntnis eines Höchstgerichtes in

5 Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 21960 (unv. Nachdruck 1967) 253 f.

6 Im Original gesperrt hervorgehoben.

7 Im Original gesperrt hervorgehoben.

8 Festschrift für H. Kelsen zum 90. Geburtstag, 1971, 205.

9 FS Kelsen (Anm. 8), 210.

10 GS Gschnitzer (Anm. 4), 115.

11 A.a.O.

12 Methodenlehre, 61991, 80.

13 Methodenlehre, 41979, 86.

14 Hrsg. von M. Neider, 1976.

15 FS Broda, 265.

16 JBl 97 (1975), 317.

Mitteleuropa mit jenen Traditionen, die der Präambel der EMRK verpflichtet sind. Das Erkenntnis hat gesellschaftsändernden Bestrebungen einer einfachen Parlamentsmehrheit Rechnung getragen. *Waldsteins* Kritik ist in dieser Hinsicht voll zuzustimmen. Die Kritik gegen das Erkenntnis und die Art der Rechtsfindung ist umfassend gewesen<sup>17</sup>.

Inzwischen hat die SPÖ auf ihrem Parteitag im November 2004 einstimmig die Forderung nach „Herausnahme der Regelung des Schwangerschaftsabbruches aus dem Strafgesetzbuch“ beschlossen. Damit soll der strafrechtliche Schutz für ungeborene Kinder bis zur Geburt völlig aufgehoben werden. Auf diesem Hintergrund muss auch die Weisung der Landeshauptfrau Gabi Burgstaller gewürdigt werden, der ich mich nun zuzuwenden habe.

## II. Ist die Weisung, in öffentlichen Landeskrankenanstalten Abtreibungen durchführen zu lassen, mit Art. 18 Abs. 1 BVG vereinbar?

Art. 18 Abs. 1 lautet: „Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden“. Die klaren Worte „darf nur“ lassen keinen Raum für die „Annahme, dass die Norm mehrdeutig ist, mehrere Lösungen erlaubt“. Welche anderen Lösungen sollte die Norm erlauben, als die von der eindeutigen Norm ausgesagte? Dürfte etwa ein oberstes Verwaltungsorgan eines Bundeslandes die Worte „darf nur“, weil sie ihm unbefriedigend erscheinen, rechtmäßig nach seinen „subjektiven, moralisch-politischen Anschauungen“ dahin verstehen, dass in diesem Fall auch ohne gesetzliche Grundlage gehandelt werden darf? Ich kann nicht glauben, dass dies ein Jurist, der sich ehrlich um die Erkenntnis des objektiv geltenden Rechts bemüht, ernsthaft würde behaupten können. Daher stellt sich die erste entscheidende Frage: Gibt es für die Durchführung von Abtreibungen in den Landeskrankenanstalten im Rahmen der Fristenlösung eine gesetzliche Grundlage? Diese Frage ist eindeutig zu verneinen. Die Frage, wie es bei Fällen nach § 97 Abs. 1 Z. 2 und 3 öStGB sowie nach Abs. 2 bei „einer unmittelbar drohenden, nicht anders abwendbaren Lebensgefahr“ der Schwangeren zu beurteilen ist, braucht hier nicht erörtert zu werden, weil es bei der hier zu beurteilenden Weisung klarerweise um die Durchsetzung der Fristenlösung geht. Für die Durchführung von Abtreibungen im Rahmen der Fristenlösung gibt es jedoch nicht nur keine gesetzliche Grundlage, sondern sie ist klar gesetzwidrig, wenn auch nicht strafbar. Gesetzwidriges Handeln und Weisungen zu gesetzwidrigem Handeln sind jedoch nach Art. 18 Abs. 1 BVG klarerweise unerlaubt und damit verfassungswidrig.

Dass die Abtreibung im Rahmen der Fristenlösung eindeutig gesetzwidrig ist, geht schon aus § 22 ABGB hervor, der bekanntlich lautet: „Selbst ungeborene Kinder

haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. Insoweit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu tun ist, werden sie als Geborene angesehen“. Lange bevor so etwas wie die „Fristenlösung“ überhaupt für denkbar gehalten wurde, hat der damalige Vizepräsident des VfGH, Karl Wolff, im Klang-Kommentar zum ABGB im Hinblick auf die Fassung des § 22 festgestellt: „Der Schutz erschöpft sich ... nicht in der Wahrung der Vermögensrechte der Leibesfrucht. Jede Verletzung oder Vernichtung ihres Lebens ist rechtswidrig“<sup>18</sup>. Die jeder Rechtsstaatlichkeit Hohn sprechende Auffassung, dass § 22 tatsächlich nur Vermögensrechte schütze, führt zu der absurden Konsequenz, dass für das ungeborene Kind zwar der Schutz des Eigentums nach Art. 5 StGG gelte, nicht aber der Schutz des Lebens. Was nützt der grundrechtliche Schutz des Eigentums, wenn man den Träger des Rechtes ungestraft töten und damit den Grundrechtsschutz buchstäblich „gegenstandslos“ machen darf?

Der VfGH hat zudem behauptet, dass Art. 2 der MRK für das ungeborene Kind nicht gelte. Die Salzburger Landesregierung hatte in ihrer Stellungnahme vom 9. September 1974 zur Äußerung der Bundesregierung vom 21. Mai 1974 im Zusammenhang mit der Anfechtung der Fristenlösung wegen Verfassungswidrigkeit folgendes ausgeführt: „Wie die Bundesregierung selbst erklärt, wird sich die Auslegung der MRK stets auch an den in den Mitgliedsstaaten geltenden Rechtsordnungen orientieren müssen“. In der weiteren Argumentation stützt sich die Stellungnahme auf die Tatsache, „dass die österreichische Rechtsordnung seit jeher die Leibesfrucht unter staatlichen Schutz gestellt hat. Wenn man also die MRK nicht losgelöst von der österreichischen Rechtsordnung interpretieren will, so wird man den Art. 2 MRK nur im Sinne der Einbeziehung der Leibesfrucht in den Schutzbereich dieses Artikels verstehen können. Völlig unverständlich wäre es auch, den nasciturus in vermögensrechtlicher Hinsicht in jeder nur möglichen Weise zu schützen (insb. durch die §§ 22, 217 und 274 ABGB und das HD vom 12. Mai 1845, JGS. NF. 888), ihn aber hinsichtlich seiner physischen Existenz während einer bestimmten Entwicklungsperiode völlig schutzlos zu lassen und einer willkürlichen Tötung auszuliefern. Eine Interpretation des Art. 2 MRK im Sinne der österreichischen Rechtsordnung muss daher zu einer Ablehnung der angefochtenen Strafrechtsbestimmung führen. Zu welch untragbaren Konsequenzen die Fristenlösung in erbrechtlicher Hinsicht führen kann, mag nur folgendes Beispiel zeigen: Während der ersten drei Monate der Schwangerschaft einer Frau stirbt ihr Ehemann ohne Hinterlassung einer letztwilligen Anordnung. Um

17 Grundriss der Menschenrechte in Österreich, Wien 1988, 55, m.w.Nw.

18 Klang-Kommentar I [21964], 155.

nicht mit dem Kind den Nachlass teilen zu müssen und sich das gesamte Vermögen des Ehemannes zuzuwenden, tötet die Frau das Kind während der 3-Monatsfrist<sup>19</sup>.

Die Reaktion des VfGH auf diese und viele andere Argumente zeigt klar, dass gegen bestehende „subjektive, moralisch-politische Anschauungen“ von Personen, die entschlossen sind, sie um jeden Preis durchzusetzen, sachliche Argumente nichts vermögen. Hannes Tretter hat in seiner „Übersicht zur Rechtsprechung der Höchstgerichte“ die Frage des Schutzzumfangs des Art. 2 MRK nochmals ausführlich dargestellt. Er zitiert unter anderem aus dem Antrag der Salzburger Landesregierung vom 15. März 1974 die folgenden Aussagen: „Überblickt man die *Literatur*, so lässt sich feststellen, dass die überwiegende Zahl der Autoren den Schutz des Lebens der Person sei es nach Art. 2 der MRK, sei es nach Art. 2 Abs. 2 des GG schon der Leibesfrucht ange-deihen lässt. Soweit die österreichische Literatur diese Frage im Hinblick auf die MRK behandelt, ist sie *einheitlich* der Auffassung, dass Art 2 MRK auch das Leben des Noch-Ungeborenen in seinen Schutzbereich einbezieht“. Im Hinblick auf die Bezugnahme der Präambel der MRK auf „ein gemeinsames Erbe an geistigen Gütern“ wird weiter gesagt: „Und dieses Gemeinsame war zum Grund- und Freiheitsrecht des Lebens, eben, dass ein Entzug des menschlichen Lebens nur deshalb, weil es eine bestimmte Altersgrenze noch nicht überschritten hatte, den Vertragsstaaten fremd und daher ausgeschlossen war. Dass unter den Begriffen des Art 2 „everyone“, „toute personne“, „jeder Mensch“ nach dem in der Präambel angerufenen gleichen Geist von dem die Vertragsstaaten beseelt sind und gemeinsamen Erbe an geistigen Gütern, politischen Überlieferungen, Achtung der Freiheit und Vorherrschaft des Gesetzes der Noch-Ungeborene als Geschützter verstanden war, weist die Übereinstimmung in der Rechtslage der Vertragsstaaten nach. Nicht nur diesem Geist der Europäischen Menschenrechtskonvention sondern mithin deren festgelegtem Inhalt widerspricht die neue Regelung des § 97 Abs. 1 Z. 1 StGB.“ Soweit der von Tretter wiedergegebene Text<sup>20</sup>.

Abgesehen von alledem ist es nach seit der Antike anerkannten Grundsätzen der Interpretation vollkommen unbestreitbar, dass jedes spezielle Grundrecht selbstverständlich den Schutz des Lebens voraussetzt. Wenn man das nicht anerkennt, ist die Folge unausweichlich, dass jedes Grundrecht nach willkürlich festgelegten Kriterien, sei es für ungeborene Kinder oder für alte, kranke oder behinderte Personen gegenstandslos gemacht werden kann durch Tötung des Rechtsträgers. Dies ist bereits in Belgien und den Niederlanden durch die Einführung auch der Euthanasie geschehen. Der Druck der „Alterspyramide“ auf die Finanzierung der Pensionen wird die Entwicklung in diese Richtung weitertreiben. Nur ein politischer Wille, der „die Anerkennung

der allen Mitgliedern der menschlichen Familie gleichen und unveräußerlichen Rechte“<sup>21</sup> verweigert, kann behaupten, dass es dieses Recht in bestimmten Fällen nicht gäbe. Mit solchen Behauptungen wird jedoch das Recht selbst nicht aufgehoben, es wird vielmehr missachtet und verletzt.

