

- Christian Hillgruber* Die Würde des Menschen am Ende seines Lebens –
Verfassungsrechtliche Anmerkungen (S. 70)
- Gunnar Duttge* Das österreichische Patientenverfügungsgesetz:
Schreckensbild oder Vorbild? (S. 81)
- Stephanie Wiesner-Berg* Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- und
Entschuldigungsgründe im Rahmen der
anonymen Kindesabgabe (S. 87)
- LG München I* Zulässigkeit unaufdringlicher „Gehsteigberatung“
vor einer Abtreibungsklinik (S. 96, m. Anm.
Büchner)

Editorial

- 69 Schwerpunkt Sterbehilfe

Thema

Prof. Dr. Christian Hillgruber

- 70 Die Würde des Menschen am Ende seines Lebens –
Verfassungsrechtliche Anmerkungen

Beitrag

Professor Dr. Gunnar Duttge

- 81 Das österreichische Patientenverfügungsgesetz:
Schreckensbild oder Vorbild?

Wiss.-Ass. Dipl.-Jur. Stephanie Wiesner-Berg

- 87 Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- und Ent-
schuldigungsgründe im Rahmen der anonymen
Kindesabgabe

Standpunkt

RiLG Knut Wiebe

- 95 Rechtsstaat oder Barbarei

Judikatur

- 96 LG München I: Zulässigkeit unaufdringlicher
„Gehsteigberatung“ vor einer Abtreibungsklinik

VorsRiVG a. D. Bernward Büchner

- 100 Anmerkung zum Urteil des LG München I

- 103 LG Wiesbaden: Versuchte Abtreibung mittels
Teleskopschlagstock

RA Dr. Martin Riemer

- 106 Anmerkung zum Urteil des LG Wiesbaden

Rezension

- 107 Kinderwunsch

Umschau

- 107 Arztrecht 2005/2006
108 Sterbebegleitung und Strafrecht

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, Köln (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 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.
IBAN-Code: DE 38 3708 0046 0476 9600 00
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. iur. Gunnar Duttge, Göttingen

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 Rüfner, Köln

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

Schwerpunkt Sterbehilfe

Der 66. Deutsche Juristentag befasst sich in Stuttgart vom 19.-22. September 2006 erneut mit dem Thema „Sterbehilfe“. Nach den Überlegungen in der zivilrechtlichen Abteilung des 63. Juristentages im Jahr 2000 stehen nun die strafrechtlichen Aspekte zur Debatte: „Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung“ heißt das Thema der Abteilung Strafrecht. Im Gutachten und den Referaten hierzu werden Tendenzen erkennbar, die die kommende rechtspolitische Diskussion prägen werden. Im Zentrum der Überlegungen steht, dass die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze zu Behandlungsbegrenzungen und zur Schmerzbehandlung gesetzlich normiert werden sollen. Forderungen, die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) aufzuheben oder einzuschränken, werden nicht erhoben, auch wenn der Rechtsprechung im Einzelfall zur Lösung von Extremfällen die Anwendung des übergesetzlichen Notstandes angeraten wird (Gutachten Prof. Dr. Thorsten Verrel, Bonn). Übereinstimmend werden gesetzliche Regelungen zum Umgang mit Patientenverfügungen angemahnt.

Aus Anlass dieser aktuellen Entwicklungen liegt der Schwerpunkt der Beiträge dieser Ausgabe der ZfL ebenfalls im Themenspektrum der „Sterbehilfe“. Prof. Dr. Christian Hillgruber befasst sich mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben, die sich aus der Menschenwürde für den Umgang mit Sterbenden ergeben (S. 70). Hinsichtlich der anstehenden gesetzlichen Regelungen von Patientenverfügungen erläutert und bewertet Prof. Dr. Gunnar Duttge das erst kürzlich verabschiedete österreichische Patientenverfügungsgesetz (S. 81). Schließlich wendet sich RiLG Knut Wiebe in einem Kommentar strikt gegen jede Aufweichung beim Verbot der Tötung auf Verlangen (S. 95).

Einem weiteren rechtspolitisch ungeklärten Feld widmet sich Dipl.-Jur. Stephanie Wiesner-Berg: „Rechtfertigungs-, Schuldaußschließungs- und Entschuldigungsgründe im Rahmen der anonymen Kindesabgabe“ (S. 87). Die so genannten

„Babyklappen“ agieren nach wie vor auf unsicherem juristischen Terrain, auch wenn ihnen gesellschaftlich großes Wohlwollen entgegengebracht wird.

Im Rechtsprechungsteil dokumentieren wir die Entscheidung erster Instanz in der Auseinandersetzung zwischen einem Münchner Abtreibungsmediziner und einer religiös motivierten Gruppe von Lebensschützern, die vor der Abtreibungsklinik Beratung und Hilfe anbietet (S. 96, mit Anm. Büchner), sowie einen krassen Fall des Abtreibungsversuchs durch Gewalteinwirkung auf die Schwangere (S. 103, mit Anm. Riemer). Der Abdruck dieser und ähnlicher Entscheidungen in der ZfL dient auch dazu, die realen Umstände aufzuzeigen, unter denen Lebensschutz bzw. Lebensgefährdung in unserem Land stattfinden.

Rainer Beckmann

Prof. Dr. Christian Hillgruber, Bonn

Die Würde des Menschen am Ende seines Lebens – Verfassungsrechtliche Anmerkungen

I. Einleitung: Leben und Tod *iure divino*

Christen leben aus der Gewissheit, dass der Tod nicht das letzte Wort hat. Im Römerbrief heißt es: „Unser keiner lebt sich selber, und keiner stirbt sich selber. Leben wir, so leben wir dem Herrn; sterben wir, so sterben wir dem Herrn. Darum: wir leben oder sterben, so sind wir des Herrn.“¹ „Des Herrn sein“ heißt: wertgeachtet, wertvoll sein, im Leben, im Sterben und auch über den Tod hinaus. *Iure divino* ist der Mensch eine definitiv anerkannte Person. Das macht seine unantastbare Würde aus.² Sie resultiert nicht aus irgendwelchen Eigenschaften des Menschen. Sie verdankt sich allein der gnädigen Zuwendung Gottes.³ Solcher Glaube war es, der den mutigen Bischof Clemens August Graf von Galen im Sommer 1941 gegen die systematische Tötung so genannter unproduktiver Volksgenossen aufstehen ließ. Er erstattete bei der Staatsanwaltschaft beim Landgericht Münster Strafanzeige wegen Mordes und prangerte das nationalsozialistische Euthanasie-Programm in St. Lamberti als Verstoß gegen Gottes Wort und Gebot an. In seiner berühmt gewordenen Predigt warnte v. Galen: „Wenn man den Grundsatz aufstellt und anwendet, dass man den unproduktiven Mitmenschen töten darf, dann wehe uns allen, wenn wir alt und altersschwach werden! ... Dann ist keiner von uns seines Lebens mehr sicher.“⁴ Hitler ließ das „Euthanasie“-Programm daraufhin offiziell einstellen. Über 30.000 Behinderte starben gleichwohl anschließend in geheim weitergeführten Tötungsaktionen.

II. Das Grundrecht auf Leben in den Beratungen des Parlamentarischen Rates

Wenige Jahre später trat das Bonner Grundgesetz in Kraft. Der Parlamentarische Rat stellte das Gebot der Achtung der Menschenwürde ganz bewusst an den Anfang des Grundgesetzes, „um den ganzen Geist des neuen Staatswesens in seinem Gegensatz zu der im Mai 1945 vernichteten Staatsordnung darzutun“.⁵ „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ heißt es in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG. „Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“ (S. 2). Hermann v. Mangoldt, Vorsitzender des Ausschusses für Grundsatzfragen, erklärte im Herbst 1948 im Rahmen der Beratungen über eine allererste Fassung dieses ersten Grundgesetzartikels: „Die Meinungen über den Art. 1 gehen inhaltlich nicht weit auseinander; es handelt sich eigentlich mehr um Formulierungsfragen. Wir wollten mit der Fassung des Art. 1 insbesondere auch den Gegensatz zu dem ausdrücken, was wir in der unmittelba-

ren Vergangenheit erlebt haben. Die Verletzung der Menschenwürde hat unter dem Nazi-Regime eine große Rolle gespielt. Worin hat sie bestanden? Sie hat gelegen in der Verletzung der Rechtspersönlichkeit des Menschen, in der Verletzung des Mindeststandards an Rechten, die die Rechtspersönlichkeit ausmachen.“⁶ Dieser entstehungsgeschichtliche Befund, der sich mit einer Fülle weiterer Zitate belegen ließe, ist eine bedeutsame Leitlinie für die seit jeher problematische Interpretation des ersten Grundgesetzartikels, der, wie es Carlo Schmid bei den Beratungen formulierte, „in seiner systematischen Bedeutung ... der eigentliche Schlüssel für das Ganze“ ist.⁷ Rechtssubjekt sein, ausgestattet mit einer Mindestbestand an Rechten – das machte für die Väter und Mütter des Grundgesetzes die Würde aus, die in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG als deutliche Absage an das Erlebte voraussetzungs- und bedingungslos jedem Menschen zugeschrieben wird. „Darum“, heißt es deshalb weiter in Art. 1 Abs. 2 GG, also um der Würde des Menschen willen, „bekennt sich das Deutsche Volk zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“. Würde haben heißt also: niemals und nirgends rechtlos dastehen. Kein Mensch fängt – rechtlich betrachtet – bei Null an. Kein Mensch muss darauf hoffen, nach Maßgabe seiner „Würdigkeit“ von der durch Menschen gemachten Rechtsordnung erst Rechte verliehen zu bekommen. Die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte“ bringt er mit. Und er behält sie auch, was immer er sich zuschulden kommen lässt. Man mag im Einzelnen darüber streiten, welche Rechte hiermit gemeint sein sollten. Das Recht auf Leben, der Schutz vor willkürlicher Tötung jedenfalls gehört zu diesem Mindestbestand an Rechten, die die Rechtspersönlichkeit eines Menschen ausmachen. Denn nur wer leben darf und nicht befürchten muss, überall und jederzeit seines Lebens be-

1 Röm 14, 7 f. (Luther).

2 E. Jüngel, *Meine Zeit steht in Deinen Händen* (Ps. 31,16). Zur Würde des befristeten Menschenlebens, 1997, S. 23.

3 R. Anselm, ZEE 43 (1999), S. 123 (133).

4 Das Recht auf Leben. Predigt des Kardinals Klemens Graf v. Galen, Bischof von Münster, am 3. August 1941 in der Sankt-Lamberti-Kirche (= Blätter für Menschenrechte, 1947, Heft 1).

5 Abg. v. Mangoldt, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des GG, Anlage zum stenogr. Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949, S. 6.

6 Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 5/I, S. 71; vgl. auch die Äußerung des Abg. Dr. Bergsträsser ebd.: „Der Staat muß bestimmte Rechte des Menschen anerkennen, einerlei, ob ihre Außerachtlassung für einen augenblicklichen staatlichen Zweck nützlich wäre oder nicht.“

7 Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 5/I, S. 64.

raubt werden zu können, ist überhaupt in der Lage, seine Persönlichkeit und damit das Potential zu entfalten, das in der ihm zugesprochenen Rechtssubjektivität liegt. Zu den „nachfolgenden Grundrechten“, die gemäß Art. 1 Abs. 3 GG alle Staatsgewalt als unmittelbar geltendes Recht binden, gehört die allgemeine Handlungsfreiheit – das Recht, zu tun und zu lassen, was man will (Art. 2 Abs. 1 GG) – und das das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Vergleichsweise ausführlich diskutiert wurde im Ausschuss für Grundsatzzfragen, was dieses Grundrecht für das Arzt-Patientenverhältnis bedeuten sollte. Hermann v. Mangoldt löste die Diskussion aus, indem er in der 32. Sitzung am 11. Januar 1948 folgende Fassung vorschlug:

„(1) Jeder hat das Recht auf Leben, auf persönliche Freiheit und Sicherheit.

(2) Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit, die nicht der Heilung dienen, sind unzulässig, es sei denn, dass sie auf Wunsch des Betroffenen erfolgen. Andere Eingriffe können ohne Einwilligung des Betroffenen nur ausnahmsweise und nur im Rahmen der geltenden Rechtsordnung vorgenommen werden.“⁸

Die Abgeordnete Dr. Weber stellte daraufhin die Frage, ob damit – weil es doch heiße: „auf Wunsch“ – denn die Euthanasie, d.h. die Tötung auf Verlangen⁹, ausgeschlossen sei.¹⁰ V. Mangoldt bejahte dies. Auch durch die (unterverfassungsrechtliche) Rechtsordnung könne die Tötung auf Verlangen nicht eingeführt werden.¹¹ Der Abg. Dr. Süsterhenn beharrte indes in der Diskussion darauf, dass in der von v. Mangoldt vorgeschlagenen Fassung stehe, dass ein Patient nicht nur den Wunsch äußern könne, ein Bein abgeschnitten zu bekommen, sondern auch, den Kopf abgeschnitten zu bekommen: „Ich kann nicht umhin, in der jetzigen Fassung steht das darin.“¹² Die Abg. Dr. Weber schloss sich seiner Einschätzung an: „Meiner Meinung nach ist dann auch eine Euthanasie möglich.“¹³ Um einer solche Interpretation vorzubeugen, einigten sich die Mitglieder des Ausschusses darauf, den von v. Mangoldt vorgeschlagenen zweiten Absatz ganz fallen zu lassen und in den Motiven zum Ausdruck zu bringen, dass Zwangssterilisation, Abtreibung und Tötung auf Verlangen ausgeschlossen sein sollten.¹⁴

III. Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen in verfassungsrechtlicher Sicht

Damals wie heute zählte die Tötung auf Verlangen zu den Straftatbeständen des Strafgesetzbuches. § 216 StGB lautet:

„Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.“¹⁵

Wer aktive Sterbehilfe leistet, wer einen Schwerkranken auf dessen Wunsch tötet, um sein Leiden zu beenden,

handelt rechtswidrig und macht sich strafbar. „Auch bei einer aussichtslosen Prognose darf Sterbehilfe nicht durch gezieltes Töten, sondern nur ... durch die Nicht-einleitung oder den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen geleistet werden, um dem Sterben – gegebenenfalls unter wirksamer Schmerzmedikation – seinen natürlichen, der Würde des Menschen gemäßen Verlauf zu lassen“, heißt es in einem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1991.¹⁶ Und dabei soll(te) es auch bleiben. Jörg-Dietrich Hoppe, Präsident der Bundesärztekammer, erklärte 2004 anlässlich der Vorstellung der überarbeiteten „Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung“¹⁷: „Jeder Mensch hat das Recht auf Leben und auf ein Sterben in Würde – nicht aber das Recht, getötet zu werden“. Die deutsche Ärzteschaft halte weiterhin an ihrem strikten „Nein“ zur aktiven Sterbehilfe fest. „Ein einklagbares Recht auf aktive Sterbehilfe wäre zwar vermeintlich die ultimative Verwirklichung des Rechts auf Selbstbestimmung, doch von da aus ist der Weg nicht mehr weit in eine Gesellschaft, die den Menschen den Tod nahe legt, wenn sie mit dem Leben nicht mehr zurecht kommen“, so Hoppe.¹⁸ Nach repräsentativen Umfragen scheint dagegen eine sogar relativ deutliche Mehrheit in der Bevölkerung für die legale Möglichkeit aktiver Sterbehilfe zu plädieren.¹⁹ Man darf indes mit Recht vermuten, dass viele der Befragten keine genaue Vorstellung davon haben, was sich hinter den Begriffen „aktive“ und „passive“ Sterbehilfe verbirgt. Viele fürchten – verständlicherweise – einen qualvollen Tod und wählen reflexartig die Alternative, die sie davor zu bewahren scheint.

8 JÖR n.F. 1 (1951), S. 59.

9 Aus dem Verlauf der Diskussion ergibt sich eindeutig, dass die Abgeordneten den Begriff „Euthanasie“ in diesem Sinne verstanden, besonders deutlich etwa die Äußerung des Abg. Dr. Bergsträsser: „Sonst würden wir mit diesem Satz die Euthanasie für zulässig erklären; denn dann könnte man dem Arzt gegenüber nicht nur den Wunsch aussprechen: ich wünsche ein Bein abgeschnitten zu haben, sondern man könnte auch wünschen, den Kopf abgeschnitten zu bekommen.“, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 5/II, S. 921.

10 Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 5/II, S. 920.

11 Ebd.

12 Ebd., S. 921.

13 Ebd., S. 922.

14 Ebd., S. 922 ff.

15 Abs. 1. In ihrem Kern gilt die Vorschrift, die nur auf der Rechtsfolgenseite modifiziert wurde, seit 1871 unverändert. Abs. 2, der ebenfalls später eingefügt wurde, lautet: „Der Versuch ist strafbar.“

16 BGHSt 37, 376 (LS 2). Die angeklagte Krankenschwester hatte während ihres Dienstes fünf schwerkranken Patienten heimlich tödliche Injektionen verabreicht, um ihnen aus Mitleid weiteres von ihr als sinnlos angesehenes Leiden und einen Todeskampf zu ersparen, obwohl weder die Patienten noch deren Angehörige darum gebeten hatten.

17 Deutsches Ärzteblatt, Heft 19 vom 7. Mai 2004, <http://www.aerzteblatt.de/v4/archiv> (25.07.2006).

18 Pressemitteilung vom 4.5.2004, <http://www.bundesaeztekammer.de/25/10Pressemitteilungen/index.html> (25.07.2006).

19 Zuletzt 74% nach einer Forsa-Umfrage, veröffentlicht in: STERN 42/2005, S. 31.

Auch in den Niederlanden gibt es den Straftatbestand der Tötung auf Verlangen. Absatz 2 dieser Vorschrift, des Art. 293 nStGB, lautet aber:

„Die in Absatz 1 genannte Handlung ist nicht strafbar, wenn sie von einem Arzt begangen wird, der dabei die in Artikel 2 des Gesetzes über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen ... genannten Sorgfaltskriterien eingehalten und dem Leichenbeschauer ... Meldung erstattet hat.“

Diese Sorgfaltskriterien beinhalten,

„dass der Arzt a) zu der Überzeugung gelangt ist, dass der Patient seine Bitte freiwillig und nach reiflicher Überlegung gestellt hat, b) zu der Überzeugung gelangt ist, dass der Zustand des Patienten aussichtslos und sein Leiden unerträglich ist, c) den Patienten über dessen Situation und über dessen Aussichten aufgeklärt hat, d) gemeinsam mit dem Patienten zu der Überzeugung gelangt ist, dass es für dessen Situation keine andere annehmbare Lösung gibt, e) mindestens einen anderen, unabhängigen Arzt zu Rate gezogen hat, der den Patienten untersucht und schriftlich zu den unter den Buchstaben a bis d genannten Sorgfaltskriterien Stellung genommen hat, und f) bei der Lebensbeendigung oder bei der Hilfe bei der Selbsttötung mit medizinischer Sorgfalt vorgegangen ist.“²⁰

Schon lange vor Inkrafttreten dieses Gesetzes im April 2002 hatten niederländische Gerichte in ständiger Rechtsprechung Ärzte, die aus Mitleid Leben beendet hatten, zusehens milder bestraft.²¹ Im vergangenen Jahr wurden in den Niederlanden 1.815 Fälle aktiver Sterbehilfe registriert, bei acht von ihnen hielt eine Prüfkommision dem Arzt Regelverletzungen vor, verurteilt wurde niemand.²² Kurze Zeit nach der niederländischen Regelung trat in Belgien ein ähnliches Gesetz in Kraft, das – anders als die niederländische Regelung, die dies aber ebenso wenig ausschließt²³ – ausdrücklich regelt, dass der Patient nicht zwingend an einem physischen Leiden erkrankt sein muss. Dem Verlangen nach Euthanasie kann also auch bei einem psychisch unheilbar Kranken, dessen Tod nicht unmittelbar bevorsteht, straffrei entsprochen werden.²⁴ Belgiens Ärzte sollen seit Einführung des Gesetzes 259-mal davon Gebrauch gemacht haben. In beiden Ländern gehen die Ministerien von einer großen Dunkelziffer aus. Viele Ärzte umgehen das offizielle Melderegister, scheuen das Antrags- und Kontrollverfahren, das ein zweites Gutachten und die Konsultation eines juristisch-ethischen Gremiums vorsieht.²⁵ Auch die Nachrichten von der Ausdehnung der „freiwilligen“ zur unfreiwilligen Tötung häufen sich.²⁶ Mitte 2003 wurden die Ergebnisse einer Studie bekannt, die die holländische Regierung in Auftrag gegebenen hatte. Ziel war es, durch eine anonymisierte Befragung unter den Ärzten die tatsächliche Praxis der aktiven Sterbehilfe zu ermitteln. Ergebnis war unter anderem, dass im Jahr 1990 ca. 1000 und in den Jahren 1995 und 2001 jeweils ca. 900 Patienten getötet wurden, ohne einen ent-

sprechenden Wunsch geäußert zu haben.²⁷ Führt die Zulassung – auch die beschränkte Zulassung – der Tötung auf Verlangen zu einer Zunahme der Tötungen ohne Verlangen? Die Zahlen aus Holland zeigen, dass die Gefahr eines solchen Dammbereichs keineswegs von der Hand zu weisen ist²⁸ – sie hat sich bereits realisiert und ist damit ein gewichtiges Argument gegen eine „Liberalisierung“ der strafrechtlichen Regelungen nach holländischem oder belgischem Vorbild.²⁹ Viele Niederländer tragen inzwischen eine „Credo Card“ in der Brieftasche, auf der ihr Lebenswunsch eingestanz ist, oder schlicht einen Zettel mit der Bitte „Maak mij niet dood, Dokter“.³⁰ Der ehemalige Bundespräsident Johannes Rau hatte schon in seiner Berliner Rede im Mai 2001 hell-sichtig gewarnt: „Wo das Weiterleben nur eine von zwei legalen Optionen ist, wird jeder rechenschaftspflichtig, der anderen die Last seines Weiterlebens aufbürdet. Was die Selbstbestimmung des Menschen zu stärken scheint, kann ihn in Wahrheit erpressbar machen.“³¹

IV. Lebensrecht und Menschenwürde

Und dennoch: in der straf- und verfassungsrechtlichen Fachliteratur gibt es Gegenstimmen.³² Friedhelm Hufen

20 Eine deutsche Fassung des Gesetzes über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und der Hilfe bei der Selbsttötung ist u. a. abrufbar unter <http://www.dgpalliativmedizin.de> (25.07.2006).

21 Dazu im Überblick K. Khorrami, Die „Euthanasie-Gesetze im Vergleich. Eine Darstellung der aktuellen Rechtslage in den Niederlanden und Belgien, MedR 2003, 19 (21f.).

22 SZ v. 18.9.2004, S. 2.

23 Vgl. K. Khorrami, Die „Euthanasie-Gesetze im Vergleich. Eine Darstellung der aktuellen Rechtslage in den Niederlanden und Belgien, MedR 2003, 19 (20).

24 K. Khorrami, MedR 2003, 19 (22).

25 SZ v. 17.9.2004, S. 15.

26 Vgl. FAZ v. 27.4.2004, S. 33.

27 SZ v. 17.7.2003, S. 11.

28 Auch nach T. Verrel, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, München 2006, S. C 64 sind „Befürchtungen vor einer Aufweichung des Lebensschutzes durch die Entstehung einer ‚Erwartungseuthanasie‘, aber auch durch Missbrauch und Ausdehnung einmal zugelassener gesetzlicher Ausnahmen vom Fremdtötungsverbot“ ernst zu nehmen, der hinsichtlich der Praxis in den Niederlanden zu folgendem Fazit gelangt: „Festzuhalten bleibt aber, dass sich ein erheblicher Teil der in den Niederlanden tatsächlich praktizierten Euthanasie staatlicher Kontrolle entzieht und die zentrale Zulässigkeitsvoraussetzung des ausdrücklichen Sterbewunsches des Patienten vielfach nicht beachtet wird. Außerdem nähren neuere Entwicklungen in der niederländischen Diskussion wie etwa die Ausweitung auf Demenzkranke, schwerstbehinderte Neugeborene und Lebensmüde die Sorge vor einer durch das Gesetz eingeleiteten ethischen Abwärts-spirale“ (S. C. 67). A. A. Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, Stellungnahme vom 13.07.2006, S. 15-17 (16).

29 Dazu G. Duttge, Lebensschutz und Selbstbestimmung am Lebensende, ZfL 2004, Heft 2; umfassend zur „Dammbereich“-Argumentation R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 189 ff.

30 Der Spiegel v. 19.7.2004, S. 86.

31 J. Rau, Wird alles gut? Für einen Fortschritt nach menschlichem Maß, Berliner Rede vom 18. Mai 2001, MS S. 9 sub XII.

32 S. dazu z.B. Tröndle/Fischer, StGB, 512003, § 216 Rn. 1.

etwa, Mitglied der Bioethikkommission des Landes Rheinland-Pfalz und der Zentralen Ethikkommission der Bundesärztekammer, schreibt: „Erreicht der Zustand des Leidens den Grad buchstäblicher Menschenunwürdigkeit ..., dann geht die Menschenwürde vor und die Schwergewichtigkeit des Satzes: ‚Der Arzt darf nicht Herr über Leben und Tod sein‘ verfälscht nur den Verfassungsauftrag. ‚Herr über die Menschenwürde‘ darf der Arzt erst recht nicht sein.“ Der Gesetzgeber sei mithin nicht gehindert, die Strafbarkeit konsentierter aktiver Sterbehilfe für solche Fälle aufzuheben, in denen zum Beispiel ein Todkranker sie ohne äußeren Druck und bei vollem Bewusstsein verlange.³³ „Zum Beispiel ...“ – dass Hufen in der Tat nicht nur an die Fälle denkt, in denen der Patient selbstbestimmt und bei vollem Bewusstsein den Tod wünscht, zeigt sich an dem von ihm angeführten Beispiel eines in schwerstem Maße leidenden, nicht lebensfähigen Neugeborenen.³⁴ Dann aber geht es – das muss man klar sehen – eindeutig nicht mehr um Selbstbestimmung, sondern um Fremdbestimmung. Wenn die Rechtsordnung die subjektive Einschätzung des betroffenen Menschen, sein Leben sei nicht mehr lebenswert, akzeptiert und eine ausdrücklich verlangte Tötung in gewissen Fällen erlaubt, dann müsste sie „zumindest mittelbar den Grundsatz des positiven Werts jedes Menschenlebens aufgeben ...“. Sie würde offiziell anerkennen, dass es in bestimmten Fällen besser ist, getötet zu werden als weiter am Leben zu bleiben. Damit wäre aber ein fundamentaler Wandel des Verhältnisses schwerkranker Menschen zu ihren Mitbürgern verbunden. Kann sich auch der Todgeweihte bisher auf die unwiderlegbare Vermutung berufen, dass sein Leben unabhängig von seinem Zustand einen positiven Wert darstellt, könnte ihm jetzt entgegengehalten werden, dass andere in einem vergleichbaren körperlichen Zustand den Tod als bessere Alternative zum Leben empfunden und mit Billigung der Rechtsordnung empfangen haben. ... Würde einmal anerkannt, dass es Menschen gibt, denen man mit der Tötung einen Dienst erweist, dann wird sich früher oder später auch die Frage stellen, warum man diese Wohltat all denen vorenthalten sollte, die zu einer Willensäußerung nicht mehr in der Lage sind.³⁵

Im Ergebnis verdienen diese Überlegungen uneingeschränkte Zustimmung; denn sie sind verfassungsrechtlich fundiert. Die Väter und Mütter des Grundgesetzes gingen ersichtlich nicht davon aus, dass das Grundrecht auf Leben zugleich die negative Freiheit zum Nichtgebrauch, d. h. zum Tode, beinhalten sollte.³⁶ Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist – recht verstanden – ein „reines Abwehrrecht gegen einen Zugriff auf das Rechtsgut Leben ... und kein ‚Recht zu leben‘, dem man eine negative Komponente: ‚oder es bleiben zu lassen‘ beigeben könnte. Dergleichen ist nur bei Handlungsgarantien angemessen, die eine Freiheit gewähren, bestimmte Handlungen vorzunehmen, aber auch, sie zu unterlassen.“³⁷ Art. 2 Abs. 2

S. 1 GG schützt das Leben als vorgegebene Eigenschaft des Menschen – einen Zustand, kein Interesse, keine Handlung, auch nicht die Verfügungsfreiheit über das Leben.³⁸ Es ist angesichts des erklärten Willens der Väter und Mütter des Grundgesetzes ausgeschlossen, aus dem Recht auf Leben ein – gar leistungsrechtlich verstandenes – Recht auf den eigenen Tod herzuleiten.³⁹ Der Staat darf sich also – das ist die bedeutsame Konsequenz – dem Wunsch eines Lebensmüden, durch die Hand Dritter (sei es in einer staatlichen Einrichtung, sei es durch Private) getötet zu werden, verweigern, ohne dieses Verbot – konkret: den § 216 StGB – als Eingriff in ein Grundrecht des Lebensmüden rechtfertigen zu müssen. Patienten, die sterben wollen, aber nicht willens oder fähig sind, diesen Entschluss eigenhändig in die Tat umzusetzen, haben keinen grundrechtlich geschützten Anspruch darauf, dass der Staat es ihnen ermöglicht, legal, rechtmäßig, mit Billigung der Rechtsordnung getötet zu werden. Warum weder aus anderen Grundrechten noch aus der Menschenwürde ein solcher Anspruch folgen kann, und zwar selbst dann nicht, wenn sich das Verbot der Tötung auf Verlangen für den

33 F. Hufen, In dubio pro dignitate – Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, 849 (855f.).

34 Ebd. Zur Problematik solcher Fälle R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 338: „Nur der Gesetzgeber könnte derartigen Tötungen den Unrechtscharakter nehmen, was freilich die Bereitschaft voraussetzen würde, den Grundsatz des positiven Werts jedes Menschenlebens aufzugeben. Das aber wäre unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten problematisch, weil es bei Entscheidungsunfähigen notwendig an einer Beglaubigung durch den Willen des Betroffenen fehlen würde und die negative Bewertung des Lebens allein von außen erfolgen müsste.“

35 R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 339 f.

36 So aber u. a. U. Fink, Selbstbestimmung und Selbsttötung, 1992, S. 72 ff., der das Grundrecht auf Leben als Freiheitsrecht und nicht als Statusrecht deutet.

37 J. Schwabe, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1998, 66 (69); gegen die Verortung eines „Rechts auf Selbstmord“ in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch H. Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG I, 22004, Art. 2 II Rn. 32 mwN. Siehe auch C. Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 83, 140-142.

38 J. Hellermann, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 137 f. nennt Leben „und Gesundheit“ dagegen in einem Atemzug und behauptet, dass Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch die Verfügungsfreiheit über die Gesundheit nicht schütze. Hier gilt es indes zu differenzieren. Entstehungsgeschichtlich lässt sich die in BVerfGE 52, 131 (171ff. – Abw. Meinung der Richter Hirsch, Niebler und Steinberger) vertretene Deutung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (nicht Gesundheit!) als Recht auf freie Selbstbestimmung des Patienten nicht widerlegen. Mit dieser Entscheidung setzt sich Hellermann weder auf S. 33f. noch auf S. 136f. auseinander. Zum wertungsmäßigen Unterschied zwischen konsentierten Eingriffen in das Leben einerseits, die körperlichen Unversehrtheit andererseits sogleich im Text.

39 J. Hellermann, Die so genannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 136 f. Dass der Einzelne sich, dabei durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) grundrechtlich geschützt, freiverantwortlich Selbstmord nicht nur begehen kann, sondern auch darf (siehe dazu C. Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 83 f.), steht auf einem anderen Blatt.

Betroffenen als Pflicht zum Weiterleben darstellt⁴⁰, werde ich gleich erläutern. § 216 Abs. 1 StGB ist – entgegen anders lautender Behauptungen – nicht verfassungswidrig. Er muss nicht geändert werden.

