

<i>Katarina Weilert</i>	Spätabbruch der Schwangerschaft, S. 70
<i>Friederike Hoffmann-Klein</i>	Zur Verfassungsmäßigkeit der Abtreibungsfinanzierung, S. 82
<i>Bernward Büchner</i>	Abtreibungsfreie Krankenkasse?, S. 85
<i>BGH</i>	Straflosigkeit der „Präimplantationsdiagnostik“, S. 87
<i>BGH</i>	Straflosigkeit der „passiven Sterbehilfe“, S. 92

**Editorial**

69 Töten als Staatsaufgabe

**Thema***Dr. Katarina Weilert, LL.M. (London), Heidelberg*

70 Spätabbruch der Schwangerschaft

**Beitrag***Dr. Friederike Hoffmann-Klein, Freiburg*

82 Zur Verfassungsmäßigkeit der Abtreibungsfinanzierung

*VRiAVG a. D. Bernward Büchner, Freiburg*

85 Abtreibungsfreie Krankenversicherung?

**Judikatur**

87 BGH: Straflosigkeit der „Präimplantationsdiagnostik“

92 BGH: Straflosigkeit „passiver Sterbehilfe“

**Rezension**

98 Kultur des Lebens

**Umschau**

100 Gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung der Leibesfrucht

101 Patientenverfügungen

**Leserbriefe**

101 Einsatz für das Leben

103 Babyklappen/anonyme Geburt

**Veranstaltungshinweis**104 Schwangerschaftsabbruch  
Hintergründe – Folgen – Heilung**III Trends**

## impresum

**Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)**

ISSN 0944-4521

**Redaktion**

Redaktion: Rainer Beckmann (verantwortlich), RiAG, Würzburg (rb), Dr. Friederike Hoffmann-Klein, RAin, Stuttgart (fhk), Dr. Urban Scheffer, RiOLG, Dresden (us), Knut Wiebe, RiLG, 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 57www.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 &amp; Partner Medienagentur, Aachen

**Druck**

Luthe Druck und Medienservice, Köln

**Abonnement**

Die ZfL erscheint viermal jährlich. Das Jahresabonnement beträgt 22 Euro inkl. Versand

(Studenten zahlen 16 Euro)

Zahlungen erfolgen über die Kölner Bank, BLZ 371 600 87, Konto-Nr. 584 302 003, IBAN Code: DE 45 3716 0087 0584 3020 03, BIC: GENODED1CGN  
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 interdisziplinär 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. Dr. h. c. Wolfgang Waldstein, Salzburg

Prof. Dr. iur. Ralph Weber, Rostock

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

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

## Töten als Staatsaufgabe

Vor 24 Jahren schrieb der Staatsrechtler Josef Isensee, die Abtreibung als Leistung der Sozialversicherung bedeute: „Der Staat tötet“. Daran hat sich bis heute nichts geändert. Das flächendeckende Angebot von Einrichtungen zur Vornahme von Abtreibungen ist eine „Staatsaufgabe“ und der tötende Eingriff eine Kassenleistung, die teils von den Beitragszahlern und teils aus der Staatskasse finanziert wird.

Nach dem Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts von 1993 jedoch darf unser Rechtsstaat sich an der Tötung ungeborener Kinder nicht beteiligen, von deren Rechtmäßigkeit er nicht überzeugt sein kann wie bei Abtreibungen nach dem „Beratungskonzept“. Das betrifft etwa 98 Prozent der Schwangerschaftsabbrüche, also nahezu alle. Der Sozialstaat, so die Karlsruher Richter, könne nur mit den Mitteln des Rechtsstaats verwirklicht werden. Mit der staatlichen Schutzpflicht für das ungeborene menschliche Leben, sei die Gewährung von Leistungen für solche Schwangerschaftsabbrüche nicht vereinbar. Denn dadurch würde „das allgemeine Bewusstsein in der Bevölkerung, dass das Ungeborene auch gegenüber der Mutter ein Recht auf Leben hat und daher der Abbruch der Schwangerschaft grundsätzlich Unrecht ist, erheblich beschädigt“.