Das öStGB von 1974 hat mit § 96 den „Schwangerschaftsabbruch“ grundsätzlich mit Strafe bedroht und damit seine grundsätzliche Rechtswidrigkeit klargestellt. § 97 regelt Ausnahmen von der Strafbarkeit. Mit der „Fristenlösung“ nach § 97 Abs. 1 Z. 1 ist die grundsätzliche Rechtswidrigkeit des „Schwangerschaftsabbruches“ eindeutig nicht aufgehoben. Die Abtreibung ist lediglich nicht strafbar. Diethelm Kienapfel erklärt dazu: „Wichtig! Strafaufhebungs- und Strafausschlussgründe wirken nur *ad personam*, d. h. nur zugunsten dessen, der ihre Voraussetzungen erfüllt (= persönliche Strafaufhebungs- bzw. Strafausschlussgründe)“.<sup>22</sup> Die rechtliche Problematik eines solchen „Schwangerschaftsabbruches“, ein Tarnwort für die Tatsache der Tötung eines Kindes, wird durch das Gesetz noch ausdrücklich dadurch unterstrichen, dass § 97 Abs. 2 sagt: „Kein Arzt ist verpflichtet, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken, es sei denn, dass der Abbruch ohne Aufschub notwendig ist, um die Schwangere aus einer unmittelbar drohenden, nicht anders abwendbaren Lebensgefahr zu retten. Dies gilt auch für die im Krankenpflegefachdienst, in medizinisch technischen Diensten oder im Sanitätsdienst tätigen Personen.“ Im Abs. 3 wird ausdrücklich betont: „Niemand darf ... wegen der Weigerung, einen solchen Schwangerschaftsabbruch durchzuführen oder daran mitzuwirken, in welcher Art immer benachteiligt werden.“

Misst man die Realität an den angeführten Bestimmungen der Verfassung und maßgeblicher Gesetze, so wird klar, dass eine Weisung, die in sich rechtswidrig ist und in ihrer Folge rechtswidriges Handeln der von der Weisung betroffenen Personen anordnet, nach Art. 18 Abs. 1 BVG auch verfassungswidrig ist. Ein staatliches Organ, wie es die Landeshauptfrau ist, verlässt den Boden der Rechtsstaatlichkeit, wenn es eine politische Machtposition dazu missbraucht, Rechtswidriges durchzusetzen, nur, weil es von der betreffenden politischen Partei gewünscht wird, die gerade die Macht hat. Wie bereits seit der vorchristlichen Antike klar erkannt wurde, schlägt auch eine Demokratie in ihre Entartung um, wenn die politischen Machttäger, im Falle der Demokratie die Mehrheit, objektiv Rechtswidriges mit Hilfe ihrer Macht

19 Abgedruckt bei W. Waldstein, *Das Menschenrecht zum Leben*, Berlin 1982, 168 f.

20 In: Ermacora/Nowak/Tretter (Hrsg.), *Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte*, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Wien 1983, 93; der ganze Text des Antrags der Salzburger Landesregierung bei Waldstein, *Menschenrecht* (Anm. 19) 131–149.

21 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Präambel Abs. 1.

22 *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Wien 1985, S. 88.

durchsetzen. Die Demokratie schlägt dann, wie der griechische Historiker Polybios im 2. Jh. v. Chr. es formuliert, in die Ochlokratie um, in die Tyrannis der Masse. Nur totalitäre Systeme erlauben es sich, das Recht dort zu ignorieren, wo es ihnen im Wege steht.

Aus einem am 20. Dezember bekannt gewordenen Brief von Angestellten der Landeskrankenanstalten geht zu dem hervor, dass noch ein weiterer Schritt der Rechtswidrigkeit getan wird, indem schon bei Einstellungsgesprächen gefragt wird, ob Bewerber um eine Stelle mit der Abtreibung „Schwierigkeiten“ haben. Damit sollen offensichtlich Bewerber ausgeschlossen werden, die solche Schwierigkeiten bekennen, was eine klar gesetzwidrige Benachteiligung bedeutet, die gemäß § 97 Abs. 3 öStGB verboten ist. Mit solchen Maßnahmen soll offenbar der Widerstand gegen gesetzwidrige Anordnungen für die Zukunft beseitigt werden. Wenn schon rechtswidrig, dann aber gründlich und auf allen Ebenen – das ist die innere Logik des beschrittenen Weges. Mit Demokratie hat dies nichts mehr zu tun. Es ist vielmehr ungeschminkte Diktatur einer Partei, die gerade die Mehrheit hat.

Auch für den Gebrauch öffentlicher Einrichtungen und den Einsatz öffentlicher Mittel im Zusammenhang mit rechtswidrigen Handlungen gilt das Gesagte. Beides ist rechtswidrig und nach Art. 18 Abs. 1 BVG nicht erlaubt. Eine politische Partei, die rechtswidrige Handlungen wie das Töten ungeborener Kinder im Schutz der Strafflosigkeit durchführen will, muss dies auf eigene Verantwortung in eigenen Einrichtungen und auf eigene Kosten machen. Sie darf die öffentlichen Einrichtungen und die von allen Bürgern beizubringenden Steuermittel dafür nicht missbrauchen. Weder Land noch Bund dürfen rechtswidrige Unternehmungen finanziell unterstützen, wenn sie nicht mit Art. 18 Abs. 1 BVG in Konflikt geraten wollen. Dass dies, wie behauptet wird, praktisch andernorts geschieht, macht die Sache nicht besser. Andernorts begangenes Unrecht berechtigt nicht dazu, es auch in Salzburg einzuführen.

### III. Folgerungen aus der Verfassungswidrigkeit einer Weisung

Für „Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung“ bestimmt Art. 142 Abs. 1 BVG: „Der Verfassungsgerichtshof erkennt über die Anklage, mit der die verfassungsmäßige Verantwortlichkeit der obersten Bundes- und Landesorgane für die durch ihre Amtstätigkeit erfolgten schuldhaften Rechtsverletzungen geltend gemacht wird.“ Im Abs. 2 wird gesagt: „Die Anklage kann erhoben werden: ... „d) gegen einen Landeshauptmann, ... wegen Gesetzesverletzung ... durch Beschluss der Bundesregierung“.

Wir hatten dafür vor nicht langer Zeit ein Beispiel, als eine solche Anklage gegen den verstorbenen früheren Landeshauptmann Haslauer im Jahr 1984 erhoben wur-

de. Den Anklagerhebungsbeschluss hat die damalige sozialistische Bundesregierung gefasst. Es ging damals darum, dass der Landeshauptmann die ihm vom Bundesminister für Soziale Verwaltung im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung erteilte Weisung vom 26. November 1984 nicht befolgt hat. Die Weisung hätte den Landeshauptmann verpflichtet, eine von ihm erlassene Verordnung, „mit der für den 8. Dezember 1984 die Gewerbeausübung und Ausnahmen von der Arbeitsruhe zugelassen werden, abzuändern bzw. aufzuheben, soweit sie aufgrund des § 13 Abs. 1 und 2 des Arbeitsruhegesetzes ... am 8. Dezember 1984 in bestimmten Betrieben die Beschäftigung von Arbeitnehmern zulässt“<sup>23</sup>. Der VfGH beschränkte sich damals „auf die Feststellung ..., dass eine Rechtsverletzung vorliegt.“ Damals ging es nicht um das Leben ungeborener Kinder, sondern „nur“ um Ausnahmen vom Arbeitsruhegesetz für einen bestimmten Tag und darum, dem Land die Nachteile zu ersparen, die durch den Einkauf am Feiertag im benachbarten Bayern entstanden wären. Hier geht es jedoch darum, dass durch eine rechtswidrige Weisung das Töten einer unabsehbaren Zahl ungeborener Kinder in einem öffentlichen Krankenhaus durchgesetzt werden soll. Damit geht es um die Missachtung des grundlegendsten Menschenrechts auf Leben, das erste unter den „gleichen und unveräußerlichen Rechten“, die in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte feierlich festgeschrieben wurden, „da Verkennung und Missachtung der Menschenrechte zu Akten der Barbarei führten, die das Gewissen der Menschheit tief verletzt haben“<sup>24</sup>. Dieses Recht ist für das ungeborene Kind schon im § 22 ABGB verankert. Der § 22 steht im systematischen Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsrecht des vorausgehenden § 16, der lautet: „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten“. § 22 ABGB bestimmt hinsichtlich der ungeborenen Kinder: „Insoweit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu tun ist, werden sie als Geborene angesehen“, und zwar, wie der § 22 vorher sagt: „von dem Zeitpunkt der Empfängnis an“.

Felix Ermacora sagt in seinem Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte zu § 16: „Da das ABGB in seinen fundamentalen Bestimmungen den Charakter eines Grundrechtskataloges hat (vgl. Kap. V, §1), kommt auch diesem Satz Grundrechtscharakter zu. Der Satz ist durchaus vergleichbar mit dem im Art. 1 Abs. 1 GG anerkannten Rechtsprinzip der Menschenwürde“<sup>25</sup>. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, dass diese Bestimmungen zu jenen Gesetzen gehören,

23 VfGH Erkenntnis v. \_\_\_\_: 19850628, Sammlungsnummer 10510, aus dem „Spruch“.

24 Vgl. die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Präambel Abs. 1 und 2 sowie Art. 3.

25 Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, Wien 1963, 39.

die gemäß Art. 18 Abs. 1 BVG die zwingende Grundlage für die Ausübung der gesamten staatlichen Verwaltung sind. Handlungen, die mit § 22 ABGB im Widerspruch stehen, sind daher zweifellos „Gesetzesverletzungen“ im Sinne von Art. 142 Abs. 2 lit. d) BVG, und zwar unabhängig davon, ob man den § 22 als Bestandteil eines Grundrechtskataloges ansieht oder nicht. Dazu kommen jedoch die formellen verfassungsrechtlichen Normen, wie vor allem Art. 2 EMRK. Ermacora sagt begründet, die Entscheidung des VfGH, „dass Art. 2 EMRK nur das geborene, nicht aber das ungeborene Leben schütze, ist verfehlt<sup>26</sup>, weil unzulänglich“<sup>27</sup>. Die authentischen Texte in Englisch und Französisch, die, wie bereits erwähnt, „everyone“ und „toute personne“ sagen, widerlegen diese Meinung des VfGH. Aber auch das Wort „Mensch“ in der nicht authentischen deutschen Fassung kann die Meinung des VfGH nicht stützen, weil § 22 ABGB ausdrücklich sagt, dass ungeborene Kinder „insofern es um ihre ... Rechte zu tun ist, ... als Geborene angesehen“ werden. Der VfGH müßte dann auch bestreiten, dass Geborenen die Qualität Mensch zukommt.

Angesichts des Ranges der durch die Weisung zur Durchführung von Abtreibungen verletzten Gesetze wäre wohl eine Ministeranklage gegen die Landeshauptfrau weit mehr begründet als seinerzeit gegen Landeshauptmann Haslauer. In diesem Falle geht es jedoch leider nicht um eine Angelegenheit der mittelbaren Bundesverwaltung. Daher ist Landeshauptfrau Burgstaller nur dem Landtag verantwortlich. Solange der Landtag die Rechtsverletzungen deckt, muss das grundlegende Verfassungsprinzip des Art. 18 Abs. 1 BVG zum faktisch wirkungslosen Relikt vergangener Rechtsstaatlichkeit werden. Dann muss die Vorstellung aufgegeben werden, dass die grundlegendsten Voraussetzungen einer rechtsstaatlichen Ordnung in diesem Lande noch bestehen. Wir stehen dann vor der Tatsache einer Diktatur der politischen Macht, der in der gegebenen politischen Konstellation in der Tat niemand mehr wirksam entgegen treten kann. Nur bei Veränderung der politischen Kräfteverhältnisse könnte ein neuer Landtag die Landeshauptfrau für die begangenen Gesetzesverletzungen noch zur Verantwortung ziehen.