Auf dieses Zwischenergebnis muss nun die Frage folgen: Dürfte § 216 Abs. 1 StGB geändert werden? Dürfte der Staat die Tötung auf Verlangen auch als rechtmäßig bewerten? Das Grundrecht auf Leben bindet Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG). Aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG ergibt sich⁴¹, dass die Staatsgewalt die Würde des Menschen und damit auch das Recht auf Leben nicht nur zu achten, das heißt: Beeinträchtigungen zu unterlassen, sondern auch zu schützen, das heißt „vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren“⁴² hat. Unzweifelhaft ist die Tötung auf Verlangen ein solcher Eingriff von Seiten eines anderen in das durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Rechtsgut Leben. Die Frage ist nur: Kann dieser Eingriff als „rechtswidrig“ bezeichnet werden, wenn ihn der Rechtsgutsträger doch gerade verlangt? Eine Bestimmung der Rechtswidrigkeit durch das einfache Recht scheidet aus, da der Gesetzgeber ansonsten über die Reichweite des grundrechtlich geschuldeten Schutzes disponieren könnte.⁴³ Ob eine verlangte Tötung rechtswidrig ist, muss durch Auslegung der Verfassung ermittelt werden. Die Väter und Mütter des Grundgesetzes bejahten diese Frage. Sie waren – das scheint mir ganz eindeutig zu sein – der Auffassung, dass man unter keinen Umständen wirksam in die eigene Tötung einwilligen kann. Präziser müsste man sagen: dass niemand der eigenen Tötung durch seine Einwilligung den Unrechtscharakter, die Rechtswidrigkeit nehmen kann. Diese Überzeugung ist und bleibt für Verfassungsauslegung verpflichtend, weil sie ihren Niederschlag im Verfassungstext gefunden hat – und zwar in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG. „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ heißt nicht, dass jede Tötung eines Menschen verfassungswidrig ist. Der auch auf das Leben bezogene Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG ergäbe ansonsten keinen Sinn. Aber: „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ heißt, dass das Leben eines Menschen niemals und von niemandem rechtmäßig mit der Begründung ausgelöscht werden darf, es sei nicht mehr wert, gelebt zu werden. Der Lebensmüde bringt durch seine Entscheidung für den Tod zum Ausdruck: Mein Leben ist es *für mich* nicht mehr wert, weiter gelebt zu werden. Der Dritte, der sich auf seine Bitte hin frei verantwortlich für die Ausführung entscheidet und damit die Letztverantwortung für das Geschehen übernimmt⁴⁴, übernimmt auch diese Einschätzung als *externe*. Für diesen Menschen ist es besser, getötet zu werden als weiterzuleben. Sein Leben ist nicht mehr lebenswert.⁴⁵ Eine Rechtsordnung aber, die auf der unantastbaren Würde des Menschen, jedes Menschen gründet, die jedem Menschen Wert und Würde zuschreibt, kann die handlungsleitende externe

Bewertung eines menschlichen Lebens als „lebensunwert“, „nicht mehr lebenswert“ unter keinen Umständen akzeptieren. „Die Menschenwürde verlangt, dass dem Leben eines Menschen in jeder Situation ein positiver Wert zuerkannt wird; dies gilt auch für Menschen, denen ein schweres Leiden bevorsteht, deren Leben voraussichtlich nur mehr kurz dauern wird und/oder die im jeweiligen Augenblick ihren eigenen Tod wünschen.“⁴⁶ Die Tötung auf Verlangen muss daher unter dem Grundgesetz in jedem Fall als objektiv unrichtig, als rechtswidrig bezeichnet werden. Sie darf in staatlichen Einrichtungen nicht durchgeführt werden. Und der Staat ist in der Pflicht, alles zu tun, um zu verhindern, dass Private, seien es Ärzte oder nicht, Menschen auf Verlangen töten. Die „Freigabe“ einer Tötung auf Verlangen nach holländischem oder belgischem Vorbild – auch die Freigabe in so gen. Extremfällen – wäre verfassungswidrig.⁴⁷

Wie aber ist es dann zu erklären, dass der Suizid nach geltendem Recht weder rechtswidrig noch strafbar ist? Es macht einen Unterschied, ob ein Mensch den Entschluss fasst, sich zu töten und diesen Entschluss eigenhändig (und sei es auch mit Hilfe Dritter) in die Tat umsetzt, oder ob ein Mensch den Entschluss fasst, sterben zu wollen und einen Dritten bittet, seinem Leben ein

40 Für eine Rechtfertigung der Tötung auf Verlangen bei faktischer Unmöglichkeit des Suizids K. Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie, 2001, S. 326 f.; für eine Anwendung des § 34 StGB durch „verfassungskonforme Auslegung“ C. Schmaltz, Sterbehilfe, Rechtsvergleich Deutschland – USA, 2001, S. 66 f.; weitere Nachweise aus dem strafrechtlichen Schrifttum bei T. Verrel, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, München 2006, S. C 68 Fn. 301, der in Extremkonstellationen ebenfalls für die Einzelfallkorrektur durch die Rechtsprechung unter Heranziehung der Grundsätze des rechtfertigenden Notstands eintritt (S. C 68 f.).

41 Vgl. zur (umstrittenen) Herleitung der grundrechtlichen Schutzpflicht für das Leben A. Hollenbach, Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis. Eine Untersuchung zur Umsetzung verfassungsrechtlicher Vorgaben im einfachen Recht, 2003, S. 26 ff., 37 ff.

42 BVerfGE 39, 1 (42).

43 A. Hollenbach, Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis. Eine Untersuchung zur Umsetzung verfassungsrechtlicher Vorgaben im einfachen Recht, 2003, S. 23; J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 106; G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 II 1 GG, 1987, S. 227.

44 R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbot, 2004, S. 225 unter Hinweis auf C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 72000, S. 569.

45 Auf die Beweggründe für den Todeswunsch (zu diesem Aspekt R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbot, 2004, S. 228) kommt es strenggenommen gar nicht an. Der Wert, den Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG jedem lebenden (!) Menschen zuschreibt, ist schlechterdings unantastbar.

46 K. Schmoller, Lebensschutz bis zum Ende? Strafrechtliche Reflexionen zur internationalen Euthanasiediskussion, ÖJZ 55 (2000), 361 (368).

47 So auch C. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/ders., GG I, 52005, Art. 2 Abs. 2 Rn. 207; U. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 2 (Stand: Februar 2004) Rn. 39 unter (unzutreffender) Berufung auf BVerfGE 76, 248 (252); anders D. Murswiek, in: Sachs, GG, 32003, Art. 2 Rn. 212a mwN.

Ende zu setzen. In beiden Fällen wird zwar – im Ergebnis – das Rechtsgut Leben unwiederbringlich geschädigt. Eine Schädigung wird jedoch nur dann zu einem Unrechtsvorgang, wenn sie im zwischenmenschlichen Bereich geschieht. Das lässt sich leicht daran zeigen, dass ein Menschenleben auch durch ein Naturereignis ausgelöscht werden kann. In solchen Fällen sprechen wir nicht von „Unrecht“, sondern von einem „Unglück“. Die Selbsttötung ist ein „Unglück“. Sie ließe sich nur dann als Unrecht begreifen, wenn der Einzelne eine Rechtspflicht zum Weiterleben hätte. Dem ist jedoch nicht so. Die Rechtsordnung nimmt den Menschen in die Pflicht, solange er lebt. Sie verpflichtet ihn aber nicht zu leben⁴⁸, auch nicht im Hinblick auf Dritte, denen er familiär verbunden ist.⁴⁹ Weil der Suizident erstens kein Unrecht begeht⁵⁰ und zweitens für seinen Tod in vollem Umfang die Verantwortung trägt, bleiben nach geltendem Recht – anders als in anderen Ländern übrigens⁵¹ – auch diejenigen straflos, die ihn zum Suizid angestiftet oder Beihilfe dazu geleistet haben.⁵² Im Falle des Selbstmords – der stets ein Unglück, aber kein Unrecht ist – kann sich die Rechtsordnung einer inhaltlichen Stellungnahme zu dem tragischen Geschehen selbst entziehen.⁵³ Sie muss die Handlung des Suizidenten nicht als rechtmäßig oder rechtswidrig bewerten.⁵⁴ Angesichts der Tatsache, dass sich in Deutschland Jahr für Jahr 11 000 Menschen das Leben nehmen (über 100.000 Suizidversuche kommen schätzungsweise hinzu)⁵⁵, stellt sich freilich die Frage, was der Staat in Erfüllung seiner Schutzpflicht für das Leben tun kann und muss, um sichtbar zu machen, dass es für keinen Menschen, und seien seine Lebensumstände noch so erbärmlich, besser ist, sein Leben gegen den Tod einzutauschen, und was er tun kann, um dem Lebensmüden wieder Lebensmut zu geben. Doch das ist ein anderes Thema.

V. Aktiv indirekte und passive Sterbehilfe

Kein Arzt darf auf Verlangen töten. Im Ergebnis nahezu einhellig anerkannt, und dies schon seit langer Zeit, ist aber die Zulässigkeit der so genannten aktiven indirekten Sterbehilfe. Darunter versteht man den Einsatz leidvermindernder Mittel bei sterbenden oder todkranken Patienten, die das Risiko in sich bergen, den Eintritt des Todes zu beschleunigen. Ziel des ärztlichen Handelns ist hier die Minderung der Qualen, während die mögliche Verkürzung der Lebenszeit bloß als Nebenfolge in Kauf genommen wird. Unstreitige Voraussetzung für die Zulässigkeit der aktiven indirekten Sterbehilfe ist, dass gleich wirksame Mittel fehlen, die eine geringere oder überhaupt keine Verkürzung der Lebensspanne verursachen, und dass eine ausdrückliche oder mutmaßliche Einwilligung des Patienten vorliegt.⁵⁶ Der Bundesgerichtshof hat die Zulässigkeit der aktiven indirekten Sterbehilfe damit begründet, dass

„die Ermöglichung eines Todes in Würde und Schmerzfreiheit gemäß dem erklärten oder mutmaßlichen Patientenwillen ... ein höherwertiges Rechtsgut [sei] als die Aussicht, unter schwersten, insbesondere so gen. Vernichtungsschmerzen noch kurze Zeit länger leben zu müssen.“⁵⁷

Der entscheidende wertungsmäßige Unterschied zwischen der verbotenen aktiven Sterbehilfe und der auch meiner Meinung nach zulässigen, das heißt: bei Vorliegen der geschilderten Voraussetzungen auch den Vorga-

48 Dazu C. Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 82 f.; R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 184, 220 f.

49 Problematisch daher die Kammerentscheidung BVerfG NJW 2002, 206 (207), mit der eine gegen die Bestellung eines sich über ihren Willen hinwegsetzenden Betreuers gerichtete Verfassungsbeschwerde einer der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas angehörenden und eine Bluttransfusion auch bei eingetretener Lebensgefahr ablehnenden Patientin mit der Begründung nicht zur Entscheidung angenommen wurde, dass das Vormundschaftsgericht mit der Berücksichtigung des Grundrechts der Patientin auf Leben sowie der Rechte ihres Mannes und ihrer Kinder aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG eine der Verfassung nicht widersprechende Grenzziehung der Religionsfreiheit vorgenommen habe.

50 Jedenfalls kein Unrecht im Rechtssinne, „denn der Begriff des Rechts, sofern er sich auf eine ihm korrespondierende Verbindlichkeit bezieht, betrifft erstlich nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als Facta aufeinander (unmittelbar oder mittelbar) Einfluß haben können“; I. Kant, Metaphysik der Sitten. Erster Teil. Einleitung in die Rechtslehre, § B, A 32, Königsberg 1797, in: ders., Werke in sechs Bänden, hrsg. von W. Weischedel, Bd. IV, 1956, S. 303 ff. (337). Konsequenterweise behandelt Kant den als „Verbrechen gegen die eigene Person“ qualifizierten Selbstmord im ersten Teil der „Ethischen Elementarlehre“, ebd., Tugendlehre, § 6 Von der Selbstentleibung, A 71 ff., S. 501 ff. (564 f.).

51 Überblick bei K. Schmoller, Lebensschutz bis zum Ende? Strafrechtliche Reflexionen zur internationalen Euthanasiediskussion, ÖJZ 55 (2000), 361 (370).

52 Auch dazu umfassend R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 222 f.

53 J. F. Lindner hat dafür plädiert, sich von der Alternative „rechtmäßig oder rechtswidrig“ zu verabschieden und eine neue Kategorie, den „rechtswertungsfreien Raum“, zu etablieren. Das Gegenteil von rechtmäßig sei nicht rechtswidrig, sondern „nicht rechtmäßig“, und das könne sowohl „rechtswidrig“ als auch „weder rechtmäßig noch rechtswidrig“ bedeuten (FAZ v. 15.10.2004). Der Vorschlag ist, wie das Beispiel des Selbstmords zeigt, bedenkenswert. Als Verlegenheitskategorie für Fälle, in denen die Antwort schwer fällt (Zulässigkeit der Anwendung körperlichen Zwangs zur Erwirkung einer Erklärung, Abschuss eines vollbesetzten Flugzeuges zur Abwendung einer Katastrophe am Boden), scheint die Kategorie allerdings deplaziert. Die von Lindner beschriebenen Fälle und der des Selbstmordes unterscheiden sich dadurch, dass es bei Lindner um Konstellationen geht, in denen die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns, das zu Rechtsgutseinbußen bei Privaten führt, in Rede steht. Hier ist eine Bewertung in einer Rechtsordnung, die sich nicht selbst aufgeben möchte, aber unumgänglich. S. dazu auch K. Schmoller, Lebensschutz bis zum Ende? Strafrechtliche Reflexionen zur internationalen Euthanasiediskussion, ÖJZ 55 (2000), 361 (363 f.).

54 Weiterführend dazu K. Schmoller, Lebensschutz bis zum Ende? Strafrechtliche Reflexionen zur internationalen Euthanasiediskussion, ÖJZ 55 (2000), 361 (362 f.).

55 FAZ v. 29.10.2004, S. 37.

56 R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 256 f. mwN.

57 BGHSt 42, 301 (305).

ben der Verfassung entsprechenden aktiven indirekten Sterbehilfe liegt darin, dass die Wertung vermieden wird, der sofortige Tod sei für den Patienten besser als sein weiteres Leben. Bei der aktiven indirekten Sterbehilfe geht es vielmehr um einen Vergleich zwischen einem etwas kürzeren Leben ohne schwere Schmerzen und einem nicht sehr viel längeren, das von quälenden Leiden beherrscht wird.⁵⁸ Wenn der Arzt nun – in Einklang mit dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Patienten – dem kürzeren den Vorzug vor dem längeren gibt, liegt darin zwar unzweifelhaft eine qualitative Bewertung des restlichen Lebens. Aber: anders als bei einer unmittelbaren Entscheidung für den (sofortigen) Tod wird der Lebensrest nicht als per se negative Größe definiert. „Indirekte Sterbehilfe wird nicht deshalb geleistet, weil der (frühere) Tod, sondern weil das, was erhalten wird, nämlich das etwas kürzere, aber von Qualen befreite Leben gegenüber einem möglichen längeren bevorzugt wird.“⁵⁹ Wenn es dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht, darf ihm – und zwar auch schon vor Eintritt der unmittelbaren Sterbephase – diejenige Dosis an Schmerzmitteln gegeben werden, die einen möglichst niedrigen Leidpegel für die Dauer des restlichen Lebens erreicht und dieses so gering wie möglich verkürzt. Die Grenze zur unzulässigen aktiv-direkten Sterbehilfe ist dort erreicht, wo Medikamente in einer Menge verabreicht werden, die zur Gewährleistung eines erträglichen Leidpegels nicht mehr erforderlich sind und damit die Lebenszeit in nicht notwendigem Umfang verkürzen.⁶⁰ Um nicht in den Verdacht einer unzulässigen aktiv-direkten Sterbehilfe zu geraten, muss der Arzt den Therapieverlauf und die Dosis der gegebenen Schmerzmittel sorgfältig dokumentieren.⁶¹

Unter passiver Sterbehilfe versteht man den Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen bei einem Sterbenden oder Todkranken, das „Sterbenlassen“ eines Patienten.⁶² „Wer ist unter euch, der seines Lebens Länge eine Spanne zusetzen könnte, wie sehr er sich auch darum sorgt?“ heißt es in der Bergpredigt.⁶³ Angesichts der Möglichkeiten der modernen Medizin sind Ärzte heute in der Lage, dem Leben ihrer Patienten „eine Spanne zuzusetzen“. Sie können intervenieren, den Prozess des Sterbens aufhalten, ausgefallene Körperfunktionen substituieren, Leben verlängern. Aus grundrechtlicher Sicht lautet die Frage nicht primär: „Dürfen sie darauf verzichten?“, sondern: „Dürfen sie das?“⁶⁴ Sedes materiae ist nicht das Recht auf Leben, sondern das Grundrecht des Patienten auf körperliche Unversehrtheit, ebenfalls geregelt in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Das Grundrecht schützt nicht die Gesundheit des Menschen, kein Ideal, sondern die „Integrität der Körpersphäre“⁶⁵, die konkrete Körperlichkeit des Individuums als je vorgegebene Daseinsform des Menschen.⁶⁶ Auch ärztliche Heileingriffe, Einwirkungen auf die körperliche Integrität im Rahmen ärztlicher Behandlungsverhältnisse sind Eingriffe in das

grundrechtlich geschützte Rechtsgut. Der Staat und seine Einrichtungen haben solche Eingriffe grundsätzlich zu unterlassen. Und: Der Staat hat Dritte daran zu hindern, die körperliche Unversehrtheit anderer durch Eingriffe dieser Art rechtswidrig zu beeinträchtigen. Wieder stellt sich die Frage: Wann ist ein ärztlicher Heileingriff als „rechtswidrig“, das heißt in unserem Kontext: als den Vorgaben der Verfassung widersprechend zu bezeichnen? In einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1957 hat es der Bundesgerichtshof als „vornehmstes Recht und ... wesentlichste Pflicht“ des Arztes bezeichnet, „den kranken Menschen nach Möglichkeit von seinem Leiden zu heilen.“ Dieses Recht und diese Pflicht werde aber durch das grundsätzliche freie Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper begrenzt:

„Es wäre ein rechtswidriger Eingriff in die Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit, wenn ein Arzt – und sei es auch aus medizinisch berechtigten Gründen – eigenmächtig und selbstherrlich eine folgen schwere Operation bei einem Kranken, dessen Meinung rechtzeitig eingeholt werden kann, ohne dessen vorherige Billigung vornähme. Denn ein selbst lebensgefährlich Kranker kann triftige und sowohl menschlich wie sittlich achtenswerte Gründe haben, eine Operation abzulehnen, auch wenn er durch sie und nur durch sie von seinem Leiden befreit werden könnte.“⁶⁷

Die Verfassungsrichter Hirsch, Niebler und Steinberger gingen in einem Sondervotum zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1979 sogar so weit, die freie Selbstbestimmung des Patienten als Schutzgut des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG anzusehen⁶⁸:

58 K. Schmoller, Lebensschutz bis zum Ende? Strafrechtliche Reflexionen zur internationalen Euthanasiediskussion, *ÖJZ* 55 (2000), 361 (372).

59 R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 271.

60 R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 274.

61 Vgl. dazu T. Verrel, Der BGH legt nach: Zulässigkeit der indirekten Sterbehilfe. Anmerkung zur Sterbehilfeentscheidung des BGH vom 15.11.1996, *MedR* 1997, 248 (249).

62 R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 275.

63 Matthäus 6,27 (Luther).

64 Ebenso T. Verrel, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, München 2006, S. C 70 f. und passim; ferner R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 291 mwN.

65 D. Murswiek, in: Sachs, GG, 32003, Art. 2 Rn. 148.

66 A. Hollenbach, Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis. Eine Untersuchung zur Umsetzung verfassungsrechtlicher Vorgaben im einfachen Recht, 2003, S. 46 mwN.

67 BGHSt 11, 111 (114).

68 BVerfGE 52, 131 (171). Immer wieder ist in der Literatur unter Hinweis auf dieses Sondervotum zu lesen, „das Bundesverfassungsgericht“ vertrete diese Auffassung (so beispielsweise F. Hufen, In dubio pro dignitate – Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, *NJW* 2001, 849 [851 m. Fn. 23], W. Höfling, Forum: „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, *JuS* 2000, 111 (114 m. Fn. 36).

„Die Vorschrift ist eine besondere Verbürgung der in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten freien Entfaltung der Person. Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität gehört zum ureigensten Bereich der Persönlichkeit des Menschen. In diesem Bereich ist er aus der Sicht des Grundgesetzes frei, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu leben und zu entscheiden. Eben diese Freiheit zur Selbstbestimmung wird – auch gegenüber der normativen Regelung ärztlicher Eingriffe zu Heilzwecken – durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG besonders hervorgehoben und verbürgt. ... Ein Gesetz, das ärztliche Heileingriffe generell ohne Einwilligung des Betroffenen gestattete, würde diese Grenzen verkennen und den Menschen allenfalls zum bloßen Gegenstand von Gesundheitspolitik und ihrer Vollzüge machen.“⁶⁹

Die Konstruktion der drei Richter ist nicht unumstritten geblieben. Einigkeit besteht jedoch insoweit, als die Befugnis zur selbstbestimmten Lebens- und Sterbensgestaltung verfassungsrechtlich verbürgt ist.⁷⁰ Allgemein anerkannt und verfassungsrechtlich unproblematisch ist daher ein Behandlungsverzicht mit ausdrücklichem Willen des Patienten. Der Arzt muss eine Behandlung abbrechen, die ein einwilligungsfähiger Patient nach hinreichender Aufklärung nicht mehr wünscht. Das gilt selbst dann, wenn er die Entscheidung des Patienten für unvernünftig hält. Dazu noch einmal die Richter Hirsch, Niebler und Steinberger:

„Verfehlt wäre es, dem Kranken oder Gebrechlichen, weil seine Gesundheit oder sein Körper bereits versehrt seien, nur ein gemindertes Maß an Selbstbestimmungsrecht zuzusprechen ... Auch der Kranke oder Versehrte hat das volle Selbstbestimmungsrecht über seine leiblich-seelische Integrität.“⁷¹

Die Einschätzung des Grundrechtsträgers, dass eine kürzere, von medizinischen Eingriffen freie Endphase des Lebens besser sein kann als eine längere, aber von der Anwendung technischer Mittel und dem Zufügen weiterer Qualen gekennzeichnete, kann die Rechtsordnung auch als rechtmäßig übernehmen, ohne mit der in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG jedem Menschen voraussetzungs- und bedingungslos zugeschriebenen Menschenwürde in Konflikt zu geraten. Anders als die „Erlösungstötung“ beruht die passive Sterbehilfe, die Entscheidung für den Abbruch einer lebensverlängernden Intervention gerade nicht auf einem unmittelbaren Tausch Leben gegen Tod. Das Beenden der ärztlichen Behandlung dient dazu, ein störungsfreies Sterben zu sichern und damit dem Patienten ein Gut zu erhalten. Der Therapieverzicht erhält dem Sterbenden einen Freiraum am Lebensende, der es ihm ermöglicht, seinen eigenen Tod in Würde zu sterben.⁷²

VI. Patientenverfügung

Problematischer sind die Fälle, in denen der Patient im Zeitpunkt der Behandlungseinstellung nicht mehr in der Lage ist, eine freiverantwortliche Entscheidung zu

treffen. Derzeit wird intensiv über Patientenverfügungen diskutiert. Patientenverfügungen sind Willensbekundungen einer einwilligungsfähigen Person zu medizinischen und begleitenden Maßnahmen für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit.⁷³ Die Meinungen über die Verbindlichkeit, die ihnen zukommen soll, und ihre mögliche Reichweite gehen auseinander. Die Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ hatte dem Deutschen Bundestag in ihrem Zwischenbericht vom 13. September 2004 empfohlen,

„im Rahmen einer gesetzlichen Regelung die Gültigkeit von Patientenverfügungen, die einen Behandlungsabbruch oder -verzicht vorsehen, der zum Tode führen würde, auf Fallkonstellationen zu beschränken, in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen wird. Maßnahmen der Basisversorgung können durch Patientenverfügungen nicht ausgeschlossen werden.“⁷⁴

Die Kommission begründete ihre Zurückhaltung damit, dass der Staat verpflichtet sei, die Entstehung eines Klimas zu vermeiden, in dem der Druck auf ältere und/oder schwerkranke Menschen ausgeübt werden kann, ihr Leben mittels einer Patientenverfügung willentlich beenden zu lassen. Gerade in Zeiten der Ressourcenknappheit sei die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass Patientenverfügungen zum Mittel der Kostensenkung instrumentalisiert würden.⁷⁵ Im Abschlußbericht der von der Bundesjustizministerin eingesetzten Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ hingegen heißt es ohne derartige Einschränkungen:

„Die Patientin oder der Patient kann ... die Vornahme oder die Fortsetzung einer lebenserhaltenden oder lebensverlängernden Behandlung auch dann ablehnen, wenn deren Beginn oder Fortsetzung ärztlich indiziert ist. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Krankheit bereits einen unumkehrbar tödlichen Verlauf genommen hat und der Tod nahe bevorsteht. Die künstliche Flüssigkeits- und Nahrungszufuhr, die z. B. durch die Speiseröhre (Magensonde) oder Bauchdecke (PEG) in den Magen oder intravenös gegeben wird, die maschinelle Beatmung, die Dialyse oder die Bekämpfung einer zusätzlich auftretenden Krankheit (Lungenentzündung, andere Infektionen u. a.) sind Eingriffe, die einer sie legitimierenden Einwilligung bedürfen. An die Stelle der lebenserhaltenden Behandlung tritt dann ein palliatives

69 BVerfGE 52, 131 (175).

70 W. Höfling, Forum: „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, 111 (114).

71 BVerfGE 52, 131 (173f.).

72 R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 291 f.

73 So die Definition im Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, S. 15 sub III.1.a. Der Bericht ist abrufbar unter <http://www.bmj.de> (25.07.2006).

74 BT-Drs. 15/3700, S. 38 sub 6.2.

75 BT-Drs. 15/3700, S. 38 sub 6.2.

ärztliches und pflegerisches Versorgungsangebot. Dazu gehören u. a. das Stillen von Hunger und Durst auf natürlichem Wege, einschließlich der Hilfe bei der Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme, erforderlichenfalls fachgerechte Pflege von Mund und Schleimhäuten sowie menschenwürdige Unterbringung, Zuwendung, Körperpflege und das Lindern von Schmerzen, Atemnot, Übelkeit und anderer belastender Symptome.⁷⁶

Meines Erachtens ist der Auffassung der Arbeitsgruppe der Vorzug zu geben.⁷⁷ Die Bedenken der Enquete-Kommission verdienen Beachtung, können aber eine derartige Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts aller Patienten im Ergebnis nicht rechtfertigen. Denn: Sollte durch die Anerkennung von Patientenverfügungen der befürchtete Druck auf ältere und/oder schwerkranke Menschen entstehen, ebenfalls auf eine medizinisch mögliche lebensverlängernde Behandlung zu verzichten, geht dieser Druck nicht vom Staat aus. Der Staat könnte und müsste diesem Phänomen auf andere Weise begegnen als durch eine Einschränkung des Rechts, in freier Selbstbestimmung Vorsorge für zukünftige Fälle zu treffen, in denen Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit drohen. Alles andere liefe auf einen Schutz des Menschen vor sich selbst hinaus, der verfassungsrechtlich auch dann unzulässig ist, wenn die Beweggründe des Gesetzgebers ehrenwerte sind. In einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2003 heißt es richtig:

„Die Beibehaltung einer Magensonde und die mit ihrer Hilfe ermöglichte künstliche Ernährung sind fortdauernde Eingriffe in die körperliche Integrität des Patienten ... Solche Eingriffe bedürfen – ebenso wie das ursprüngliche Legen der Sonde – grundsätzlich der Einwilligung des Patienten. Ist der Patient im Zeitpunkt der Maßnahme nicht einwilligungsfähig, so gilt: Eine frühere Willensbekundung, mit welcher der Patient seine Einwilligung in Maßnahmen der in Frage stehenden Art für eine Situation, wie sie jetzt eingetreten ist, erklärt oder verweigert hat, wirkt, falls der Patient sie nicht widerrufen hat, fort ...; die inzwischen eingetretene Einwilligungsunfähigkeit ändert nach dem Rechtsgedanken des § 130 Abs. 2 BGB an der fortdauernden Maßgeblichkeit des früher erklärten Willens nichts. ... Die Würde des Betroffenen (Art. 1 Abs. 1 GG) verlangt, dass eine von ihm eigenverantwortlich getroffene Entscheidung auch dann noch respektiert wird, wenn er die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Entscheiden inzwischen verloren hat.“⁷⁸

Noch problematischer sind die Fälle, in denen der Patient keine Vorausverfügung, d. h. antizipierte Entscheidung getroffen hat und nicht mehr in der Lage ist, einen Wunsch zu äußern. Dazu möchte ich auch die Fälle zählen, in denen zwar eine Patientenverfügung vorliegt, aber Zweifel bestehen, ob die aktuelle Situation von der Verfügung gedeckt ist, was umso eher der Fall sein kann, je weniger präzise die gewählten Formulierungen

sind und je länger die Abfassung zurückliegt. Hier bleiben nur zwei Möglichkeiten: Erstens der Versuch, mit Hilfe von Mutmaßungen den Willen des Patienten in den Zeitraum der Entscheidungsfähigkeit zu verlängern⁷⁹, und zweitens die Bestellung eines Vertreters im Willen, der dann anstelle des Patienten über den Fortgang der Therapie entscheidet.

Zunächst zur ersten Möglichkeit, der Orientierung am „mutmaßlichen Willen“ des Patienten. Hier geht es – präziser – um die „Mutmaßung der Einwilligung“, d. h. das Aufspüren von Indizien, aus denen sich der tatsächliche, individuelle Wille des Betroffenen erschließen lässt.⁸⁰ Nach Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen können sich drei prinzipielle Entscheidungssituationen ergeben: Es besteht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit pro Weiterbehandlung, es besteht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Willens contra Weiterbehandlung, oder es liegt ein non liquet vor.⁸¹

Besteht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit pro Weiterbehandlung, darf und muss sie weitergeführt werden. Im Schrifttum wird dagegen indes eingewandt (ich zitiere den Strafrechtler Claus Roxin):

„Der für immer bewusst- und empfindungslose Apalliker kann, wenn er einmal in diesen Zustand geraten ist, keine Interessen mehr haben; diese setzen die Möglichkeit personaler Entscheidung voraus. Freilich kann er, als er noch bei Bewusstsein war, ein Interesse daran gehabt haben, auch im Falle eines irreversiblen Wachkomas so lange wie möglich am Leben erhalten zu werden. Aber dieses Interesse ist nicht sehr überzeugend begründbar, weil ein bewusst- und empfindungsloses, rein biologisches Existieren für den Betroffenen keinen Sinn und Nutzen mehr haben kann.“⁸²

Es wird gefragt, „ob die künstliche Aufrechterhaltung bloßer vegetativer Lebensfunktionen, ohne dass damit eine greifbare Chance zur Wiedererweckung der menschlichen Persönlichkeit und damit eines menschenwürdigen Daseins besteht, in diesen Fällen nicht

76 S. 7 sub II.2.1.d.e. Der Bericht ist abrufbar unter <http://www.bmj.de> (25.07.2006).

77 So auch T. Verrel, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, München 2006, S. C 85-88 („Keine Beschränkung auf irreversibel tödliche Krankheitsverläufe“): „Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten beinhaltet die Rechtsmacht, auf jede mit einem körperlichen Eingriff verbundene medizinische Maßnahme zu verzichten, sei sie nun kurativ oder palliativ, und er kann von dieser Befugnis auch in jedem Stadium der Erkrankung Gebrauch machen“ (S. C. 85).

78 BGHZ 154, 205 (210 f., 217).

79 Für eine „subsidiäre Geltung des mutmaßlichen Willens“ des Patienten T. Verrel, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, München 2006, S. C 89-95.

80 Vgl. dazu H. Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, JURA 2004, 679 (682). Zur „Vorrangigkeit des ermittelbaren individuellen Willens“ siehe T. Verrel, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, München 2006, S. C 90 f.

81 R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, S. 2004, S. 315.

82 C. Roxin, in: ders./Schroth (Hg.), Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht (2000), S. 87 (101).

dem objektiven Interesse des Patienten widerspricht.⁸³ Solche und ähnliche Erwägungen machen die Sinnlosigkeit des Weiterlebens zur Entscheidungsgrundlage für einen Behandlungsabbruch.⁸⁴ Rechtmäßig kann eine solche Entscheidung angesichts des Umstands, dass Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG jedem Menschen Wert und Würde zuschreibt, nicht sein. Die Bewertung eines menschlichen Lebens als „lebensunwert“, „nicht mehr lebenswert“ ist schlechterdings inakzeptabel. Ein Arzt, der sich trotz hinreichender Wahrscheinlichkeit, dass der Patient die lebenserhaltende Behandlung wünscht, für den Behandlungsabbruch entscheidet, handelt rechtswidrig. „Der Gefahr, dass Arzt, Angehörige oder Betreuer unabhängig vom Willen des entscheidungsunfähigen Kranken, nach eigenen Maßstäben und Vorstellungen das von ihnen als sinnlos, lebensunwert oder unnützlich angesehene Dasein des Patienten beenden, muss von vornherein entgegengewirkt werden.“⁸⁵ In Erfüllung seiner Schutzpflicht für das Leben solcher Patienten sieht der Staat den Arzt als Garanten an, der mit dem Behandlungsvertrag die Gewähr für das Leben des Patienten übernommen hat⁸⁶, und bestraft ihn wegen Totschlags durch Unterlassen, §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB, wenn er die Behandlung gegen den Willen des Patienten abbricht.⁸⁷ Nicht das – objektiv bestimmte – Wohl des Patienten⁸⁸, sein Wille muss unter dem Grundgesetz die oberste Richtschnur allen ärztlichen Handelns sein: *Voluntas aegroti suprema lex*.

Die Antwort auf die Frage, was geschehen soll, wenn eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Willens contra Weiterbehandlung ermittelt wird, liegt damit auf der Hand: Die Behandlung muss abgebrochen werden. An die Voraussetzungen für die Annahme eines solchen mutmaßlichen Einverständnisses des entscheidungsunfähigen Patienten sind – so der Bundesgerichtshof in der Entscheidung zum sog. Kemptener Fall im Jahr 1993 – „im Interesse des Schutzes menschlichen Lebens in tatsächlicher Hinsicht allerdings strenge Anforderungen zu stellen. Entscheidend ist der mutmaßliche Wille des Patienten im Tatzeitpunkt, wie er sich nach sorgfältiger Abwägung aller Umstände darstellt. Hierbei sind frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen des Kranken ebenso zu berücksichtigen wie seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen.“⁸⁹

Lassen sich überhaupt keine Indizien für oder gegen einen Behandlungsabbruch finden, wäre jede weitere Suche nach einem „mutmaßlichen“ oder „hypothetischen“ Willen reine Spekulation.⁹⁰ Hier wird nun vorgeschlagen, es müsse eine am objektiven Wohl des Patienten orientierte Entscheidung getroffen werden, wobei die „allgemeinen Wertvorstellungen“ den Ausschlag geben sollten. „Dabei“, mahnt der Bundesgerichtshof, „ist jedoch Zurückhaltung geboten; im Zweifel hat der Schutz menschlichen Lebens Vorrang vor persönlichen Überle-

gungen des Arztes, des Angehörigen oder einer anderen beteiligten Person. Im Einzelfall wird die Entscheidung naturgemäß auch davon abhängen, wie aussichtslos die ärztliche Prognose und wie nahe der Patient dem Tode ist: je weniger die Wiederherstellung eines nach allgemeinen Vorstellungen menschenwürdigen Lebens zu erwarten ist und je kürzer der Tod bevorsteht, um so eher wird ein Behandlungsabbruch vertretbar erscheinen.“⁹¹ Dass der Arzt dann, wenn er sich an der Auffassung der Mehrheit der Bevölkerung, dem objektiven Wohl orientiert, nach den Grundsätzen des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB) gerechtfertigt, d. h. rechtmäßig handelt, wird damit begründet, dass der Arzt das nach Auffassung der Mehrheit der Bevölkerung höherrangige Interesse wahre. Dieses Interesse komme unter Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten den Wertvorstellungen der meisten Betroffenen am Nächsten.⁹²

Hier aber, wo es buchstäblich um Leben und Tod geht, sind „objektivierende“ Mutmaßungen dieser Art fehl am Platze. Welche Entscheidung in dieser Situation rechtmäßig und welche rechtswidrig ist, muss durch Auslegung der Verfassung ermittelt werden. Wolfram Höfling hat aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die Vermutung abgeleitet, „dass der Grundrechtsinhaber ein unbeeinträchtigt Fortdauern seines Lebens will“. Nur diese Sichtweise werde dem Charakter der Abwehrrechte, zu denen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zähle, gerecht.⁹³ Höfling übersieht dabei allerdings, dass der Abbruch einer ärztlichen Heilbehandlung, der zum Tod des Patienten führt, nur

83 So Meo-Micaela Hahne, die Vorsitzende Richterin des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs Nationaler Ethikrat, vor dem Forum Bioethik zum Thema „Zwischen Fürsorge und Selbstbestimmung – Über die Grenzen von Patientenautonomie und Patientenverfügung“ am 11. Juni 2003, Niederschrift, S. 6 (abrufbar unter <http://www.nationalerethikrat.de/> [25.07.2006]).