Dieser Beschädigung, ja Zerstörung des Rechtsbewusstseins haben die Verfassungsrichter - alle hehren Grundsätze über Bord werfend - jedoch selbst Tür und Tor geöffnet. Eine Inanspruchnahme der Sozialversicherung haben sie nur insoweit ausgeschlossen, als es um „den Abbruch selber“ geht. Dessen Kosten dürften bei Bedürftigkeit der Frau freilich vom Staat übernommen werden.

Dieses Schlupfloch nutzend legt das Gesetz zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen „in besonderen Fällen“ die Grenze der Bedürftigkeit derart fest, dass seine Praxis zu einer Kostenerstattung aus den Haushalten der Länder für über 90 Prozent der „beratenen“ Kindestötungen in einer Höhe von jährlich mehr als 40 Millionen Euro führt.

Gerechtfertigt soll diese skandalöse Praxis deshalb sein, weil die Inanspruchnahme eines Arztes nicht am Fehlen der hierfür erforderlichen finanziellen Mittel scheitern dürfe und die Frau sonst den Weg in die Illegalität suchen und gesundheitlichen Schaden erleiden könne. Doch welche Frau wird heute noch wegen der Kosten von rund 300 Euro den Weg zum Arzt scheuen? Zu den legitimen Mitteln eines Rechtsstaats gehört jedenfalls nicht die rechtswidrige Tötung ungeborener Kinder durch Ärzte im Gesundheitsinteresse der Mutter.

Nach der jüngsten Geburtenstatistik des EU-Statistikamtes Eurostat nahm Deutschland im Jahr 2009 unter allen EU-Mitgliedsstaaten erneut mit Abstand den letzten Platz ein. Die unbestreitbaren Folgen dieser Entwicklung sind verheerend. Höchste Zeit aufzuwachen und den verhängnisvollen Weg der Tötung ungeborener Kinder durch den Staat endlich zu verlassen.

*Bernward Büchner*  
Vorsitzender der JVL

Dr. Katarina Weilert, LL.M. (London), Heidelberg

## Spätabbruch der Schwangerschaft

### - Eine straf- und verfassungsrechtliche Analyse -

#### I. Einleitung

Am 13. Mai 2009 hat der Bundestag nach verschiedenen Anträgen und Gesetzesentwürfen eine Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes beschlossen<sup>1</sup>, die besonders späte Schwangerschaftsabbrüche betrifft. Die Neuerung bezieht sich vor allem auf eine verbesserte Information der Schwangeren, wenn beim Fötus ein auffälliger Befund festgestellt wurde. Mit den neuen ärztlichen Beratungspflichten, die im Falle ihres Unterlassens eine Ordnungswidrigkeit begründen, soll erreicht werden, dass die Schwangere über die festgestellte Erkrankung des ungeborenen Kindes sowie auch die Belastungen durch einen späten Schwangerschaftsabbruch aufgeklärt wird. Eine weitere Neuerung betrifft die Normierung einer grundsätzlichen dreitägigen Bedenkfrist zwischen der Mitteilung der Diagnose der Krankheit des Ungeborenen und der ärztlichen Feststellung, dass die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB vorliegen.

Obwohl diese Neuregelungen die Kernproblematik der rechtlichen Behandlung des Schwangerschaftskonflikts unberührt lassen, waren sie hoch umstritten und es sah lange so aus, als ob gar keine Gesetzesänderung zustande kommen würde. Hintergrund ist, dass die bestehenden Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch das Ergebnis eines mühsam gefundenen Kompromisses zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Wertvorstellungen darstellen.<sup>2</sup> Da eine ungewollte oder jedenfalls zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr gewollte Schwangerschaft naturgemäß ganz unmittelbar den Körper der Frau und ihre Lebensplanung betrifft, wird eine Einschränkung der Möglichkeit eines legalen Schwangerschaftsabbruchs oft als direkter Angriff auf die Rechte der Frau gesehen. Die neuerliche Diskussion im Bundestag trat in der medialen Berichterstattung meist unter dem Schlagwort des „Spätabbruchs“ auf. Darunter wurde dann in der Presse in aller Regel ein Abbruch nach der 22. Woche nach Empfängnis (= p.c.)<sup>3</sup> verstanden. Das Gesetz zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes bezieht sich allerdings nicht nur auf derart späte Schwangerschaftsabbrüche. So gilt die dreitägige Bedenkfrist bereits für alle Abbrüche nach der 12. Schwangerschaftswoche. Der Begriff des Spätabbruchs wird also unterschiedlich verwendet, teils eng (nach der 22. Woche), teils weit (nach der 12. Woche).<sup>4</sup> Im vorliegenden Beitrag sollen späte Schwangerschaftsabbrüche vor allem unter den Aspekten betrachtet werden, die bei Schwangerschaftsabbrüchen nach der 22. Woche auftreten.