Angesichts der weittragenden Folgen der Weisung von Landeshauptfrau Gabi Burgstaller, die ihr selbst vielleicht nicht bewusst waren, möchte ich hoffen, dass sie das weitere Beschreiten dieses Weges sich noch einmal überlegt und zur Rechtmäßigkeit gemäß Art. 18 Abs. 1 BVG zurückkehrt. Wenn sie aber das verfassungsrechtliche Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bewusst missachtet, bleibt nur die Hoffnung, dass die politischen Kräfteverhältnisse sich in der Zukunft so ändern, dass eine Rückkehr zur Rechtsstaatlichkeit wieder möglich wird.

Zur Jahreswende 2004/2005 wurde die ganze Welt von der Flutkatastrophe im Indischen Ozean erschüttert. Ein Bericht über das Tsunami-Zentrum auf Hawaii zeigt

te, dass ihre Analyse der Situation zunächst falsch war. Als das wahre Ausmaß der bevorstehenden Katastrophe erkannt worden war, konnten sie bei den Bemühungen, eine Warnung hinauszugeben, meist nur automatische Anrufbeantworter und nur wenige Adressaten erreichen. Diese haben ihrerseits die Warnungen auch noch nicht ernst genommen. Ich möchte aus diesem Berichtes einen kurzen Absatz zitieren, der eine Aussage eines der Wissenschaftler wiedergibt, die auch für unser Problem Bedeutung hat. Es heißt dort: „Die Katastrophe in Südostasien hat sie alle tief getroffen hier im Warning Center. McCreerys Augen füllen sich mit Tränen, am Ende einer langen, fast schlaflosen Woche. „Entschuldigen Sie meinen Gefühlsausbruch“, sagt er: „ich denke immer noch, vielleicht hätten wir ein einziges Kind retten können“.“

Als ich das las, stand mir unsere Situation hier vor Augen: „vielleicht hätten wir ein einziges Kind retten können“! Angesichts dieser Aussage darf wohl nicht vergessen werden, dass nach den vermuteten jährlichen Zahlen von Abtreibungen allein in Österreich insgesamt weit mehr als 2 Millionen ungeborene Kinder seit Einführung der Fristenlösung nicht durch eine Flutkatastrophe, sondern durch bewusste und professionelle Tötung ihr Leben verloren haben - trotz ihres verbrieften Anspruches auf den Schutz der Gesetze. Wenn wir heute dazu schweigen, müssen wir mit den gleichen Fragen unserer Nachfahren rechnen, die nach den früheren „Akten der Barbarei“ an die damaligen Juristen und an sonstige Verantwortliche mit Recht gerichtet wurden. Die Schuld für das damalige Schweigen vieler Juristen, das ihnen jetzt vorgeworfen wird, möchte ich nicht auf mich laden. Als Romanist weiß ich, dass auch römische Juristen Tyrannen zu widerstehen wagten, selbst wenn sie damit ihr Leben aufs Spiel setzten. Manche haben es auch verloren, wie etwa der berühmte Jurist Papinian, der um 212 n. Chr. auf Befehl des Kaisers Caracalla hingerichtet wurde, weil er nicht bereit war, den Mord an des Kaisers Bruder und Mitkaiser Geta juristisch zu rechtfertigen.

Heute droht dem, der Widerstand leistet, bisher weder der Tod noch das KZ. Freilich gibt es bereits andere Formen der „Ausschaltung“ von Dissidenten. Das prominenteste Beispiel ist der Fall Rocco Buttiglione, der durch Intervention der sozialistischen Abgeordneten des EU-Parlaments wegen seiner religiösen Überzeugungen, trotz der auch in der EU-Menschenrechtscharta feierlich verkündeten Religionsfreiheit und des Diskriminierungsverbots, nicht als EU-Kommissar zugelassen wurde. Auch wenn wir noch nicht ganz so weit sind, wie es in den totalitären Systemen war, sind rechtswidrige und insofern totalitäre Akte für eine Demokratie der Beginn ihrer Entartung. Daher möchte ich der

<sup>26</sup> Hervorh. im Original.

<sup>27</sup> Grundriß der Menschenrechte in Österreich, Wien 1988, 54.

Jugend für das Leben besonders für Ihren hochherzigen und opferbereiten Einsatz für das Leben unschuldiger und hilfebedürftiger Menschen danken. Es ist ein Einsatz für die Grundlagen der Demokratie und die Rechtsstaatlichkeit.

Ich möchte mit einem denkwürdigen Wort schließen, das am Ende eines denkwürdigen Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs steht, in dem es gegen damalige totalitäre Versuche, ein grundlegendes Menschenrecht zu verweigern, darum ging, das objektive Recht durchzusetzen. Der Verwaltungsgerichtshof stellte fest: „Es steht im Rechtsstaat kein Mensch über dem Recht und keiner außerhalb des Rechtes“<sup>28</sup>. Dieses Erkenntnis hat damals, wie Hans Klecatsky treffend formuliert hat, wahrhaftig „die Wut der Macht“<sup>29</sup> hervorgerufen. Ich möchte doch hoffen, dass dieses Wort des VwGH noch zu bewirken vermöchte, dass unzählige Kinder zumindest in den Landeskrankenanstalten nicht außerhalb des Rechtes stehen werden und Landeshauptfrau Burgstaller sich doch noch entschließen könnte, nicht über dem Recht stehen zu wollen.

28 Erk. des VwGH vom 24.5.1963, VwSlgNF 6035 (1963) 506.

29 JBl 87 (1965), 544. Dazu Waldstein, Menschenrecht (Anm. 19), 63–66.

RA Dr. Mihály Filó, LL.M, Budapest\*

## Nein zur aktiven Sterbehilfe – das Euthanasie-Urteil des ungarischen Verfassungsgerichtes

Während die Sterbehilfe in Deutschland zu einem Modethema geworden ist, werden die Fragen der Lebensbeendigung auf Verlangen in der ungarischen Rechtsliteratur als ein marginales Gebiet betrachtet. In Ungarn beschäftigen sich hauptsächlich Philosophen und Ärzte mit dieser Problematik. Für Juristen gilt dieser Bereich dagegen noch immer als „terra incognita“, die im Schrifttum als rein theoretisches Problem behandelt wird. Hoffentlich wird die jüngste Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichtes<sup>1</sup> (AB) über das Ende des menschlichen Lebens der Rechtslehre auch auf diesem Gebiet neue Impulse geben.

### 1. Die Sterbehilfe auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand

Im Jahre 1993 ging bei Gericht ein Antrag ein, der eine Stellungnahme des ungarischen Verfassungsgerichtes zu der Problematik der Sterbehilfe forderte. Es wurden vor allem die Vorschriften des Gesetzes über das Gesundheitswesen<sup>2</sup> (GesG) angefochten, die nur unter

strengen Voraussetzungen passive Sterbehilfe erlauben. Das Verfahren zog sich 10 Jahre lang hin. Auslöser war ein Fall aus dem Jahr 1992, in dem eine Mutter ihre damals elfjährige, unheilbar kranke Tochter auf deren ausdrücklichen Wunsch in der Badewanne ertränkt hatte und wegen Totschlags (gemäß § 166 Ungarisches Strafgesetzbuch, UngStGB<sup>3</sup>) verurteilt worden war.<sup>4</sup> Es ist zu bemerken, dass der Tatbestand der Tötung auf Verlangen – der mit § 216 StGB weitgehend übereinstimmte – im ungarischen Strafrecht durch eine Novelle aus dem Jahr 1961 ersatzlos gestrichen worden war. Strafrechtswissenschaftler erachten die Wiedereinführung eines solchen Tatbestandes auch nicht für nötig, weil für die Tötung eines Menschen (§166 UngStGB) im Grundfall ein Strafraum von 5 bis 15 Jahren zur Verfügung steht und auch mildernde Umstände in Betracht gezogen werden können. Dieser Spielraum für die Strafzumessung im Einzelfall wird als ausreichend angesehen.<sup>5</sup> Die so genannte „sozialistische Ethik“ lieferte eine ganz andere ideologische Begründung für die Aufhebung der gesetzlichen Privilegierung, fernab von der Lehre der Strafrechtsdogmatik. Demnach sei das menschliche Leben ein nicht disponibles Rechtsgut der Gesellschaft, dessen Verfügung nicht in die Hände anderer gelegt werden dürfe.<sup>6</sup> Daher sind die Fälle der aktiven Sterbehilfe – nach einhelliger Meinung der ungarischen Rechtsliteratur – als vorsätzliche Tötungsdelikte strafbar.

Die Antragsteller – Rechtsanwältin *Kmetty* und Verfassungsrechtler *Takács* – haben 1993 vorgeschlagen, den Straftaten gegen das Leben (§§ 166 ff. UngStGB) Sondervorschriften über die Sterbehilfe hinzuzufügen. Ihr Vorschlag sieht u. a. vor, dass die Tötung auf Verlangen des Getöteten, die der Beendigung eines schweren vom Betroffenen nicht mehr zu ertragenen Leidenzustandes dient, der nicht durch andere Maßnahmen behoben oder gelindert werden kann, unter bestimmten Voraussetzungen nicht rechtswidrig ist.

Den Antrag, das Verbot der aktiven Sterbehilfe und die strengen Bedingungen der passiven Sterbehilfe für verfassungswidrig zu erklären, weil sie das Selbstbestimmungsrecht unheilbar Kranker einschränkten, wiesen die Richter nach jahrelanger Diskussion ab. Dieses Eu-

\* Der Autor ist Lehrbeauftragter für Bioethik und Strafrecht an der Eötvös-Loránd-Universität in Budapest.

1 Entsch. Nr. 22/2003 (IV. 28.) des Ungarischen Verfassungsgerichtes (AB) /abgedruckt in: *Magyar Közlöny*, 2003, S. 3651 ff. Bei „*Magyar Közlöny*“ („*Ungarisches Gesetzblatt*“) handelt es sich um ein vom Staat herausgegebenes offizielles Periodikum, vergleichbar mit dem deutschen Bundesgesetzblatt.

2 Gesetz Nr. CLIV aus dem Jahre 1997 über das Gesundheitswesen (GesG): „*Egészségügyi Törvény*“ (Eütv.).

3 Gesetz Nr. IV aus dem Jahre 1978 über das Strafgesetzbuch der Republik Ungarn (*UngStGB*): „*Büntető Törvénykönyv*“ (Btk.).

4 Der bekannte Fall von *Györgyi Binder*.

5 *Nagy, Ferenc/Horváth, Tibor* (1999): *A magyar büntetőjog Különös Része*, Budapest, S. 64.

6 *Bakóci, Antal* (1984): *Az emberölés*, Budapest, S. 66 ff.

thanasie-Urteil hat ein sehr großes Medienecho hervorgerufen, da es das erste Urteil des Verfassungsgerichts zur Sterbehilfe darstellt. In Ungarn hatten sich Meinungsumfragen zufolge fast zwei Drittel der Bevölkerung für eine Legalisierung der aktiven Sterbehilfe ausgesprochen.