84 Zutreffend R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbot, 2004, S. 333.

85 BGHSt 40, 257 (260 f.).

86 Vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 512003, § 13 Rn. 7.

87 Vgl. dazu BGHSt 40, 257ff.

88 So aber M.-M. Hahne, aaO.

89 BGHSt 40, 257 (263). Nach T. Verrel, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, München 2006, S. C 24 f., 92 führen die vom BGH verlangten, „strengen Anforderungen an die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung in eine Behandlungsbegrenzung und der Grundsatz in dubio pro vita dazu, dass lebenserhaltende Maßnahmen in den allermeisten Fällen aufrechterhalten werden müssten“; er wendet sich deshalb selbst gegen einen „Behandlungsautomatismus bei unzureichenden subjektiven Willensindizien“ (S. C 91-95).

90 So auch R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbot, 2004, S. 333. Siehe auch T. Verrel, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, München 2006, S. C 92: „Sind keine tragfähigen subjektiven Indizien vorhanden, muss die unausweichliche Entscheidung über die Fortsetzung oder Begrenzung lebenserhaltender Maßnahmen auf der Basis anderer Beurteilungsmaßstäbe gewonnen werden. Auf dieser zweiten Stufe einer verobjektivierten Willensbestimmung gewinnen normative Entscheidungskriterien Bedeutung ...“.

91 BGHSt 40, 257 (263).

92 H. Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, JURA 2004, 679 (682).

93 W. Höfling, Forum: „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, 111 (117).

dann als rechtswidriger Eingriff in das Abwehrrecht auf Leben, der dann die staatliche Schutzpflicht auslöst, qualifiziert werden kann, wenn der Arzt verpflichtet ist, die Behandlung weiterzuführen. Rechtfertigungsbedürftig ist aus abwehrrechtlicher Sicht primär die Fortsetzung einer Behandlung ohne oder gegen den Willen des Patienten, nicht dessen Unterlassung.⁹⁴ Mit gleichem Recht ließe sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eine Vermutung dafür herleiten, dass der Grundrechtsträger im Zweifel die Unversehrtheit seines Körpers gewahrt bzw. wiederhergestellt haben möchte. Diese Vermutung wäre sogar plausibler zu begründen, da die ärztliche Heilbehandlung, wie gezeigt, dann ein die staatliche Schutzpflicht auslösender rechtswidriger Eingriff in das Abwehrrecht auf körperliche Unversehrtheit ist, wenn sie gegen oder ohne den Willen des Grundrechtsträgers erfolgt. Eine allein an Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG orientierte Argumentation wird damit zum Nullsummenspiel. Auch die Erwägung, im Zweifel sei die Behandlung fortzusetzen, weil ansonsten das Rechtsgut Leben irreparabel geschädigt wäre, führt nicht weiter. Denn auch das Rechtsgut körperliche Unversehrtheit wird irreparabel geschädigt, wenn die Behandlung fortgesetzt und der Tod hinausgeschoben wird.⁹⁵

Die Antwort auf die Frage, ob der Arzt im Zweifel verpflichtet ist, eine Behandlung fortzusetzen (und dabei möglicherweise das Recht auf körperliche Unversehrtheit zu beeinträchtigen) oder sie zu beenden (und damit möglicherweise das Recht auf Leben zu beeinträchtigen), ist daher in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG zu suchen.⁹⁶ Würde haben heißt, wie zu Beginn anhand der Entstehungsgeschichte gezeigt, Rechtssubjekt sein, ausgestattet mit einer Mindestbestand an Rechten. Diese Qualität schreibt das Grundgesetz voraussetzungs- und bedingungslos jedem Menschen zu. Mit dieser Grundentscheidung ist es nicht zu vereinbaren, einem der Träger dieser Auszeichnung in einer Situation, in der es von der Entscheidung anderer Menschen abhängt, ob er am Leben bleiben oder sterben wird, das heißt: als Rechtssubjekt weiterexistieren wird oder nicht, zu unterstellen, er wolle nicht weiter existieren. Eine solche Vermutung darf die Rechtsordnung, die der Achtung und dem Schutz der Würde verpflichtet ist (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG), nicht statuieren. Sie hat jedem Menschen den *favor vitae* zu unterstellen. In Zweifelsfällen, in denen sich weder ein mutmaßlicher Wille für noch gegen den Behandlungsabbruch feststellen lässt, muss die Behandlung daher fortgesetzt werden.⁹⁷

Für die Bestellung eines Vertreters im Willen, der dann anstelle des Patienten über den Fortgang der Therapie entscheidet, bleibt von Verfassungs wegen nur wenig Raum. Existiert eine Patientenverfügung oder lässt sich der mutmaßliche Wille des Patienten anhand von Indizien ermitteln, ist die Bestellung eines Betreuers nach § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB nicht erforderlich, ist aus anderen Gründen bereits ein Betreuer bestellt, ist der erklärte

oder mutmaßliche Wille des Patienten verbindliche Vorgabe für seine Entscheidung (vgl. § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB). Er darf nicht seine Einschätzung darüber, was dem Wohl des Betreuten am Besten dient, an die Stelle des Willens des Betreuten setzen⁹⁸; insofern ist die Entscheidung über lebensverlängernde medizinische Maßnahmen eine höchstpersönliche Angelegenheit, in der es keine Vertretung im Willen, sondern allenfalls in der Erklärung desselben geben kann⁹⁹. In einer non-liquet-Situation bleibt kein Raum für eine freie Entscheidung des Betreuers. Hier muss sich die durch die Würde des Betreuten gebotene Vermutung für den Lebenswillen durchsetzen.

Im März 2003 hat der Bundesgerichtshof „aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts und dem unabwiesbaren Bedürfnis, mit den Instrumenten dieses Rechts auch auf Fragen im Grenzbereich menschlichen Lebens und Sterbens für alle Beteiligten rechtlich verantwortbare Antworten zu finden“ geschlossen, dass die Vormundschaftsgerichte die Entscheidung eines Betreuers, einer lebensverlängernden Behandlung nicht zuzustimmen bzw. eine solche abzubrechen, überprüfen können.¹⁰⁰ Methodisch ist der Beschluss problematisch, da er einer nicht vorhandenen, aber erforderlichen gesetzlichen Regelung vorgreift.¹⁰¹ In der Sache aber ist die Entscheidung der umstrittenen Zuständigkeitsfrage zu begrüßen, da das Vormundschaftsgericht die Entscheidung des Betreuers auf ihre Übereinstimmung mit dem Willen des Betroffenen überprüfen und so dessen Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit vor eigenmächtigen Entscheidungen des Betreuers schützen kann.¹⁰² Verwirrung gestiftet und „mehr Fragen als Antworten“¹⁰³ hinterlassen hat der Bundesgerichtshof indes durch die Entscheidung in der Sache

94 Richtig T. Verrel, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, München 2006, S. C 24, 37 mwN in Fn. 140.

95 Das unterscheidet diesen Fall von dem des verhinderten Selbstmörders, der jederzeit wieder zur Tat schreiten kann, vgl. dazu C. Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 90.

96 Es handelt sich um keine echte Grundrechtskollision, da es sich um ein und denselben Grundrechtsträger handelt, wohl aber um eine vergleichbare und nur durch Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG lösbare Problemlage.

97 Gerade in der non-liquet-Situation darf nicht „das Menschenwürdekriterium aus einer rationalen Sterbehilfediskussion gestrichen werden“; so aber u.a. MünchKomm/Schneider, StGB, Bd. 3, 2003, Vor Art. 211 ff., Rn. 102.

98 S. dazu die Nachweise bei U. Diederichsen, in: Palandt, BGB, 622003, Einf v § 1896 Rn. 10; in der Sache ebenso T. Verrel, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, München 2006, S. C 36, 90.

99 Insofern a.A. T. Verrel, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, München 2006, S. C 44.

100 BGHZ 154, 205, 221 ff.

101 Insofern mit Recht kritisch auch T. Verrel, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, München 2006, S. C 46 f. mwN in Fn. 192, 194.

102 Siehe dazu BGHZ 154, 205 (218); zum Streitstand vor der Entscheidung R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 319.

103 So der Titel einer Anmerkung zu diesem Beschluss von T. Verrel, NStZ 2003, 449 ff.

selbst und zahlreiche obiter dicta. So heißt es beispielsweise im zweiten Leitsatz, dass für eine Einwilligung des Betreuers und eine Zustimmung des Vormundschaftsgerichts kein Raum sei, „wenn ärztlicherseits eine solche Behandlung oder Weiterbehandlung nicht angeboten wird – sei es dass sie von vornherein medizinisch nicht indiziert, nicht mehr sinnvoll oder aus sonstigen Gründen nicht möglich ist.“¹⁰⁴ Über Sinn und Unsinn einer Weiterbehandlung zu entscheiden, ist jedoch aus verfassungsrechtlicher Sicht gerade nicht Sache des Arztes. Im ersten Leitsatz heißt es, dass lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen unterbleiben müssten, wenn dies dem Willen des einwilligungsunfähigen Patienten entspreche und sein Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen habe. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten indes umfasst sämtliche medizinischen Maßnahmen. Verweigern darf der Patient auch solche ärztlichen Eingriffe, die zu seiner vollständigen Genesung führen würden.¹⁰⁵ Zu begrüßen ist hingegen, dass der Bundesgerichtshof die Verbindlichkeit antizipativer Willensbekundungen noch einmal hervorgehoben hat. Eine Patientenverfügung sei „als Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts“ bindend für den Betreuer, es sei denn, der Betroffene habe sich von seiner früheren Verfügung mit erkennbarem Widerrufswillen distanziert oder die Sachlage habe sich nachträglich erheblich geändert.¹⁰⁶

VII. Fazit

Mit der Würde, die jedem Menschen voraussetzungs- und bedingungslos zukommt, wäre eine Freigabe der Tötung auf Verlangen nicht vereinbar. Ärztliche Maßnahmen, die das Leben eines Patienten verlängern, sind als Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit nur dann

rechtmäßig, wenn sie dem erklärten, durch eine Patientenverfügung dokumentierten oder mutmaßlichen Willen des Patienten entsprechen. Andernfalls haben sie zu unterbleiben. Weder in der einen noch in der anderen Konstellation bleibt Raum für externe Sinnzu- oder Sinnabschreibungen. Liegt keine Patientenverfügung vor und ist anhand von Indizien weder ein Wille des Patienten für die Fortsetzung noch für den Abbruch einer lebenserhaltenden oder –verlängernden Maßnahme ermittelbar, gebietet die gem. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG unantastbare Würde dieses Menschen die Fortsetzung der Behandlung. Für „freie“ Entscheidungen Dritter, seien es staatlich beauftragte Betreuer oder Bevollmächtigte, ist kein Raum.

Die Würde des Menschen am Ende seines Lebens bedeutet für Juristen in erster Linie eine Anerkennung des Willens des Patienten. Doch Autonomie ist nur ein Teilgehalt der Menschenwürde. Wo der Patient den Tod von fremder Hand verlangt, den direkten Tausch Leben gegen Tod begehrt und damit zum Ausdruck bringt, er halte sein Leben für nicht mehr lebenswert, muss ihm die Rechtsordnung ungeachtet der Gründe, die der Patient dafür haben mag, die Anerkennung versagen. Gegen die Selbsteinschätzung des Lebensmüden und um seiner Würde willen muss sie daran festhalten, dass das Leben ein Gut ist, und sei es noch so erbärmlich.¹⁰⁷

¹⁰⁴ BGHZ 154, 205 (205 f. - LS 2, 225).

¹⁰⁵ Zur Kritik ausf. T. Verell, Mehr Fragen als Antworten – Besprechung der Entscheidung des XII. Zivilsenats des BGH vom 17.3.2003 über die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen bei einwilligungsunfähigen Patienten, NSZ 2003, 449 (450).

¹⁰⁶ BGHZ 154, 205 (217).

¹⁰⁷ Vgl. F. Walter, Die Euthanasie und die Heiligkeit des Lebens, 1935, S. 574; zitiert bei R. Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbe- reiche des Tötungsverbots, 2004, S. 340.

beitrag

*Professor Dr. Gunnar Duttge, Göttingen**

Das österreichische Patientenverfügungsgesetz: Schreckensbild oder Vorbild?

I. Anlass

Die strafrechtliche Abteilung des diesjährigen Deutschen Juristentages hat sich vorgenommen, das komplexe Verhältnis von „Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung“¹ auf dem Weg zu einer alsbald erhofften gesetzlichen Gesamtregelung umfassend zu klären. Einen deutlichen Schwerpunkt bildet dabei die

„einverständliche Behandlungsbegrenzung“ (sog. „passive Sterbehilfe“)² unter besonderer Berücksichtigung antizipierter Willensbekundungen („Patientenverfügungen“) für den Fall der späteren Einwilligungsunfähigkeit. Vom Bundesgerichtshof in Zivilsachen dem Grunde nach – vorbehaltlich ihrer Anwendbarkeit auf die konkrete Behandlungssituation – auch im Sinne einer strikt bindenden (und nicht nur indiziellen) Wir-

* Für wertvolle Anregungen danke ich herzlich Frau Flavia Fantaziu, ehem. Mitarbeiterin am Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften der LMU München.

¹ So der Titel des von Verrel verfassten Gutachtens C für den 66. DJT.

² Vgl. Verrel (o. Fn. 1), C 77-99; krit. zur Terminologie: Beckmann, DRiZ 2005, 252 ff.

kung bereits anerkannt, freilich mit einer problematischen Reichweitenbegrenzung versehen („wenn das Grundleiden des Betroffenen noch keinen irreversibel tödlichen Verlauf angenommen hat“³), empfiehlt das Gutachten im Anschluss an den im vergangenen Herbst veröffentlichten Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung 2005⁴ einen nach eigenem Selbstverständnis „liberalen“ und primär um die nötige „Praktikabilität“ besorgten Rechtsrahmen, der insbesondere eine vorausgehende ärztliche Aufklärung nur als „überflüssigen Filter“⁵ und die regelmäßige Einschaltung des Vormundschaftsgerichts als „unnötige Bürokratisierung und Hinauszögerung von Therapiereduktionen“⁶ ansieht. Das zum 1. Juni in Kraft getretene österreichische Patientenverfügungsgesetz (PVG)⁷ zeigt sich in diesem Lichte als markantes Gegenmodell zur in Deutschland vorherrschenden Reformtendenz; es verdient daher gerade von deutscher Warte aus größte Beachtung und nähere Prüfung.

II. Grundgedanken

Ausgangspunkt des österreichischen Reformgesetzgebers war die dem Grundsatz nach kaum mehr bestrittene Feststellung, dass die ärztliche Behandlungspflicht durch die Patientenautonomie begrenzt werde, jedoch bei antizipierten⁸ Behandlungsverweigerungen die Rechtslage unklar gewesen sei:⁹ So bedurfte es insbesondere der Klärung, welchen formellen und inhaltlichen Standards die Patientenverfügung genügen müsse. Auch habe das (bisher) geltende Recht nichts darüber ausgesagt, „wie lange eine Patientenverfügung wirkt und was gelten soll, wenn sich der Stand der medizinischen Wissenschaft geändert hat“. Ungewiss sei darüber hinaus gewesen, ob es sich hierbei „um eine für den Arzt und andere Beteiligte (Angehörige, Pflegepersonen, Richter, Krankenanstaltenträger) absolut verbindliche Entscheidung handelt oder ob trotz einer Verfügung für die Behandlung ein gewisser Spielraum verbleibt“. Daneben könne die Patientenverfügung auch schwierige ethische Fragen aufwerfen, „die je nach religiösem oder weltanschaulichem Standpunkt durchaus verschieden beantwortet werden“. Nicht zuletzt werde hierdurch „ein Missbrauchspotential vor allem dann [eröffnet], wenn sich das (vermeintliche) Interesse des Patienten mit Interessen anderer Personen überschneidet“.

Damit sich die Patienten „darauf verlassen können, dass ihre Anordnungen im Fall des Falles auch befolgt werden“, hat schon im Jahre 2001 der seinerzeit zuständige Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die einen Leitfaden für alle am Behandlungsgeschehen Beteiligten erarbeiten sollte. Den ersten Entwurf zu einem Patientenverfügungsgesetz legte im Oktober 2004 das Bundesministerium für Gesundheit und Frauen vor,¹⁰ der nach Durch-

laufen des Begutachtungsverfahrens¹¹ noch einmal umgestaltet wurde. Seine zum 1. Juni nunmehr in Kraft getretene Fassung ist getragen von der – nirgends ernstlich bestrittenen – Prämisse, dass jene der Patientenverfügung zwangsläufig immanente „Versteinerung des Erklärten“¹² selbige im Vergleich zur Erklärung des (aufklärungsbedingt) „autonomen“ Willens in der konkreten Behandlungssituation zu einem „strukturell defizitären“¹³ Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts macht:

„Verfügt jemand, dass im Fall einer in der Zukunft liegenden Krankheitssituation eine bestimmte medizinische Behandlung unterbleiben soll, so ... gibt er damit vorweg seinen Willen für künftige (mögliche oder wahrscheinliche) Situationen bekannt, die sich häufig nicht konkret abschätzen lassen und für die auch die Aufklärung im Vorhinein zumeist reichlich abstrakt bleiben muss. Mit Recht wird von manchen darauf hingewiesen, dass in solchen Fällen vor allem auch die dynamische Entwicklung der menschlichen Persönlichkeit unter dem Einfluss eines progredienten oder terminalen Krankheitsverlaufs und von Grenzerfahrungen nicht – auch nicht vom Betroffenen selbst – prognostizierbar sind. Dies setzt der Verbindlichkeit eines pro futuro geäußerten Patientenwillens Grenzen.“¹⁴

III. Regelungsgehalt

Aus dieser Grunderkenntnis hat das österreichische Patientenverfügungsgesetz die Schlussfolgerung gezogen, dass die zur Stärkung der „Patientenautonomie“ und zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit erstrebte strikte „Verbindlichkeit“ solcher „Willenserklärungen, mit der ein Patient¹⁵ eine medizinische Behandlung ablehnt“ (§

3 Dazu BGHZ 154, 205, 215.

4 Schöch/Verrel, GA 2005, 553 ff.; dazu die krit. Bspr. Duttge, GA 2006, Heft 8.

5 Verrel (o. Fn. 1), C 84.

6 Verrel (o. Fn. 1), C 96.

7 Vgl. Art. 18 des Bundesgesetzes über Patientenverfügungen (PVG v. 8.5.2006), BGBl. I Nr. 55/2006 (abrufbar unter: www.ris-bka.gv.at/).

8 Gemeint: ins weitere Vorfeld der Entscheidungssituation verlagerten, selbiger nicht unmittelbar vorausgehenden Willensbindungen.

9 Zum Folgenden: Begründung zur Regierungsvorlage v. 6.02.2006, S. 2, abrufbar unter: http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/I/1_01299/Fn.ame_056643.pdf

10 Abrufbar unter: http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00223/imFn.ame_028591.pdf.

11 Stellungnahmen abrufbar unter: http://www.parlinkom.gv.at/portal/page?_pageid=908,714797&_dad=portal&_schema=PORTAL.

12 Duttge, Intensiv- und Notfallbehandlung 2005, 171, 174; zuvor bereits Laufs, NJW 1998, 3399, 3400.

13 Ebd.

14 Begründung zur Regierungsvorlage (o. Fn. 9), S. 3.

15 Begriffsbestimmung gem. § 2 Abs. 2 PVG: „Patient im Sinn dieses Bundesgesetzes ist eine Person, die eine Patientenverfügung errichtet, gleichgültig, ob sie im Zeitpunkt der Errichtung erkrankt ist oder nicht“.

2 Abs. 1 PVG)¹⁶, die Einhaltung „hoher“ inhaltlicher und formeller Standards voraussetzt; deren Sinn resultiere aus dem Bedürfnis, „typischerweise [zu] gewährleisten, dass der Patient eine wohlüberlegte, ernsthafte Entscheidung trifft“ und „die vorweggenommene Situation der tatsächlich vorliegenden entspricht“. Hierzu verlangt § 4 die konkrete Beschreibung aller „medizinischen Behandlungen, die Gegenstand der Ablehnung sind“, sofern sich der Bereich des patientenseitig Untersagten nicht schon „eindeutig aus dem Gesamtzusammenhang der Verfügung“ ergibt, sowie hinreichende Anhaltspunkte dafür, „dass der Patient die Folgen der Patientenverfügung zutreffend ein[ge]schätzt“ hat. Denn es müsse unbedingt „verhindert werden, dass die Behandlung bestimmter Krankheiten unreflektiert abgelehnt werden kann ..., dass frühzeitige und uninformierte Entscheidungen schlagend werden“¹⁷.

Folgerichtig sieht § 5 daher „eine umfassende ärztliche Aufklärung einschließlich einer Information über Wesen und Tragweite der Patientenverfügung“ als essentielle Voraussetzung dafür, dass der Patient sein Selbstbestimmungsrecht überhaupt sinnvoll in Anspruch nehmen kann. So bestehe die keineswegs nur geringe Gefahr, dass „Informationsdefizite über die moderne Medizin, über ihre Mittel und Möglichkeiten und deren Einsatz ... zu falschen Vorstellungen und missverständlichen Formulierungen führen“; außerdem „wird es dem nicht medizinisch geschulten Laien oft schwerfallen, seine Vorstellungen entsprechend zu artikulieren“. Daher sei die ärztliche Aufklärung unerlässlich und – anders als bei der Behandlung eines Einwilligungsfähigen – wegen der strukturell bedingten geringeren Wertigkeit einer antizipierten Willensbekundung¹⁸ bei Niederlegung der Patientenverfügung unverzichtbar.¹⁹ Gesetzlich vorgegeben ist außerdem, dass der aufklärende Arzt in der Verfügung selbst oder in einer gesonderten Urkunde²⁰ „unter Angabe seines Namens und seiner Anschrift durch eigenhändige Unterschrift zu dokumentieren und dabei auch darzulegen [hat], dass und aus welchen Gründen der Patient die Folgen der Patientenverfügung zutreffend einschätzt, etwa weil sie sich auf eine Behandlung bezieht, die mit einer früheren oder aktuellen Krankheit des Patienten oder eines nahen Angehörigen zusammenhängt“ (§ 5 Satz 2 PVG).

Welche Folgen sich aus dem Vorliegen einer Patientenverfügung ergeben (können), ist jedoch nicht nur eine medizinische, sondern zu einem Teil auch rechtliche Frage, deren Beherrschung – darauf hat mit Sorge die Österreichische Ärztekammer hingewiesen – „dem behandelnden Arzt nicht unterstellt werden“ könne.²¹ Wegen des zu vermutenden Bestehens gegenläufiger Erwartungen bedarf es insbesondere einer Aufklärung darüber, dass der behandelnde Arzt bei Anwendbarkeit des Verfügten – sollte sich diese ohne Hinzuziehung der Angehörigen klären lassen – eben diesen nahestehenden Personenkreis nicht mehr befassen und ebenso we-

nig „das Verfahren zur Bestellung eines Sachwalters“ (nach deutscher Rechtslage: eines Betreuers) einleiten kann.²² § 10 Abs. 1 Nr. 2 PVG begrenzt zudem den möglichen Inhalt einer Patientenverfügung auf das strafrechtlich Zulässige, also unter Ausschluss der aktiv-direkten Sterbehilfe (vgl. § 77 öStGB) sowie der in Österreich ebenfalls strafbaren Teilnahme am Suizid (§ 78 öStGB). Um dies sicherzustellen, sieht § 6 PVG die – schriftliche und datierte – Abfassung der Patientenverfügung „vor einem Rechtsanwalt, einem Notar oder einem rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenvertretungen“²³ vor, wobei es aber genüge, wenn der Patient eine nach vorausgegangenem Gespräch für ihn aufgesetzte Erklärung lediglich unterschreibt.²⁴ Diese in rechtlicher Hinsicht geforderte – und aus Nachweisgründen ebenfalls dokumentationspflichtige (vgl. Art. 6 Abs. 2 PVG)²⁵ – Belehrung muss auch „die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs“ umfassen (Art. 6 Abs. 1 PVG), mit dessen Erklärung die Patientenverfügung ihre Wirksamkeit verliert. Art. 10 Abs. 2 PVG lässt hierfür bereits genügen, dass der Patient „zu erkennen gibt, dass sie nicht mehr wirksam sein soll“. Damit ist dem Grunde nach klargestellt, dass insoweit kein Formerfordernis (und natürlich auch keine Rechtfertigungspflicht)²⁶ bestehen soll; die Entwurfsbegründung sieht hierin sogar die sonst erforderliche Einsichts- und Ur-

16 In diesem Sinne die Legaldefinition des Begriffes „Patientenverfügung“. Im „Allgemeinen Teil“ der Entwurfsbegründung wird dagegen auch die Frage aufgeworfen, „welche Folgen es hat, wenn sich der Patient vorab eine bestimmte Behandlung wünscht“ (ebd., S. 2); anders § 1 Abs. 1 PVG-E 2004 (o. Fn. 10): „Patienten-/Patientinnenverfügung ... ist eine Willenserklärung, deren Gegenstand die Einwilligung in eine bestimmte medizinische Maßnahme oder deren Ablehnung ist...“.

17 Begründung zur Regierungsvorlage (o. Fn. 9), S. 6.

18 Siehe o. bei Fn. 13.

19 Begründung zur Regierungsvorlage (o. Fn. 9), S. 6; siehe auch Koch, in: Illhardt (Hrsg.), Über das Recht, sterben zu dürfen, 2005, S. 14, 24 f., der die „Schlüsselstellung“ der Ärzteschaft „als Ratgeber bei der Abfassung von Patientenverfügungen“ betont; weiterhin jüngst Schumann, *Dignitas – Voluntas – Vita*, 2006, S. 64 ff.

20 Begründung zur Regierungsvorlage (o. Fn. 9), S. 7.

21 Vgl. Stellungnahme zum Entwurf 2004 (o. Fn. 10), S. 4 (abrufbar unter: http://www.parlin-kom.gv.at/portal/page?_pageid=908,730904&_dad=portal&_schema=PORTAL).

22 Vgl. Begründung zur Regierungsvorlage (o. Fn. 9), S. 7; Bernat sieht hingegen keinen Sinn in einer rechtlichen Aufklärung, in: EF-Z (Ehe- und Familienrecht) 2006 [im Erscheinen].

23 Siehe § 11e Krankenhaus- und Kuranstaltengesetz: „Die Landesgesetzgebung hat vorzusehen, dass zur Prüfung allfälliger Beschwerden und auf Wunsch zur Wahrnehmung der Patienteninteressen unabhängige Patientenvertretungen (Patientensprecher, Ombudseinrichtungen oder ähnliche Vertretungen) zur Verfügung stehen“.

24 Vgl. Begründung zur Regierungsvorlage (o. Fn. 9), S. 7.

25 Art. 6 Abs. 2 PVG: „Der Rechtsanwalt, Notar oder rechtskundige Mitarbeiter der Patientenvertretungen hat die Vornahme dieser Belehrung in der Patientenverfügung unter Angabe seines Namens und seiner Anschrift durch eigenhändige Unterschrift zu dokumentieren“.

26 Vgl. Begründung zur Regierungsvorlage (o. Fn. 9), S. 8; Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz, *Sterbehilfe und Sterbegleitung*, 2004, S. 40.

teilsfähigkeit als suspendiert an, so dass bereits jedwedes schlüssige Handeln eines Einsichtsunfähigen genügt, sofern dieses „eindeutig als Widerruf anzusehen ist“ wie z.B. „die Vernichtung des Verfügtgen durch deren Zerreißen“²⁷. Eine solchermaßen „hinreichende Eindeutigkeit“²⁸ wird man freilich auch zwingend verlangen müssen und sich nicht mit beliebigen Spontanäußerungen eines „natürlich-kreatürlichen Willens“²⁹ begnügen dürfen, soll nicht der Sinn einer Patientenverfügung unterlaufen und weitreichenden Möglichkeiten der Fremdbestimmung durch Arzt oder Angehörige der Weg bereitet werden.³⁰ Belehrung wie Schriftformerfordernis verfolgen demzufolge nichts anderes als wichtige Anliegen der Rechtssicherheit, weil bei Patientenverfügungen im Behandlungszeitpunkt nicht mehr „die Möglichkeit des Nachfragens [oder] der Präzisierung“ besteht, Arzt und Pflegepersonal daher notgedrungen „auf die Auslegung einer mehr oder weniger bestimmten Erklärung angewiesen“ sind.³¹

Es liegt in der Logik der Ausgangsprämisse³², dass selbst ein mittels medizinischer und rechtlicher Aufklärung zur nötigen Substanz verholfener Ausdruck individueller „Selbstbestimmung“ mit fortschreitendem Zeitlauf zunehmend Zweifel weckt, ob das Verfügte noch immer als hinreichender Beleg des aktuell Gewollten verstanden und akzeptiert werden kann. Denn es entwickelt sich die medizinische Wissenschaft ständig weiter und kann sich auch „die Haltung des Patienten gegenüber einer von ihm zunächst abgelehnten medizinischen Maßnahme im Lauf der Zeit ... ändern“³³. Ist der Patientenverfügung aber eine begrenzte „Haltbarkeit“ geradezu wesenseigen,³⁴ dann lässt sich die Notwendigkeit einer regelmäßigen Aktualisierung nicht mehr von der Hand weisen. In diesem Sinne sieht § 7 Abs. 1 PVG nach Ablauf von fünf Jahren, sofern der Patient nicht eine kürzere Frist bestimmt hat, den Wegfall der Verbindlichkeit vor, der freilich abgewendet werden kann, wenn das einst Erklärte „unter Einhaltung der Formerfordernisse des § 6 nach entsprechender ärztlicher Aufklärung erneuert“ (§ 7 Abs. 1 S. 2 PVG) oder mit einer inhaltlichen Änderung versehen wird (vgl. § 7 Abs. 2 PVG)³⁵, was jeweils den erneuten Lauf der Fünfjahresfrist in Gang setzt. Soll am bisher Verfügtgen nichts geändert werden, müsste es allerdings als übertriebene Förmerei erscheinen, gleichwohl die Neuerrichtung einer – inhaltsgleichen – Patientenverfügung zu verlangen; der Begriff des „Erneuerns“ lässt es jedoch zu, dass der Patient – nach ärztlicher Aufklärung – „auf die von ihm bereits verfasste Verfügung Bezug nimmt“³⁶. Eine Lösung ist schließlich auch für den Fall zwischenzeitlichen Verlusts der Einsichts-, Urteils- oder Äußerungsfähigkeit vorgesehen: Nach § 7 Abs. 3 PVG verliert das Verfügte, das doch „definitionsgemäß“ gerade auf solche Situationen abzielt,³⁷ dadurch nicht seine Verbindlichkeit. Juristisch kann auch von einer Hemmung des Fristlaufs gesprochen werden.³⁸

IV. Kritische Einwände

Fasst man diese Einzelaspekte unter einem gemeinsamen Nenner zusammen, so ist der österreichische Weg unverkennbar von der Überzeugung getragen, dass die „Mündigkeit“ des Menschen zwar zentrales Postulat einer jeden freiheitlichen Rechtsordnung, jedoch lebensweltlich keine Selbstverständlichkeit ist. Längst bildet kein Geheimnis mehr, dass die Aufgabe des Rechts sich mitnichten in einer – rechtsstaatlichen – Sicherung des Freiheitsgebrauchs erschöpft, sondern ebenso das Bereitstellen adäquater Instrumente einer – sozialstaatlich motivierten – „Freiheitsvorsorge“ erfordert, damit das hehre Ziel der „Selbstbestimmung“ nicht Illusion bleibt.³⁹ Wer sich also nicht mit „Autonomie-Placebos“ zufriedengeben und ebenso wenig in Kauf nehmen will, dass die Frage einer Weiterbehandlung oder Therapiebegrenzung am Ende aus (leeren) „juristischen Flaschen“ gezogen wird,⁴⁰ dem muss es höchstes Anliegen sein zu klären, welche Voraus- und Einsicht in die jeweiligen Gegebenheiten unter realistischen Bedingungen vernünftigerweise überhaupt erwartet werden kann.⁴¹ Für Konstellationen, in denen die dazu nötige Befähigung der Menschen typischerweise eher fernliegt, kennt das Recht, soweit bedeutende Interessen und Güter auf dem Spiel ste-

27 Begründung zur Regierungsvorlage (o. Fn. 9), S. 9; noch weiter ging der Entwurf 2004 (o. Fn. 10), § 8 Abs. 2 S. 2 PVG-E: „Im Zweifel ist dabei von einem Widerruf auszugehen“; mit Recht krit. die Stellungnahme des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz (abrufbar unter: http://www.parlinkom.gv.at/portal/page?_pageid=908,725020&_dad=portal&_schema=PORTAL), S. 2: „Verhöhnung des Patientenwillens“.

28 Deutsche Hospiz Stiftung, Gesetz zur Sicherung der Autonomie und Integrität von Patienten am Lebensende, 2005, S. 12 (www.hospize.de/ftp/gesetzentwurf.pdf).

29 Bernat, in: EF-Z (Ehe- und Familienrecht) 2006 [im Erscheinen]; vgl. auch ders., WMW 2003, 376, 378 mit der These eines Wechsels der „personalen Identität“.