Im Jahr 2008 haben sich „offiziell“ 231 Schwangere für einen Schwangerschaftsabbruch nach der 22. Woche entschieden.<sup>5</sup> Es wird jedoch vermutet, dass es allgemein eine hohe „Dunkelziffer“ an nicht statistisch erfassten Schwangerschaftsabbrüchen gibt.<sup>6</sup> In Relation zu den 114.484 Schwangerschaftsabbrüchen vor der 23. Schwangerschaftswoche mag die Zahl gering erscheinen und stellt damit nicht die *quantitative* Kernproblematik des Schwangerschaftskonflikts dar. Auf der anderen Seite verlaufen späte Abbrüche besonders traumatisch, da die Frau einen bereits weit entwickelten Fötus zur Welt bringt, der sich von einem zarten Frühchen grundsätzlich nur dadurch unterscheidet, dass er durch ärztliches Einwirken nicht lebendig geboren wird. Extrem belastend ist diese Situation auch für Ärzte, die auf der einen Seite Frühgeburten ab etwa der 22. Woche p.c.<sup>7</sup> am Leben erhalten und auf der anderen Seite dem Wunsch der Schwangeren nachkommen, einen mitunter lebensfähigen Embryo zu töten. Immer wieder gibt es selbst beim Spätabbruch auch jene Fälle, bei denen eine Tötung des nasciturus aufgrund einer Fehldiagnose vorgenommen wird und Eltern und Ärzte mit dem unerträglichen Ergebnis ihrer Entscheidung konfrontiert werden.<sup>8</sup> Hier laufen sehr schwierige Ent-

1 BT-Drs. 16/12970 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend); Gesetz zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes v. 26.08.2009, BGBl. I 2009, S. 2990, Inkrafttreten am 01.01.2010.

2 Vgl. Überblick zur historischen Entwicklung der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs bei *Merkel*, Der Schwangerschaftsabbruch, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Aufl. 2007, S. 145 (152 ff. - mit weiterführenden Hinweisen).

3 In der Medizin wird die Schwangerschaftsdauer vom ersten Tag der letzten Menstruation an berechnet (post menstruationem – p.m.), in § 218 a StGB wird das Alter des Embryos ab der Empfängnis (post conceptionem – p.c.) gezählt. Damit ergibt sich im Schnitt ein Unterscheid von 14 Tagen. Die Bezeichnung der Schwangerschaftswochen bezieht sich im vorliegenden Beitrag, sofern nicht anders gekennzeichnet, auf die verstrichene Entwicklungszeit nach der Empfängnis.

4 Näher hierzu: *Wewetzler*, Spätabbruch der Schwangerschaft, *Hessisches Ärzteblatt* 2009, S. 395 (369).

5 Zahlen nach den Angaben im Statistischen Jahrbuch 2009, S. 249.

6 Vgl. nur Statistisches Bundesamt in Deutschland, Wiesbaden, Pressemitteilung 257/97, 5.9.1997: „Es muss davon ausgegangen werden, dass nicht alle Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland vorschriftsgemäß zur Bundesstatistik gemeldet werden.“ sowie BT-Drs. 14/6635, S. 2. Es wird berichtet, dass Spätabbrüche vereinzelt von Kliniken auch als Totgeburten dokumentiert werden (vgl. *Wewetzler* (Fn. 4), S. 397).