## 2. Die Menschenwürde in Einheit mit dem Recht auf Leben in der Rechtsprechung des Ungarischen Verfassungsgerichtes

Das ungarische Verfassungsgericht spielte eine Vorreiterrolle in der Rechtsentwicklung, indem es schon 1990 den Inhalt des Rechts auf Leben und Menschenwürde ausdehnend und aktiv auslegte. Bisher sind vier Urteile zu dieser Problematik ergangen (ein Urteil zur Todesstrafe, zwei zur Abtreibung und das Euthanasie-Urteil). Die Argumentation des Verfassungsgerichtes liefert durch die Bestimmung der Rechtsnatur der Menschenwürde und des Selbstbestimmungsrechts interessante Aspekte zur rechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe.

In der ungarischen Verfassungsjudikatur zeichnet sich eine klare Hierarchie der Grundrechte ab. An der Spitze der Werteordnung des ungarischen Grundgesetzes (UngG) stehen das Recht auf Leben und die Menschenwürde (Art. 54. Abs. 1 UngG). In den entsprechenden Passagen zum Todesstrafen-Urteil hat das Verfassungsgericht ausgeführt, dass das menschliche Leben und die Würde nicht bloß als Grundrechte betrachtet werden müssen, sondern als dem Recht vorgegebene Werte, die „Quelle der Rechte“ sind.<sup>7</sup>

Die Menschenwürde hat in der ungarischen Verfassungsjudikatur eine zentrale Doppelfunktion erlangt, die im Verständnis des Verfassungsgerichtes nur komplementär zum Recht auf Leben zu verstehen ist. Einerseits wird das Recht auf Menschenwürde in der ständigen Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichtes als „subsidiäres Grundrecht“ oder „ein Muttergrundrecht“ angesehen, „das sowohl das AB als auch die Gerichte in jedem Fall zum Schutz der Autonomie des Einzelnen heranziehen können, wenn auf den gleichen Sachverhalt keines der benannten Grundrechte anwendbar ist“.<sup>8</sup> Andererseits wird die Menschenwürde in ihrer Einheit mit dem Recht auf Leben als rechtlicher Ausdruck des spezifisch menschlichen Status betrachtet und gilt als wesensbestimmendes Element des allgemeinen Gleichheitssatzes.<sup>9</sup> Der Mensch kann notwendigerweise nur in der Einheit seines Lebens und seiner Würde behandelt werden. Die Würde als Grundrecht für das Individuum hat ja keinen Sinn mehr, wenn es nicht mehr am Leben ist.

Im Todesstrafen-Urteil hat das Verfassungsgericht die Vorschriften des Strafgesetzes und die damit verbundenen einschlägigen Rechtsnormen mit Bezug auf die Todesstrafe als Verstoß gegen das Verbot eingestuft, den Wesensgehalt des Rechts auf Leben und Menschenwür-

de zu beschränken. Dementsprechend hat es die Todesstrafe mit der folgenden Begründung für verfassungswidrig erklärt: „Das Recht auf Leben und Menschenwürde ist selbst der Wesensgehalt, und deshalb kann der Staat darüber nicht disponieren. (...) Daraus folgt, dass die Entziehung des Rechts auf Leben und Würde begrifflich nur willkürlich sein kann. Die Todesstrafe ist also nicht deshalb willkürlich, weil sie das Recht auf Leben einschränkt, sondern deshalb, weil das Recht auf Leben und auf Würde – infolge seiner Eigenart – von vornherein nicht eingeschränkt werden darf.“<sup>10</sup>

Demnach kann behauptet werden, dass das Recht auf Leben in seiner Einheit mit der Menschenwürde nach der ungarischen Verfassungsjudikatur nur einen *absoluten* Wesensgehalt haben kann, weil es schon begrifflich nicht beschränkbar ist. Somit ist die „Unantastbarkeit“ dieser Grundrechte ins Absolute gesteigert worden.<sup>11</sup>

Zur näheren Erörterung der Entscheidung des Verfassungsgerichtes soll die gesetzliche Regelung der passiven Sterbehilfe dargestellt werden.

## 3. Die gesetzliche Regelung der passiven Sterbehilfe in Ungarn

Zu der rechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe in Ungarn muss man zwei Vorbemerkungen machen. Erstens muss festgestellt werden, dass die verschiedenen Erscheinungsformen der Sterbehilfe in Ungarn ebenso wie in der maßgebenden europäischen Rechtsliteratur differenziert werden. Sie werden gleichfalls als reine, passive, indirekte und aktive Sterbehilfe definiert. Die zweite Vorbemerkung betrifft den Sprachgebrauch. In der ungarischen Sprache gibt es keinen eigenen ungarischen Ausdruck für „Sterbehilfe“, in Ungarn wird deshalb die ungarische Form des altgriechischen Wortes „*Euthanasie*“ angewendet, obwohl dieses Wort wegen der NS-Zeit auch in Ungarn einen negativen Beiklang hat.

Der ungarische Gesetzgeber hat im Jahre 1997 das oben erwähnte Gesetz für das Gesundheitswesen (GesG) erlassen. Es gilt als radikale Änderung der Rechtslage (§§ 15, 20, 21 GesG). Dem Patienten in terminalem Zustand wurde erlaubt, bei einer Krankheit, die in kürzerer Zeit zum Tode führt und unheilbar ist, auf lebenserhaltende Maßnahmen zu verzichten. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. werdende Mütter dürfen auf lebenserhaltende Maßnahmen nicht verzichten.

Durch diese Regelung wurde die passive Sterbehilfe, also der Abbruch oder die Nichtvornahme einer lebens-

7 Brunner, Georg/ Sólyom, László (1995): Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn: Analysen und Entscheidungen 1990-1993, Baden-Baden, S. 50.

8 Entsch. Nr. 8/1990 (IV. 23.) des Ungarischen Verfassungsgerichtes.

9 Brunner/Sólyom (Anm. 7), S. 72.

10 Entsch. Nr. 8/1990 (Anm. 8).

11 Brunner/Sólyom (Anm. 7), S. 71.

erhaltenden Maßnahme auf Wunsch des Patienten, in bestimmtem Umfang legalisiert. Das Gesetz knüpft die Gültigkeit der Erklärung des Patienten an strenge Bedingungen. Die Behandlungsverzichtserklärung muss zweimal erneuert werden, und die Handlungsfähigkeit des Patienten wird von einem Sachverständigenausschuss überprüft. Eine separate Fallgruppe bilden diejenigen Fälle, in denen die noch äußerungsfähige und handlungsfähige Person – für den Fall, dass sie handlungsunfähig wird – ihre Behandlung in einer notariellen Urkunde ablehnt, und eine andere Person benennt, die ihre obigen Rechte für sie ausüben darf. Hierbei handelt es sich also um ein „Patiententestament“.

Ein Behandlungsabbruch bedarf in Ungarn – im Gegensatz zu vielen anderen Ländern – keiner gerichtlichen Genehmigung, falls ein gültiges Patiententestament vorliegt. Fehlt eine eindeutige Behandlungsverzichtserklärung, muss der Kranke weiterbehandelt werden. Es gilt das Prinzip „*in dubio pro vita*“. Die „mutmaßliche Einwilligung“ des Patienten wird in Ungarn nicht akzeptiert. Die Systematik dieses Gesetzes erinnert an das ehemalige australische Gesetz. In Australien galt im Nordterritorium für kurze Zeit ein Gesetz<sup>12</sup>, das auch die aktive Sterbehilfe erlaubte. In Ungarn wurde zwar nur die passive Form legalisiert, aber der deutliche prozessuale Charakter und die Forderung nach einer glasklaren Regelung sind für beide Gesetze typisch. Diese Merkmale kann man übrigens als Trend weltweit beobachten.

#### 4. Der Standpunkt der Antragsteller – die behauptete Verletzung des Art. 54 UngG

Die Antragsteller rügten insbesondere eine Verletzung des Art. 54 des ungarischen Grundgesetzes.<sup>13</sup> Nach ihrer Ansicht verletzt die obige Regelung der passiven Sterbehilfe den Wesensgehalt der Menschenwürde dadurch, dass sie das Selbstbestimmungsrecht der unheilbar Kranken verfassungswidrig beschränke. Art. 54 UngG beinhalte auch das Recht auf einen selbstbestimmten Tod. Demgemäß erfahre das Selbstbestimmungsrecht durch das Verbot der aktiven Sterbehilfe insoweit eine Beschränkung, als die ungarische Rechtsordnung dem aktiven Sterbehelfer keine Straffreiheit zusichere. Nach der Meinung von Takács müsse den Schwerstkranken das Recht zustehen, unter aktiver Mit Hilfe eines Dritten zu sterben. Das könne nur dadurch ermöglicht werden, dass die aktive Sterbehilfe legalisiert werde.<sup>14</sup> Ferner ziehe die gesetzliche Regelung der passiven Sterbehilfe die Grenzen der Selbstbestimmung der Kranken auch in diesem Bereich zu eng. Die Vorschriften, die das Unterlassen oder den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen nur unter bestimmten persönlichen und formalen Voraussetzungen erlauben, seien verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

#### 5. Der Standpunkt des Verfassungsgerichtes

Bei der verfassungsgerichtlichen Analyse wurde vor allem geprüft, ob und inwieweit die rechtliche Regelung der passiven Sterbehilfe und das Verbot der aktiven Sterbehilfe mit dem Recht auf Leben und auf Menschenwürde vereinbar sind. Wie erörtert, werden diese Grundrechte nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtes als eine Einheit angesehen. Sie stehen an der Spitze der Werteordnung der Verfassung und sind nicht beschränkbar.

Nach Ansicht des Verfassungsgerichtes sind diese Thesen aber nur für diejenigen Situationen maßgebend, in denen die Rechte auf Leben und auf Menschenwürde *von Dritten oder dem Staat* beschränkt werden. *Die Eigenart der Situation des Sterbens liege gerade darin, dass diese Rechte hier nicht als Einheit erscheinen, sondern sich gegenseitig einschränken.* Daraus folgt, dass der Wesensgehalt dieser Rechte hier eine verfassungsmäßige Beschränkung erfahren kann, falls der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Während das Recht auf Leben in seiner Einheit mit der Menschenwürde schon begrifflich nicht eingeschränkt werden könne, sei das „*nackte*“ Selbstbestimmungsrecht an sich, als ein wesentlicher Aspekt der Würde, nicht unbeschränkbar.<sup>15</sup> Hierbei handelt es sich also um die Einschränkung eines bloßen *relativen* Wesensgehalts. Die Zulässigkeit solcher Grundrechtseinschränkungen ist – im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – von deren Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit abhängig.

Darüber hinaus wies das Gericht auf seine ständige Rechtsprechung hin, dass das Recht auf Leben auch eine positive Schutzpflicht des Staates enthält, das Leben des Einzelnen vor unbefugten Fremdbestimmungen zu schützen. So sei der Staat auch zum institutionellen Schutz des menschlichen Lebens verpflichtet. Die angefochtenen Vorschriften dienten gerade diesem Zweck, indem sie die Voraussetzungen der freien Willenserklärung Schwerstkranker bestimmen.

Das Verbot der aktiven Sterbehilfe und die Beschränkungen durch das Gesetz für Gesundheitswesen sind demgemäß gerechtfertigt. Einstimmig erklärten die Richter den Antrag für unbegründet. Somit sprach sich der Verfassungsgerichtshof für die Verfassungsmäßigkeit der ungarischen Regelung der passiven Sterbehilfe aus. Für die Fälle der aktiven Sterbehilfe sind nach wie vor die allgemeinen Tötungsdelikte anzuwenden.