30 Enquetekommission des Deutschen Bundestages, Zwischenbericht (Bt-Dr. 15/3700), S. 43; siehe auch Taupitz/Weber-Hassemer, in: FS f. Adolf Laufs, 2006, S. 1107, 1117 f., die zu Recht betonen, dass vorrangig das in der Patientenverfügung Erklärte ermittelt werden muss.

31 Vgl. Begründung zur Regierungsvorlage (o. Fn. 9), S. 7.

32 Siehe o. bei Fn. 13.

33 Begründung zur Regierungsvorlage (o. Fn. 9), S. 8.

34 Siehe Duttge, Intensiv- und Notfallbehandlung 2005, 171, 176; zust. Schumann (o. Fn. 19), S. 68.

35 Wichtiger Hinweis der Entwurfsbegründung: „Die Änderungen ... dürfen aber nicht die Klarheit und Übersichtlichkeit der ursprünglichen Erklärung beeinträchtigen oder gar zu Widersprüchen führen“ (S. 8).

36 Begründung zur Regierungsvorlage (o. Fn. 9), S. 8.

37 Ebd.

38 Für eine solche Regelung bereits Duttge/Fantaziu/Kling/Schwabenbauer, Preis der Freiheit, 2. Aufl. 2006, S. 47.

39 Dazu näher Damm, MedR 2002, 375 ff.; ders., in: FS f. Eike Schmidt, 2005, S. 73 ff.

40 Treffend Schreiber, in: Medizinische Klinik 2005, 429, 432; siehe auch ders., NSStZ 2006, Heft 9 mit überzeugendem Plädoyer für eine wesentlich umfassendere gesetzliche Regelung, die insbesondere eine „klare Umschreibung des palliativen Paradigmas“ enthält.

41 Siehe Duttge, Zeitschrift für Palliativmedizin 2006, 48 ff. (Heft 2).

hen, durchaus bereits bewährte Sicherungen gegen vorilige Entscheidungen bzw. zur Vorbeugung von Rechtsunsicherheiten: Belehrungspflichten und Formerfordernisse sind hierfür geradezu die klassischen Mittel der Wahl; man denke im medizinrechtlichen Kontext nur etwa an die ärztliche Aufklärungspflicht oder an das Schriftformerfordernis bei der Organtransplantation (§ 4 Abs. 1 bzw. § 8 Abs. 2 TPG). Wer im Falle der Vorausverfügung die mit Händen zu greifende Gefahr des Verfehlens der lebensweltlichen Gegebenheiten bzw. des Heraufbeschwörens fortwährender „Ermittlungsnotstände“ hinsichtlich des patientenseitig tatsächlich Gewollten – die Auseinandersetzungen um Terry Schiavo⁴² sollten der Warnung genug sein – nicht übergehen, sondern ernst nehmen und wenigstens so weit wie möglich abmildern will, kommt auf dem Boden einer auf die Lebenswirklichkeit bezogenen Risikoanalyse zwangsläufig zu einem dem österreichischen Patientenverfügungsgesetz frappierend ähnlichen Regelungskonzept.⁴³ Schon im Ansatz nicht überzeugend ist dagegen, wenn Form und Inhalt als einander sich ausschließende Gegensätze konstruiert werden.⁴⁴

Erstaunlicherweise hält sich jedoch in Österreich die Kritik am neuen Patientenverfügungsgesetz spürbar in Grenzen. Zwar sieht der Innsbrucker Zivilrechtler Barta in einer obligatorischen Aufklärung nur den ärztlichen Paternalismus zu neuem Leben erweckt;⁴⁵ im vorbereitenden Hearing des österreichischen Justizausschusses war gelegentlich – wegen der formellen und verfahrensrechtlichen Hürden – von einem „Minderheitenprogramm“⁴⁶ die Rede. Überwiegend wird das neue Gesetz jedoch gerade wegen seiner wohlüberlegten Anerkennung und Absicherung der Patientenverfügung als „sehr weise Entscheidung“⁴⁷ gelobt und das des öfteren ins Feld geführte Kostenargument⁴⁸ schon aus tatsächlichen Gründen zurückgewiesen.⁴⁹ Dies zeigt, was von den in Deutschland demgegenüber immerfort betonten Sorgen vor einer „Überbürokratisierung“ zu halten ist: Sie offenbaren eine unreflektierte Auffassung über die lebensweltliche Substanz individueller „Selbstbestimmung“ und geben vor, den existentiellen Wertkonflikt im Zusammenspiel zwischen Patientenautonomie, ärztlicher Fürsorge und Fundamentalinteresse der Gesellschaft an einer Erhaltung humaner Lebens- und Versorgungsbedingungen auf der Grundlage eines höchst optimistischen Menschenbildes und naiven Vertrauens in die Kompetenz und Vernunft aller Beteiligten befriedigend „lösen“ zu können. Dass nicht etwa Vertrauen, sondern vielmehr Misstrauen Anlass und gleichsam „Kodifikationsprinzip des Rechts“⁵⁰ ist, das immer dort benötigt wird, wo „personales Vertrauen“ zur Erfassung und handlungsbefähigenden Verarbeitung der sozialen Hyperkomplexität nicht ausreicht, lässt sich spätestens seit Luhmanns erhellenden Untersuchungen⁵¹ nicht mehr ernstlich in Frage stellen. Aber auch die Reduktion von Komplexität durch „kontrafaktisch stabilisierte“

und „kongruent generalisierte Verhaltenserwartungen“⁵², also durch Vertrauen in das Rechtssystem („Systemvertrauen“)⁵³, setzt als „riskante Vorleistung“⁵⁴ stets ein „Mindestmaß an realen Grundlagen“⁵⁵, gewissermaßen also ein unbezweifelbares Vertrauensfundament voraus, um nicht – mit delegitimierender Wirkung für das Recht (!) – zum „pathologischen Vertrauen“⁵⁶ zu werden. Ein auf Sicherungen weitreichend verzichtendes und im Übermaß auf den guten Lauf der Dinge nur hoffendes Recht beschädigt sich am Ende selbst.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass das österreichische Patientenverfügungsgesetz nicht in anderer Hinsicht sehr wohl auch Kritik verdient: Zu Recht ist bereits verschiedentlich das Fehlen jedweder Vorsorge zugunsten einer (elektronischen) Registrierung der Patientenverfügungen moniert worden, ohne die das rechtzeitige Auffinden und Einwirken solcher Erklärungen in die Behandlungsentscheidung aus Sicht des betroffenen Patienten keineswegs nur in Notfallsituationen⁵⁷ zur reinen Glückssache wird.⁵⁸ In Deutschland müsste eine sol-

42 Unter Einbeziehung der US-amerikanischen Diskussion instruktiv Heun, JZ 2006, 425 ff.

43 In diesem Sinne Duttge/Fantaziu/Kling/Schwabenbauer (o. Fn. 38), S. 35 ff. (ärztlich-medizinische Aufklärung), S. 37 ff. (rechtliche Beratung), S. 39 f. (Schriftform), S. 40 ff. (formlos wirksamer Widerruf), S. 45 ff. (Gültigkeitsdauer).

44 So aber Bernat, in: EF-Z 2006 [im Erscheinen], der auf der Basis einer inhaltleeren Hülle von „Selbstbestimmung“ eine Missachtung von Art. 8 I EMRK moniert.

45 Vgl. Barta, Medical Tribune 07/2006; wohl ebenso Bernat, ebd.

46 So für den Österreichischen Seniorenrat Zupancic, wiedergegeben in: http://www.parlin-kom.gv.at/portal/page?_pageid=908,1030669&_dad=portal&_schema=PORTAL; ähnlich Bachinger (Patienten- und Pflegschaftsanwalt), ebd.

47 Vgl. Mauthner (ebd.) für die Vereinigung österreichischer Richter; weiterhin zust. auch Benn-Ibler (österreichischer Rechtsanwaltskammertag), ebd.; weiterhin etwa Kampits, in: Die Presse v. 13.3.2006: „ziemlich ausgewogen“.

48 Hiermit argumentierend: Kopetzki (ebd.).

49 Die Österreichische Rechtsanwaltskammer hat für die Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung eine Pauschale von 120 Euro vorgeschlagen; Kosten für die ärztliche Aufklärung kämen freilich noch hinzu. Erwogen wird derzeit eine den sozialen Verhältnissen gem. Staffelung. Bundesministerin Gastingner, Parlamentskorrespondenz/04/21.04.2006/Nr.344, www.konvent.gv.at/portal/page?_pageid=908,1044015&_dad=portal&_schema=PORTAL.

50 Otto, ZStW 87 (1975), 539, 556.

51 Insbesondere: Luhmann, Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 3. Aufl. 1989.

52 Luhmann, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, S. 43, 99 f.

53 Luhmann, Vertrauen (o. Fn. 51), S. 23.

54 Ebd.

55 Luhmann, Vertrauen (o. Fn. 51), S. 62.

56 Luhmann, Vertrauen (o. Fn. 51), S. 34.

57 Entgegen § 12 PVG sollte hier dem behandelnden Arzt keine Pflicht zur „Suche nach einer Patientenverfügung“ auferlegt werden. – Die gesetzliche Regelung lautet dagegen: „...lässt medizinische Notfallversorgung unberührt, sofern der mit der Suche ... verbundene Zeitaufwand das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich gefährdet“; aus der Praxis wird bereits von Verunsicherungen im Bereich der im Rettungsdienst Tätigen berichtet.

58 Vgl. Barta (o. Fn. 45); Österreichische Ärztekammer (o. Fn. 21); Österreichisches Rotes Kreuz, abrufbar unter: http://www.parlinkom.gv.at/portal/page?_pageid=908,728804&_dad=portal&_schema=PORTAL, S. 4 f.

che Erfassungsstelle nicht mehr eigens geschaffen, sondern könnte ohne weiteres auf die mit dem Zentralen Vorsorgeregister bei der Bundesnotarkammer bereits bestehende Struktur (vgl. §§ 78a-c BNotO)⁵⁹ für eine kostengünstige Hinterlegung⁶⁰ und eine Abrufbarkeit der Erklärungen zurückgegriffen werden. Als weiteres – gravierendes – Manko muss das Fehlen jedweder (öffentlicher) Kontrolle der ärztlichen Behandlungsentscheidung angesehen werden, so dass die Beachtung des Patientenwillens in die alleinigen Hände des behandelnden Arztes gelegt ist. So viel Vertrauen zeigen nicht einmal die aktuellen Reformvorschläge in Deutschland, die – im Anschluss an den Bundesgerichtshof in Zivilsachen⁶¹ – wenigstens den Betreuer einbeziehen und das Einschalten des Vormundschaftsgerichts nur im Falle eines Konsenses zwischen Arzt und Betreuer für entbehrlich halten (soweit nicht die unmittelbare Sterbephase betroffen ist, sog. „modifiziertes Konfliktmodell“)⁶². Erfasst man jedoch den Umstand, dass so gut wie keine Patientenverfügung, ohne die Hürde ihrer Interpretation durchlaufen zu haben, zur Anwendung kommen dürfte, so wird verständlich, dass die Zuerkennung einer ärztlichen Interpretationshoheit leicht die Sinnhaftigkeit des gesamten Prozederes, ja nicht zuletzt die Patientenverfügung als solche ad absurdum führen könnte. Kurz und bündig erkennt der Grazer Strafrechtler Bernat deshalb in der routinemäßigen gerichtlichen Genehmigungsbefähigung ein ebenso geeignetes wie notwendiges Mittel zum „Schutz des Patienten wie ... der Ärzte und des Pflegepersonals“, das aber auch die Funktion hat, „den Angehörigen des Patienten sowie der Öffentlichkeit Klarheit zu verschaffen“⁶³. Zu betonen ist dabei: Die Schutz- und Entlastungswirkung erstreckt sich auch auf den behandelnden Arzt, der die Entscheidung doch in der Sache hauptsächlich zu tragen und zu verantworten hat; das (Fort-)Bestehen einer generellen gerichtlichen Präventivkontrolle „böte ihm die (weitreichende) Gewähr, dass er nicht fortwährend und ... ohne jedwede schützende Barriere unvermittelt mit strafrechtlicher Verfolgung rechnen muss“⁶⁴.

Ein abschließender Blick muss der zulässigen Reichweite einer patientenseitig verfügbaren Therapiebegrenzung gelten: Mit Recht hat sich das österreichische Patientenverfügungsgesetz einer „objektiven“ Begrenzung der Geltungskraft von Vorausverfügungen in zeitlich-situativer Hinsicht verweigert, womit es sich erfreulich von manchen deutschen Regelungsvorschlägen abhebt, die aus Gründen eines vom konkreten Patienten abstrahierten Lebensschutzes für bestimmte Lebensphasen (vor Eintritt in das Stadium eines „irreversibel tödlichen Verlaufs des Grundleidens“)⁶⁵ einer illegitimen Zwangsbehandlung das Wort reden. Abgesehen von den unvermeidlichen Unsicherheiten einer derartigen Grenzziehung⁶⁶ weisen die eklatanten verfassungsrechtlichen Risiken⁶⁷ außerdem auf einen Selbstwiderspruch:⁶⁸ Denn es kann die Patientenverfügung nicht zugleich sowohl

belastbarer Ausdruck individueller Selbstbestimmung (infolge ihrer prinzipiellen Anerkennung bei Wahrung bestimmter Anforderungen) wie auch das Gegenteil hiervon (aufgrund ihrer „objektiven“ Begrenzung) sein. Trifft ersteres dagegen zu, so ist nicht zu erkennen, wie sich die partielle Verweigerung einer (nicht mehr grundlegend bezweifelbaren) „Selbstbestimmung“ rechtfertigen lassen soll.⁶⁹ Vielmehr muss ganz der höchstpersönlichen und durch keine bessere „Vernunft“ ersetzbaren Bewertung des einzelnen vorbehalten bleiben, wie er sich – nach entsprechender Aufklärung – auf der Grundlage bestmöglichen Wissens für seine Person letztlich entscheidet.⁷⁰ Dem einzelnen ein Weiterleben aufzunötigen, das nur nach Meinung anderer (etwa der verfassten Gesellschaft) richtig ist, für ihn selbst jedoch in gravierendem Widerspruch zu seiner wohlüberlegten Willensentschließung steht, ist in Anlehnung an eine Bemerkung Ronald Dworkins „eine Form menschenverachtender Tyrannei“⁷¹.

Das österreichische Patientenverfügungsgesetz enthält freilich in anderer Hinsicht eine ebenso bedenkliche – nunmehr sachbezogene – Reichweitenbeschränkung: Indem nämlich § 2 Abs. 1 PVG den Begriff der Patientenverfügung auf das Verständnis eines Vetorechts (nur) gegen „medizinische Behandlungen“ festlegt, sind – durch bewusste Entscheidung der Gesetzesverfasser – Maßnahmen im Bereich der Pflege von einer patientenseitigen Bestimmung von vornherein ausgeschlossen. Die Entwurfsbegründung erklärt explizit, dass „der Patient nicht vorweg seine Grundversorgung mit Nahrung und Flüssigkeit“ verweigern könne.⁷² Verrel betont dagegen in seinem Gutachten zum 66. DJT überzeu-

59 Eingefügt durch Gesetz v. 23.4.2004 (BGBl. I, 598 f.).

60 Für eine Registrierung – nicht: für jede einzelne Hinterlegung – im Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer wird derzeit eine Gebühr von 18,50 Euro (bei postalischer Anmeldung) bzw. 15,50 Euro (bei Internet-Anmeldung) erhoben.

61 Oben Fn. 3.

62 Vgl. AE-Sterbegleitung, GA 2005, 553, 570 f.; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, C 96 f.

63 Bernat, in: ders./Kröll, Intensivmedizin als Herausforderung für Recht und Ethik, 1999, S. 47, 59; ausf. zu dieser Frage Duttge/Fantaziu/Kling/Schwabenbauer (o. Fn. 38), S. 49 ff.

64 Duttge, Intensiv- und Notfallbehandlung 2005, 171, 177.

65 BGHZ 154, 205, 215; mit ähnlicher Formulierung, freilich anderem (noch restriktiverem) Verständnis auch der Zwischenbericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages zu „Ethik und Recht der modernen Medizin“, Bt-Dr. 15/3700, S. 38; ferner Student, Zeitschrift für Lebensrecht 2004, 94, 97; dagegen aber wie hier bereits Beckmann, Sondervotum zum Zwischenbericht der Enquete-Kommission, Bt-Dr. 15/3700, S. 56 f., und Hillgruber (in diesem Heft), S. 78.

66 Vgl. dazu Duttge/Fantaziu/Kling/Schwabenbauer (o. Fn. 38), S. 19.

67 Siehe Ingelfinger, Zeitschrift für Lebensrecht 2005, 38, 43.

68 Siehe bereits Duttge, Zeitschrift für Palliativmedizin 2006, 48 ff. (Heft 2).

69 Aus österreichischer Sicht: Gmeiner/Kopetzki, Zeitschrift für Biopolitik 2005, 67, 72.

70 Wie hier auch Ingelfinger, Zeitschrift für Lebensrecht 2005, 38, 43.

71 Dworkin, Die Grenzen des Lebens, 1994, S. 301.

72 Vgl. Begründung zur Regierungsvorlage (o. Fn. 9), S. 5.

gend, dass die Behauptung einer „unverzichtbaren Basisversorgung“⁷³ der „Anmaßung eines Rechts“ gleichkomme, dem Patienten notfalls eine Zwangsernährung zuzumuten, „die unserer Rechtsordnung – abgesehen von wenigen besonders gelagerten Ausnahmefällen – fremd ist“⁷⁴. Im übrigen hängt das Vorliegen einer selbstbestimmten – und damit Respekt beanspruchenden – Verfügung nicht von ihrem Inhalt, sondern allein von ihrem Zustandekommen ab. Die schon seit langem geführte und noch immer fortdauernde Auseinandersetzung um eine genaue Grenzziehung zwischen „Basisversorgung“ und „medizinischer Behandlung“ hat in diesem Lichte ihre Bedeutung längst verloren.⁷⁵

V. Ausblick

Insgesamt kann daher auch der österreichische „Schnellschuss“ nicht als großer Wurf bezeichnet wer-

den. Dennoch enthält er einige sehr beachtenswerte Ansätze, die es verdienen, Eingang in die bevorstehende „heiße Phase“ der Reformdiskussion in Deutschland wie auch in eine künftige gesetzliche Regelung zu finden. Das Beispiel Österreichs zeigt jedoch nicht zuletzt auch: Der vielstimmige Ruf nach Rechtssicherheit muss nicht Jahre oder gar Jahrzehnte ungehört verhallen.

⁷³ So aber – jedenfalls missverständlich – auch Mertin, ZRP 2004, 170, 171.

⁷⁴ Zutreffend AE-Sterbebegleitung, GA 2005, 553, 561, der freilich ein „Mindestmaß palliativmedizinischer und pflegerischer Maßnahmen“ offenbar für unverzichtbar hält; weiterhin wie hier auch Otto, NJW 2006, 2217, 2219.

⁷⁵ So bereits Duttge/Fantaziu/Kling/Schwabenbauer (o. Fn., 38), S. 16.

⁷⁶ Zwischen dem Einbringen der Regierungsvorlage und der Beschlussfassung des Nationalrates vergingen gerade einmal sieben Wochen, bis zur Beschlussfassung auch des Bundesrates nur etwas mehr als drei weitere Wochen.

Wiss.-Ass. Dipl.-Jur. Stephanie

Wiesner-Berg, Zürich¹

Rechtfertigungs-, Schuldau-schließungs- und Entschuldigungsgründe im Rahmen der anonymen Kindesabgabe

I. Einleitung

Seit nunmehr sieben Jahren gibt es in der Deutschland die Möglichkeit der anonymen Abgabe eines Kindes.² Seither haben die Einrichtungen der anonymen Kindesabgabe – „Babyklappe“, „anonyme Geburt“ und „anonyme Übergabe“ – innerhalb des gesamten Bundesgebietes Verbreitung gefunden. Wie viele Einrichtungen es zurzeit genau sind, lässt sich nicht mit Sicherheit sagen, da ihre Inbetriebnahme nicht zentral erfasst wird.³ Gleiches gilt für die Fälle der tatsächlichen Inanspruchnahme der anonymen Kindesabgabe, an deren Nutzung allerdings kein Zweifel besteht. Unklar ist jedoch, wie viele Neugeborene Jahr für Jahr anonym abgegeben werden und wie viele von ihnen den Weg zurück zu ihren Eltern finden. Untersuchungen der Universität Bamberg haben ergeben, dass bis zum Frühjahr 2004 schätzungsweise 100 Kinder in „Babyklappen“ abgelegt und ca. 300 bis 400 Kinder im Rahmen von „anonymen Geburten“ zur Welt kamen.⁴ Diese hohen Zahlen geben aus zwei Gründen Anlass zu Bedenken. Zum einen übertreffen sie bei weitem die bislang bekannten Zah-

len von Kindstötungen und Aussetzungen,⁵ zum anderen ist festzuhalten, dass das anonyme Abgabesystem gleich mehrfach geltendes (Familien-, Personenstands-, Straf-, Völker- und Verfassungs-) Recht verletzt. Diese Tatsache wird inzwischen auch von Befürwortern von Einrichtungen der anonymen Kindesabgabe kaum mehr geleugnet, wenn auch hinsichtlich des Umfangs der Unvereinbarkeit mit dem gegenwärtigen Recht un-

¹ Die Autorin ist wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Frau Prof. Dr. iur. utr. Brigitte Tag an der Universität Zürich.

² 1999 wurde das „Moses-Projekt“ in Amberg, welches die anonyme Kindesabgabe ohne eine „Babyklappe“ ermöglicht, gegründet. Die erste „Babyklappe“ wurde im Jahr 2000 vom Verein SterniPark in Hamburg in Betrieb genommen.

³ Schätzungen zu Folge gibt es in Deutschland augenblicklich ungefähr 80 „Babyklappen“, Riedel, Kinderkrankenschwester 2006, 5. Zur Situation bei „anonymen Geburten“ vgl. die Ausführungen von Kuhn, Babyklappen und anonyme Geburt (2005), 153 ff.

⁴ Kuhn (Fn. 3), 309 sowie 345.

⁵ Nach Angaben der Polizeilichen Kriminalstatistik ergibt sich für die Jahre 1987 bis 1998 eine Zahl zwischen 19 und 32 erfassten Fällen von Kindstötungen pro Jahr, vgl. <http://www.bka.de/pks/zeitreihen/pdf/t01.pdf>, besucht am: 06.07.2006. Da die Kindesaussetzung mangels eines Spezialtatbestandes nicht separat erfasst wird, lassen sich diesbzgl. keine genauen Zahlen festlegen. In den Medien ist verschiedentlich davon die Rede, dass jährlich etwa 40 Kinder ausgesetzt würden, wovon die Hälfte die Aussetzung nicht überlebe. Seit Aufhebung des die Kindstötung regelnden § 217 StGB durch das 6. StrRG vom 01.04.1998 werden nun auch Kindstötungen nicht mehr gesondert statistisch erfasst. Dennoch lässt sich zumindest bei Betrachtung der Kriminalstatistik für die Jahre vor Eröffnung der ersten anonymen Abgabemöglichkeit und vor Abschaffung des § 217 StGB kein signifikanter Anstieg von Kindstötungen verzeichnen.

terschiedliche Ansichten vertreten werden.⁶ Um diesen Zustand zu ändern, wurden von verschiedenen Seiten seit dem Jahr 2000 mehrere Versuche unternommen, die anonymen Angebote in Deutschland durch Normierung zu legalisieren. Bislang konnte im Gesetzgebungsverfahren allerdings keiner der verschiedenen Gesetzentwürfe⁷ soweit überzeugen, dass er geltendes Recht geworden wäre.⁸ Trotzdem bleiben die Einrichtungen der anonymen Kindesabgabe weiterhin in Betrieb.

Diese Situation ist insoweit unbefriedigend, als sie doch geeignet ist, in der Bevölkerung den Eindruck zu erwecken, dass es sich bei „Babyklappe“ und „anonymer Geburt“ für den Fall einer ungewollten Schwangerschaft um rechtmäßige und gleichrangig neben anderen Hilfsangeboten stehende Alternativen handelt.⁹ Welch weitreichende tatsächliche und rechtliche Konsequenzen die Inanspruchnahme dieser Einrichtungen sowohl für die abgebende Mutter als auch für ihr Kind haben, ist nur den Wenigsten bewusst. Insbesondere den Zielpersonen von „Babyklappe“ und „anonymer Geburt“, Müttern in einer – aus ihrer Sicht – ausgewogenen Konfliktsituation,¹⁰ ist größtenteils nicht klar, welcher Rechte und Pflichten sie sich durch die anonyme Abgabe ihres Kindes begeben und dass sie sich durch die anonyme Kindesweggabe möglicherweise strafbar machen.

Tatsächlich kommen aber gleich mehrere Straftatbestände in Betracht, die die Mutter durch die anonyme Abgabe ihres Kindes erfüllt haben kann. Die Begrenztheit des im Rahmen dieses Aufsatzes zur Verfügung stehenden Raumes erlaubt es allerdings lediglich, die in Frage kommenden Delikte zu nennen, nicht jedoch einer eingehenden Prüfung zu unterziehen.¹¹ Primär kann sich die Mutter wegen Personenstands-fälschung durch Unterlassen nach §§ 169 Abs. 1 Var. 3, 13 StGB strafbar machen, wenn sie die Geburt ihres Kindes entgegen der Vorgaben des Personenstandsgesetzes nicht oder nicht rechtzeitig beim zuständigen Standesamt anzeigt. Daneben ist es möglich, dass sie sich wegen Verletzung ihrer gesetzlich geregelten Unterhaltspflicht nach § 170 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar macht. Auch eine Strafbarkeit wegen Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht nach § 171 StGB, eventuell sogar eine Strafbarkeit wegen Entziehung Minderjähriger nach § 235 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist denkbar.

Trotz des bei jeder anonymen Kindesabgabe grundsätzlich bestehenden Anfangsverdachts hinsichtlich der genannten Straftatbestände und des in §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO verankerten Legalitätsprinzips, welches Staatsanwaltschaft und Polizei zum Einschreiten verpflichtet, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer verfolgbaren Straftat vorliegen, haben bislang nur wenige Staatsanwaltschaften bei der anonymen Abgabe von Neugeborenen Ermittlungsverfahren eingeleitet. Vielfach wird mit der Begründung von Ermittlungen abgesehen, dass die Inan-

spruchnahme einer anonymen Abgabereinrichtung durch die Mutter nur in einer höchsten Notsituation erfolgen würde, weshalb ihr Handeln ohnehin entweder gerechtfertigt oder entschuldigt sei. Damit wird allerdings unterstellt, dass es sich einerseits bei der abgebenden Person immer um die Kindsmutter handelt, was sich bei einer anonymen Abgabe in eine „Babyklappe“ und bei einer „anonymen Übergabe“ an eine Hilfsperson nicht nachweisen¹² lässt, und andererseits, dass einer abgebenden Mutter stets ein Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund zur Seite steht. Ob dies tatsächlich so ist, bedarf im Strafrecht jedoch immer noch der Prüfung im konkreten Einzelfall. Nur wenn alle Umstände der Kindesabgabe bekannt sind, kann entschieden werden, ob die Handlung der Mutter gerechtfertigt oder entschuldigt ist.

Trotz der allgemein erforderlichen Einzelfallprüfung, soll im Folgenden anhand zweier Grundfallkonstellationen erörtert werden, ob zu Gunsten einer ihr Kind anonym abgebenden Mutter, vorausgesetzt, sie handelt tat-

6 Zum Ganzen siehe u.a. *Badenberg*, Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung unter Berücksichtigung der Problematik der anonymen Geburt (2006); *Benda*, JZ 2003, 533 ff.; *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 ff.; *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 ff.; *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 ff.; *Mielitz*, Anonyme Kindesabgabe (2006); *Mittenzwei*, ZfL 2000, 37 ff.; *Neuheuser*, ZfL 2001, 59 ff.; *ders.*, NSTZ 2001, 175 ff.; *ders.*, ZfL 2002, 10 ff.; *ders.*, Kriminalistik 2005, 738 ff.; *Scheiwe*, ZRP 2001, 368 ff.; *dies.*, Streit 2005, 51 ff.; *Wolf*, FPR 2001, 345 ff.; *ders.*, FPR 2003, 112 ff. Zur vergleichbaren Problematik in der Schweiz siehe u.a. *Aebi-Müller*, Jusletter, 26. September 2005; *Hausheer/Aebi-Müller*, recht 2002, 1; *Schmidt*, Le droit de l'enfant à connaître ses origines génétiques, in: Zen-Ruffinen (Hrsg.), Les secrets et le droit (2004), 139 ff.; *Wiesner-Berg*, „Babyklappe“ und „anonyme Geburt“, in: Luginbühl/Schmidt (Hrsg.), Diskriminierung und Integration (2006), 297 ff. (im Druck); *dies.*, Anonyme Kindesabgabe in Deutschland und der Schweiz (in Vorbereitung).

7 Vgl. BT-Drs. 14/4425 (neu); BT-Drs. 14/8856; BR-Drs. 506/02 sowie BR-Drs. 682/04.

8 Zur Bewertung der bislang vorgeschlagenen Gesetzesänderungen siehe u.a. *Mielitz* (Fn. 6), 136 ff.; *Wolf*, FPR 2003, 112 ff.

9 Darauf deuten die Erfahrungen eines Trägers, der Projekte in Jugendfreizeiteinrichtungen und Schulen zur Vorbeugung von Teenagerschwangerschaften anbietet. Auf die Frage, was Schülerinnen machen würden, wenn sie schwanger wären und ihr Kind nicht behalten wollten, nannten die befragten Schülerinnen mit großer Selbstverständlichkeit die „Babyklappe“ als Mittel der Wahl. Für sie war die „Babyklappe“ ein Hilfsangebot wie jedes andere. Nachzulesen bei *Ulrike Herpich-Behrens*, Leiterin des Landesjugendamtes Berlin, Vortrag auf der Sitzung des Zentralrates des Sozialdienst katholischer Frauen am 20.03.2004 in Freiburg, http://www.skf-zentrale.de/html/presse_referat_herpich.html, besucht am: 04.02.2006

10 Teilweise sind die anonymen Abgabeangebote nicht nur an Mütter allein, sondern an Eltern in einer subjektiv ausgewogenen Krisensituation insgesamt gerichtet, vgl. dazu das Projekt des Essener „Babyfensters“, <http://www.babyfenster.de>, besucht am: 13.08.2006.

11 Ausführlichere Untersuchungen zu den Strafbarkeiten im Rahmen der anonymen Kindesabgabe finden sich bei *Mielitz* (Fn. 6) 111 ff.; *Neuheuser*, NSTZ 2001, 175 ff., *ders.* Kriminalistik 2005, 738 ff. sowie *Wiesner-Berg* (Fn. 6), 3. Kap., § 1, III.

12 Ebenso nicht nachweisbar ist, ob die Mutter bei der Kindesabgabe freiwillig oder auf Druck von Seiten Dritter – z.B. des Kindsvaters oder ihrer Angehörigen – gehandelt hat. Dies gilt sowohl für die anonyme Abgabe in eine „Babyklappe“ als auch bei einer „anonymen Übergabe“ respektive „anonymen Geburt“.

bestandsmäßig, in aller Regel ein Rechtfertigungs- oder ein Entschuldigungsgrund eingreifen kann. Ausgangspunkt der Untersuchungen ist dabei zum einen die auf keiner empirisch gesicherten Erkenntnis beruhende Unterstellung der Anbieter anonymer Kindesabgaben, dass eine Mutter nur dann ihr Kind anonym abgäbe, wenn sie sich in einer Konfliktsituation solchen Ausmaßes befände, dass sie ihr Kind aussetzen oder töten würde, sofern ihr nicht die Möglichkeit der anonymen Abgabe zur Verfügung stünde. Zum anderen ist die grundsätzlich ebenfalls denkbare Fallkonstellation zu berücksichtigen, in der eine Mutter ihr Kind anonym abgibt, weil ihr eigenes Leben bzw. ihre Gesundheit oder das Leben bzw. die Gesundheit ihres Kindes durch einen Dritten bedroht werden.

II. Rechtfertigungsgründe im Rahmen der anonymen Kindesabgabe

1. Notwehr, § 32 StGB

Da sich die Mutter keines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs von Seiten ihres Kindes versieht, scheidet eine Rechtfertigung ihres Handelns wegen Notwehr nach § 32 StGB in der zuerst genannten Konstellation, bei der die Mutter ihr Kind anonym abgibt, weil sie es ansonsten selber töten würde, aus. Aber auch für den Fall, dass ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff seitens eines Dritten vorliegt, kann § 32 StGB nicht für eine Rechtfertigung der anonymen Kindesabgabe zur Anwendung gelangen, da die Norm nur eine Verteidigungshandlung gegen Rechtsgüter des Angreifers zulässt¹³, nicht jedoch gegen die unbeteiligten Dritter wie die des nicht angreifenden Kindes.

2. Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB

Denkbar ist jedoch ein Unrechtsausschluss aufgrund rechtfertigenden Notstandes gemäß § 34 StGB. Danach handelt nicht rechtswidrig, wer bei Vorliegen einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für ein – im Rahmen von § 34 S. 1 StGB grundsätzlich beliebiges – Rechtsgut¹⁴ eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, sofern die Abwägung der widerstreitenden Interessen ergibt, dass das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt.