7 S. oben Fn. 3.

8 <http://www.kath.net/detail.php?id=16183>; [http://www.welt.de/wissenschaft/article1139113/Aerzte\\_triben\\_gesunden\\_statt\\_kranken\\_Zwilling\\_ab.html](http://www.welt.de/wissenschaft/article1139113/Aerzte_triben_gesunden_statt_kranken_Zwilling_ab.html).

scheidungsprozesse ab, von denen die Gesellschaft in der Regel wenig Notiz nimmt.

## II. Strafrechtliche Grundlagen

Grundsätzlich sind Schwangerschaftsabbrüche gemäß § 218 StGB unter Strafandrohung verboten. Hiervon normiert § 218 a StGB jedoch weit reichende Ausnahmen. Aus strafrechtlicher Sicht lässt sich die Schwangerschaft danach in zwei große Abschnitte einteilen. Sie beginnt, rechtlich betrachtet, mit dem Abschluss der Einnistung des befruchteten Eies in die Gebärmutter. Sodann zählt der Gesetzgeber die Wochen ab der Empfängnis und statuiert einen abgestuften Embryonenschutz.

### 1. Straffreiheit eines Schwangerschaftsabbruchs nach § 218 a Abs. 1 StGB

Wenn seit der Empfängnis nicht mehr als 12 Wochen vergangen sind, ist nach § 218 a Abs. 1 StGB der Tatbestand des § 218 StGB (Schwangerschaftsabbruch) „nicht verwirklicht“, sofern die Schwangere sich hat beraten lassen und ein Arzt den Abbruch vornimmt. Aus strafrechtsdogmatischer Sicht ist die „Nichtverwirklichung des Tatbestandes“ schwer zu fassen.<sup>9</sup> Die Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit ist missverständlich, da dies nahelegt, es läge der Tatbestand eines Schwangerschaftsabbruchs gar nicht vor. Der Tatbestand indiziert aber gerade die Rechtswidrigkeit<sup>10</sup> und ohne Vorliegen einer tatbestandlichen Handlung kann normalerweise gerade nicht von einer rechtswidrigen Handlung, von Unrecht, gesprochen werden. Die Formulierung in § 218 a Abs. 1 StGB kann unbefangen betrachtet kaum von § 218 Abs. 1 S. 2 StGB („Handlungen, deren Wirkung vor Abschluss der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt, gelten nicht als Schwangerschaftsabbruch im Sinne dieses Gesetzes“) unterschieden werden.<sup>11</sup> Dabei geht die gesetzliche Wortwahl des § 218 a Abs. 1 StGB an sich auf einen Ausspruch des Bundesverfassungsgerichts zurück, wonach die Herausnahme aus dem Tatbestand gerade ausdrücken soll, dass die Handlung *nicht rechtmäßig* ist.<sup>12</sup> Mit dieser Vorgabe (einerseits der Zulässigkeit des beratenden Abbruchs, andererseits seiner Rechtswidrigkeit) hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber eine strafrechtsdogmatisch fast unlösbare Aufgabe gestellt, die am Ende auch noch eine unglückliche sprachliche Lösung in § 218 a Abs. 1 StGB gefunden hat. So ist es wenig verwunderlich, dass in der Gesellschaft § 218 a Abs. 1 StGB so verstanden wird, als ob der Embryo in dieser ersten Phase der Schwangerschaft kein eigenes Lebensrecht habe. Diese gesellschaftliche Einschätzung hängt allerdings auch damit zusammen, dass die Fristenregelung mit Beratungspflicht insgesamt nur einen sehr geringen Schutz des Embryos in den ersten 12 Wochen bietet. Der Unterschied zu einer „einfachen“ Fristenregelung ohne

Beratungspflicht, bei der der Embryo in den ersten 12 Wochen keinerlei Schutz mehr genießen würde, liegt lediglich in dem Versuch, einer überhasteten Entscheidung vorzubeugen, die möglicherweise auch auf äußeren Druck ohne hinreichende Reflexion anderer Optionen getroffen wird.