12 *Terminally Ill Act*, vgl. nur Kovács, József (1997) *A modern orvosi etika alapjai. Bevezetés a bioetikába*, Budapest.

13 Entsch. Nr. 22/2003 (Anm. 1), S. 3652.

14 Vajda, Angéla (2002): *Méltóság a halálban, Lege Artis Medicinae (LAM) 2002*. S. 331 ff. Bei der Fachzeitschrift LAM handelt es sich um ein wichtiges berufliches Forum der ungarischen Ärzteschaft, vergleichbar mit der Deutschen Ärzteblatt.

15 Entsch. Nr. 22/2003 (Anm. 1), S. 3657.

## Amtseid

Nach dem Grundgesetz leisten der Bundespräsident, der Bundeskanzler und die Bundesminister den in Art. 56 GG niedergelegten Amtseid. Sie schwören, ihre Kraft dem Wohle des deutschen Volkes zu widmen, seinen Nutzen zu mehren, Schaden von ihm zu wenden, die Gesetze des Bundes zu wahren und zu verteidigen, ihre Pflichten gewissenhaft zu erfüllen und Gerechtigkeit gegenüber jedermann zu üben. Würden alle ihr Amt gemäß diesem Eid führen, wäre es um den Rechtsschutz Ungeborener besser bestellt. Doch die Pflichten aus dem Eid werden offenbar nicht so genau genommen. Einige Beispiele aus den letzten Jahren belegen dies.

Schon im Jahr 2001 lehnte die Bundesministerin für Bildung und Forschung es offen ab, die vom Bundesverfassungsgericht für zulässig erachtete Abtreibungsreform (Beratungsregelung) auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen. Zur Begründung gab sie an, die dahingehende Forderung des BVerfG enthalte keine rechtliche Verpflichtung. Die Ministerin verkennt jedoch, dass nicht nur die jüngste Abtreibungsreform, sondern alle Gesetze von Verfassungen wegen einer Beobachtungspflicht unterliegen. Daher muss bei

jedem zunächst für unbedenklich gehaltenen Gesetz darauf geachtet werden, ob es sich später als verfassungswidrig herausstellt oder in diese Richtung entwickelt

(vgl. BVerfG NJW 1986, 2487, 2493). Dies gilt um so dringlicher, wenn das BVerfG, wie in dem Abtreibungsurteil von 1993, auf diese sich unmittelbar aus dem Grundgesetz ergebende Pflicht auch noch eigens hinweist. Offenbar weiß die Bundesministerin, die geschworen hat, die Gesetze des Bundes zu wahren und zu verteidigen, dies alles nicht. Unabhängig davon, dass das Reformgesetz sein Ziel, einen wirksamen Lebensschutz für Ungeborene zu gewährleisten, verfehlt hat, verletzt schon die fehlende Bereitschaft der Ministerin, eben dies zu überprüfen, ihren Amtseid.

Nicht anders verhält es sich mit der Bundesministerin für Gesundheit und Soziale Sicherung. Sie hatte in einer Broschüre ihres Hauses im Zuge der Gesundheitsreform 2004 Abtreibungen als im „gesamtgemeinschaftlichen Interesse“ liegend bezeichnet. Deshalb hat sie die Kosten für und im Zusammenhang mit Abtreibungen von den Sparmaßnahmen der Gesundheitsreform ausgenommen. Wenn aber die Kostenübernahme für Behandlungen bei Krankheiten gekürzt, die Ausgaben zur Beseitigung eines körperlich gesunden Zustandes (Schwangerschaft) hingegen ungeschmälert aufgebracht werden, muss wohl eher von einem „gesamtgemeinschaftlichen Schaden“ gesprochen werden. Dies schon deshalb, weil die Abtreibungskosten den Steuerzahler jährlich mit etwa 40 Millionen Euro belasten, wo-

bei die Kosten zur Behandlung von Komplikationen, die nach Abtreibungen auftreten (z. B. Post-Abortions-Syndrom), noch hinzukommen. Und nicht zuletzt: Wie konnte ausgerechnet die für die „Soziale Sicherung“ zuständige Bundesministerin zu der Aussage vom „gesamtgemeinschaftlichen Interesse“ an der Durchführung von Abtreibungen kommen? Werden doch die abgetriebenen Kinder (seit 1975 rund 8 Millionen!) im „Generationenvertrag“ der Rentenversicherung, dem Kernstück der „Sozialen Sicherung“, schmerzlich vermisst! Der abtreibungsbedingte Bevölkerungsrückgang wird bereits als „Auto-Genozid“ (Fenner, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2003, 1788) bezeichnet. Den eigenen Genozid auch noch zu fördern, läuft dem Amtseid, Schaden vom deutschen Volke zu wenden, nun eindeutig entgegen.

Die hoch angesehene „Paul-Ehrlich-Stiftung“ vergibt an verdiente Mediziner den renommierten „Paul-Ehrlich und Ludwig-Darmstaedter-Preis“. Die Dotation (100.000 Euro) kommt etwa zu gleichen Teilen aus dem Vermögen der Stiftung wie aus dem Etat des Bundesministeriums für Gesundheit und Soziale Sicherung, insoweit also aus Steuergeldern. Ausgezeichnet wurde in diesem

**Die abgetriebenen Kinder werden im „Generationenvertrag“ schmerzlich vermisst.**

Jahr der englische Arzt Jan Wilmot und zwar für seine Klonforschung, die zur Entwicklung des Schafes „Dolly“ geführt hat. Dies werde, so heißt es anlässlich der Bekanntgabe des Preisträgers,

sich auch auf die Humanmedizin auswirken. Dabei stehe für den Preisträger außer Zweifel, dass „das reproduktive Klonen beim Menschen verboten sein sollte“. Demgegenüber will der Preisträger – die Erlaubnis hierzu ist ihm durch die zuständige britische Behörde erteilt worden - das „therapeutische“ Klonen, also die Forschung mit aus geklonten menschlichen Embryonen gewonnenen Stammzellen vorantreiben. Eine solche Forschung ist in Deutschland, übrigens in Übereinstimmung mit einer entsprechenden UN-Deklaration (vgl. „Die Tagespost“ vom 10.3.2005), nicht zulässig. Aus gutem Grund: es geht um künstlich erzeugtes menschliches Leben und um seine anschließende Tötung, die mit der Forschung zwangsläufig verbunden ist. Diese Verzweckung menschlichen Lebens verstößt gegen die Menschenwürde, wie sie in Art 1 GG als unantastbar festgelegt ist und nach der Rechtsprechung des BVerfG (NJW 1975, 571 ff. und 1993, 1751 ff.) auch dem Embryo zukommt.

Wilmot hat bei seiner Auszeichnung im März 2005 erklärt, er werde mit dem Preisgeld weitere „Grundlagenforschung“ betreiben. Hiermit kann er nur vorbereitende Forschungen gemeint haben, die dann auch für das von ihm erstrebte „therapeutische“ Klonen verwendbar sind. Wie sonst sollte er über Klonforschungen zu neuen Heilmethoden zugunsten der Humanmedizin kom-

men? Damit bestätigt sich die von vornherein gegebene Befürchtung, dass mit deutschen Steuergeldern das gefördert wird, was in Deutschland, weil mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, unzulässig ist: das Klonen von Menschen, ganz gleich mit welcher Zielrichtung. Zwar darf man als Mitglied der Bundesregierung das „therapeutische Klonen“ politisch befürworten. Aber man darf es, solange es dem Würdegebot des Art 1 GG widerspricht, jedenfalls nicht mit öffentlichen Etatmitteln fördern, auch nicht in solchen Ländern, in denen es mit dem dort geltenden Recht übereinstimmt. Veranlasst eine Bundesministerin dies dennoch, so unterläuft sie das Grundgesetz, das sie allerdings zu achten und zu verteidigen geschworen hat.

In diesem Zusammenhang spielt auch der Bundespräsident eine Rolle. Auf Grund seines Amtes ist er zugleich Ehrenpräsident der „Paul-Ehrlich-Stiftung“ und als solcher auch Mitglied des Gremiums, das den Preisträger benennt. Dass der Bundespräsident sich gegen Wilmut als Preisträger ausgesprochen hätte, ist nicht bekannt geworden. Es ist auch nicht berichtet worden, dass er wenigstens intern darauf hingewiesen hätte, dass eine Auszeichnung von Wilmut im Hinblick auf Art 1 GG nicht in Betracht kommen kann. Soweit der Bundespräsident seine Ablehnung gegenüber dem Preisträger da-

**Der Bundespräsident hat es versäumt, sich gegen die grundgesetzwidrige Ausgabe öffentlicher Gelder zu stellen.**

durch zum Ausdruck bringen wollte, dass er der offiziellen Auszeichnung ferngeblieben ist, entschuldigt dies das Ausbleiben seines Protestes nicht. Sollte er sich mit seiner gegebenenfalls intern geäußerten Kritik nicht durchgesetzt haben, wäre ein öffentliches Wort erforderlich gewesen. Als Bundespräsident hat auch er seinen Amtseid zu beachten. Mithin muss auch er Schaden vom deutschen Volke wenden. So fragt sich, ob er schweigen darf, wenn ihm eine dem Grundgesetz zuwiderlaufende Beteiligung an einem Preisgeld mit öffentlichen Geldern bekannt wird? Selbst wenn er ein öffent-

liches Wort vermeiden wollte, hätte er dann nicht wenigstens die mit seinem Amt dann nicht länger vereinbare Ehrenpräsidentenschaft niederlegen müssen? Wie auch immer, der Bundespräsident hat es versäumt, sich gegen die grundgesetzwidrige Ausgabe öffentlicher Gelder zu stellen. So ist auch er der Kritik ausgesetzt, seinen Amtseid in diesem Punkt nicht erfüllt zu haben.

Die feierliche Bekräftigung von Amtspflichten durch einen Eid ist eine gute Sache - wenn man sich an diesen Eid hält. Wenn nicht, untergräbt dieses Verhalten zunächst das Vertrauen in den Amtsträger, aber letztlich auch das Vertrauen in die staatlichen Institutionen selbst.

*RiLG Knut Wiebe*

## judikatur

### **EGMR: Recht des ungeborenen Lebens auf strafrechtlichen Schutz bei Schwangerschaftsabbruch wegen ärztlichen Verschuldens**

EMRK Art. 2, 35 Abs. 1

#### **Leitsätze**

1. In der Frage, wann das Leben beginnt, gibt es keinen Konsens in den Konventionsstaaten. Daher steht ihnen hier ein Beurteilungsspielraum zu.
2. Auch in der Frage der Natur und der Rechtsstellung des Embryos oder des Fötus gibt es keinen Konsens auf europäischer Ebene, wenngleich erste Schritte zu seinem Schutz zu erkennen sind.
3. Deshalb ist es zum gegenwärtigen Zeitpunkt weder wünschenswert noch möglich, abstrakt die Frage zu beantworten, ob das ungeborene Kind ein „Mensch“ i.S. von Art. 2 EMRK ist.
4. Art. 2 EMRK verpflichtet die Staaten auch dazu, die zum Schutz des Lebens notwendigen Maßnahmen zu er-

greifen. Im Bereich des öffentlichen Gesundheitswesens haben sie einen rechtlichen Rahmen zu schaffen, der die privaten und öffentlichen Krankenanstalten zwingt, geeignete Maßnahmen zum Schutz des Lebens ihrer Patienten zu treffen. Außerdem müssen sie einen wirksamen und unabhängigen gerichtlichen Rechtsschutz einrichten, der es ermöglicht, die Todesursache eines in einem Krankenhaus verstorbenen Patienten festzustellen und gegebenenfalls die Verantwortlichen zur Rechenschaft zu ziehen.