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs des rechtfertigenden Notstandes könnten sich zwar Zweifel angesichts der hier augenscheinlichen Anomalie einer internen Güterkollision ergeben, da – anders als in den Grundfällen des § 34 StGB – sowohl Schutzgut als auch das durch die Gefahrenabwehrhandlung beeinträchtigte Eingriffsgut in derselben Person zusammenfallen: Das Kind hat zum einen ein Interesse am Schutz seines Lebens und seiner Gesundheit wie auch zum anderen ein solches an der Bewahrung seines Rechts auf Kenntnis seiner biologischen Abstammung. Allerdings will die

h.M. auch in anderen Fällen intrapersonaler Interessenkollisionen die Anwendbarkeit des § 34 StGB nicht a priori ausschließen¹⁵; namentlich in Fällen der „indirekten aktiven Sterbehilfe“ – einer Schmerzmittelverabreichung mit unbeabsichtigter, aber als Nebenfolge billigend in Kauf genommener Lebensverkürzung z.B. bei Tumorpatienten –, in denen das Schmerzlinderungsinteresse mit dem an einer möglichst ungeschmälernten Lebensspanne kollidiert, wird einem *argumentum a maiore ad minus* gleich geltend gemacht, dass eine Rechtfertigungswirkung erst recht bei einer Kollision intrapersonaler Interessen eingreifen müsse, wo der Gesetzgeber mit § 34 StGB doch sogar den Eingriff in einen fremden Rechts- und Interessenkreis als erlaubt betrachten wollte.¹⁶ Bei Zugrundelegung der h.M. bleibt eine Rechtfertigung der Mutter nach § 34 StGB möglich.

a) Notstandslage

Zunächst müsste also eine Notstandslage, d.h. eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr vorliegen. Unter dem Begriff „Gefahr“ wird ein Zustand verstanden, in welchem nach den konkreten Umständen der Eintritt eines Schadens wahrscheinlich ist.¹⁷ Die Gegenwartigkeit der Gefahr wird angenommen, wenn deren Weiterentwicklung den Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens ernstlich befürchten lässt, sofern nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden.¹⁸

Bei Betrachtung der eingangs dargestellten Situation, in der die Kindstötung bzw. -aussetzung durch die Mutter selbst, d.h. ohne Einflussnahme Dritter, drohen soll, bestünde prima facie eine Gefahr für die Rechtsgüter „Leib“ und „Leben“ des Neugeborenen, die die Mutter mit der anonymen Abgabe ihres Kindes abwehrt, sodass die Konstellation einer Notstandshilfe vorläge.

Als problematisch im Hinblick auf den Gefahrenbegriff erscheint jedoch, dass die Bedrohung der Rechtsgüter des Kindes von seiner Mutter selbst ausgeht, also gerade von der Person, die handelt, um die Gefahr von ihrem Kind abzuwenden. Fraglich ist, ob § 34 StGB in einer solchen Konstellation zur Anwendung gelangen kann, insbesondere, ob überhaupt eine Gefahr im notstandsrechtlichen Sinne vorliegt.

13 *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (5. Aufl., 2005), § 7 Rn. 84.

14 Vgl. *Sch/Sch-Lenckner/Perron* (27. Aufl., 2006), § 34 Rn. 9; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I (4. Aufl., 2006), § 16 Rn. 12.

15 *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 34 Rn. 8a m.w.N.; *Merkel*, Früheuthanasie (2001), 528 ff.; a.A. *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (11. Aufl., 2003), § 17 Rn. 54.

16 *Merkel* (Fn. 15), 154; *Seibert*, Rechtliche Würdigung der aktiven indirekten Sterbehilfe (2003), 134 f.; krit. *Duttge*, GA 2005, 612 (614); ebenso *Berg*, Die rechtlichen Formen von „Sterbehilfe“ (in Vorbereitung), Kap. 2, § 2, A., IV., 2., c), 5.

17 Vgl. BGHSt 18, 271; 48, 255 (258); *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 15), § 17 Rn. 47; *Tröndle/Fischer* (53., Aufl., 2006), § 34 Rn. 3.

18 BGHSt 5, 373 (374); 26, 176 (179); NJW 1979, 2053 (2054); 1989, 176; 1989, 1289; *Sch/Sch-Lenckner/Perron*, § 34 Rn. 17.

Grundsätzlich ist es gleichgültig, welchen Ursprung die Gefahr hat. Sie kann auf Naturereignissen, Unglücksfällen oder Kriegswirren beruhen, aber auch vom Menschen ausgehen.¹⁹ Allerdings ist bei von Menschen ausgehenden Gefahren prinzipiell § 32 StGB vorrangig, sofern die Gefahr in einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff besteht.²⁰ Ist – wie in der dargestellten Situation – kein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff gegeben, so beurteilt sich die von einem Menschen ausgehende Gefahr nach den Grundsätzen des Defensivnotstandes.²¹ Im Gegensatz zum Normalfall des Aggressivnotstandes, bei dem der Notstandstäter in das Rechtsgut eines Unbeteiligten eingreift, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, wehrt sich der Notstandstäter hierbei gegen eine vom Opfer der Notstandshandlung ausgehende Gefahr.²² Typische Fallgruppen des Defensivnotstandes sind 1. die Bedrohung durch ein Verhalten, das nicht vom strafrechtlichen Handlungs begriff erfasst wird, 2. die Gefährdung durch eine sorgfaltsgemäße und daher nicht rechtswidrige Handlung, 3. die sog. Perforation, d.h. die Tötung des Kindes im Mutterleib während der Geburt, um das Leben der Mutter zu retten oder sie vor gravierenden Gesundheitsschädigungen zu bewahren und 4. die Präventivnotwehr, bei der ein erst vorbereiteter Angriff durch vorbeugende Maßnahmen verhindert wird, da eine spätere Abwehr nicht oder nur sehr viel schwieriger möglich sein würde.²³

Es fragt sich, ob die Situation bei der anonymen Kindesabgabe eine dem Bereich des Defensivnotstandes zuzuweisende ist. Bedenken bezüglich einer derartigen Einordnung ergeben sich vor dem Hintergrund eines beispielhaften Vergleichs der anonymen Kindesabgabe mit der Perforation²⁴ und dem sog. „Haustyrannen-Fall“. Während bei der Perforation der Arzt als Notstandshilfetäter²⁵ eine vom Kind ausgehende Gefahr²⁶ für das Leben oder die Gesundheit der Mutter durch die Tötung des Kindes abwendet, die Gefahr also vom Opfer der Notstandshilfebehandlung selbst ausgeht, und sich auch im Fall des „Haustyrannen“ die Notstandshandlung des tyrannisierten Familienmitglieds gegen das Opfer der Notstandshandlung – den Tyrannen –, von dem die Gefahr ausgeht, richtet, ist das Kind bei der anonymen Kindesabgabe zwar das Opfer der Notstandshilfebehandlung seiner Mutter, allerdings hat es die Gefahr für sein Leben bzw. seine Gesundheit nicht selbst verursacht. Im Gegenteil, sowohl die Bedrohung seines Lebens bzw. seiner Gesundheit als auch die Notstandshilfebehandlung gehen von der Mutter in Personalunion aus. Ob das Kind ausgesetzt oder getötet wird und somit eine „Gefahr“ für Leib oder Leben besteht, hängt allein von ihrer Entscheidung ab. Dieser Aspekt stellt den wesentlichen Unterschied zu den genannten Beispielfällen dar, bei welchen es dem Notstands(hilfe)täter gerade nicht möglich ist, die Gefahrensituation anders als durch eine Abwehrhandlung zu beseitigen, da er diese, auch wenn

er sie schuldhaft herbeigeführt hat, nicht beherrscht. Hat der Notstands(hilfe)täter es jedoch „in der Hand“, ob das Rechtsgut eines anderen überhaupt bedroht ist oder nicht, weil die Bedrohung durch bloßes Abstandnehmen von der angedachten Tat beseitigt werden kann, mangelt es an der für eine Gefahr typischen Unbeeinflussbarkeit des Realisierungspotenzials, weshalb in einer solchen Fallkonstellation eine Gefahr im notstandsrechtlichen Sinne abzulehnen ist.

Dass die abgabewillige Mutter die Bedrohung ihres Kindes tatsächlich selbst steuern kann und nicht im strafrechtlichen Sinne unfrei handelt, lässt sich daran erkennen, dass sie zu einer bewussten Entscheidung fähig ist, wenn sie sich für die anonyme Abgabe ihres Kindes entschließt. Auch wenn sie sich durch eine subjektiv ausweglos empfundene Konfliktsituation zur anonymen Weggabe ihres Kindes genötigt fühlt, so liegt es – von sehr wenigen, speziellen Ausnahmesituationen abgesehen – grundsätzlich an ihr, sich für oder gegen das Leben ihres Kindes zu entscheiden. Die Tötung des Kindes oder dessen Aussetzung ist gerade kein von der Mutter unbeherrschbarer Automatismus, der in Gang gesetzt wird, sobald ihr nicht die Möglichkeit zur anonymen Kindesabgabe eröffnet wird. Insofern unterscheidet sich die Situation von der einer vom menschlichen Willen nicht beeinflussbaren körperlichen oder psychischen Erkrankung. Wäre eine Mutter bei Unmöglichkeit der Inanspruchnahme einer Einrichtung der anonymen Kindesabgabe tatsächlich nur noch in der Lage, ihr Kind auszusetzen oder zu töten, so ist kaum vorstellbar, wie sich die gleiche Frau bei Vorhandensein einer Abgabebereinrichtung für eine bewusste und gewollte Abgabe ihres Kindes entscheiden können soll.

Daher ist die von den Anbietern anonymen Kindesabgaben vorausgesetzte Situation, dass die Mutter ihr Kind nur dann anonym abgibt, wenn sie sich in einer solchen Notsituation befindet, dass sie ihr Kind ohne das ent-

19 Sch/Sch-Lenkner/Perron, § 34 Rn. 16; Roxin (Fn. 14), § 16 Rn. 12.

20 Vgl. Bergmann, JuS 1989, 109 (110); LK-Hirsch (11. Aufl., 2003, Stand: 1.11.1993), § 34 Rn. 35; Roxin (Fn. 14), § 16 Rn. 19.

21 Roxin (Fn. 14), § 16 Rn. 19.

22 Roxin (Fn. 14), § 16 Rn. 72.

23 Vgl. Roxin (Fn. 14), § 16 Rn. 73 mit weiteren Beispielen.

24 Ausführlicher dazu Merkel (Fn. 15), 610 f.

25 So die überwiegende Ansicht, siehe u.a. MüKo StGB-Erb (2003), § 34 Rn. 153; Sch/Sch-Eser, Vorbem § 218 Rn. 41; LK-Hirsch, § 34 Rn. 74; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (1996), § 33 IV 5; Lackner/Kühl (25. Aufl., 2004), § 34 Rn. 9; Roxin (Fn. 14), § 16 Rn. 79.

26 A.A. Merkel (Fn. 15), 612 ff., der bestreitet, dass die Gefahr vom Kind ausgeht und stattdessen auf den Sexualverkehr der Mutter und ihre etwaige „Kaiserschnitt-Intoleranz“ (Roxin [Fn. 14], § 16 Fn. 136) verweist, weshalb die Tötung des Kindes nicht zu rechtfertigen, sondern nur im Rahmen des übergesetzlichen Notstandes zu entschuldigen sei. Dem muss jedoch mit Hirsch, FS-Eser (2005), 309 (319) entgegengehalten werden, dass der Sexualverkehr der Mutter erst zur Existenz des Kindes führt und daher nicht in die Abwägung mit einbezogen werden kann. Zudem ändern körperliche Besonderheiten der Mutter nichts daran, dass die Gefahr für ihr Leben grundsätzlich von ihrem Kind ausgeht, vgl. Roxin (Fn. 14), § 16 Rn. 136.

sprechende Anonymitätsangebot aussetzen oder töten würde, nicht mit einer typischen (Defensiv-)Notstandslage vergleichbar. Es liegt bereits keine zur Abwehr berechtigende Notstandslage vor, weshalb die Rechtfertigung der Mutter wegen Notstandes nach § 34 StGB schon aus diesem Grund scheitern muss.²⁷

Im Gegensatz dazu wird eine Notstandslage in der zweiten Fallkonstellation, in der die Gefahr für das Leben und/oder die Gesundheit des Kindes von einer anderen Person als der Mutter, beispielsweise vom Kindsvater oder anderen Verwandten und Bekannten ausgeht, regelmäßig zu bejahen sein. Aber auch wenn der Mutter selbst eine Gesundheits- oder sogar eine Lebensgefahr von Seiten eines Dritten drohte, läge eine für sie unmittelbare und für ihr Kind wenigstens mittelbare Notstandssituation vor.

b) Notstandshandlung

Nach § 34 S. 1 StGB darf die Gefahr nicht anders abwendbar sein. Das bedeutet, dass die Notstandshandlung zur Gefahrabwendung erforderlich sein muss.²⁸ Dies ist der Fall, wenn sie ein geeignetes und unter mehreren gleich geeigneten Alternativen das relativ mildeste Mittel darstellt.²⁹ Maßgeblich für die Beurteilung ist das objektive ex-ante-Urteil eines sachverständigen Beobachters.³⁰ Für die Geeignetheit genügt es, dass eine erfolgreiche Gefahrabwendung nicht gänzlich unwahrscheinlich ist.³¹

Die anonyme Abgabe eines Kindes durch die Mutter ist grundsätzlich geeignet, einer seitens Dritter drohenden Aussetzung oder Tötung des Neugeborenen entgegenzuwirken. Fraglich ist allerdings, ob die anonyme Abgabe auch geeignet ist, einer der Mutter drohenden Gefahr für Leib oder Leben abzuwehren. Unterstellt, allein die Existenz des Kindes stellte den Auslöser für eine Lebens- oder Gesundheitsgefahr der Mutter dar, wäre die anonyme Weggabe desselben geeignet, einer Tötung oder Körperverletzung der Mutter vorzubeugen.

Erhebliche Zweifel bestehen jedoch daran, ob es sich bei der anonymen Abgabe des Kindes in beiden Fallkonstellationen auch tatsächlich um das relativ mildeste Mittel zur Beseitigung der Gefahr handelt.

Als weniger einschneidende Alternative zur *anonymen* Abgabe eines Kindes, bei der die Rechte desselben – insbesondere sein grundrechtlich verankertes Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung³² – entscheidend und nachhaltig beeinträchtigt werden, kommt beispielsweise dessen Freigabe zur Adoption in Betracht. Das deutsche Recht sieht grundsätzlich die Möglichkeit einer Inkognitoadoption vor, wobei nach § 1758 Abs. 1 BGB ein umfassendes Offenbarungs- und Ausforschungsverbot besteht.³³ Das zur Adoption freigegebene Kind hat gemäß § 61 Abs. 2 S. 1 PStG frühestens im Alter von sechzehn Jahren die Möglichkeit, über eine Einsicht in den Geburtseintrag des Personenstandsbuches herauszufinden, wer seine leibliche Mutter ist.³⁴ Eine

Mutter, die sich aufgrund ihrer persönlichen Lebenssituation nicht in der Lage sieht, mit ihrem Kind zusammenzuleben, wird vom Staat auch nicht dazu gezwungen. Sie kann ihr Kind unter Wahrung der vom Gesetz – auch zu ihrem Schutz – vorgesehenen Formalien zur Adoption freigeben, sodass sie mindestens sechzehn Jahre lang nicht mit einer Kontaktaufnahme durch ihr Kind zu rechnen braucht. Bis dahin dürfte sich ihre persönliche Notlage zumindest soweit gebessert haben, dass diese einem Kontakt mit ihrem Kind nicht mehr entgegensteht, zumal die Mutter weder befürchten muss, von ihrem Kind in irgendeiner Form in Anspruch genommen zu werden noch von ihr verlangt werden kann, sich ihrem Kind gegenüber zu erklären, warum sie es damals zur Adoption freigegeben hat, ohne eine Beziehung zu ihm aufzubauen.

Darüber hinaus steht der Mutter als im Vergleich zur *anonymen* Weggabe ihres Kindes schonendere Option die Inanspruchnahme öffentlicher, privater oder kirchlicher Hilfseinrichtungen offen. Das SGB VIII bietet insoweit mehrere Möglichkeiten, wie Mutter und Kind gemeinsam oder zumindest ihrem Kind allein geholfen werden kann. Zudem verbleibt der Mutter der Rückgriff auf polizeiliche Hilfe, wenn ihr Leben und/oder das ihres Kindes in Gefahr sind. Im Gegensatz z.B. zu den „Haustyrannen-Fällen“, wo dem Opfer ein Verlassen des Hauses aus familiären Gründen oftmals unmöglich ist, muss die Mutter das Haus auch im Falle einer anonymen Abgabe verlassen, weshalb es ihr ebenfalls möglich sein muss, statt einer anonymen Abgabereinrichtung eine andere Hilfseinrichtung aufzusuchen. Sofern die Mutter grundsätzlich an einem Zusammenleben mit ihrem Kind interessiert ist, stellen auch Frauenhäuser eine sichere Anlaufstelle für Mutter und Kind dar.

Einer *anonymen* Abgabe, die zu einer vollständigen und dauerhaften Vereitelung des Wissens des Kindes um seine eigene biologische Herkunft führt, bedarf es daher auch im Falle einer Gefährdung für Leib und Leben von Mutter und/oder Kind durch einen Dritten im Allgemeinen nicht.

Insofern scheitert eine Rechtfertigung der Mutter nach § 34 StGB auch in dieser Fallvariante, nunmehr an der Erforderlichkeit und damit Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung.

3. Rechtfertigende Pflichtenkollision

Fraglich ist aber, ob nicht zu Gunsten der Mutter der Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision eingreift.

27 A.A. Mielitz (Fn. 6), 113, die allerdings nur pauschal darauf verweist, dass die Gefahrenursache für eine Notstandslage grundsätzlich gleichgültig sei.

28 Vgl. Kühl (Fn. 13), § 8 Rn. 75.

29 Kühl (Fn. 13), § 8 Rn. 78; vgl. Tröndle/Fischer, § 34 Rn. 5.

30 LK-Hirsch, § 34 Rn. 50; Kühl (Fn. 13), § 8 Rn. 79.

31 Sch/Sch-Lenkner/Perron, § 35 Rn. 19.

32 Vgl. BVerfGE 79, 256 ff.

33 Vgl. Mielitz (Fn. 6), 114; Wolf, FPR 2001, 345 (351).

34 Wolf, FPR 2001, 345 (351).

Hierbei handelt es sich nach ganz überwiegender Ansicht in der Lehre um einen besonderen Rechtfertigungsgrund beim Unterlassungsdelikt,³⁵ weshalb ihm in Bezug auf die hier in Rede stehenden Delikte allein bei der Verwirklichung einer Personenstands-fälschung durch Unterlassen gemäß §§ 169 Abs. 1 Var. 3, 13 StGB eine Anwendungsmöglichkeit zukommen kann.

Voraussetzung einer Pflichtenkollision ist, dass mehrere rechtlich begründete Handlungspflichten zeitgleich an den Pflichtigen herantreten, sodass er die eine notwendigerweise nur auf Kosten der anderen erfüllen kann, er damit zwangsläufig eine von ihnen verletzen muss, wie auch immer er sich verhalten mag.³⁶ Der Unterlassende ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn er bei der Kollision gleichwertiger Pflichten wenigstens einer von ihnen (nach eigener Wahl) nachkommt oder bei ungleichwertigen Pflichten die höhere Pflicht auf Kosten der geringwertigeren erfüllt.³⁷

In der Situation, die der anonymen Kindesabgabe zugrunde liegt, besteht einerseits die sich aus §§ 16 S. 1, 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 1 PStG für die Mutter ergebende Pflicht, die Geburt ihres Kindes unter Nennung ihres eigenen Namens³⁸ gegenüber dem zuständigen Standesbeamten anzuzeigen, andererseits hat die Mutter die Pflicht, Gefahren für Leib und Leben ihres Kindes abzuwehren. Da sich das Rangverhältnis der kollidierenden Pflichten u.a. nach dem Wert der gefährdeten Rechtsgüter bemisst,³⁹ ist die zweitgenannte Pflicht als höherrangig einzustufen. Somit hätte die Meldung der Geburt des Kindes hinter der Abwendung der Gefahr für Leben und Gesundheit des Kindes zurückzustehen. Das Unterlassen der Geburtsanzeige wäre gerechtfertigt.

Allerdings ist dieses Ergebnis aus zwei Gründen zweifelhaft. Zum einen geht in der von den Anbietern von Einrichtungen der anonymen Kindesabgabe zugrunde gelegten Situation – wie dargelegt – die Bedrohung für Leib und Leben des Kindes von der Mutter selbst aus. Diese kann die Mutter aber schon durch bloßes Abstandnehmen von der gedachten Tat beseitigen. Einer anonymen Abgabe des Kindes bedarf es dazu nicht. Damit unterscheidet sich die Fallkonstellation bei der anonymen Kindesabgabe von den typischen Fallsituationen einer rechtfertigenden Pflichtenkollision, bei denen die Gefahr für ein oder mehrere Rechtsgüter nicht vom Garant selbst ausgeht, sodass eine Rechtfertigung der abgebenden Kindsmutter schon aus diesem Grund ausscheidet. Zum anderen mangelt es an einer Situation, in der der Garant nur einer der beiden Pflichten nachkommen kann, die andere aber zwingend verletzen muss. Die Pflicht der Mutter, die Geburt des Kindes beim Standesamt anzuzeigen, muss niemals gerade deshalb verletzt werden, um anderen entgegenstehenden Pflichten nachkommen zu können. Die Abwendung der Bedrohung von Leib oder Leben ihres Kindes ist der Mutter nicht ausschließlich dann möglich, wenn sie es

anonym abgeben kann. Insofern kann auf die Ausführungen zur Notstandshandlung im Rahmen des rechtfertigenden Notstandes verwiesen werden. Daher ist auch für die zweite Fallkonstellation, in der die Gefahr für Leib oder Leben des Kindes von einem Dritten ausgeht, der Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision zu Gunsten der abgebenden Mutter grundsätzlich abzulehnen.

Insgesamt betrachtet steht einer ihr Kind anonym abgebenden Mutter in aller Regel kein Rechtfertigungsgrund zur Seite.

III. Schuldaußschließungs- und Entschuldigungsgründe im Rahmen der anonymen Kindesabgabe

Möglicherweise handelt die ihr Kind anonym abgebende Mutter aber ohne Schuld. Das Vorliegen des Schuldaußschließungsgrundes der Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB verlangt, genauso wie das Vorliegen der Voraussetzungen aller weiteren in Betracht kommenden Schuldaußschließungsgründe, eine sorgfältige Einzelfallprüfung in Bezug auf das tatsächliche Vorliegen der Umstände des § 20 StGB,⁴⁰ weshalb sich ein schlichtes Abstellen auf die seelische Konfliktlage mit vermeintlich ohnehin unausweichlicher Feststellung ihrer Schuldunfähigkeit grundsätzlich verbietet. Ebenso enthebt eine nur ausnahmsweise durchgreifende Schuldunfähigkeit der Mutter im Einzelfall nicht von der Notwendigkeit zur Erörterung von Schuldaußschließungs- oder Entschuldigungsgründen, die für die Konfliktsituation einer anonymen Kindesabgabe allgemeingültige dogmatische Lösungen anzubieten vermögen.

1. Verbotsirrtum, § 17 S. 1 StGB

Der insofern einschlägige Verbotsirrtum ist dadurch bestimmt, dass dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun; als Folge handelt er gemäß § 17 S. 1 StGB ohne Schuld, wenn der Irrtum für ihn unvermeidbar war. Der unvermeidbare Verbotsirrtum ist demnach ein gesetzlich geregelter Schuldaußschließungsgrund⁴¹ und liegt vor, wenn der Täter das Verbot nicht kennt, gegen welches er mit seiner Handlung verstößt.⁴² Vom Täter verlangt wird allerdings nur die Ver-

35 *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 15), § 17 Rn. 132.

36 So die h.M., vgl. *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 15), § 17 Rn. 134; *Kühl* (Fn. 13), § 18 Rn. 134; *Sch/Sch-Lenckner*, Vorbem §§ 32 ff. Rn. 71/72; *Roxin* (Fn. 14), § 16 Rn. 116; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (35. Aufl., 2005), Rn. 735. Nach a.A. genügt für eine Pflichtenkollision schon der Widerstreit einer Handlung mit einer Unterlassungspflicht, vgl. *Gallas*, FS-Mezger (1954), 311 ff.; *Mangakis*, ZStW 84 (1972), 447 (456 f.).

37 *Sch/Sch-Lenckner*, Vorbem §§ 32 ff. Rn. 73 m.w.N.

38 *Benöhr/Muth*, KJ 2001, 405 (415); *Pfeiffer/Strickert*, PStG (1961), § 20 Rn. 3, § 21 Rn. 15.

39 *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 15), § 17 Rn. 136.

40 So auch *Mielitz* (Fn. 6), 114.

41 *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 15), § 23 Rn. 18; *Roxin* (Fn. 14), § 21 Rn. 4.

42 *Kühl* (Fn. 13), § 11 Rn. 27.

botskenntnis, nicht jedoch die Kenntnis der Strafbarkeit seines Handelns,⁴³ weshalb ein Irrtum über die Strafbarkeit unbeachtlich ist.⁴⁴ Kommt dem Täter allerdings ein „bedingtes Unrechtsbewusstsein“ zu, d.h. rechnet er damit, dass sein Verhalten verboten ist, handelt aber dennoch, so liegt kein schuldauusschließender Verbotsirrtum vor.⁴⁵

Aufgrund der Werbung vieler Anbieter anonymer Kindesabgaben, die Inanspruchnahme von „Babyklappe“, „anonymer Geburt“ und „anonymer Übergabe“ sei strafrei möglich und angesichts von die anonyme Kindesabgabe z.T. unkritisch befürwortenden Presseartikeln, ist es denkbar, dass der Mutter das notwendige Unrechtsbewusstsein fehlt, durch die anonyme Abgabe ihres Kindes etwas Verbotenes zu tun.

Ob sie dennoch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, hängt davon ab, ob ihr Irrtum vermeidbar oder unvermeidbar war. Die Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen an die Bejahung der Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums.⁴⁶ Die Vermeidbarkeit liegt bereits vor, „wenn dem Täter sein Vorhaben unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse hätte Anlass geben müssen, über dessen Rechtswidrigkeit nachzudenken oder sich zu erkundigen, und er auf diesem Wege zur Unrechtseinsicht gekommen wäre“.⁴⁷ Sobald der Täter an der rechtlichen Zulässigkeit seiner Tat zweifelt, besteht eine Erkundigungspflicht.⁴⁸ Die Rechtsauskunft einer verlässlichen Person – auf deren Auskunft der Täter vertrauen durfte – schließt i.d.R. die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums aus.⁴⁹ Obwohl in der Praxis die Annahme eines vermeidbaren Irrtums eher die Regel als die Ausnahme ist, kommt es stets auf den individuellen Einzelfall an. Je nach sozialer Stellung und subjektiven Fähigkeiten der abgebenden Kindsmutter ist entweder ein unvermeidbarer und damit schuldauusschließender oder nur ein vermeidbaren Verbotsirrtum zu bejahen. Letzterer ermöglicht gemäß § 17 S. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB eine Strafmilderung.

2. Entschuldigender Notstand, § 35 StGB

Weiterhin ist es denkbar, dass zu Gunsten der abgebenden Mutter § 35 Abs. 1 StGB als entschuldigender Notstand eingreift.

a) Notstandslage

Wie § 34 StGB verlangt auch § 35 Abs. 1 StGB das Vorliegen einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr. Allerdings bleibt die Gefahrenlage bei § 35 StGB auf die Rechtsgüter Leben, Leib und (Bewegungs-)Freiheit beschränkt.⁵⁰ Auch wenn zudem – im Vergleich zur Rechtfertigungsnorm die Anforderungen weiter verschärfend – für die Zubilligung der Entschuldigungswirkung der vom gefahrenabwehrenden Täterhandeln profitierende Personenkreis auf den Täter selbst, Angehörige (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder ihm nahestehende Personen⁵¹ verengt wird, bleibt es für die Voraussetzun-

gen der Annahme einer Gefahr bei den zu § 34 StGB aufgestellten Maßstäben.⁵² Folglich bedeutet die grundsätzliche Übereinstimmung von § 34 StGB und § 35 Abs. 1 StGB im Hinblick auf das Vorliegen einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr bezogen auf die Situation der anonymen Kindesabgabe, dass auch § 35 Abs. 1 StGB nicht die Situation erfassen kann, in der die Mutter ihr Kind in anonym abgibt, weil sie es ansonsten töten oder aussetzen würde, sodass in dieser Fallkonstellation eine Entschuldigung nach § 35 Abs. 1 StGB für die Mutter ausscheiden muss. Bestünde hingegen eine Gefahr für Leib oder Leben von Kind und/oder Mutter seitens eines Dritten, läge eine Notstandslage – wie zuvor bei § 34 StGB erörtert – vor.

b) Notstandshandlung

Auch die von § 35 Abs. 1 S. 1 StGB entschuldigte Rettungshandlung muss objektiv erforderlich, d.h. die Gefahr darf „nicht anders abwendbar“ sein.⁵³ Eine Interessenabwägung wie bei § 34 StGB findet dagegen nicht statt.

Die Notstandshandlung ist erforderlich, wenn sie ein geeignetes Mittel zur Erhaltung des gefährdeten Rechtsgutes und das relativ mildeste Mittel darstellt.⁵⁴ Insofern kann auch hier auf das schon im Rahmen der Prüfung von § 34 StGB Gesagte verwiesen werden. Die *anonyme* Abgabe des eigenen Kindes ist zwar grundsätzlich geeignet, einer Gefahr für Leib oder Leben entgegenzuwirken, allerdings ist sie im Regelfall nicht das mildeste zur Verfügung stehende Mittel. Schonender als die vollständige und dauerhafte Anonymität ist das gleichfalls geeignete Mittel der dauerhaften oder vorübergehenden Trennung von Mutter und Kind, *ohne* dass das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung verletzt wird.

43 Kühl (Fn. 13), § 11 Rn. 28.

44 BGHSt 10, 35 (41); 15, 377; Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 15), § 21 Rn. 48.

45 H.M., siehe u.a. Tröndle/Fischer, § 17 Rn. 5; SK-Rudolphi (7., teilw. 8. Aufl., Stand: Okt. 2002), § 17 Rn. 12; Sch/Sch-Cramer/Sternberg-Lieben, § 17 Rn. 5; vgl. auch Schünemann, NJW 1980, 735 (739) m.w.N.; differenzierend Roxin (Fn. 14), § 21 Rn. 29 ff.

46 Wessels/Beulke (Fn. 36), Rn. 466. Dieses wird von Seiten des Schrifttums z.T. heftig kritisiert, vgl. Kühl (Fn. 13), § 13 Rn. 61; Roxin (Fn. 14), § 21 Rn. 53 ff.

47 BayObLG JR 1989, 386 unter Verweis auf Tröndle/Fischer, § 17 Rn. 7 mit zust. Anm. Rudolphi, JR 1989, 387 (389); vertiefend dazu Roxin (Fn. 14), § 21 Rn. 52 ff.

48 Wessels/Beulke (Fn. 36), Rn. 466 m.w.N.

49 Näher BGHSt 40, 257 (264).

50 Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre (7. Aufl., 2004), § 14 Rn. 5.

51 Dazu gehört eine Person, wenn der Täter mit ihr in einer Hausgemeinschaft lebt oder sie ihm wie ein Angehöriger persönlich verbunden ist, Begr. zu § 40 E 1962, 161, vgl. Otto (Fn. 50), § 14 Rn. 7.

52 Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 35 Rn. 11; Roxin (Fn. 14), § 22 Rn. 15.

53 Kühl (Fn. 13), § 12 Rn. 46.

54 Kühl (Fn. 13), § 12 Rn. 47, 48; SK-Rudolphi (Stand: Sept. 1999), § 35 Rn. 10c.

Daher kommt eine Entschuldigung der Mutter nach § 35 Abs. 1 StGB auch für den Fall einer von Seiten eines Dritten drohenden Gefahr für Leib oder Leben von Kind respektive Mutter grundsätzlich ebenfalls nicht in Betracht.

c) Irrtum bezüglich der Voraussetzungen des entschuldigenden Notstandes

Zu überlegen wäre allerdings, ob die Strafbarkeit der Mutter nach § 35 Abs. 2 StGB ausscheidet. Nach dieser Vorschrift entfällt die Strafbarkeit, wenn der Täter bei der Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, die ihn nach § 35 Abs. 1 StGB entschuldigen würden und der Täter den Irrtum nicht vermeiden konnte. War der Irrtum hingegen vermeidbar, wird die Strafe obligatorisch nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert.⁵⁵ Ein klassischer Fall des § 35 Abs. 2 StGB ist die irriige Annahme eines Sachverhalts, der die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 S.1 StGB erfüllen würde, d.h. beispielsweise die irriige Annahme einer gegenwärtigen Gefahr, aber auch die Unkenntnis eines mildereren Auswegs.⁵⁶ Nicht zum Regelungsbereich des § 35 Abs. 2 StGB zählen hingegen die Fälle, in denen der Irrtum des Täters nicht im Bereich des Tatsächlichen, sondern des Normativen liegt, er also z.B. glaubt, die Gefahr sei nicht anders abwendbar, da er infolge falscher Bewertung den ihm gleichfalls bekannten mildereren Ausweg für unzumutbar hält.⁵⁷ Im Hinblick auf die anonyme Kindesabgabe bedeutet dies, dass zunächst einmal festgestellt werden muss, ob ein etwaiger Irrtum der Mutter im Bereich des Tatsächlichen oder des Normativen anzusiedeln ist. Nur wenn sie sich auf tatsächlicher Ebene irrt, ist weiterhin zu fragen, ob der Irrtum für sie vermeidbar war. Diesbezüglich ist die von der Rechtsprechung für die Erforderlichkeit der Notstandshandlung aufgestellte Prüfungspflicht bedeutsam. Grundsätzlich gilt: Je schwerwiegender die Tat ist, desto sorgfältiger muss der Täter prüfen, ob diese den einzigen Ausweg darstellt.⁵⁸ Wie beim Verbotsirrtum sind je nach Sachverhaltskonstellation unterschiedliche Ergebnisse möglich.

3. Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens

Die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens als allgemeiner übergesetzlicher Entschuldigungsgrund beim vorsätzlichen Begehungsdelikt wird von der ganz überwiegenden Lehre abgelehnt.⁵⁹ Begründet wird dies damit, dass die Unzumutbarkeit keinen benennbaren sachlichen Gehalt habe, was den Rechtsanwender zum Rechtsschöpfer mache.⁶⁰ Bei Unterlassungsdelikten hingegen ist die Unzumutbarkeit als übergesetzlicher Entschuldigungsgrund grundsätzlich anerkannt. Sofern die Vornahme der Rettungshandlung für den Täter unzumutbar ist, wird die Gefährdung anderer, eigener billiger Interessen beim Unterlassungsdelikt entschuldigend berücksichtigt.⁶¹

Bezogen auf die anonyme Kindesabgabe bedeutet dies, dass sich die Mutter bei Verwirklichung der vorsätzli-

chen Begehungsdelikte der §§ 170, 171 und 235 StGB nicht auf einen Entschuldigungsgrund wegen Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens berufen kann.

Fraglich ist, ob sich etwas anderes ergibt, wenn die Mutter den Tatbestand einer Personenstands Fältschung durch Unterlassen gemäß §§ 169 Abs. 1 Var. 3, 13 StGB erfüllt hat. Es ist zu untersuchen, ob die sich aus §§ 16 S. 1, 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 i.V.m. § 21 Abs. 1 PStG ergebende Verpflichtung zur Anzeige der Geburt des Kindes der Mutter unzumutbar war.

In der Fallkonstellation, dass die Mutter ihr Kind anonym abgibt, da sie es ansonsten aussetzen oder töten würde, ist dies nicht anzunehmen. Die Situation entspricht nicht den typischen Unzumutbarkeitsfällen. Die Mutter wendet eine in ihr selbst liegende, grundsätzlich steuerbare Bedrohung für Leib oder Leben des Kindes ab, indem sie dieses anonym abgibt und das Kind dadurch in seinem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung beeinträchtigt. Im Gegensatz zu Fällen, in denen eine Unzumutbarkeit angenommen wurde, hat es die Mutter gerade selbst „in der Hand“, ob sie ihr Kind aussetzt, tötet oder anonym abgibt. Zudem entstehen ihr durch eine fristgerechte und vollständige Geburtsanzeige keine Nachteile, denn die Meldung der Geburt ihres Kindes hat nicht zur Folge, dass eine Mutter, die – aus welchen Gründen auch immer – nicht mit ihrem Kind zusammenleben möchte, dazu gezwungen wird. Wie zuvor gezeigt, stehen ihr mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, wie sie sich von ihrem Kind trennen kann, ohne dass dabei zwangsläufig das Recht auf Kenntnis der biologischen Herkunft des Kindes verletzt wird. Somit ist die Anzeige der Geburt ihres Kindes der Mutter grundsätzlich zumutbar.

Gleiches muss gelten, wenn die Gefährdung von Seiten eines Dritten droht. Auch in diesem Fall führt das Vorhandensein von Alternativen nicht zu einer Unzumutbarkeit auf Seiten der anzeigeverpflichteten Mutter.

Somit ist die anonyme Kindesabgabe durch die Mutter im Allgemeinen auch nicht entschuldigt.

IV. Ergebnis und Konsequenzen

Bei abstrakter Untersuchung der anonymen Abgabe eines Neugeborenen in eine „Babyklappe“ bzw. mittels einer „anonymen Übergabe“ oder einer „anonymen Geburt“ ist festzustellen, dass die tatbestandsmäßig handelnde Mutter im Allgemeinen weder gerechtfertigt

55 Roxin (Fn. 14), § 22 Rn. 61.

56 Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 35 Rn. 42 m.w.N.

57 Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 35 Rn. 42.

58 Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 35 Rn. 43.

59 Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 15), § 23 Rn. 60; Kühl (Fn. 13), § 12 Rn. 12; Sch/Sch-Lenckner, Vorbem §§ 32 ff. Rn. 122/123, 124; Roxin (Fn. 14), § 22 Rn. 142.

60 Kühl (Fn. 13), § 12 Rn. 12.

61 Kühl (Fn. 13), § 18 Rn. 140; SK-Rudolphi (Stand: Sept. 2000), Vor § 13 Rn. 31, 34; siehe auch BGHSt 6, 46 (57).

noch entschuldigt ist. Insbesondere die von vielen Betreibern pauschal unterstellte Notstandssituation der Mutter, die ohne das Vorhandensein einer entsprechenden Abgabereinrichtung ihr Kind aussetzen oder töten würde, liegt gerade nicht vor, weil die Mutter die von ihr selbst ausgehende Bedrohung von Leib und Leben ihres Kindes durch bloßes Abstandnehmen von der Tat beseitigen kann. Damit ist die für einen rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB erforderliche Gefahr abzulehnen. Auch das Vorliegen eines schuldausschließenden Irrtums zu Gunsten der Mutter kann nicht ausnahmslos angenommen werden. Insofern erscheint es geradezu prekär, wenn „Babyklappen“-Betreiber und Anbieter von „anonymen Geburten“ und „anonymen Übergaben“ damit werben, dass die Inanspruchnahme ihrer Einrichtungen straffrei möglich wäre, denn dadurch suggerieren sie den angesprochenen Frauen ein Agieren im straffreien Raum, das die derzeitige Rechtslage nicht hergibt. Es stellt sich die Frage, ob sich die

Anbieter auf diese Weise nicht selbst in den Bereich strafbaren Verhaltens begeben.

Aber auch das mangelhafte Einschreiten von Polizei und Staatsanwaltschaften im Falle anonymer Kindesabgaben gewinnt vor dem Hintergrund dieses Ergebnisses noch einmal an Brisanz. Nicht nur wird durch das Nicht-einschreiten vielfach die einzige Möglichkeit zur Klärung der biologischen Herkunft des Kindes unterlassen, sondern aufgrund einer pauschalisierten Einschätzung der der anonymen Kindesabgabe zugrunde liegenden Situation hingenommen, dass mit der Kindesabgabe verbundene Straftaten – der Mutter, des Vaters oder weiterer Personen – unentdeckt bleiben. Damit ist aber der Anwendungsbereich einer Strafvereitelung im Amt gemäß § 258a StGB seitens Polizei und Staatsanwaltschaft eröffnet.⁶²

⁶² So auch *Wolf*, FPR 2001, 345 (351).

standpunkt

Rechtsstaat oder Barbarei?

Das Thema „Sterbehilfe“ ist wieder aktuell. Besonders aufsehenerregend war die Forderung des ehemaligen Hamburger Justizsenators Kusch, der unter Hinweis auf die straffrei mögliche Abtreibung auch die „aktive Sterbehilfe“ gesetzlich zugelassen wissen wollte. Schwer Leidenden solle ein qualvoller Tod erspart bleiben. Richtigerweise müsste allerdings von „Sterbetötung“, statt von „Sterbehilfe“ gesprochen werden. Denn „aktive Sterbehilfe“ ist keine *Hilfe* beim Sterben, sondern die *Beendigung* des Sterbens durch *Töten des Sterbenden*. Zu ihrer Rechtfertigung hat *Reinhard Merkel* folgendes Beispiel gebildet („Die Zeit“, Nr. 47 vom 17.11.2005: Der Staat darf nicht zum Leben nötigen): Ein PKW geht in Flammen auf, der Fahrer ist eingeklemmt und nicht zu befreien. Bis zum Eintreffen der Feuerwehr wird der Fahrer bei zunächst vollem Bewusstsein verbrannt sein. Um diesem qualvollen Tod zu entgehen, fleht er den am Unfallort bereits eingetroffenen Polizeibeamten an, ihn zu erschießen. Dieser verweigert sich. Nach *Merkel* zu Unrecht, denn das Recht gebiete, einen Sterbenden auf sein ernsthaftes Verlangen hin zu töten, um ihm unnötige Qualen zu ersparen. Andernfalls würde sich die Rechtsordnung ein barbarisches Attest ausstellen.

Das Beispiel überzeugt nicht. Das Grundgesetz verbietet (soweit nicht Notwehr o. ä. in Betracht kommt) die Tötung eines Menschen. Auch die Mitleidstötung fällt hierunter. Sogar die Todesstrafe ist nach dem Grundgesetz verboten (Art. 102). Darf aber nicht einmal der wegen

schwerster Verbrechen schuldig gesprochene Straftäter dem Tod überantwortet werden, so muss dies auch für jeden anderen, auch den sterbenden Menschen gelten. Dass sein Tod qualvoll bevorsteht und er deshalb sofort getötet werden will, rechtfertigt eine andere Beurteilung nicht. Der „übergesetzliche Notstand“, auf den *Merkel* sich beruft, erlaubt die Übertretung gesetzlicher Vorschriften nämlich nur, um im Einzelfall ein Menschenleben zu retten, nicht aber, um einen Menschen zu töten. Auf den Fall, in dem ein Mensch seine Tötung ausdrücklich verlangt, um der Qual des bevorstehenden Todes zu entgehen, treffen die Voraussetzungen des übergesetzlichen Notstandes nicht zu. Vor allem gibt es keine *Pflicht*, zu töten. Die „Tötung auf Verlangen“ ist gesetzlich geregelt, sie ist strafbar (§ 216 StGB). Damit hat der Polizeibeamte in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung gehandelt. Sein hierauf beruhendes Verhalten ist auch nicht barbarisch. Weder hat der Beamte die Situation herbeigeführt noch Lust oder Freude daran. Eher dürfte ihn ein Gefühl der Hilflosigkeit erfassen. Dies ist aber kein Grund, einen sterbenden Menschen zu töten. Das Beispiel nötigt deshalb auch nicht dazu, die Abschaffung oder Lockerung des Straftatbestandes der Tötung auf Verlangen zu fordern. Im Gegenteil:

Es ist sicher grausam und im klassischen Sinne tragisch, ohne jedes Eigenverschulden den Verbrennungstod oder einen anderen qualvollen Tod erleiden zu müssen. Dennoch darf die Leidabwendung nicht durch die Tö-

tion des Leidenden erfolgen. Wäre das richtig, so müsste im Vergleich zum Lebensrecht die Leidabwendung als das höhere Rechtsgut angesehen werden. Dies träfe das Lebensrecht in seinem Kern. Zu befürchten wäre, dass die Leidabwendung durch Tötung sich sehr schnell verselbständigen würde. Die Sterbetötung würde sich, auf Dauer jedenfalls, nicht auf besonders schwere Fälle beschränken lassen. Wer in das menschliche Leben durch Tötung – und sei es aus edelsten Motiven – eingreift, wird alsbald nicht mehr Herr des Geschehens sein. Mag am Anfang das Tötungsverlangen des Sterbenden noch im Vordergrund stehen, wird bald auch derjenige getötet werden, der sich nicht mehr artikulieren kann, aber unter „objektiven“ Gesichtspunkten seine Tötung „eigentlich“ wollen müsste. Man wird ihm, so wird es dann heißen, nur weil er unfähig geworden sei, sich zu äußern, sein „Recht“ auf Tötung zur Leidabwendung nicht vorenthalten können. Schließlich wird man

sich über den Willen des Sterbenden, sein Leid auszuhalten, hinwegsetzen. Man wird unterstellen, dass der schwer Leidende seine Situation nicht mehr „richtig“ einschätzen könne, weshalb er seine Tötung letztlich doch wolle.

Die Tötung des Menschen an seinem Lebensende wird so immer selbstverständlicher werden. Schließlich wird die Sterbetötung als rechtmäßig gelten. So wie dies bei der Tötung des Menschen zu Beginn des Lebens – die Rede ist vom Abtreibungsgeschehen – schon lange als Teil der Rechtswirklichkeit hingenommen wird. Eine weitere Parallele ist gegeben: Abtreibung wie Sterbetötung sind nur unter chemischer oder physischer Gewalt möglich. Diese Gewaltanwendung öffnet – zumindest auf Dauer – der Barbarei die Tür.

RiLG Knut Wiebe, Köln

judikatur

LG München I: Zulässigkeit unaufdringlicher „Gehsteigberatung“ vor einer Abtreibungsklinik

GG Art. 2 Abs. 1, Abs. 2, 12 Abs. 1; StGB §§ 218 a Abs. 1, 219; BGB §§ 823, 1004

Leitsatz der Redaktion:

Das Angebot von Beratung und Hilfe an schwangere Frauen auf dem Weg zu einer Abtreibungsklinik ist von der allgemeinen Handlungsfreiheit gedeckt und vom Abtreibungsarzt hinzunehmen, wenn dies nicht in diffamierender oder besonders aufdringlicher Weise geschieht.

Urt. v. 25.07.2006, Az. 28 O 5186/06

Zum Sachverhalt:

Der klagende Arzt macht gegen den beklagten Verein (Beklagter zu 2) und eines seiner Mitglieder (Beklagte zu 1) Unterlassungsansprüche im Hinblick auf das Ansprechen seiner Patientinnen vor seiner auf die Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen spezialisierten Praxis in München-Pasing geltend.

Der Kläger nimmt gem. Erlaubnis der Regierung von Oberbayern in seinen Praxisräumen Abtreibungen vor. Nach seinen Angaben nahm er gemeinsam mit 4 Kollegen im Jahre 2005 etwa 2.600 Abbrüche bei einem Umsatz von ca. 600T Euro vor. Die Beklagten gehen von etwa 4.000 Abbrüchen und einem Jahresumsatz von 1,5 Mio. Euro aus.

Der Kläger ist u. a. wegen einer mit der bayerischen Staatsregierung Ende der neunziger Jahre geführten Auseinandersetzung über das „Schwangerenilfeergänzungsgesetz“ namentlich in der Presse genannt worden (vgl. etwa Spiegel Nr. 35/98). In einem Artikel aus der taz vom 27.04.2004 heißt es unter der Überschrift: „Raus aus meinem Uterus“ unter Nennung des vollen Namens des Klägers: „Mit den zwei, drei Lebensschützern, die immer noch vor seiner Praxis versuchen, Frauen unter extremen psychologischen Druck zu setzen, hat er sich abgefunden“. In einem Artikel der Zeitschrift Laura wird unter voller Nennung des Namens des Klägers und seiner Sprechstundenhilfe unter Wiedergabe wörtlicher Zitate über zwei Seiten über Schwangerschaftsabbrüche und deren Einzelheiten in seiner Praxis berichtet.

Die Beklagte zu 1) ist freigestellte Lehrerin und ehrenamtlich verantwortliche Leiterin des Beratungszentrums München des Beklagten zu 2). Sie nimmt an der von den Beklagten so bezeichneten Straßenarbeit des Beklagten zu 2) teil. Diese gestaltet sich in der Straße vor der Hofzufahrt zu den Praxisräumen des Klägers so, dass sich mindestens 2 Mitglieder dort aufhalten. Ein Mitglied spricht Passanten an, das andere Mitglied (so genannte „Beter“) betet still für das Leben ungeborener Kinder, deren Eltern, Angehörige und die beteiligten Mediziner.

Die Beklagte zu 1) hält sich nach ihrem Vorbringen oft vor den Praxisräumen des Klägers auf und spricht Frauen an, von denen sie den Eindruck habe, dass sie sich in einem Schwangerschaftskonflikt befänden. Hin und wieder suche sie das Gespräch mit Passanten. Sie habe

aufgrund ihrer jahrelangen Tätigkeit ein Gespür dafür, welche Personen Probleme haben. Dagegen unternähmen weder die Beklagte zu 1) noch andere Mitglieder des Beklagten zu 2) den Versuch, Personen von der Praxis des Klägers abzuhalten, es werde lediglich Hilfe angeboten. Würde das Gesprächsangebot nicht angenommen, würden die Passanten nicht bedrängt. Was an den vorgezeigten und übergebenen Plastikembryonen unappetitlich sein sollte, sei unerfindlich. Eine Frau müsse über Vornahme und Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs vollständig informiert sein. Dies gewährleiste die „Fließbandtätigkeit“ des Klägers nicht. Insoweit beziehen sich die Beklagten auch auf das Schreiben der LH München - Kreisverwaltungsreferat - vom 04.07.2006 mit Anlagen, aus denen sich ergibt, dass das Verhalten der Mitglieder der Beklagten immer wieder Gegenstand ordnungsbehördlicher und polizeilicher Überprüfungen war, ohne dass sich insoweit Beanstandungen ergeben hätten. Nach einem Vermerk des Zeugen St. vom 07.03.2005 wurden Patientinnen des Klägers angesprochen, um sie zu einem Sinneswandel zu bringen, ohne dass es zu Belästigungen gekommen wäre.

Der Kläger bringt hierzu vor, die Beklagte zu 1) und die anderen Mitglieder des Beklagten zu 2) würden die als Anlagen vorgelegten Handzettel verteilen. Es würde gefragt, ob sich die Passanten zum Zwecke der Abtreibung in die Praxis des Klägers begeben wollten. Würde dies verneint, würden die angesprochenen Personen danach befragt, ob ihnen bekannt sei, dass der Kläger Schwangerschaftsabbrüche vornehme und damit Kinder töte. Die Beklagte zu 1) versuche stets, die Passanten in ein Gespräch über den ethischen, moralischen medizinischen Unwert des Abbruchs zu verwickeln und versuche sie in aufdringlicher Art und Weise vom Schwangerschaftsabbruch abzuhalten. Die Beklagte zu 1) sei besonders aufdringlich, sie öffne nicht selten bereits die Tür des mit der Patientin ankommenden Taxis, um diese anzusprechen. Die Passanten würden auch gegen ihren Willen angesprochen. Den Betroffenen würden auch Plastikembryonen der vom Kläger vorgelegten Art gezeigt und übergeben. Daher müssten die Patientinnen regelrecht Spießbruten laufen, um die Praxis des Klägers zu erreichen. Natürlich seien seine Patientinnen den Gesetzen entsprechend beraten, er rate im Zweifelsfall von einer Abtreibung ab.

Die Zeugin D. habe er bereits am 18.01.2006 über alle Aspekte eines Schwangerschaftsabbruchs aufgeklärt. Der Eingriff hätte durch die 24 Stunden vor der Abtreibung einzunehmende Tablette Mifegyne vorbereitet werden sollen, nach deren Einnahme müsse der Eingriff aus medizinischen Gründen vorgenommen werden. Am 23.01.06 sei Frau D. erneut in die Praxis gekommen, dabei habe sie die Tablette mit ausführlicher Einnahmeanweisung erhalten. Als sie am 25.01.06 nach Einnahme der Tablette zur Vornahme des Eingriffs zur

Praxis gekommen sei, sei sie gegen ihren Willen von der Beklagten zu 1) angesprochen worden. Als Frau D. mitgeteilt habe, bereits Mifegyne genommen zu haben, habe die Beklagte zu 1) erklärt, die Einnahme der Tablette sei unschädlich, sie könne das Kind austragen und es bekommen. Als Frau D. Zweifel geäußert habe, sei sie von der Beklagten zu 1) in die Räume des Beklagten zu 2) in der Westendstraße mitgenommen worden. Dort habe ein angeblicher Arzt auf Anruf erklärt, die Einnahme von Mifegyne stehe dem Austragen des Kindes nicht entgegen. Diese Aussage sei falsch und für seine Patientin gefährlich gewesen. Der Kläger bestreitet, dass der Telefonpartner Frauenarzt ist. Am 26.1.2006 habe er von Frau D. den Sachverhalt erfahren. Er habe schließlich den geplanten Eingriff vornehmen und Schaden von der Patientin abwenden können.

Die Parteien sind über die Gefahren des arzneimittelrechtlich zugelassenen Medikaments Mifegyne unterschiedlicher Auffassung. Dies gilt auch für die Frage, ob die vom Kläger geschilderte Vorgehensweise bei der Behandlung lege artis ist und der geltenden Rechtslage entspricht. Die Beklagten berufen sich im Übrigen darauf, dass seit Beginn der Tätigkeit vor der Praxis des Klägers etwa 300 Frauen zur Umkehr bewogen worden seien. Hierzu haben sie die Lebensgeschichte von 17 Frauen dargelegt und unter Beweis gestellt. Insoweit hat sich der Kläger auf die Bemerkung beschränkt, er sähe davon ab, dem Gericht die ihm vorliegenden Dankschreiben einer Vielzahl von Patientinnen vorzulegen.

Nach Darstellung des Klägers ist es das Ziel der Beklagten, potentielle Patientinnen vom Besuch seiner Praxis abzuhalten und ihn wirtschaftlich zu ruinieren. Er stützt sich auf einen Anspruch aus §§ 823, 1004 BGB wegen rechtswidrigen Eingriffs in seine Sozialsphäre, seine Berufsausübungsfreiheit sowie sein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Das Verhalten der Beklagten gefährde Behandlungserfolge. Es werde auch sein Ruf als Arzt beeinträchtigt. Zudem werde in das seelische Wohl der einzelnen Patientinnen eingegriffen. Die Beklagten könnten sich nicht auf die Religionsfreiheit berufen, weil sie nicht beanspruchen könnten, dass ihre Überzeugung zum Maßstab des Handelns des Klägers genommen werde. Die Freiheit zur Religionsausübung rechtfertige keinen offensiven Eingriff in seine Praxis oder das gesetzliche Beratungsschutzkonzept. Das Vertrauensverhältnis Arzt-Patientin dürfe nicht durch das Dazwischentreten Dritter gestört werden, insbesondere weil die Patientinnen wegen der ohnehin gegebenen psychischer Ausnahmesituation infolge des Ansprechens regelmäßig verstört und der Beratung und Behandlung für eine geraume Zeit nur eingeschränkt zugänglich seien.

Beide Beklagten seien Störer. Sie könnten sich auch nicht auf die Meinungsfreiheit berufen, weil ein Schranken setzendes Gesetz auch die gesetzliche Regelung der Schwangerschaftsberatung sei. Die Güterabwägung zwi-

schen Patientenrechten sowie dem Recht des Klägers an der Ausübung seiner Arztpraxis und der Meinungsfreiheit der Beklagten führe zum Vorrang seiner Belange und der seiner Patientinnen.

Die Beklagten nehmen für sich die Handlungs- und Meinungsfreiheit in Anspruch. Sie verweisen darauf, dass nicht gegen Kläger demonstriert würde, die Patientinnen würden nicht negativ beeinflusst. Der Kläger habe keinen Anspruch auf die von ihm begehrte Bannmeile und auf Unterlassung der Hilfsangebote. Es würde lediglich im Sinne einer auch vom Beratungskonzept verlangten vollständigen Aufklärung gehandelt. Dieses verlange nicht den Ausschluss jeden Beratungsangebots vor einer Klinik. Der Kläger habe das Selbstbestimmungsrecht der Frauen zu beachten, die selbst entscheiden könnten, ob sie sich auf angebotene Gespräche einlassen wollten. Der Glauben könne nach außen bekundet werden. Es würde nur auf das göttliche und menschliche Recht auf Leben hingewiesen.

Der Antrag des Klägers, den Beklagten die Ansprache und Beratung von potentiellen Patientinnen des Klägers vor seiner Praxis sowie die Übergabe von Informationsmaterial zu untersagen, blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klage hat keinen Erfolg, weil das Gericht nach Durchführung der Beweisaufnahme zu der Auffassung gelangt ist, dass im vorliegenden Fall im Unterschied zu den bisher entschiedenen einschlägigen Fällen ein rechtswidriger Eingriff in das Arzt-Patientinnenverhältnis nicht vorliegt.

Der Einzelrichter hat bereits am Ende der mündlichen Verhandlung ohne Widerspruch des Klägers mitgeteilt, dass er Eingriffe in dessen Persönlichkeitsrecht unter dem Aspekt der Prangerwirkung oder des substantiellen Eingriffs in die Grundlagen seiner Arztpraxis nicht sieht. Insbesondere hat sich nicht erwiesen, dass der Kläger durch das Verhalten des Beklagten zu 2) nennenswerte finanzielle Einbußen erleidet.

Zwar kann im vorliegenden Fall parallel etwa zu der Entscheidung des OLG Stuttgart (Az: 4 U 114/03, vom 1.10.2003, abrufbar über JURIS) festgestellt werden, dass das Verhalten der Gehsteigberater des Beklagten zu 2) mittelbare Auswirkungen auf den Praxisbetrieb des Klägers hat. Denn die Patientinnen, die erfolgreich angesprochen werden oder in ihrer emotionalen Ausnahmesituation von weiteren Besuchen in der Praxis abgehalten werden, gehen der Praxis des Klägers endgültig verloren. Nennenswerte wirtschaftliche Nachteile, die sich auf die Bewertung der sich gegenüberstehenden Rechte der Parteien auswirken würden, haben sich jedoch nicht feststellen lassen. Auf direkte Frage des Gerichts konnte der Kläger etwaige Einbußen nicht beziffern. Die Praxis wird seit Beginn der neunziger Jahre betrieben. In diesem Zusammenhang bleibt festzuhalten,

dass der Kläger sich im vorliegenden Fall nur auf die Einbußen seiner von ihm persönlich betriebenen ambulanten Praxis beziehen könnte. Der Umstand, dass er auch für die für stationäre Behandlungen zuständige Klinikbetriebsgesellschaft tätig ist, ist erst in der Sitzung bekannt geworden, ohne dass ersichtlich geworden wäre, inwieweit sich der Kläger auf etwaige Rechte der GmbH berufen könnte.

Damit entscheidet sich der Rechtsstreit im Wesentlichen an der Frage, ob das Verhalten der Gehsteigberater des Beklagten zu 2) bzw. der Beklagten zu 1) tatsächlich ein rechtswidriger Eingriff in das Arzt-Patientinnenverhältnis ist, auf den sich der Kläger berufen könnte.

Hierzu ist auf Grund der durchgeführten Zeugeneinvernahmen generell festzustellen, dass das Konzept des Beklagten zu 2) ersichtlich darauf abzielt, den potentiellen Klientinnen Hilfe und Beratung anzubieten, nicht aber die Abtreibungen des Klägers oder diesen selbst verbal negativ darzustellen. Es versteht sich zwar von selbst, dass bei dem vielfach geschilderten freundlichen Zugehen auf Patientinnen und Passanten gleichzeitig eine negative Wirkung auf die soziale Wertschätzung des Klägers insofern eintritt, als Äußerungen wie „Mama, schütze das Leben deines Babys“ o. ä., die nach den plausiblen und glaubhaften Angaben der Zeuginnen Sch. und P. häufig fallen, ins Gegenteil gewendet bedeuten, dass die durch den Kläger durchgeführten legalen Abtreibungen etwas Negatives sind. Direkte Äußerungen in diese Richtung haben sich jedoch bis auf den Fall der Zeugin R. nicht feststellen lassen. Diese hat glaubhaft und glaubwürdig geschildert, dass sie beim Verlassen der Praxis des Klägers nach ihrer Abtreibung im Juni 2006 von einem Berater der Beklagten mit dem Wort „Kindermörderin“ bezeichnet wurde und ihr vorgehalten wurde, dass ihr Verhalten unverantwortlich sei.

Würde das Beratungskonzept des Beklagten zu 2) oder aber die von der Beklagten zu 1) durchgeführte Beratungen generell darauf abzielen, Patientinnen zu diffamieren, die sich auf die Hilfsangebote nicht einlassen, wäre dieses Verhalten ohne Weiteres als rechtswidrig zu qualifizieren, weil dann nicht nur das Verhalten der Patientinnen, sondern auch das Verhalten des Klägers herabwürdigend und beleidigend dargestellt würde. Der Einzelrichter ist jedoch nach Einvernahme der Beraterinnen und Berater, aber auch des Zeugen Dr. M. davon überzeugt, dass sich die Mitarbeiter des Beklagten zu 2), und auch die Beklagte zu 1) bei der Beratung gezielt Zurückhaltung auferlegen und dass sie es vermeiden, negative Äußerungen über den Kläger oder gegenüber seinen Patientinnen zu tätigen. Dies gehört nach den Schilderungen aller Zeugen offensichtlich zum Konzept der Beklagten.

Dies ergibt sich bereits aus den Angaben der Beklagten zu 1) bei ihrer informellen Anhörung und des Präsidenten des Beklagten zu 2) über Organisation, Durchführung und Überwachung der Gehsteigberatung, die

sich mit denen der Zeugen K., H., E., S., J. und M. Sch., Ei., G. und M. decken. Auch aus den Angaben des Zeugen A. ergibt sich, dass die Beratungen bei Ablehnung durch die Angesprochenen nicht fortgesetzt werden. Der Zeuge Ma., der das Verhalten der Gehsteigerberater für aufdringlich hält, räumte ein, dass sich diese spätestens nach mehrfachem Anbieten der Broschüre zurückziehen. Eine besonders zutreffende Schilderung der Beratungssituation erfolgte durch die Zeugin T. Danach wird versucht, die Frauen auf dem Weg zur Praxis nachhaltig anzusprechen und andere Lösungen im Sinne der Lebenshilfe anzubieten. Erfolgt jedoch Ablehnung oder Abschirmung wie im Falle T., wird die Ansprache abgebrochen. Das Verhalten der älteren Dame, die die Zeugin vor etwa 4 Jahren auf dem Weg zur Praxis ansprach, lässt sich dem Beklagten zu 2) nicht mit dem erforderlichen Grad an Sicherheit zuordnen. Auch aus den anschaulichen und aus seiner Sicht deutlich akzentuierten Angaben des Zeugen Dr. M. lässt sich nicht schließen, dass bei den vom Beklagten zu 2) initiierten und organisierten Maßnahmen über das von diesem als aggressiv bezeichnete aktive Ansprechen der Passanten hinaus negative Äußerungen über die Person des Klägers oder seiner Patientinnen fallen, auch wenn das Verhalten der Berater die bereits geschilderten negativen Reflexe auslöst. Der Zeuge St. gab an, dass es aus polizeilicher Sicht über die Jahre hinweg zu keinen objektivierbaren Angaben zu Beleidigungen gekommen ist. Allein aus dem Umstand, dass es immer wieder erregte und subjektiv sicher berechnete Empörung über das Ansprechen gegeben hat, lässt sich nicht der hinreichend sichere Schluss ziehen, dass es nicht nur vereinzelt zu solchen Handlungen durch Gehsteigerberater oder Beter des Beklagten zu 2) gekommen ist.

Das Gericht hat im Verlauf der Verhandlung die sichere Überzeugung gewonnen (§ 286 ZPO), von allen Beteiligten, Parteien und Zeugen, hinsichtlich objektivierbarer Fakten mit Ausnahme der Angaben des Klägers zur Zugangsmöglichkeit zur Praxis (dagegen die Angaben der beim Kläger tätigen Zeugin P.) mit der Wahrheit bedient worden zu sein. Weder haben sich Plausibilitätslücken ergeben, noch haben die von unterschiedlicher eigener Sichtweise geprägten Zeugen den Eindruck erweckt, auf Kosten einer Lüge den Prozesserverfolg der ihnen nahe stehenden Seite ermöglichen zu wollen. Dass die Auswirkungen der Gehsteigerberatungen je nach Standpunkt des Betrachters unterschiedlich bewertet werden, war schon nach dem umfangreichen Vorbringen der Parteien, aber auch dem gesunden Menschenverstand zu erwarten. Dennoch war die Beweisaufnahme entgegen der Auffassung des Klägers unerlässlich, da es auch um eine Gesamtbewertung des Verhaltens des Beklagten zu 2) und der von ihm entsandten Berater und Beter geht. Hierzu war der persönliche Eindruck des Gerichts von den handelnden und betroffenen Personen unerlässlich. Denn das Gericht hat bei

der gebotenen Gesamtabwägung der Belange der Parteien auch berücksichtigt, dass alle gehörten Gehsteigerberater und Beter zwar einerseits den Eindruck vermittelt haben, zu ihrer Grundüberzeugung in Sachen Lebensschutz zu stehen, andererseits jedoch nicht beabsichtigen, diese Überzeugung in jedem Fall ohne Rücksicht auf die Belange der betroffenen Frauen durchsetzen zu wollen.

Das Problem der Verhaltensweise der Beter und Gehsteigerberater liegt darin, wie es der Zeuge Dr. M., aber auch der Zeuge Ma. einleuchtend geschildert haben, dass das Verhalten von den Patientinnen als belästigend empfunden wird, unabhängig davon, ob es sich um solche des Klägers handelt. Denn mit der Ansprache unter Bezugnahme auf die „S.-klinik“, ist der sozial negativ empfundene Anschein verbunden, eine Abtreibungspraxis aufsuchen zu wollen. In diesem Zusammenhang muss aber auch Berücksichtigung finden, dass der Kläger es weder geheim hält, noch es der interessierten Öffentlichkeit verborgen bleiben kann, dass er eine legale Abtreibungsklinik betreibt (s. dazu die Angaben des Klägers). Dies ergeben nicht nur die Zeitungsartikel, in denen er namentlich genannt ist, sondern auch die von den Beklagten erwähnten Möglichkeiten, den Namen des Klägers im Internet aufzurufen.

Nach Meinung des Einzelrichters kann sich der Kläger nicht mit Erfolg auf das Recht seiner Patientinnen, aber auch seiner eigenen Person berufen, in Ruhe gelassen zu werden. Dieses Recht steht dem einzelnen Bürger als Abwehrrecht gegenüber dem Staat in vielfacher Ausprägung zu, etwa in Form des Rechtes auf informelle Selbstbestimmung (vgl. zu diesem Thema ausführlich Di Fabio in Maunz/Dürig, Stand März 2006, Rdn. 149 ff zu Art. 2 GG). Im Verhältnis zwischen Privaten kann das genannte Recht jedoch nicht gewährleistet, vor jeder Ansprache verschont zu werden, wie auch der Kläger hat einräumen lassen. Deshalb spitzt sich die Fragestellung in vorliegendem Rechtsstreit darauf zu, ob die Patientinnen des Klägers auch wegen ihrer emotional besonderen Situation (vgl. nur die Angaben der Zeugin Sch.), aber auch als Patientinnen generell das Recht haben, auf dem Weg zur Praxis nicht angesprochen zu werden. Hierzu hat der BGH mit der Entscheidung vom 7.12.2004 (Az: VI ZR 308/03 = NJW 2005, S. 522, Rd. Nr. 17) entschieden, dass erforderlich sei, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patientin nicht durch das Dazwischentreten außenstehender Dritter belastet wird, so dass sich die Schwangere auf Grund der äußeren Umstände bedrängt fühle. Nur dann werde es möglich sein, der Schwangeren ärztlichen Rat zu erteilen und unter noch unklaren Umständen einen etwaigen Eingriff zu verschieben. Dieser Einschätzung des BGH lag allerdings ein Verhalten zu Grunde, in dem die Person des Arztes bewusst diffamiert wurde und damit die Vertrauensbasis zwischen Arzt und Patientin zerstört wurde. Dagegen haben im vorliegenden Fall die Anga-

ben der Zeugin P. und Sch. ergeben, dass es zwar durchaus eine Weile gedauert hat, emotional aufgewühlte Patientinnen soweit zu beruhigen, dass eine Beratung durchgeführt wurde. Damit wurde die Behandlung verzögert, ggf. mussten auch Ersatztermine verteilt werden, wobei nach Angaben der Zeugin P. in Ausnahmefällen die Möglichkeit besteht, die Patienten durch eine Hintertür aus der Praxis zu entlassen und ihr ggf. auf Verabredung Zutritt zu verschaffen. Bei dieser Sachlage ist der Einzelrichter insgesamt der Auffassung, dass das Verhalten der Beklagten insgesamt noch hinzunehmen ist. Denn der Beklagte zu 2) und die von ihm entsandten Personen können sich ihrerseits auf die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 GG berufen, die es ihnen erlaubt, sich in einer bei einer Gesamtabwägung hinnehmbaren Art und Weise an dritte Personen zu wenden, ohne dass insoweit eine Berechtigung aus besonderen Grundrechten, wie etwa Art. 4 und 5 GG, erforderlich wäre.