5. Ob Art. 2 EMRK im vorliegenden Fall anwendbar ist, muss nicht entschieden werden, da Frankreich jedenfalls den verfahrensrechtlichen Anforderungen nach Art. 2 EMRK Genüge getan hat.

6. Zwar kann ein wirksamer gerichtlicher Schutz i.S. von Art. 2 EMRK die Möglichkeit strafgerichtlicher Verfolgung einschließen und muss dies unter bestimmten Voraussetzungen tun. Bei Verletzung ärztlicher Sorgfaltspflichten wie im vorliegenden Fall eines infolge ärztlichen Verschuldens notwendig gewordenen Schwanger-

schaftsabbruchs kann der Staat seiner Verpflichtung aus Art. 2 EMRK aber dadurch nachkommen, dass er der Betroffenen die Möglichkeit einer Klage auf Schadenersatz vor den Zivil- oder Verwaltungsgerichten gibt.

*Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte - EGMR -, Große Kammer, Urteil vom 8.7.2004 - 53924/00 (Vo/Frankreich)*

Anm. der Redaktion: Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in NJW 2005, 727 ff. Entscheidungsbesprechungen: Groh/Lange-Bertalot, ZfL 2005, 2 ff. und NJW 2005, 713 ff.

## **OGH Wien: Unterlassungsanspruch gegen Abtreibungsvorwurf**

ABGB § 1330 Abs. 2, MRK Art 10

### **Leitsätze d. Red.:**

1. Ein Anspruch auf Unterlassung gem. § 1330 ABGB setzt eine unwahre Tatsachenbehauptung voraus. Eine Äußerung ist unwahr, wenn ihr sachlicher Kern nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt.
2. Die Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung kann auch darin bestehen, dass ein Sachverhalt unvollständig wiedergegeben und dadurch ein falscher Eindruck erweckt wird. Ist der Inhalt einer Äußerung mehrdeutig, hat der Beklagte die ungünstigste Auslegung gegen sich gelten zu lassen.
3. Der Wahrheitsbeweis ist erbracht, wenn der Tatsachekern der Behauptung sich im Wesentlichen als richtig erweist.
4. Ein Beitrag im geistigen Meinungskampf zur Willensbildung in einer die Öffentlichkeit besonders berührenden Frage ist wegen der grundlegenden Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Demokratie grundsätzlich auch dann hinzunehmen, wenn die geäußerte Meinung extrem erscheint.
5. Der Vorwurf, ein Arzt treibe selbst ab, wird von einem nicht unbeträchtlichen Teil der Bevölkerung nicht oder nicht in erster Linie so verstanden, dass der Arzt die „Pille danach“ verordnet oder andere Methoden zur Verhinderung der Nidation anwendet. Er wird vielmehr im Sinne der Durchführung von strafrechtlich relevanten Schwangerschaftsabbrüchen verstanden.
6. Der Anspruch auf Veröffentlichung eines Widerrufs hängt vom Vorliegen eines Verschuldens des Beklagten ab, wobei Fahrlässigkeit genügt. Ein fahrlässiges Fehlverhalten liegt vor, wenn der Beklagte mit dem Betroffenen vor der Veröffentlichung eines Leserbriefes keinen Kontakt aufgenommen und auch nicht auf andere Weise die Richtigkeit des Abtreibungsvorwurfs überprüft hat.

*Oberster Gerichtshof Wien, Entscheidung vom 26. August 2004, Az: 6 Ob 40/04g*

*(I. Handelsgericht Wien, 19. Mai 2003 - 24 Cg 12/02a; II. Oberlandesgericht Wien, 16. Dezember 2003 - 2 R 172/03h)*

## **LAG München: Spätabtreibung keine „Entbindung“**

MuSchG § 9 Abs. 1, PersStdG § 21 Abs. 2, PersStdGAV § 29 Abs. 2

### **Leitsatz der Redaktion:**

Ein Schwangerschaftsabbruch aufgrund medizinischer Indikation in der 24. Schwangerschaftswoche stellt keine „Entbindung“ im Sinne von § 9 Abs. 1 MuSchG dar.

*Landesarbeitsgericht München, Urteil vom 14.7. 2004 - 5 Sa 241/04*

*(I. ArbG München, Urt. v. 29.1.2004, Az: 9 Ca 5556/03)*

### **Zum Sachverhalt:**

Die Parteien streiten über den von der Klägerin beanspruchten Sonderkündigungsschutz gemäß § 9 MuSchG. Die Klägerin war nach Maßgabe des Arbeitsvertrags vom 11.07.2002 ab 15.09.2002 in der Rechtsabteilung der Beklagten beschäftigt. Bei Beginn dieser Beschäftigung war die Klägerin schwanger. Entbindungstermin sollte der 01.05.2003 sein. Am 19.12.2002 – in der 22. Schwangerschaftswoche – wurde anlässlich einer Vorsorgeuntersuchung festgestellt, dass die Nieren des ungeborenen Kindes infolge des so gen. Potter-Syndroms nicht ausreichend funktionsfähig waren und das Kind deswegen höchstwahrscheinlich noch während der Schwangerschaft oder kurz nach der Geburt sterben würde. Aus diesem Grunde wurde die Schwangerschaft – medizinisch indiziert – abgebrochen. Am 26.12.2002 wurden medikamentös Wehen eingeleitet. Am 28.12.2002 brachte die Klägerin ein totes Kind zur Welt. In der Todesbescheinigung vom 28.12.2002 wurde ein natürlicher Tod und ein Gewicht der Leibesfrucht von 600 g angegeben.

Per E-Mail vom 30.12.2002 unterrichtete die Klägerin die Beklagte über die Entscheidung, „die Schwangerschaft abzubrechen“, und über den Tod ihres Kindes. Die Techniker Krankenkasse erkannte den Anspruch der Klägerin auf Mutterschutz an, während die Beklagte diesen Anspruch ablehnte.

Am 18.03.2003 wurden der Klägerin vom Standesamt München eine Geburtsurkunde über die Totgeburt ihres Kindes und eine Geburtsbescheinigung für Mutterchaftshilfe ausgestellt. Nach dem Scheitern von Verhandlungen über den Abschluss eines Aufhebungsvertrages kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 05.03.2003 zum 30.04.2004. Die Klägerin macht geltend, dass die Kündigung gemäß

§ 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG unzulässig sei, weil es sich bei der Geburt ihres toten Kindes um eine Totgeburt i.S.v. § 29 Abs. 2 PStV und damit trotz des Schwangerschaftsabbruchs um eine Entbindung iSd. § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG gehandelt habe. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin gegen dieses Urteil blieb erfolglos.

#### Aus den Gründen:

Das Arbeitsgericht hat der Klägerin zu Recht den Sonderkündigungsschutz gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG mangels einer Entbindung im Sinne dieser Vorschrift versagt. Eine Entbindung im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG liegt – negativ – auch dann nicht vor, wenn die Schwangerschaft wegen einer medizinischen Indikation – wie auch immer – abgebrochen und daraufhin – dem Zweck des Schwangerschaftsabbruchs entsprechend – ein totes Kind geboren wird.

Für diese Auslegung spricht schon der Wortlaut des Tatbestandsmerkmals der Entbindung, weil nach dem üblichen Sprachgebrauch, zwischen einer Entbindung, die typischerweise auf die Geburt eines lebenden Kindes gerichtet ist, und einem Schwangerschaftsabbruch, der auf die Tötung eines ungeborenen Kindes abzielt, unterschieden wird, und diese Unterscheidung auch der etwa in § 3 Abs. 2 EFZG und in § 218 StGB verwendeten Terminologie des Schwangerschaftsabbruchs entspricht. Systematische Auslegungsgesichtspunkte führen zu keinem anderen Auslegungsergebnis. Das Mutterschutzgesetz selbst enthält gar keine entsprechenden Gesichtspunkte. Die von der Klägerin ins Feld geführte Regelung in § 29 Abs. 2 PStV, wonach die Geburt eines toten Kindes mit einem Gewicht von mehr als 500 g als Totgeburt i.S.v. § 21 Abs. 2 PStG gilt, rechtfertigt selbst dann, wenn das auch in Fällen eines Schwangerschaftsabbruchs gilt, jedenfalls in systematischer Hinsicht nicht die Schlussfolgerung, dass in solchen Fällen auch eine Entbindung i.S.v. § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG vorliegt. Viel eher schließt die Entgeltfortzahlungsregelung in § 3

Abs. 2 Satz 1 EFZG auch für alle Fälle der vorliegenden Art die Annahme einer Entbindung i.S.v. § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG systematisch aus, weil in Fällen einer Entbindung die Mutterschutzregelungen gemäß §§ 11 ff. MuSchG in Betracht kämen.

Dementsprechend führen auch teleologische Auslegungsgesichtspunkte nicht zu einem anderen Auslegungsergebnis. Die personenstandsrechtlichen Zwecke des § 29 Abs. 2 PStV sind für den Mutterschutz i.S.v. § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ohnehin bedeutungslos und der Zweck des Mutterschutzes i.S.v. § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG zwingt jedenfalls nicht zu einem entsprechenden Sonderkündigungsschutz auch nach einem Schwangerschaftsabbruch der vorliegenden Art, auch wenn eine gewisse Schutzbedürftigkeit der betroffenen Frau durchaus anzuerkennen ist. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Sonderkündigungsschutzes für den Fall einer Totgeburt nach – von der Klägerin aus überzeugenden Gründen für unzumutbar erachteten – Fortsetzung der Schwangerschaft, weil ihr dann ein noch größeres Maß an Schutzbedürftigkeit hätte zugebilligt werden müssen.

Dementsprechend bedarf es auch keiner verfassungskonformen Auslegung des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG iSd. von der Klägerin beanspruchten Sonderkündigungsschutzes, und zwar weder mit Rücksicht auf Art. 3 Abs. 1 GG noch mit Rücksicht auf Art. 6 Abs. 4 GG, zumal die von einer Totgeburt nach medizinisch indiziertem Schwangerschaftsabbruch betroffene Frau immerhin Leistungen gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 EFZG und § 24 b SGB V in Anspruch nehmen kann und sogar ein gewisser Wertungswiderspruch zwischen dem von der Klägerin darüber hinaus in Anspruch genommenen Mutterschutz und dem von ihr zuvor ausgeübten Recht auf einen medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch bestünde.

*Anm. d. Red.: Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Die Revision ist beim BAG unter Az: BAG 2 AZR 462/04 anhängig.*

aus der jvl

## Neuwahlen auf der Mitgliederversammlung in Würzburg

Im Rahmen der Mitgliederversammlung der Juristenvereinigung Lebensrecht e. V. am 29. Mai 2005 in Würzburg stand turnusgemäß die Neuwahl des Vorsitzenden und eines stellvertretenden Vorsitzenden an. Sowohl

der bisherige Vorsitzende, VorsRiVG a. D. Bernward Büchner (Freiburg), als auch der bisherige stellvertretende Vorsitzende, RiAG Rainer Beckmann (Würzburg), wurden in ihren Ämtern bestätigt.

### Tun oder Unterlassen?

*Frank Czerner*, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Kriminologie der Universität Tübingen, erörtert in der *Juristischen Rundschau*, 2005, S. 94 ff.: „Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe“. Tun und Unterlassen gehe beim Abstellen der künstlichen Beatmung ineinander über. Selbst unter Medizinern wie auch bei Vormundschaftsgerichten bestehe eine beachtliche Unsicherheit darüber, was Tun und was Unterlassen sei. Eine Umfrage habe dies deutlich gemacht.

Die Einteilung von Tun und Unterlassen sei für die Einschätzung, ob (strafbare) aktive oder (straflose) passive Sterbehilfe vorliege, von Bedeutung. Mit dem „sozialen Sinngehalt“ (ob man töten wolle oder nicht) oder der „Schwerpunkttheorie“ (die Klarheit, was Tun und was Unterlassen ist, voraussetzt) könne die Grenze zwischen Tun und Unterlassen nicht ermittelt werden. Zudem sei ein Unterschied zwischen dem Abstellen eines Beatmungsgeräts und der Nichtverabreichung eines lebenserhaltenden Medikaments nicht auszumachen. In beidem liege gleichermaßen ein Unterlassen weiterer Lebensverlängerung. Deshalb sei es beim Abstellen von Apparaten richtig, mit Roxin vom „Unterlassen durch Tun“, besser noch vom „Unterlassen trotz Tun“ zu sprechen. Dann werde das aktive Tun einheitlich nach den Regeln des Unterlassens bewertet. In diesem Zusammenhang habe schon *Quante* darauf hingewiesen, dass die Einteilung von aktiver und passiver Sterbehilfe obsolet sei. Auch *Sahm* halte den Handlungsmodus „aktiv/passiv“ für überholt. Wenn gleichwohl viele Menschen zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe einen gewichtigen Unterschied sähen, dann deshalb, weil sie es für verwerflicher hielten, einen Menschen zu töten, als ihn sterben zu lassen. (kw)

### Mutmaßungen über den Sterbewillen

In der *Zeitschrift für Biopolitik* – 2005, S. 9 ff. stellt *Rainer Beckmann*, Richter am Amtsgericht und sachverständiges Mitglied der Bundestags-Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“, die Frage, ob „Selbstbestimmung durch Mutmaßungen über den Sterbewillen“ gewährleistet werden könne. Der Autor kritisiert den Gesetzesentwurf zur Regelung von Patientenverfügungen aus dem Bundesministerium der Justiz. Dieser Gesetzesentwurf ist zwischenzeitlich zwar zurückgezogen worden. Allerdings wurde angekündigt, dass er als Grundlage eines neuen Gesetzesentwurfs dienen solle, der aus der Mitte des Bundestages kommt. Damit bleiben die Ausführungen des Autors durchaus aktuell.

Zunächst geht *Beckmann* auf Schriftform und Reichweite von Patientenverfügungen ein. Das Problem der Schrift-

form werde überschätzt. Sie sei nicht zwingend geboten, dürfte aber in der Praxis ohnehin fast immer gewahrt sein. Eine Begrenzung der Wirksamkeit von Patientenverfügungen auf irreversibel tödliche Erkrankungen lasse sich hingegen kaum begründen. Bewusstseinsklare Patienten könnten jede medizinische Behandlung ablehnen. Für die vorausverfügte Ablehnung in Form einer Patientenverfügung könne nichts anderes gelten, sofern sie die aktuelle Krankheitssituation erfasse. Zu warnen sei jedoch vor einer Überbewertung der Selbstbestimmung. Im voraus getroffene Patientenverfügungen böten keine Planungssicherheit. Frühzeitig niedergelegte Erklärungen könnten später sich ergebende Situationen oder Behandlungsmöglichkeiten nicht in Betracht ziehen; erst im Alter oder nach Erkrankung erstellte Verfügungen seien womöglich schon von Begleitumständen, wie Einsamkeit oder Angst geprägt. Oft sei dann fraglich, ob die Verfügung tatsächlich dem „autonomen“ Willen des Patienten entspreche. Auch bestehe die Gefahr einer negativen Selbstbewertung durch kranke und alte Menschen, da fast alle Verfügungsvordrucke Situationen beschrieben, in denen ein Behandlungsverzicht zur Wahl stehe. So könne aus vermeintlicher Selbstbestimmung schnell eine „Selbstent-sorgung“ werden.

Liege keine (wirksame) Patientenverfügung vor, soll nach Ansicht von *Beckmann* nicht auf den „mutmaßlichen Willen“ des Patienten abgestellt werden. Dieser spiegele keinen realen Willen des Patienten wider, sondern nur Mutmaßungen über den Willen, die in gewissen Umfang zutreffend sein könnten aber keine Sicherheit böten. Mit einer bloßen Wahrscheinlichkeitsaussage über den Willen des Patienten lasse sich aber ein Behandlungsabbruch oder -verzicht nicht rechtfertigen, schon gar nicht, wenn es um Leben oder Tod gehe. Es müsse vielmehr auf das „Wohl“ des Patienten abgestellt werden, wie dies auch im Betreuungsrecht vorgesehen sei (§ 1901 Abs. 2 BGB).

Der Autor kritisiert insbesondere, dass nach der Grundkonzeption des Gesetzesentwurfes der Bevollmächtigte in vielen Fällen allein oder allenfalls im Einvernehmen mit dem Arzt endgültig über den Behandlungsabbruch entscheiden könne. Gerade in Verbindung mit dem Kriterium des „mutmaßlichen Willens“ ergebe sich hieraus ein hohes Missbrauchspotential. Eine „Missbrauchskontrolle“ über den Grundsatz der Amtsermittlung im Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 12 FG) reiche nicht aus. Der Gesetzgeber habe vielmehr den normalen Verfahrensablauf so zu gestalten, dass von vornherein ausreichende Schutzmechanismen zur Verfügung stünden.

Uneingeschränkt zuzustimmen ist dem Autor in seinem Fazit, dass Patientenverfügungen keine Garantie für ein „menschenwürdiges Sterben“ darstellten. Für den Ge-

setzgeber stelle sich die Aufgabe, das Gesundheitswesen so zu organisieren, dass alle Patienten darauf vertrauen könnten, in schwerer Krankheit und Todesnähe würdig behandelt zu werden - egal, ob sie eine Patientenverfügung verfasst haben oder nicht. (kw)

### Finale Selbstbestimmung

Ebenfalls mit dem Thema „Patientenverfügung“ befasst sich **Prof. Dr. Thomas Wagenitz** (Halle/Saale) in Heft 9/2005 der *FamRZ* (S. 669 ff.). Unter dem Titel „**Finale Selbstbestimmung? Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Patientenverfügung im geltenden und künftigen Recht**“ nimmt der Autor zu den sich abzeichnenden Grundzügen einer gesetzlichen Regelung Stellung. Er geht hierbei besonders auf die Vorschläge der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ (BT-Drs. 15/3700) und den Gesetzentwurf des Bundesjustizministeriums ein.

Zu Beginn seiner Ausführungen stellt *Wagenitz* einige Fälle dar, die maßgeblichen Einfluss auf die aktuelle Diskussion hatten und haben: den Lübecker Fall (BGHZ 154, 205 ff.), den Traunsteiner Fall (OLG München, *FamRZ* 2003, 557 ff.) und den Bluttransfusions- bzw. Zeugen-Jehovas-Fall (OLG München, NJW-RR 2002, 811; BVerfG, *FamRZ* 2002, 312). Es schließt sich eine Darstellung des Selbstbestimmungsrechts in Bezug auf medizinische Behandlungen nach geltendem Recht an. Dem Arzt stehe gegenüber dem willensfähigen Patienten kein eigenständiges Behandlungsrecht zu. Der Patient könne sich sowohl einer erstmaligen Behandlung widersetzen, als auch deren Abbruch verlangen.

Beim willensunfähigen Patienten sei die Lage ungleich komplizierter. Die Einordnung des Patientenwillens sei in diesen Fällen nicht eindeutig. Voraussetzungen würden einerseits nur als „Indiz“ für den wirklichen Willen gewertet, andererseits - wie vom BGH - als verbindliche Willensbekundung behandelt. Fehle eine Voraussetzungen, sei nach dem „mutmaßlichen Willen“ des Patienten zu verfahren. Ein „individuell-mutmaßlicher Wille“ lasse sich aber vielfach nicht ermitteln, so dass entweder auf den „objektiv“ mutmaßlichen Willen, „allgemeine Wertvorstellungen“ oder ein bestimmtes „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ (wie den Grundsatz „in dubio pro vita“) rekurriert werde. Der BGH habe sich in seiner jüngsten Entscheidung vom 17. März 2003 insoweit nicht festgelegt. Auch der Autor selbst vermeidet hierzu eine Stellungnahme.

In der vom BGH geforderten Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes bei der Entscheidung über den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen sieht *Wagenitz*

einerseits eine Kontrollfunktion in Bezug auf die Ermittlung, Auslegung und Umsetzung des Patientenwillens, andererseits auch eine Art „Legitimation durch Verfahren“, da Gewissenszweifel des Betreuers eingegrenzt und dieser zugleich vor Angriffen vermeintlich besserwissender Dritter geschützt werde.

Unter der Überschrift „Die dogmatischen Strukturen“ weist *Wagenitz* zunächst darauf hin, dass Inhalt, Form und Wirkung von Patientenverfügungen kein spezifisch betreuungsrechtliches Problem seien. Diese Fragen seien auch unabhängig von der Bestellung eines Betreuers von Bedeutung. Anschließend analysiert der Autor die Wirkung von Patientenverfügungen nach dem Enquete- und dem BMJ-Entwurf. Während der Enquete-Entwurf Innen- (im Verhältnis zum Patienten) und Außenwirkung (im Verhältnis zu Dritten, insb. Ärzten und Pflegepersonal) undeutlich darstelle, sei der Referentenentwurf aus dem BMJ in dieser Frage eindeutig: der Betreuer werde auf die Aufgabe eines Boten reduziert und haben den Willen des Patienten zu vollstrecken. Damit gehe aber die Schutzfunktion des Betreuers verloren. Eine situative Anpassung der Verfügung sei nicht mehr möglich.

Hinsichtlich der Reichweite von Patientenverfügungen und der Notwendigkeit einer gerichtlichen Genehmigung von Entscheidungen über den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen stellt der Autor die unterschiedlichen Konzepte der Enquete-Kommission und des BMJ-Entwurf dar, ohne diese zu bewerten. Hinsichtlich der strafrechtlichen Zulässigkeit fordert er vom Gesetzgeber Eindeutigkeit, die er in keinem der Entwürfe wiederfindet. Worin allerdings der strafrechtliche Klarstellungsbedarf besteht, wird nicht deutlich. Nach absolut herrschender Auffassung ist ein auf Wunsch des Patienten vorgenommener Behandlungsabbruch nicht strafbar. Warum sollte sich daran etwas ändern, wenn der Wille des Patienten in einer Patientenverfügung niedergelegt ist? (rb)

### *Länder erwägen Einschränkung bei Abtreibungsfinanzierung*

Saarbrücken. Die Bundesländer erwägen offenbar die Finanzierung vorgeburtlicher Kindstötungen einzuschränken und eine entsprechende Initiative im Bundesrat zu starten. Das berichtet die „Ärzte Zeitung“ unter Berufung auf den Saarländischen Rechnungshof. Danach monierten die saarländischen Rechnungsprüfer in ihrem jüngsten Jahresbericht jetzt die hohen Kosten und den Verwaltungsaufwand bei den Kassen die durch das „Gesetz zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen“ aus dem Jahr 1995 verursacht würden. Das Gesetz sieht vor, dass der Staat für die Kosten der vorgeburtlichen Kindstötung aufkommt, wenn der Schwangeren „die Aufbringung der Mittel für den Abbruch einer Schwangerschaft nicht zuzumuten ist und sie ihren Aufenthaltsort im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat.“ Im Jahr 2003 war das der Fall, „wenn die verfügbaren Einkünfte der Schwangeren“ monatlich 912 Euro in den neuen Bundesländern und 961 Euro in den alten Bundesländern überstiegen. Das entspricht einem Bruttoeinkommen von rund 1400 Euro. Bundesweit kostet diese Regelung den Steuerzahler jährlich rund 40 Millionen Euro.