Gleiches gilt für die Person der Beklagten zu 1). Weder hat die Zeugenbeweisaufnahme ergeben, dass diese sich besonders aufdringlich Patientinnen genähert, etwa durch das Aufreißen von Autotüren, noch dass sie sich Patientinnen rechtswidrig aufgedrängt hätte. Gegen die „freundliche Beratung“ ist nach Meinung des Gerichts aus den geschilderten Gründen nichts einzuwenden. Hinsichtlich der Annäherung an Autofahrer hat etwa die Zeugin P. bekundet, dass die Türen nicht aufgerissen worden seien, dass sich die Berater aber anhalten und einparkenden Wagen sofort genähert hätten. Auch dieses Verhalten mag als sozial lästig empfunden werden, ist jedoch aus den geschilderten Gründen nicht als rechtswidrig und eine Störerhaftung auslösend zu bewerten.

Der Einzelrichter teilt auch nicht die Auffassung des Klägers, dass sich insbesondere das Verhalten der Beklagten zu 1) im Fall D. als rechtswidrig herausgestellt hat. Insoweit hat die Einvernahme der Zeugin aber auch die Anhörung der Beklagten zu 1) und die Einvernahme der Zeugin G. ergeben, dass es der Beklagten zu 1) tatsächlich gelungen ist, durch das Ansprechen mit Hilfsangeboten das Interesse der Zeugin soweit zu wecken, dass diese die Beklagte zu 1) in das Beratungszentrum des Beklagten zu 2) begleitet hat. Dort kam es, wie beide Seiten auch geschildert haben, zur Kontaktaufnahme mit einem telefonisch durch Mitarbeiter des Beklagten zu 2) bemühten Arzt. Für die Entscheidung kommt es nicht darauf an, ob die Ratschläge, die dieser Arzt erteilt hat, richtig oder falsch waren. Jedenfalls handelte es sich insoweit nicht um einen Eingriff in das Arzt-Patientenverhältnis zwischen dem Kläger und der Zeugin D. Denn auch wenn dieses besonders geschützt ist, stand es der Zeugin frei, auf Grund eigenen Willensentschlusses einen dritten Arzt hinzuzuziehen.

Hier ist das Gericht der Meinung, dass es zu allererst die Entscheidung der Zeugin D. war, ob sie es bei der Bera-

tung und Behandlung des Klägers bewenden ließ, oder ob sie auch während der Behandlung auch auf die Gefährdung der eigenen Person hin einen dritten Arzt hinzuzog. Denn die Einvernahme der Zeuginnen D. und G. hat zwar ergeben, dass sich die Zeugin D. bei den geführten Gesprächen in einer seelischen Ausnahmesituation befand, allerdings ergab sie keine Anhaltspunkte dafür, dass die Zeugin nicht mehr in der Lage war, ihr eigenes Handeln willensgesteuert zu bestimmen (s. dazu auch die Angaben der Zeugin R. zu ihrer emotionalen Belastungssituation bei Annäherung an die Praxis und nach dem Beratungsversuch). Es lag damit in ihrer Hand, die aus Sicht des Klägers höchst gefährlichen Gespräche ab- bzw. zu unterbrechen. Insoweit qualifiziert sich das Handeln der Beklagten zu 1) nicht deshalb als rechtswidrig, weil sie das Dazwischentreten einer anderen ärztlichen Meinung forciert und ermöglicht hat. Betrachtet man zusätzlich, dass auch nach Angaben der Zeugin D. von Seiten des Beklagten zu 2) bzw. der Beklagten zu 1) ausdrücklich dazu aufgefordert wurde, den Frauenarzt des Vertrauens aufzusuchen, um sich beraten zu lassen, vermag das Gericht eine rechtswidrige Störung des Arzt-Patientinnenverhältnisses in diesem Punkt nicht festzustellen.

Es liegt auch keine relevante Beeinträchtigung des gesetzlich vorgesehenen Beratungskonzepts vor. Denn die unerwünschten Kontaktaufnahmen durch die Mitglieder des Beklagten zu 2) mögen die Arbeit des Klägers erschweren, machen sie jedoch offensichtlich nicht unmöglich. Dies gilt auch im Falle R. Denn wenn die Zeugin in ihrer emotionalen Aufwühlung die Abtreibungspille nahm, ohne weiter nachzudenken, ist dies letztlich auch ein Ergebnis der Beratung durch den Kläger, denn die Zeugin hat sich in Kenntnis der gepflogenen Beratung zu einer Abtreibung ohne weiteres Nachdenken entschieden. Es muss auch insoweit abgewogen werden, ob die vom Kläger angeführten Beeinträchtigungen über die gesetzliche Bewertung hinaus die privatrechtlichen Kontakte der Parteien so weit prägen, dass den Belangen des Klägers ohne Weiters der Vorzug vor den von den Beklagten verfolgten Interessen einzuräumen ist. Da aber hier bei der gebotenen objektiven Bewertung (noch) nicht von einem unzumutbaren Spießruten laufen der Patientinnen die Rede sein kann, hat der Kläger auch unter diesem Gesichtspunkt bzw. einer Gesamtbewertung aller Umstände keinen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagten.

Anmerkung

Dem Urteil ist zuzustimmen. Die Begründung überzeugt allerdings insoweit nicht voll, als das Gericht auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 I GG) und auf die Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG), auf welche sich die Beklagten für ihr Verhalten berufen haben, nicht besonders eingeht. Im Rahmen einer vorzunehmenden

Güter- und Interessenabwägung könnte dies insoweit relevant sein, als das Interesse an einem durch die genannten speziellen Freiheitsrechte geschützten Verhalten im Vergleich zu einem lediglich von der allgemeinen Handlungsfreiheit gedeckten stärker zu gewichten wäre.

Gegen das Urteil des LG München ist inzwischen Berufung eingelegt worden. Im weiteren Verfahren wird der klagende Mediziner wie bereits in der Klagebegründung versuchen, den Sachverhalt als demjenigen gleich gelagert darzustellen, welcher dem angeführten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 7.12.2004 (BGHZ 161, 266 = NJW 2005, 592 = ZfL 2005, 13 mit Anm. d. Verfassers) zugrunde lag. Nach diesem Urteil tritt das Recht auf Meinungsäußerung dann hinter das Recht auf Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des betroffenen Arztes zurück, wenn „ein Gynäkologe in unmittelbarer Nähe seiner Praxis gegenüber Passanten in Gesprächen über das Thema ‚Abtreibung‘ als Arzt namentlich unter Hinweis darauf benannt (wird), dass er Abtreibungen vornehme“ (Leitsatz). Nach dem Urteil des LG München ist ein solches Verhalten der Beklagten weder bisher festgestellt worden noch beabsichtigt.

Gegenstand des BGH-Urteils war ein Antrag, es zu unterlassen, Patientinnen des klagenden Arztes sowie Passanten in der Nähe seiner Praxis „anzusprechen und wörtlich oder sinngemäß darauf hinzuweisen, dass der Kläger in seiner Praxis Abtreibungen vornimmt.“ Ein Verhalten, wie es die Beklagten des vorliegenden Verfahrens nach den Feststellungen des Landgerichts gezeigt haben und auch künftig beabsichtigen, wollte der Kläger jenes Verfahrens gar nicht untersagt haben, weshalb der BGH über einen dahin gehenden Unterlassungsanspruch nicht entscheiden konnte und auch nicht entschieden hat.

In den Entscheidungsgründen ist der BGH davon ausgegangen, dass bei schwerwiegenden Auswirkungen auf das Persönlichkeitsrecht (hier: des klagenden Arztes), „etwa bei Stigmatisierung oder sozialer Ausgrenzung“, Eingriffe in die Sozialsphäre der Betroffenen unzulässig seien. Derartige Auswirkungen seien im entschiedenen Fall gegeben. Indem der Beklagte Passanten und Frauen, die er für Patientinnen des Klägers halte, in unmittelbarer Nähe von dessen Praxis „in Gespräche über das Thema Abtreibung verwickelt, den Kläger namentlich benennt und auf dessen Abtreibungstätigkeit hinweist, um die Patientinnen zu irritieren und von dem Besuch der Praxis abzuhalten“, würdige er die berufliche Tätigkeit des Klägers insgesamt herab, obwohl diese legal sei. Dieses Verhalten entfalte in unverhältnismäßiger Weise eine „Prangerwirkung“ gegen die Person des Klägers.

Der Beklagte, so der BGH weiter, wähle den Kläger willkürlich aus einer Vielzahl von „Abtreibungsmedizinern“ aus und dränge ihn als Privatperson in eine von ihm ungewollte und nicht herausgeforderte Öffentlichkeit. Der Beklagte verfolge nach seinem Vorbringen den Zweck,

die bestehende Rechtslage zum Schwangerschaftsabbruch zu kritisieren und auf ihre Änderung hinzuwirken. Für Äußerungen im öffentlichen Meinungskampf spreche zwar die Vermutung für deren Zulässigkeit. Doch habe das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang „zu Recht für ausschlaggebend gehalten“, dass der Beklagte durch sein Vorgehen auf das Personal des Klägers und abtreibungswillige Schwangere einwirkt und „dem Kläger dadurch wirtschaftliche Nachteile zufügen will, um ihn von der Fortführung der gesetzlich erlaubten Tätigkeit ... abzuhalten.“

Nicht ein einziger der vom BGH als maßgebend genannten Umstände eines unzulässigen Eingriffs in die Sozialsphäre des klagenden Arztes liegt in dem vom LG München entschiedenen Fall vor. Zweck und Inhalt der „Gehsteigerberatung“ ist es nicht, Menschen vor der Praxis des Klägers unter Hinweis auf diese oder Nennung seines Namens in Gespräche ganz allgemein über Abtreibung zu verwickeln. Insbesondere geht es bei den Gesprächen nicht darum, die – auf den von den Beklagten verwendeten Flugblättern ebenso wie der Name und die Praxis des Klägers unerwähnt bleibende – bestehende Rechtslage zum Schwangerschaftsabbruch zu kritisieren, das Verhalten des Klägers zu bewerten, als illegal darzustellen, ihn von seinem Verhalten abzubringen und ihm wirtschaftliche Nachteile zuzufügen, von denen in nennenswertem Ausmaß auch tatsächlich keine Rede sein kann. Das mit der „Gehsteigerberatung“ verfolgte Anliegen besteht vielmehr allein darin, mit Frauen, welche die Praxis des Klägers wegen eines Schwangerschaftsabbruchs aufsuchen oder diese nach einem solchen verlassen, ins Gespräch zu kommen, um ihnen Rat und Hilfe anzubieten bzw. zu vermitteln.

Die „Gehsteigerberatung“ vor der Praxis gerade des Klägers erfolgt auch nicht aufgrund einer willkürlichen Auswahl. Vielmehr betreibt der Kläger als Abtreibungsspezialist der Zahl der durchgeführten Eingriffe nach eine der größten Abtreibungspraxen in Deutschland. Bei einer solchen auf die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen spezialisierten Praxis liegen, wie das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, die Gefahren für die Erfüllung der dem Arzt, zumal im Rahmen einer Beratungsregelung, zufallenden Aufgabe beim Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens „auf der Hand“ (BVerfGE 88, 203, 294). Ein Versuch, dieser Gefahr in Bayern einer Empfehlung des Bundesverfassungsgerichts entsprechend durch eine landesgesetzliche Regelung zu begegnen, ist aus kompetenzrechtlichen Gründen gescheitert (BVerfGE 98, 265 = ZfL 1998, 48). Umso verständlicher ist es, dass der beklagte Verein sein Lebenszentrum in der Nähe der Praxis des Klägers errichtet und seine „Gehsteigerberatung“ gerade vor dieser durchführt. Der Kläger wird durch das Verhalten der Beklagten auch nicht ungewollt in die Öffentlichkeit gedrängt. Bei ihm handelt es sich vielmehr um einen seit langem bundesweit namentlich bekannten Abtreibungs-

mediziner. Auch im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren und insbesondere dem Urteil des LG München sind in der Presse mehrere Artikel erschienen, in denen der Kläger namentlich genannt und teilweise sogar im Bild, auf zumindest einem Foto innerhalb seiner Praxis, gezeigt wird. Offenbar ist der Kläger selbst daran interessiert, den vorliegenden Streitfall in der Öffentlichkeit bekannt zu machen, wobei er gegen die Nennung seines Namens und seine bildliche Darstellung zumindest nichts einzuwenden hat.

In einer für sein Urteil offenbar nicht ausschlaggebenden Zusatzbemerkung (*obiter dictum*) hat der BGH es indes als erforderlich bezeichnet, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patientin nicht „durch das Dazwischentreten Dritter belastet“ wird, so dass sich die Schwangere aufgrund der äußeren Umstände bedrängt fühlt. Nur dann werde es dem Arzt möglich sein, der Schwangeren ärztlichen Rat zu erteilen und „unter noch unklaren Umständen einen etwaigen Eingriff auf einen späteren Tag zu verschieben, wodurch sich auch eine erneute Chance für eine Entscheidung der Frau zugunsten des Ungeborenen eröffnen könnte (...)“.

Sofern das Verhalten Dritter - wie das der Beklagten im vorliegenden Fall offensichtlich nicht - das Ziel verfolgt, den Arzt im Ansehen und in der Wertschätzung bei den Angesprochenen herabzuwürdigen, so dass die Vertrauensbasis zwischen ihnen und ihm verloren geht, ist nach Auffassung des BGH bereits von einer die Grenze des Zulässigen überschreitenden Prangerwirkung auszugehen, weshalb das Schutzkonzept nicht bemüht zu werden braucht. Wollte man aus diesem Konzept gar einen Abwehrenspruch des Arztes bezüglich jeder Einflussnahme Dritter auf die schwangere Patientin herleiten, die für deren Entscheidung für oder gegen einen Schwangerschaftsabbruch von Bedeutung sein könnte, ließe sich das schwerlich begründen.

Gerade in einer Zeit der Planbarkeit selbst des Kinderkriegens sind schwangere Frauen mehr oder weniger deutlich zum Ausdruck gebrachten Erwartungen ihres Umfeldes bis hin zur Nötigung ausgesetzt. Häufig geben diese bei einer Entscheidung für den Schwangerschaftsabbruch den Ausschlag. Die Vorstellung, Frauen trafen ihre Entscheidung dafür oder dagegen allein aufgrund der bescheinigten Beratung sowie des Gesprächs mit dem Arzt, widerspräche der Lebenswirklichkeit. Verfehlt wäre es deshalb, den gesetzlich vorgesehenen Beratungsstellen und den in Anspruch genommenen Ärzten womöglich konzeptbedingt ein Monopol für die Erteilung von Rat und die Gewährung bzw. Vermittlung von Hilfen zuzugestehen. Wenn die gesetzliche Regelung einem Schutzkonzept für das Leben ungeborener Kinder entsprechen soll, können jeder Rat und alle Hilfen, die dem bezweckten Schutz förderlich sind, nur willkommen sein.

Wird insbesondere die Aufgabe des Arztes entsprechend dem Schutzkonzept richtig verstanden, kann ei-

ne „Gehsteigberatung“, wie sie die Beklagten nach den Feststellungen des Landgerichts anbieten, deren Erfüllung nicht konzeptwidrig erschweren. Durch Berufsethos und Berufsrecht ist der Arzt darauf verpflichtet, sich grundsätzlich für die Erhaltung menschlichen Lebens, auch des ungeborenen, einzusetzen. Dieser Schutzaufgabe muss er bei der ärztlichen Beratung und Entscheidung über seine Mitwirkung am Schwangerschaftsabbruch nachkommen. Ihm obliegt es, den Schwangerschaftskonflikt, in dem die Frau steht, im Rahmen ärztlicher Erkenntnismöglichkeiten zu erheben. Vor allem hat er sein Augenmerk darauf zu richten, ob die Frau den Schwangerschaftsabbruch tatsächlich innerlich bejaht oder ob sie insbesondere Einflüssen ihres familiären oder weiteren sozialen Umfeldes unterliegt. Auch hat der Arzt der Frau in geeigneter Weise ein hinreichendes Wissen davon zu vermitteln und zur Sprache zu bringen, dass der Schwangerschaftsabbruch menschliches Leben zerstört. Über die Gefahr nachfolgender psychischer Störungen hat er die Frau vollständig aufzuklären (BVerfGE 88, 203, 289 f.).

Eine dementsprechende ärztliche Beratung könnte von der „Gehsteigberatung“ der Beklagten konterkariert werden, wenn sie Fehlinformationen vermitteln und infolge dessen irriige Vorstellungen wecken oder fördern würde. Das hat der Kläger selbst nicht behauptet. Soweit die Beratung durch die Beklagten ihr Ziel erreicht, Frauen zum nochmaligen Nachdenken und letztlich dazu zu bewegen, sich für das Leben ihres Kindes zu entscheiden, kann dies zur Folge haben, dass entweder der vereinbarte Abtreibungstermin nicht mehr wahrgenommen wird oder der Kläger sich veranlasst sieht, der infolge der „Gehsteigberatung“ in ihrer Entscheidung schwankend gewordenen Frau eine nochmalige Bedenkzeit einzuräumen und mit ihr einen weiteren Termin zu vereinbaren. Beides mag für den Kläger ärgerlich sein. Seine Rechtssphäre wird dadurch jedoch nicht berührt. Er hat keinen Rechtsanspruch darauf, dass eine Patientin bei ihrem Entschluss zum Abbruch bleibt und diesen zum vereinbarten Termin auch durchführen lässt. Aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts bleibt es ihr vielmehr unbenommen, sich jederzeit anders zu entscheiden. Wenn sich der Kläger veranlasst sieht, bei einer unter dem Einfluss der „Gehsteigberatung“ unentschlossenen Frau den etwaigen Eingriff auf einen späteren Termin zu verschieben, hat gerade das „Dazwischentreten Dritter“ diese erneute Chance für eine Entscheidung zugunsten des ungeborenen Kindes ganz im Sinne des Schutzkonzepts eröffnet. Die Erhebung der Klage und das Festhalten an ihr erwecken jedoch den Eindruck, dass der Kläger nicht an der Eröffnung solcher Chancen interessiert ist, sondern an der reibungslosen, termingerechten Abwicklung seiner Tätigkeit.

LG Wiesbaden: Versuchte Abtreibung mittels Teleskopschlagstock

StGB §§ 218 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4, 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, 241 Abs. 1, 22, 23, 52, 53

Urteil v. 9. September 2005, Az. 2210 Js 21302/05 - 16 KLS

Zum Sachverhalt:

Der 1980 geborene Angeklagte und die Nebenklägerin sowie Zeugin B lernten sich im Mai 2004 zufällig in W in der Nähe des Frauenhauses kennen, in dem B sich zu dieser Zeit aufhielt. Sie lebte, da es in ihrer Ehe zu Gewalttätigkeiten durch ihren Ehemann gekommen war, von diesem mit den gemeinsamen 14 und 12 Jahre alten Kindern, getrennt. Ihren Lebensunterhalt finanzierte sie mittels Kindesunterhalt von ihrem Ehemann, Arbeitslosengeld, Sozialhilfe und Kindergeld. Der Angeklagte und die 1972 geborene B verstanden sich auf Anhieb gut, freundenen sich an und gingen eine intime Beziehung ein. Der Angeklagte schätzte an der acht Jahre älteren B besonders, dass er mit seinen Problemen jederzeit zu ihr kommen konnte. Sie erlebte ihn niemals aggressiv oder gewalttätig.

B fand am 4.11.2004 durch einen Schwangerschaftstest heraus, dass sie schwanger war. Als Vater kam nur der Angeklagte in Betracht. Als B dies dem Angeklagten mitteilte, wirkte er „freudig überrascht“. Wenig später gab er ihr aber zu verstehen, dass er dieses Kind nicht wolle, und empfahl ihr, das Kind abtreiben zu lassen. Er erklärte ihr, er sei zu jung, sie würden sich erst kurze Zeit kennen, es gebe sehr viele Unterschiede zwischen ihnen, außerdem habe er keine Arbeit, und es sei für ihn ein Problem, es seinen Eltern beizubringen. Er wolle das Kind nicht, weil er nicht dafür aufkommen könne. Für B stand aus persönlicher Überzeugung ein Schwangerschaftsabbruch außer Frage. Sie bot dem Angeklagten an, dass er nichts mit dem Kind zu tun haben müsse, sie ihn vollkommen heraushalten werde und er nicht für das Kind zahlen bräuchte. Der Angeklagte erwiderte, das gehe nicht, das funktioniere so nicht. Er wisse ja dann, dass er ein Kind habe, und er möchte „sauber“ in die Ehe gehen, womit der Angeklagte meinte, dass er erst heiraten und dann Vater werden wollte. Im übrigen wolle er, wenn er Vater eines Kindes sei, auch Kontakt zu diesem Kind haben. Der Angeklagte bestand weiterhin auf einem Schwangerschaftsabbruch. B ging auf dieses Ansinnen nicht ein und hoffte, der Angeklagte werde sich mit der Zeit an den Gedanken, nunmehr Vater zu werden, gewöhnen. Der Angeklagte wusste nicht, wie er seinen Eltern von seiner bevorstehenden Vaterschaft erzählen sollte. Er befürchtete, seine Eltern würden ihn aus der Wohnung werfen und kein Wort mehr mit ihm sprechen.

Nach sporadischem Kontakt für etwa drei Wochen, forderte der Angeklagte Ende November 2004 B vor ihrer

Haustür auf, in sein Fahrzeug einzusteigen und fuhr mit ihr auf den Parkplatz der Dr. H-S Klinik. Der Angeklagte sagte zu B, sie würden jetzt hier hineingehen und einen Termin für die Abtreibung ausmachen. B verdeutlichte ihm noch einmal, sie habe für sich selbst entschieden, dass ein Schwangerschaftsabbruch für sie auf keinen Fall in Frage komme. Auch die Aufforderung des Angeklagten, einen Termin für ein Beratungsgespräch zu vereinbaren, lehnte B konsequent ab.

In der Zeit danach, in der ihre intime Beziehung fort-dauerte, gingen beide dem Thema aus dem Weg. Der Angeklagte verdrängte den Gedanken an die Schwangerschaft, bis dieser Zustand Mitte Januar 2005 für ihn allmählich sichtbar wurde. Gleichwohl besuchte er B weiterhin und hielt die Beziehung mit ihr aufrecht.

Fall 1:

Am Morgen des 28. Januar 2005 nahm der Angeklagte, als er die Wohnung seiner Eltern verließ, eine Rolle Paketklebeband mit. In einem Waffengeschäft kaufte er Handschellen. Danach fuhr er zur Wohnung der B, in der er zwischen 10.00 Uhr und 10.30 Uhr eintraf. Die Kinder der B befanden sich in der Schule. B war damals in der 18. Schwangerschaftswoche. In der Wohnung sagte der Angeklagte, der sehr nervös war, wahrheitswidrig zu B, er sei in der Ausbildung für einen Sicherheits- und Wachdienst bei den Amerikanern, er müsse deshalb in nächster Zeit eine Art Prüfung ablegen. Er wolle so etwas wie eine Festnahme üben, sie solle ihm assistieren. B glaubte ihm und ging auf sein angekündigtes Vorhaben ein. Zunächst fesselte der Angeklagte B mit den zuvor erworbenen Handschellen die Hände auf den Rücken und forderte sie auf, sich hinzusetzen. Dann band er ihr mit dem Paketklebeband die Beine zusammen. Der Angeklagte versuchte, der B auch den Mund zuzukleben. Da ihm dies nicht gelang, holte er aus dem Zimmer der Tochter der B einen Schal und band ihr diesen locker um den Mund. Obgleich sie sich in dieser Situation lächerlich vorkam und sich unbehaglich fühlte, verhielt sich B ruhig und äußerte keine Einwände. Der Aufforderung des Angeklagten, sich hinzulegen, kam sie nicht nach. Sie bemerkte, dass der Angeklagte immer unruhiger und fahriger wurde. Der Angeklagte erklärte, dass er einen Auftrag zu erledigen, eine Mission zu erfüllen habe. Er begann, den Bauch der B zu befühlen, um die Bewegungen des Fötus zu spüren und dessen Lage festzustellen. Mittlerweile hatte sie ein sehr beklemmendes Gefühl und überlegte nur noch, wie sie aus dieser Situation heraus komme. Sie bat den Angeklagten, die Fesseln zu öffnen. Statt dessen zog der Angeklagte B den Schal, den er ihr um den Mund gebunden hatte, auch über die Augen, so dass sie nichts sehen konnte. Für B völlig überraschend, versetzte ihr der Angeklagte, der Sportschuhe mit Luftkissensohle trug, in der Absicht, einen Schwangerschaftsabbruch herbeizuführen, einen Fußtritt, der B im vorderen Bereich des linken Hüftkno-

chens so heftig traf, dass sie durch die Wucht des Trittes auf die rechte Seite fiel. Der Angeklagte kniete sich neben B und schlug in derselben Absicht mit seiner rechten Faust mindestens 30-mal fest auf ihren Bauch ein. Während dieser Faustschläge sagte er immer wieder mit weinerlichem Ton, es tue ihm leid, es müsse sein, es gehe nicht anders, es zerstöre sein Leben. Nach den ersten Faustschlägen hatte B geschrien, er solle aufhören, und sie hatte die Beine angezogen und sich zusammengerollt, um sich und den Fötus so gut wie möglich zu schützen. Dadurch trafen sie die Faustschläge des Angeklagten weitgehend in den seitlichen oberen Bauchbereich. Als der Angeklagte davon ausging, dass aufgrund seines Fußtrittes und seiner Faustschläge der Fötus abgehen würde, ließ er von B ab.

Etwa eine Dreiviertelstunde später begab sich B zu der Frauenärztin S-L. Sie erklärte, sie sei von ihrem Freund mit dem Fuß in den Bauch getreten worden. Der Freund habe die Absicht, das Kind zu töten, weil es für ihn unerwünscht sei. Die Ärztin stellte bei der Untersuchung fest, dass die rechte Unterbauchseite sehr druckempfindlich war. Hämatome waren nicht zu erkennen. B bemerkte selbst eine durch den Fußtritt des Angeklagten verursachte leichte Hautabschürfung. Obgleich die von dem Angeklagten verübte Gewalteinwirkung, wie er wusste, objektiv geeignet war, eine Plazentalösung zu verursachen und dadurch das Absterben der Leibesfrucht herbeizuführen, war das Vorhaben des Angeklagten fehlgeschlagen. Der Fötus war bei der Ultraschalluntersuchung vital, das Fruchtwasser in normaler Menge vorhanden, und die Plazenta hatte keine Anzeichen einer Ablösung.

Der Angeklagte hingegen ging von dem Erfolg seines mittels Gewalt beabsichtigten Schwangerschaftsabbruchs aus. Noch am 28. Januar 2005 schickte er B eine SMS, in der er ihr mitteilte, es tue ihm leid, er wolle mit ihr reden, er wolle es wieder gut machen. Als er sie ein paar Tage später anrief und sie den Hörer abhob, entschuldigte er sich wiederum damit, dass es ihm leid tue. B ließ ihn bewusst in dem Glauben, sie habe das Kind verloren. B hielt den Angeklagten in der Folgezeit auf Distanz und wollte von ihm unbehelligt die Geburt ihres Kindes abwarten.

Anfang Mai 2005 sah der Angeklagte B zufällig von seinem Auto aus, als diese in der Innenstadt spazieren ging. B nahm mit dem Angeklagten Kontakt auf, um herauszufinden, ob er sie gesehen hatte. Der Angeklagte antwortete ihr mit einer SMS des Inhalts, er wisse, sie sei noch schwanger, das sei ihm egal, sie sollten reden. B lehnte es weiterhin ab, sich mit dem Angeklagten zu treffen, und gab ihm per SMS zu verstehen, dass es nichts zu reden gebe. Der Angeklagte empfand – nach seinen Angaben – wieder „Panik“, und „ihm kam alles wieder hoch“. Er wurde von Freunden, die von seiner Situation wussten, gehänselt, er sei zu dumm „aufzupas- sen“.

Fall 2:

Am 24.05.2005 steckte der Angeklagte vormittags zu Hause einen Teleskopschlagstock aus Aluminium mit einer Gesamtlänge von ca. 40 cm, den er ansonsten in seinem Fahrzeug aufbewahrte, in seine Hosentasche und klingelte zwischen 11.30 Uhr und 11.45 Uhr, vor der Haustür des Hauses stehend, bei B. Sie schaute aus einem Fenster, sah, dass jemand vor der Haustür stand, ging zur Gegensprechanlage neben ihrer Wohnungstür und meldete sich. Der Angeklagte sagte durch die Haustürsprechanlage, er sei von der Post, er wolle ein Päckchen abgeben, das Päckchen passe nicht in den Briefkasten. Da die Haustür geöffnet war, konnte der Angeklagte das Haus betreten und rannte in das dritte Obergeschoss. B wollte dem vermeintlichen Postboten entgegengehen, griff nach ihrem Schlüssel, betätigte den Öffnungsmechanismus für die Haustür und öffnete die Wohnungstür. In diesem Moment stand der Angeklagte vor ihrer Wohnungstür und drückte diese auf. B erschrak bei dem Anblick des Angeklagten, schrie sofort, drehte sich herum, lief in das Wohnzimmer und rief ihrer inzwischen 15-jährigen Tochter zu, sie solle die Polizei rufen. Während J die Wohnung verließ, flüchtete sich B auf den Balkon und schrie, da sie sich von dem Angeklagten bedroht fühlte, laut um Hilfe. Als sie sich entschloss, in das Wohnzimmer zurückzulaufen, stand der Angeklagte vor der Balkontür und zog sie in das Zimmer. B, die weiterhin um Hilfe schrie, stürzte, ging dann auf die Knie, um sich zusammenzurollen und vor dem Angriff des Angeklagten zu schützen. Der Angeklagte versetzte der auf der linken Körperseite auf dem Boden liegenden Zeugin B wortlos mit seinen Sportschuhen zahlreiche heftige Fußtritte, die sie im Rücken trafen, und zahlreiche, mit dem starren Teleskopschlagstock mit voller Wucht geführte Schläge, von denen sie acht bis neun gezielt in den Bauchbereich trafen. Der Angeklagte wusste, dass B hochschwanger war, und verfolgte auch diesmal die Absicht, mit seinen Tritten und Schlägen einen Abbruch der Schwangerschaft und ein Absterben des Fötus zu verursachen. Als der Angeklagte annahm, dieses Ziel erreicht zu haben, und nachdem die Zeugin B, die die ganze Zeit geschrien hatte, zuletzt „T, bitte hör auf“ gerufen hatte, ließ er davon ab, auf ihren Bauch weiter einzuschlagen. Während B liegen blieb, entfernte sich der Angeklagte aus der Wohnung. Obwohl auch die am 24. Mai 2005 vorgenommenen massiven Gewalttätigkeiten des Angeklagten, wie ihm bekannt war, objektiv geeignet waren, eine vorzeitige Plazentalösung und damit das Absterben der Leibesfrucht herbeizuführen, blieb das Vorgehen des Angeklagten erfolglos. Der sachverständige Zeuge Dr. H stellte am gleichen Tag bei B zehn bis zwölf multiple, frische Prellmarken im Bereich des rechten Bauches und des gesamten Rückens sowie eine Prellmarke im Bereich der rechten Gesäßhälfte fest. Optisch waren die Prellmarken frisch mit Blut unterlaufen, linienförmig, ca. 3

cm breit und bis zu 10 bis 12 cm lang. Des Weiteren zeigten sich am Körper der B einige Hämatome. Die Schwangerschaftsuntersuchung zeigte keine Auffälligkeiten. Die Herzfrequenz war normal: es bestand keine Wehentätigkeit, die Fruchtwassermenge und die Plazenta waren unauffällig. Die Anheftungsstelle des Mutterkuchens lag bei B auf der Hinterwand der Gebärmutter.

Fall 3:

Kurz nachdem der Angeklagte am 24. Mai 2005 die Wohnung der B verlassen hatte, rief er bei ihr an und sagte: „Hör´ zu, wenn Du mich verpfeifst, bringe ich Dich um!“

Am 21.06.2005 brachte die Zeugin B eine gesunde Tochter zur Welt. Sie kehrte nicht in ihre Wohnung zurück, sondern lebte in Frauenhäusern zunächst in T und dann in F.

Noch vor der Geburt des Kindes – am 03.06.2005 - hatte B die Eltern des Angeklagten auf deren Wunsch kennen gelernt. Die Eltern des Angeklagten hatten ihr ihre Hilfe angeboten. Auf Veranlassung des Angeklagten schrieben seine Eltern der B und durch diese Vermittlung kam es zum Briefkontakt zwischen dem Angeklagten und der B. Seit etwa drei Wochen vor der Hauptverhandlung wohnte B wieder in W bei einer Freundin. Seit der Entlassung des Angeklagten aus der Untersuchungshaft sahen er und B sich täglich. Sie besuchte ihn mit dem Kind bei seinen Eltern. Der Angeklagte entschuldigte sich bei B. Er sagte ihr, er schäme sich, er sei dankbar, dass jetzt doch alles so gekommen sei, und er sei froh, dass er für „die Kleine“ da sein könne, um es wieder gut zu machen. B hat ihm verziehen. Der Angeklagte hat die Vaterschaft anerkannt. Er und B erklärten, sie wollten eine gemeinsame Wohnung suchen und zusammen für das Kind sorgen.