Laut der „Ärzte Zeitung“ kritisierten die Rechnungsprüfer, dass das Gesetz nur auf das persönliche Einkommen der Frau abstelle und ihre wirtschaftliche Gesamtsituation unberücksichtigt lasse. Hinzu komme, dass diese Verhältnisse lediglich glaubhaft zu machen seien. Eine Überprüfung finde nicht statt. Der Bundesverband Lebensrecht (BVL) begrüßte in einer Mitteilung an die Presse die Ankündigung als „Schritt in die richtige Richtung“ und erinnerte daran, dass sich die im BVL zusammengeschlossenen Verbände bereits im Sommer 2003 schriftlich an die Mi-

nisterpräsidenten der Länder gewandt und sie um „Überprüfung der Finanzierung rechtswidriger Abtreibungen durch die öffentliche Hand“ gebeten hätten.

### *Mehrheit weiß über Regelung von Abtreibung nicht Bescheid*

Laut einer vom Magazin „christmon“ in Auftrag gegebenen repräsentativen EMNID-Umfrage glauben 49 Prozent der Bundesbürger, die in Deutschland geltende Gesetze, erlaubten Abtreibungen bis zum dritten Monat ohne jede Einschränkung. Unter den 14- bis 29jährigen sitzen diesem Irrtum sogar 63 Prozent der Bundesbürger auf. Dagegen wussten nur 28 Prozent, dass Abtreibungen grundsätzlich gegen das Gesetz verstoßen, aber unter bestimmten Voraussetzungen nicht bestraft werden. 10 Prozent machten keine Angaben oder gaben an, keine Ahnung zu haben, wie Abtreibungen gesetzlich geregelt würden.

### *Abtreibung erhöht Frühgeburtsrisiko*

London. Abtreibung erhöht nach einer französischen Studie das Frühgeburtsrisiko bei nachfolgenden Schwangerschaften. „Es gibt da ganz klar eine Verbindung“, schreibt die Leiterin der Studie, Caroline Moreau vom Hopital de Bicetre in Paris. Für die Studie, die in der Fachzeitschrift „British Journal of Obstetrics and Gynaecology“ veröffentlicht wurde, verglichen die Forscher 2219 Frauen, deren Kinder zu früh auf die Welt kamen, mit 618 Frauen, bei denen die Schwangerschaft normal verlief. Das Ergebnis: Bei Frauen, die zuvor eines ihrer Kinder zur vorgeburtlichen Kindstötung freigegeben hatten, war das Risiko einer Frühgeburt vor der 33. Woche um 40 Prozent höher, als bei denen, die keine Abtreibung hatten. Das Risiko einer extremen Frühgeburt – noch vor der 28. Woche – stieg nach Abtreibung sogar um 70 Prozent.

### *Iran: Abtreibung bleibt verboten*

Teheran. Der Wächerrat der Islamischen Republik Iran hat ein vom Parlament bereits gebilligtes Gesetz zurückgewiesen, das Abtreibungen in bestimmten Fällen erlaubt hätte. Das Mitte April vom Parlament verabschiedete Gesetz sah vor, vorgeburtliche Kindstötungen binnen der ersten vier Schwangerschaftsmonaten für legal zu erklären, wenn bei dem Kind eine Behinderung diagnostiziert oder das Leben der Mutter durch die Fortsetzung der Schwangerschaft gefährdet werde. Medienberichten zufolge begründete der Sprecher des Wächterrats, Gholam Hussein Elham, die Ablehnung des Gesetzes damit, dass Abtreibung mit dem islamischen Recht nicht vereinbar sei.

### *Bush vs. Repräsentantenhaus beim Embryonenschutz*

Washington. Gegen den Widerstand des Weißen Hauses und des eigenen Fraktionsvorsitzenden haben fünfzig Republikaner im Repräsentantenhaus zusammen mit der Opposition für die erweiterte staatliche Förderung der medizinischen Forschung an embryonalen Stammzellen votiert. Das Gesetz passierte die erste Kammer des Parlaments mit 238 zu 194 Stimmen.

Zuvor hatte US-Präsident George W. Bush angekündigt, mit seinem Vetorecht jedes Gesetz zu Fall zu bringen, das die staatliche Förderung des Klonens menschlicher Embryonen wieder erlauben würde. Bushs Veto könnte wiederum durch eine Zweidrittelmehrheit des Repräsentantenhauses überstimmt werden. Angesichts des aktuellen Resultats halten Beobachter dies jedoch für unwahrscheinlich. Offen bleibt, wann der Senat das Thema auf seine Tagesordnung setzt.

Das Gesetz HR 810, der „Stem Cell Research Enhancement Act“, sieht vor, dass Eltern, die sich künstlich be-

## trends

fruchten lassen, so genannte überzählige Embryonen der staatlich geförderten Forschung verfügbar machen könnten. Bedingung sei, dass diese Embryonen anderenfalls vernichtet würden und dass den Spendern kein finanzieller Vorteil erwachse. Damit sollten kommerzielle Anreize zur Gewinnung embryonaler Stammzellen verhindert werden. Bislang werden in den USA Zuschüsse aus Steuergeldern für die embryonale Stammzellforschung nur dann genehmigt, wenn die aus Embryonen gewonnenen Zellen bereits vor dem August 2001 existierten. Damals war ein Gesetz verabschiedet worden, das solche Beschränkungen einführte.

Für die Forschung an Stammzellen, die von Erwachsenen gewonnen werden, gelten solche Beschränkungen nicht. Ein Gesetz, das die Förderung dieser Forschung weiter ausweitet, passierte das Repräsentantenhaus nahezu einstimmig.

### *Parteien positionieren sich bei Embryonenschutz*

Berlin. CDU-Generalsekretär Volker Kauder hat dem vielfach diskutierten Klonen von Menschen zu Forschungszwecken eine klare Absage erteilt. Im Interview mit der Wochenzeitung „Rheinischer Merkur“ sagte Kauder auf eine entsprechende Frage: „Nein, das lehnen wir als Union ab, das wird es mit uns nicht geben.“ Anfang April hatte SPD-Parteichef Franz Müntefering demselben Blatt gesagt, er lehne das Klonen von Menschen zu Forschungszwecken nicht ab. Die forschungspolitische Sprecherin der FDP-Bundestagsfraktion Ulrike Flach erklärte unterdessen, „eine Regierung mit FDP-Beteiligung“ werde „den Verhinderungskurs in der Stammzellforschung beenden“. Es sei bereits zu viel Zeit verstrichen, die die Forschung in Deutschland gegenüber vielen anderen Ländern zurückgeworfen hat. „Dass muss sich bald ändern“, so Flach weiter.

### *San Francisco neues Mekka für Stammzellforscher*

San Francisco. Im Rennen um den Sitz eines Stammzellen-Forschungsinstituts hat die US-Westküstenstadt San Francisco den Zuschlag erhalten. Zeitungsberichten zufolge setzte sich die nordkalifornische Metropole dabei gegen die Mitbewerber Sacramento und San Diego durch. Die Abstimmung erfolgte durch ein 29-köpfiges Komitee, das mit dem Aufbau des „California Institute for Regenerative Medicine“ (CIRM) beauftragt wurde. Im November vergangenen Jahres hatten die Bürger Kaliforniens in einer Volksabstimmung dafür gestimmt, dass der US-Bundesstaat die Forschung mit embryonalen Stammzellen binnen der nächsten zehn Jahre mit insgesamt drei Milliarden US-Dollar (2,3 Milliarden Euro) fördert. Embryonale Stammzellen werden aus menschlichen Embryonen gewonnen, die dabei getötet werden. Laut dem „San Francisco Chronicle“ hat die Stadt San Francisco dem Institut unter anderem zehn Jahre Mietfreiheit in einem Neubau versprochen.

### *Belgische Kinderärzte befürworten Früheuthanasie*

Brüssel. Die meisten Kinderärzte im belgischen Flandern, die mit schwerkranken und Kleinkindern konfrontiert wurden, befürworten deren Tötung. Das berichtet die medizinische Fachzeitschrift „The Lancet“. Laut einer seien Studie 95 der 121 befragten Ärzte (79 Prozent) der Meinung, dass es zur Erfüllung ihrer Pflicht gehören könne, Leiden durch die Herbeiführung des Todes zu verhindern. 58 Prozent unterstützten gar eine Legalisierung einer Sterbehilfe in speziellen Fällen. Für die Studie analysierten Professor Luc Deliens von der Freien Universität Brüssel und seine Kollegen die Todesscheine aller Neugeborenen und Kinder in ganz Flandern, die zwischen August 1999 und Juli 2000 gestorben waren. Innerhalb des Beobachtungszeitraums

seien 292 Kinder zwar lebend geboren, aber im Verlauf des ersten Lebensjahres gestorben. Dabei seien 175 verantwortliche Ärzte herausgefunden worden, denen dann anonyme Fragebogen zugeschickt worden seien. 121 der 175 involvierten Ärzte hätten daraufhin die Fragen zu ihrem Verhalten in solchen Fällen beantwortet. „Wir stellten fest, dass etwa drei von vier Ärzten, die mit schwerkranken Neugeborenen und Kindern konfrontiert werden, bereit sind, an bestimmten Formen zur Sterbehilfe teilzuhaben. Die Hauptgründe für eine Verkürzung des Lebens der Neugeborenen sind das Fehlen reeller Überlebenschancen und, wenn das Baby überlebte, eine zu erwartende sehr niedrige Lebensqualität“, wird Deliens zitiert.

### *Vatikan verurteilt Klonexperimente in Südkorea und Großbritannien*

Rom. Die Experimente, bei denen in Südkorea und Großbritannien menschliche Embryonen zu Forschungszwecken geklont wurden, sind im Vatikan auf scharfe Ablehnung gestoßen. Der Präsident der Päpstlichen Akademie für das Leben, Erzbischof Elio Sgreccia sagte, die Vernichtung eines menschlichen Lebewesens könne niemals akzeptiert werden. Sgreccia stellt klar, auch die Experimente der südkoreanischen Forscher basierten auf der Vernichtung menschlicher Embryonen. Diese würden künstlich erzeugt und dann in einem Frühstadium ihrer Entwicklung zerstört. Zudem kritisierte Sgreccia zudem, dass die Beschlüsse der Vereinten Nation keine Wirkung zeigten. Sie seien völkerrechtlich unverbindlich und sähen keine Strafen für jene vor, die bestimmte ethische Grenzen übertreten.