Aus den Gründen:

Die rechtliche Würdigung des Sachverhalts ergibt, dass sich der Angeklagte des versuchten Schwangerschaftsabbruchs im besonders schweren Fall in zwei Fällen jeweils in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung sowie wegen Bedrohung schuldig gemacht hat (§§ 218 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4, 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, 241 Abs. 1, 22, 23, 52, 53 StGB).

Der Angeklagte hat in den Fällen 1 und 2 jeweils versucht, gegen den Willen der Schwangeren eine Schwangerschaft abzubrechen (§§ 218 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4, 22, 23 StGB). In beiden Fällen hat er zugleich eine andere Person körperlich misshandelt (§ 223 Abs. 1 StGB), wobei er im Fall 1 die Körperverletzung mittels eines hinterlistigen Überfalls (§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB) und im Fall 2 mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) begangen hat. ...

Die in den Fällen 1 und 2 jeweils bestehende indizielle Bedeutung des Regelbeispiels des § 218 Abs. 2 Nr. 1

StGB wird mangels anderer Strafzumessungsfaktoren, die die Regelwirkung entkräften, nicht kompensiert. Es sind keine außergewöhnlichen Umstände ersichtlich, die im Rahmen einer Gesamtbewertung ein Abweichen vom Regelfall – das heißt von dem Durchschnitt der praktisch vorkommenden Fälle – rechtfertigen würde. In beiden Fällen wurden jeweils der versuchte Schwangerschaftsabbruch und die gefährliche Körperverletzung täteinheitlich begangen (§ 52 StGB).

Im Fall 3 bedrohte der Angeklagte einen Menschen mit der Begehung eines gegen ihn gerichteten Verbrechens (§ 241 Abs. 1 StGB). Es genügt, dass der Bedrohte die Drohung ernst nehmen soll. Ob der Drohende sie verwirklichen will oder kann, ist ohne Bedeutung. Ebenso reicht es aus, wenn der Täter die angedrohte Tat für den Fall ankündigt, dass das Opfer bestimmte Forderungen nicht erfüllt, sie also als Nötigungsmittel einsetzt. Ohne Bedeutung ist ebenfalls, ob der Bedrohte die Ankündigung ernst nimmt. ...

Bei der Strafzumessung hat die Kammer berücksichtigt, dass in den Fällen 1 und 2 jeweils kein minder schwerer Fall einer gefährlichen Körperverletzung im Sinne des § 224 Abs. 1 2. Halbsatz StGB vorliegt. Weder die Intensität des Unrechts noch des Verschuldens bleiben jeweils hinter den in den erfahrungsgemäß vorkommenden und bei dem ordentlichen Strafraumen berücksichtigten Fällen zurück. Unter Berücksichtigung aller Umstände, die für die Wertung dieser Taten und des Täters von Bedeutung sind, ist jeweils weder das Unrecht noch die Schuld so gering, dass ein Abweichen vom ordentlichen Strafraumen gerechtfertigt wäre; der ordentliche Strafraumen erscheint in beiden Fällen bei Würdigung der Gesamtheit der äußeren und inneren Umstände als nicht zu hart. Dass der Angeklagte – erstmals in dem Haftprüfungstermin am 16.08.2005 – ein Geständnis ablegte, in der Hauptverhandlung Einsicht und Reue hinsichtlich des Unrechts seiner Taten zeigte, sich bei B entschuldigte, ihm die Versöhnung mit ihr gelang und sie in Zukunft gemeinsam für ihre Tochter sorgen wollen, rechtfertigt angesichts des äußerst ignoranten und brutalen Vorgehens des Angeklagten und der damit offenbarten kriminellen Energie nicht die Annahme eines minder schweren Falles. ...

In den Fällen 1 und 2 ging der Angeklagte planmäßig, gut vorbereitet, gezielt und mit erheblicher krimineller Energie vor. Der Angeklagte verfolgte seinen jeweiligen, von Egoismus und Ignoranz getragenen Tatplan mit äußerster Brutalität und ohne Skrupel. Er verwirklichte in beiden Fällen jeweils zwei Straftatbestände, wodurch sich das Unrecht dieser Taten erhöhte.

Im Fall 1 missbrauchte der Angeklagte zudem das Vertrauen der mit ihm befreundeten und von ihm schwangeren Zeugin B, die ihm aufgrund dieser Beziehung bei dem Üben einer Festnahme behilflich sein wollte.

Im Fall 2 ist dem Angeklagten besonders strafscharfend anzulasten, dass er zum wiederholten Mal den Versuch

eines Schwangerschaftsabbruchs unternahm. Auch in diesem Fall überlegte er sich eine für B glaubhafte Legende, die ihm konkret dazu diente, sich in ihrer Anwesenheit Zutritt zu ihrer Wohnung zu verschaffen. Diesmal malträtierte der Angeklagte eine hochschwangere Frau. ...

Nach erneuter Abwägung der für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände sowie im Hinblick darauf, dass dem Angeklagten eine Zukunftsperspektive bleiben und ihm die Möglichkeit gegeben werden soll, als Vater für seine Tochter zu sorgen, hielt die Kammer eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten für angemessen.

Anmerkung:

Das inzwischen rechtskräftige Urteil, das in erster Linie wegen seines Sachverhaltes interessiert, hatte in der örtlichen Presse erhebliches Medienecho hervorgerufen (vgl. Wiesbadener Kurier v. 27.5.2005: „Ehre geht über Menschenleben“ u. 10.09.2005: „Das Vorgehen war ohne jedes Mitleid“). In der Urteilsbegründung sind die Umstände, die auf die Herkunft des Täters und seine religiöse und kulturelle Verwurzelung hinweisen, nur angedeutet. Sie spielen aber für das Tatgeschehen eine nicht unerhebliche Rolle.

Der 24-jährige Täter war zwar in Deutschland geboren und besaß die deutsche Staatsbürgerschaft, stammte jedoch aus einer türkischen Einwandererfamilie und verhielt sich gemäß den archaischen Traditionen seiner ethnischen Herkunft. Vor Gericht äußerte er etwa, dass er als Muslim kein Kind mit einer Katholikin haben könne, dies verletze seine Ehre und sei eine Schande für ihn (vgl. Wiesbadener Tageblatt v. 26.05.2006: „Vater will Kind im Mutterleib totprügeln“). Solches Denken ist dem westlichen Kulturkreis fremd. Moslems müssen lernen, an dieser Stelle toleranter zu werden, denn wie soll ihre Integration in Europa sonst gelingen, wenn die Religion der Zuwanderer auch im 21. Jahrhundert noch derartige Glaubenssätze transportiert?

Nicht die Gesundheit von Mutter und Kind, sondern die „Ehre des Mannes“, die nicht „beschmutzt“ werden darf (s. hierzu Cileli: *Wir sind Eure Kinder, nicht Eure Ehre!*, 2. Aufl. 2002), stand aus Sicht des Täters im Mittelpunkt. Ob er sich bei seinem Vorgehen, das Kind aus der Hochschwangeren „herauszuprügeln“, tatsächlich an die Vorgaben des Koran hielt, muss zwar bezweifelt werden, denn Frauen und (ungeborene) Kinder werden dort keineswegs rechtlos gestellt, selbst wenn manche fundamentalistische Schriftauslegungen in diese Richtung zielen sollten. Gleichwohl lässt sich der Anteil der Religion an der Tat nicht übersehen: Die Ehre des muslimischen Mannes wird jedenfalls unter Berufung auf den Islam in weiten Kreisen muslimischer Migranten über die Interessen der Frau gestellt, sogar über das Leben des Kindes. Frauen haben zu gehorchen, sich un-

terzuordnen, den Erwartungen der Männer zu entsprechen. Ist die Frau nicht folgsam, darf auch Gewalt angewendet werden (vgl. zur Züchtigungsbefugnis des Mannes nach dem Koran z. B. Sure 4, Vers 43). Von Gleichberechtigung oder Menschenrechten im Sinne des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention kann insoweit keine Rede sein.

Dass sich die Frau, in einem ganz anderen Kulturkreis sozialisiert, vor dem Hintergrund ihres eigenen Glaubens zur Abtreibung nicht bereit erklärte, musste aus Sicht des Täters in „Schande“ münden, fürchtete er bei der Offenbarung eines unehelichen Kindes doch nicht nur die Reaktion der Familie, sondern auch die seiner – demselben Kulturkreis entstammenden – Freunde. Somit ist zu vermuten, dass auch der soziale Druck, den das Migrantenmilieu erzeugte, für die Tat mitverantwortlich war. Der Fall zeigt, wie schwierig es ist, Männer mit ethnisch-türkischem Hintergrund – auch wenn sie hier zur Schule gegangen sind und die deutsche Sprache gelernt haben – aus der „Kultur der Ehre“ und dem dadurch bedingten Machoverhalten herauszulösen, wenn sie in diesen Denkschablonen aufgewachsen sind. Im vorliegenden Fall konnte das Opfer zumindest bei der Polizei und einem Frauenhaus um Hilfe bitten und sich einstweilen in Sicherheit zu bringen. Vielen türkisch-stämmigen Frauen, die in eine vergleichbare Lage kommen, dürfte dieser Weg nur theoretisch offen stehen, weil sie - einmal geflüchtet - von den Familien, auf deren Rückhalt sie angewiesen wären, mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr aufgenommen werden.

Nur durch Zufall kam es nicht zu einer Plazentaablösung und damit zum Schwangerschaftsabbruch. Die Tochter kam ohne äußere Verletzungen auf die Welt. Ob das behauptete „Happyend“ der gemeinsamen Zukunft von Opfer und Täter als Erklärung prozesstaktischer Art einzustufen ist, bleibt unklar. Das Verhalten der Mutter ist zumindest zwiespältig: einerseits trat sie als Nebenklägerin auf, andererseits setzt sie das Baby (und die beiden anderen Kinder) ihrem Peiniger aus, vor dem sie ursprünglich fliehen und sich verstecken musste. Sollte das Zusammengehen der Eltern von Dauer sein, stellen sich weitere Fragen. Wie kann sich eine gedeihliche Vater-Tochter-Beziehung entwickeln, wenn das Mädchen alt genug ist zu begreifen, dass ihr eigener Vater nach einem kurzen Verhältnis zweimal gewaltsam ihren Tod herbeizuführen versuchte? Wird es das letzte Mal gewesen sein, dass der Kindesvater zum Mittel der Gewalt greift, um seine Interessen oder „Ehrevorstellungen“ zu verfolgen? Und sollte er am Sorgerecht teilhaben: Wie steht es um die Rezeption des Züchtigungsverbots aus § 1631 Abs. 2 BGB, wenn er schon die Kindesmutter so massiv prügelte (vgl. den Fall LG Berlin, ZKJ 2006, S. 103-106 - Körperstrafen durch muslimischen Vater -, m. Anm. Riemer)?

Rechtsanwalt Dr. Martin Riemer, Brühl (Rheinl.)

Kinderwunsch

Rainer Beckmann, Mechthild Löhr, Stephan Baier (Hrsg.)
Kinder: Wunsch und Wirklichkeit
 Sinus-Verlag, Krefeld 2006
 ISBN 3-88289-810-0
 304 S., kart., 14,80 EUR

Die Geburtenzahlen gehen zurück - und die Zahl der alten Menschen steigt. Langsam aber sicher gerät der Altersaufbau unserer Gesellschaft aus dem Gleichgewicht. Umfragen zufolge wünschen sich die meisten jungen Menschen nach wie vor eine Familie und Kinder. Doch immer seltener wird dieser Wunsch realisiert.

Was sind die Ursachen dieser Entwicklung? Was sind die Folgen? Welche Strategien sind notwendig, um das „Ja zum Kind“ zu unterstützen? Wo kann und muss die Politik ansetzen, damit wieder mehr Kinder in unserem Land das Licht der Welt erblicken?

Mit diesen Fragen befassen sich fachkompetente Autoren aus verschiedenen Disziplinen und Ländern in dem von Rainer Beckmann u. a. herausgegebenen Sammelband. Sie erörtern die bevölkerungs- und familienpolitischen, die wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und sozialen Aspekte der bestehenden und noch weiter zunehmenden Kinderarmut unseres Landes.

Dabei erscheinen viele Facetten des Problems haushagen: sozialrechtlich werden Familien in Deutschland tatsächlich nicht gefördert, sondern durch Sozialisierung des Kindernutzens bei gleichzeitiger Privatisie-

rung der Kinderkosten bestraft. Einige der Autoren weisen auch ausdrücklich darauf hin, dass es angesichts sinkender Geburtenzahlen wenig überzeugen kann, die bestehende Abtreibungsregelung unangetastet zu lassen. Während die wachsende Kinderarmut in allen politischen Lagern beklagt wird, gestattet es der Rechtsstaat, Kinder in den ersten 12 Wochen ihrer Existenz „legal“ zu töten. In den meisten Fällen übernimmt er sogar die Finanzierung dieses Unrechts.

Dass sich ein Rechts- und Sozialstaat vielmehr darauf konzentrieren müsste, das Leben von erwünschten und unerwünschten Kinder zu erhalten, darauf hat Bundespräsident Horst Köhler Anfang des Jahres in einer viel beachteten Rede hingewiesen: „Die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche in unserem Land ist mit rund 130.000 jährlich anhaltend hoch – zu hoch. Niemand weiß, wie viele Kinder allein deshalb am Leben gehindert werden, weil ihre Eltern sich von der Gesellschaft alleingelassen fühlen. Damit dürfen wir uns nicht abfinden. Tun wir genug dafür, dass junge Menschen frohen Herzens „ja“ sagen können - zu erwünschten genauso wie zu unerwarteten Kindern?“

Kinder sind - so hört man oft – „unsere Zukunft“. Sie sind tatsächlich die Basis für eine Zukunft unserer Gesellschaft. Ohne Kinder ist „kein Staat zu machen“ – und keine soziale Sicherung zu organisieren. Das Thema „Kinder und Familie“ geht deshalb alle an. „Kinder: Wunsch und Wirklichkeit“ ist ein notwendiges Buch, das zum Umdenken auffordert und Argumente für das „Ja zum Kind“ liefert.

umschau

Arztrecht 2005/2006

In der *NJW* 2006, 1630 schildert *Prof. Dr. Andreas Spickhoff*, Universität Regensburg, in jeder Hinsicht umfassend, aktuell und mit vielen Nachweisen „**Die Entwicklung des Arztrechts 2005/2006**“. Zunächst erörtert der Autor die sich allgemein abzeichnenden Tendenzen im Arzt-, Medizin- und Gesundheitsrecht. Die jüngsten Streiks von Ärzten und Klinikpersonal hätten erneut die finanziellen Grenzen des Gesundheitssystems aufgezeigt. In dieser Situation sei besonders begrüßenswert, dass das BVerfG die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen auch auf neue Behandlungsmethoden erstreckt habe, zumindest dann, wenn der Patient lebensbedrohlich erkrankt sei und die Aussicht auf Heilung oder Besserung nicht ganz fern liege. Auch im Bereich des Strafrechts nehme der Kostendruck zu. Dies zeige sich nicht nur an einer – nach Presseberichten – aus Kostengründen letztlich unterbliebenen Organtransplantation, sondern auch in sich häufenden Entscheidungen zu begangenen Vermögensdelikten durch

Ärzte. Im weiteren referiert der Autor Auswirkungen von Behandlungsfehlern. Zunehmend bedeutsam würden auch Verletzungen von Verkehrssicherungs-, Organisations- und Aufklärungspflichten.

Im Abschnitt „Fortpflanzungsmedizinrecht“ erfolgt sodann eine – für diese Zeitschrift von besonderem Interesse – Auseinandersetzung mit Entscheidungen, die im Berichtszeitraum das Lebensrecht des Menschen berührt haben. Dazu gehören Fragen zur medizinisch assistierten Fortpflanzung sowie zum Schutz des Nasciturus beziehungsweise zum Schwangerschaftsabbruch. Zum letzteren greift der Autor ein Urteil des Landgerichts Augsburg (ZfL 2006, 28) auf. Durch dieses – anderweitig nicht beachtete – Urteil wurde ein Arzt, teils in Tateinheit mit Körperverletzung, wegen (strafbaren) Schwangerschaftsabbruchs in 151 Fällen, dazu in Tateinheit wegen Körperverletzung in 130 Fällen und weiterhin in Tateinheit wegen (Abrechnungs-)Betruges in 10 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren unter Aussetzung der Vollstreckung der Strafe

zur Bewährung sowie – nochmals in Tatmehrheit dazu – wegen einer fahrlässigen Tötung zu einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen verurteilt. Der Autor kritisiert zu Recht die Aussetzung der Vollstreckung der Gesamtfreiheitsstrafe zur Bewährung und verweist darauf, dass ein Dieb als Wiederholungstäter bei 280 Fällen wohl kaum mit einer Bewährungsstrafe entlassen worden wäre. Der Autor spricht hier von einer „Relativität der §§ 218 ff StGB in der strafprozessualen Praxis“. Dem kann nur zugestimmt werden. Denn die milde Bestrafung durch das LG Augsburg ist kein Einzelfall. Dies belegen die vor dem Berichtszeitraum liegenden und ebenfalls unverstänlich milden Urteile des AG Oldenburg vom 29.3.2004 (ZfL 2004, 117: überlebte Spätabtreibung mit nachfolgendem „Liegenlassen“ des Kindes) und des BGH (LG Görlitz) vom 20. 5. 2003 (ZfL 2003, 83 ff: versuchte Spätabtreibung mit anschließendem Tötungsversuch). Der BGH sah sich nicht einmal veranlasst, seine wohl bislang einzige Bestätigung einer Verurteilung gemäß § 218a StGB n.F. in die amtliche Sammlung aufzunehmen (vgl. Altwater, NStZ 2004, 23, 25 iVm Fn 34). Dies alles zeigt, dass die Strafgerichte bis hin zum BGH einer strafrechtlichen Diskussion des Abtreibungsgehehens möglichst ausweichen wollen.

Weiter wird die Entscheidung des EGMR hervorgehoben, wonach eine an Krebs erkrankte Frau einen zuvor eingefrorenen Embryo sich nicht gegen den Willen des Mannes einpflanzen lassen dürfe. Demgegenüber habe der BGH – wenngleich im unterhaltsrechtlichen Kontext – früher entschieden, dass es keine mutwillige Herbeiführung der Bedürftigkeit sei, wenn die – geschiedene – Ehefrau trotz Widerrufs des Einverständnisses ihres Ehemannes eine homologe In-Vitro-Fertilisation durchführen lasse.

Gegen Ende seines Berichts geht der Autor noch kurz auf die jüngste Rechtsprechung und Literatur zum Thema „Patientenautonomie am und nach dem Ende des Lebens“ ein. Hier weist er hinsichtlich der Problematik von Patientenverfügung und Sterbehilfe den Stand der Diskussion in zwei umfassenden Fußnoten nach. Abschließend führt er aus, dass der BGH seine umstrittene Linie, wonach bei einem künstlich ernährten, beatmeten und einwilligungsunfähigen Patienten die Übereinstimmung von Arzt und Betreuer genügen könne, um den Abbruch dieser Maßnahmen zu veranlassen, zwar fortgesetzt, aber das letzte Wort sicher noch nicht gesprochen habe. Im übrigen versuchten die Gerichte, die Patientenautonomie auch am Ende des Lebens soweit wie verantwortbar zu erhalten. (kw)

Sterbebegleitung und Strafrecht

Mit dem gleichen Themenkreis befasst sich **Prof. Dr. Dr. h.c. Harro Otto** mit seinem Aufsatz „**Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung**“ (NJW

2006, 2217 ff.). Den Verzicht auf lebensverlängernde Behandlung hält der Autor in der Sterbephase (irreversible tödliche Erkrankung, die in kurzer Zeit zum Tod führen wird) auch ohne Zustimmung des Patienten für zulässig, wenn zusätzlich ein irreversibler Bewusstseinsverlust gegeben ist. Ist der Patient dagegen noch bei Bewusstsein, könne in Übereinstimmung mit dem Willen des Patienten auf lebensverlängernde Maßnahmen verzichtet werden. Vor Eintritt des Sterbeprozesses komme es primär auf den aktuellen Willen an. Aber auch eine Patientenverfügung sei für den Behandlungsumfang maßgebend. Eine Beschränkung der Reichweite von Patientenverfügungen, wie sie etwa die Enquete-Kommission des Bundestages „Ethik und Recht der modernen Medizin“ vorgeschlagen hat, lehnt *Otto* ab. Der hiermit verbundene „Behandlungszwang“ verstoße gegen Art. 1 und 2 GG.

Leidensmindernde Maßnahmen, die unbeabsichtigt aber unvermeidbar das Leben des Patienten verkürzten, seien zwar tatbestandsmäßig als Tötungshandlungen zu qualifizieren, könnten aber als Wahrnehmung des höherrangigen Interesses (der Schmerzlinderung) gem. § 34 StGB gerechtfertigt sein. Dies gelte nicht nur bei bedingtem Vorsatz, sondern auch dann, „wenn der Arzt sich der sicheren Lebensverkürzung bewusst, aber sein Handeln auf Leidensminderung gerichtet ist und nicht den Tod beabsichtigt“.

Ob ein Selbsttötungsversuch als Unglücksfall im Sinne von § 323 c StGB anzusehen sei, lässt der Autor offen. Für den Fall aber, dass dies bejaht werde, plädiert er dafür, nicht immer von einer Zumutbarkeit der Hilfeleistung auszugehen. Befinde sich ein Suizident in einer Situation irreparabler schwerer körperlicher Schäden, so dass seine Persönlichkeit auf Dauer in erheblichem Maße reduziert sei, begrenze dies die Hilfspflicht. „Hilfe kann nicht die Belastung mit einem Weiterleben sein, das durch schwere körperliche Leiden, die der Betroffene nicht mehr ertragen will, geprägt ist oder ihm die Möglichkeit personaler Äußerungen nimmt.“ In solchen Fällen sei die Verhinderung der Selbsttötung nicht zumutbar.

Schließlich hält *Otto* den ausnahmslosen Ausschluss einer Rechtfertigung der Tötung auf Verlangen nicht für tragbar. In seltenen Ausnahmefällen könne die Achtung menschlicher Würde der Achtung des Lebens vorgehen, wenn z. B. der Schmerz jeden anderen Bewusstseinsinhalt verdränge. Hier könne eine Rechtfertigung nach § 34 StGB in Betracht kommen, während eine „Pflicht zur Tötung“ abzulehnen sei.

Rechtspolitisch plädiert der Autor nachdrücklich für eine gesetzliche Regelung der Zulässigkeit des Abbruchs / des Unterlassens lebensverlängernder Maßnahmen. Eine gesetzliche Regelung des Entfallens der Hilfspflicht i. S. des § 323 c StGB bei einem Suizidversuch erscheint ihm dagegen nicht dringlich; eine Änderung von § 216 StGB ist laut *Otto* „nicht angezeigt“. (rb)

Therapeutisches Klonen ist schwerer als angenommen

Bis zur erfolgreichen Züchtung von maßgeschneidertem Gewebe aus geklonten Embryonen, ist es offensichtlich noch ein weiter Weg. Zu diesem Ergebnis kommen Forscher von der Biotech-Firma Illumina in der Fachzeitschrift „Genome Research“. Wie die Forscher darlegen, müsse es erst gelingen, die epigenetische Programmierung der embryonalen Stammzellen zu überschreiben und sie durch einen charakteristischen Schaltplan der Stammzellen zu ersetzen. Die Forscher hatten entdeckt, dass die Erbsubstanz embryonaler Stammzellen an bestimmten Stellen, mit Schaltermolekülen versehen ist. Die chemischen Schalter bestimmen, welche im Erbgut enthaltene Information wann umgesetzt wird.

Gipfeltreffen zu Spätabtreibungen

Berlin. Nach Informationen des Magazins „Der Spiegel“ wollen sich die Fraktionsspitzen von Union und SPD am 19. September in Berlin mit führenden Vertretern der Kirchentreffen, um gemeinsam über eine Neuregelung von Spätabtreibungen zu debattieren. An dem Treffen sollen der Unions-Fraktionsvorsitzende Volker Kauder (CDU), CSU-Landesgruppenchef Peter Ramsauer und SPD-Fraktionschef Peter Struck teilnehmen. Für die katholische Kirche werden der Vorsitzende der Deutschen Bischofskonferenz, Karl Kardinal Lehmann, für die Evangelischen Kirchen der Ratsvorsitzende der EKD, Bischof Wolfgang Huber, erwartet. Die Union fordert bereits seit längerem eine Reform des § 218, um die Zahl der vorgeburtlichen Kindstötungen nach der 12. Schwangerschafts-

woche zu reduzieren. Bislang können nach der geltenden gesetzlichen Regelung Abtreibungen etwa im Falle einer diagnostizierten Behinderung des Kindes faktisch bis kurz vor der Geburt durchgeführt werden. Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes wurden im vergangenen Jahr in Deutschland über 2000 Kinder nach dem dritten Schwangerschaftsmonat abgetrieben. 171 vorgeburtliche Kindstötungen erfolgten nach der 23. Schwangerschaftswoche, einem Zeitpunkt, zu dem die Kinder bereits auch außerhalb des Mutterleibes lebensfähig sind. Die Dunkelziffer bei Spätabtreibungen wird von Ärzten auf das drei- bis vierfache geschätzt. Im Koalitionsvertrag hatten sich Union und SPD darauf geeinigt, zu prüfen „ob und gegebenenfalls wie die Situation bei Spätabtreibungen verbessert werden kann.“

BVL: Bundesrat soll Gewebegesetz abändern

Köln. Der Bundesverband Lebensrecht (BVL) hat an den Deutschen Bundesrat appelliert, dem vom Bundeskabinett beschlossenen „Gesetz über Qualität und Sicherheit von menschlichen Geweben und Zellen“ (Gewebegesetz) bei seiner Sitzung am 22. September nur nach vorherigen Änderungen zuzustimmen. „In der vom Bundeskabinett beschlossenen Form schaffe das Gesetz finanzielle Anreize, eine ungewollte Schwangerschaft durch Abtreibung zu beenden“, erklärte die Vorsitzende des BVL, Dr. med. Claudia Kaminski. Es können nicht richtig sein, Frauen, die die Leichen ihrer abgetriebenen Kinder der Pharmaindustrie zur Weiterverarbeitung zur Verfügung stellen, finanziell zu entlohnen. Auf diese Weise werde der immense Druck, der auf Frauen von ihrem Umfeld ausgeübt wird, damit diese sich im Falle einer ungeplanten Schwangerschaft gegen das Kind entscheiden, weiter erhöht“, so Kaminski. Laut der Ärztin sei ein „offenes Ge-

heimnis“, dass zahlreiche Impfstoffe mit Hilfe des Gewebes abgetriebener Kinder hergestellt würden, darunter auch solche, zu denen es medizinische Alternativen gebe. Dadurch, dass der Gesetzentwurf in der vorliegenden Form, das Gewebe abgetriebener Kinder zu einer lukrativen Handelsware mache, würden Ärzte, die sich auf die Durchführung vorgeburtlicher Kindstötungen spezialisiert hätten, mit einem Schlag zu gefragten Lieferanten gemacht. „Es ist gegen jede Lebenserfahrung, davon auszugehen, dass Ärzte, die gleich zweimal an einer Abtreibung verdienen, Frauen Wege aufzeigen werden, die es ihnen ermöglichten, ihr Kind auszutragen.“

Sterbehelfer aus Zürich kommt vor Gericht

Basel. Die Staatsanwaltschaft in Basel hat offiziell Anklage gegen einen Züricher Sterbehelfer erhoben. Ihm wird vorsätzliche Tötung sowie mehrfache Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord vorgeworfen. Der Angeklagte, ein 71-jähriger Psychiater, soll im April 2001 selbst die Polizei verständigt haben, nachdem er einem 48-jährigen Mann beim Suizid geholfen hatte. Der Suizid einer 62-jährigen Frau im November 2002 sei gar von der Sendung „Rundschau“ des Schweizer Fernsehens dokumentiert worden. Die Anklage soll noch einen weiteren Fall aus dem Januar 2003 umfassen, zu dem jedoch keine näheren Angaben gemacht wurden.

Stammzell-Therapie löst Problem des Zelltds nicht

Lund. Bei Erkrankungen wie Parkinson, Alzheimer oder Huntington sei es „zu früh“, embryonale Stammzellen als Therapie einzusetzen. Das finden die schwedischen Stammzellenforscher Olle Lindvall und Zaal Koikaia aus Lund. In der Zeitschrift „Na-

ture“ schreiben die Forscher, eine auf Stammzellen basierende Behandlung müsste lang anhaltende Verbesserungen bewirken und den fortschreitenden Krankheitsverlauf aufhalten können. Das Problem bei Krankheiten, bei denen Nervenzellen in unterschiedlichen Regionen des Gehirns massiv absterben, sei, dass der Grund für den Zelltod durch die transplantierten Ersatzzellen überhaupt nicht behoben werde.

US-Forscher: Behandlung mit Stammzellen unverantwortbar

Los Angeles. US-Forscher haben festgestellt, dass aus embryonalen Stammzellen gezüchtete Nervenzellen ihren natürlichen Vorbildern nicht völlig entsprechen. Wie das Team um Guoping Fan von der University of California in Los Angeles (UCLA) herausfand, waren einige Gene in den aus Stammzellen gezüchteten Nervenzellen deutlich weniger aktiv als in normalen Nervenzellen. Erst wenn die Ursache für die abweichende Aktivitätsmuster gefunden sei, wäre ein Einsatz solcher Zellen zur Behandlung von Patienten zu verantworten, schreiben die Wissenschaftler im Fachblatt „Human Molecular Genetics“. Laut Guoping Fan müssen „Stammzellen, die eines Tages für Transplantationen eingesetzt werden könnten, natürlichen Stammzellen so weit wie möglich entsprechen.“

Bush blockiert Förderung von ES-Stammzellforschung

Washington. Erstmals in seiner Amtszeit hat der Präsident der Vereinigten Staaten von Amerika, George W. Bush, von dem in der Verfassung vorgesehenen Recht Gebrauch gemacht, ein Veto gegen eine vom Kon-

gress auf den Weg gebrachte Gesetzesvorlage einzulegen. Zuvor hatte der Senat am 18. Juli mit 63 zu 37 Stimmen einen Gesetzentwurf angenommen, der zum Ziel hatte, staatliche Forschungsgelder für Experimente mit menschlichen Embryonen freizugeben, die in Fruchtbarkeitskliniken lagern und für künstliche Befruchtungen nicht benötigt werden. „Dieses Gesetz würde es unterstützen, unschuldiges menschliches Leben zu nehmen in der Hoffnung darauf, medizinische Vorteile für andere zu finden. Es überschreitet eine moralische Grenze, die unsere Gesellschaft respektieren muss – deswegen lege ich mein Veto ein“, begründete Bush bei einer Pressekonferenz im Weißen Haus seine internationale Aufsehen erregende Entscheidung.

Schätzungen zufolge lagern in US-amerikanischen Fortpflanzungskliniken rund 400.000 Embryonen, die vom Tod bedroht sind, weil die Eltern, die sie erzeugen ließen, keine weiteren Kinder bekommen wollen. Theoretisch hätte das Veto des Präsidenten noch durch eine Zweidrittelmehrheit der Abgeordneten des Repräsentantenhauses gekippt werden können. Bei der zu diesem Zweck angesetzten Abstimmung stimmten 235 Abgeordnete gegen das Veto des Präsidenten, 193 Abgeordnete votierten dafür. Für ein Zustandekommen der erforderlichen Zweidrittelmehrheit fehlten 50 Stimmen.

EU-Ministerrat für Förderung der Stammzellforschung

Brüssel. Nach zähem Ringen haben sich am 24. Juli die EU-Forschungsminister auf einen Kompromiss im Streit um die EU-Förderung der embryonalen Stammzellforschung durch das 7. Forschungsrahmenprogramm geeinigt. Laut einer Pressemitteilung des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) vom selben Tag sollen im nächsten Forschungsrahmenprogramm das Klonen zu Forschungs-

zwecken, Eingriffe zur Veränderung des Erbguts und die Schaffung von Embryonen für die Wissenschaft von einer EU-Förderung ausgeschlossen bleiben. In einer dem Protokoll angehängten Erklärung verpflichtet sich die EU-Kommission zugleich dazu, auf die Förderung von Projekten zu verzichten, bei denen menschliche Embryonen direkt getötet werden. Gleichzeitig solle aber die Förderung von anderen Projekten mit menschlichen embryonalen Stammzellen, die aus getöteten Embryonen gewonnen wurden, möglich sein.

Mit dem 7. Forschungsrahmenprogramm sollen in der EU zwischen 2007 und 2013 mit insgesamt 51 Milliarden Euro verschiedene wissenschaftliche Projekte gefördert werden. Rund 50 Millionen Euro davon sind für die Stammzellforschung vorgesehen. Hätten sich die EU-Forschungsminister nicht geeinigt, wäre ein pünktlicher Start des Programms zum 1. Januar 2007 nicht mehr möglich gewesen.

Mehrere EU-Staaten – darunter Österreich, Polen, Litauen und Malta – blieben jedoch bei ihrer Ablehnung: Sie bezeichneten den Kompromissvorschlag als unzureichend und stellten zudem die rechtliche Verbindlichkeit der Erklärung der EU-Kommission infrage.

Bevor es zu diesem Kompromiss kam, hatte eine ausreichend große Zahl von EU-Staaten eine Verabschiedung des 7. Forschungsrahmenprogramms blockiert, da Staaten wie Deutschland, Österreich und Italien, zunächst ein umfassendes Finanzierungsverbot der embryonalen Stammzellforschung angestrebt hatten. Damit das 7. EU-Forschungsrahmenprogramm endgültig in Kraft treten kann, muss der gemeinsame Standpunkt der Minister noch formell vom Europäischen Parlament im September in zweiter Lesung gebilligt werden. Eine Zustimmung gilt als wahrscheinlich.