### 2. Straffreiheit eines Schwangerschaftsabbruchs nach § 218 a Abs. 2 StGB

Nach Abschluss der 12-Wochen-Frist folgt der *zweite* Schwangerschaftsabschnitt, der durch § 218 a Abs. 2 StGB geregelt wird. In dieser Zeit ist der Schwangerschaftsabbruch „nicht rechtswidrig“, wenn eine Lebensgefahr oder eine Gefahr für eine schwerwiegende körperliche oder seelische Gesundheitsbeeinträchtigung der Schwangeren abgewendet werden soll und dies nur durch einen Schwangerschaftsabbruch zumutbar geschehen kann. Der Gesetzgeber bestimmt damit dogmatisch, dass der Abbruch in diesen Fällen, im Gegensatz zu § 218 a Abs. 1 StGB *gerechtfertigt* ist und der Schwangerschaftsabbruch kein Unrecht darstellt.<sup>13</sup>

#### a) Die medizinisch-soziale Indikation

Die Gefahr für die Schwangere kann dabei sowohl durch physische (z. B. Gebärmutterkrebs) oder psychische Umstände (schwere Depression bis hin zur dadurch bedingten Selbstmordgefahr<sup>14</sup>) bestehen. Liegt eine schwerwiegende physische Gesundheits- oder Lebensgefahr für die Schwangere vor, steht „Leben gegen Leben“, kann von der Schwangeren selbstverständlich unter keinen Umständen verlangt werden, die Schwangerschaft fortzuführen. Schließlich gibt es keinen legitimen Grund dafür, das ungeborene dem geborenen Leben vorzuziehen. Dies entspricht, wie noch gezeigt wird, auch dem Verfassungsrecht.

§ 218 a Abs. 2 StGB wird allerdings vielfach sehr weit interpretiert. So wird diese Vorschrift im Schrifttum oft dahin verstanden, dass die „Gesundheitsbeschädigung weder im engen Sinne der §§ 223 ff. [die Körperverletzungsdelikte, Anm. d. Verf.] zu verstehen“ ist noch „einem bestimmten Krankheitsbild zu entsprechen“ brauche oder „aus spezifischen somatischen oder psychi-

9 Ausführlich *Langer*, Strafgesetzhlicher Tatbestandsausschluss gemäß § 218a I StGB, ZfL 1999, S. 47 ff. sowie *Merkel* (Fn. 2), S. 199 ff.

10 *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2007, vor § 13 Rn. 17. Kritisch *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, S. 103 Rn. 3.

11 Dass diese Gesetzesformulierung sehr missverständlich ist, wird also auch daran deutlich, dass die Zeitspanne von Befruchtung bis Nidation als „Herausnahme aus dem Tatbestand“ gewertet wird (s. *Gropp*, Der straflose Schwangerschaftsabbruch, Tübingen 1981, S. 39).

12 BVerfGE 88, 203 (273 ff.).

13 Vgl. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. München 2006, S. 600. Dies gilt auch, soweit die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB in den ersten 12 Wochen erfüllt sind.

14 Zur Selbstmordgefahr vgl. *Merkel* (2), S. 212 f.

schen Faktoren zu diagnostizieren sein“ müsse.<sup>15</sup> Maßgeblich sei „vielmehr eine *ganzheitliche Betrachtung*, in die neben biologisch-medizinischen Bedingungen auch die gesamten sozialen Lebensumstände der Schwangeren mit einzubeziehen sind, und zwar sowohl der *gegenwärtigen* als auch ... der *künftigen* Lebensverhältnisse“.<sup>16</sup> Aufgrund dieser Ausdehnung wird von einer medizinisch-sozialen Indikation gesprochen.<sup>17</sup> Für die Frage nach der Zulässigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs wird damit nicht nur auf die Situation der Schwangerschaft selbst (wie medizinische Komplikationen bei der Schwangeren), sondern auch auf die nachgeburtlichen Belastungen durch das „Haben“ des Kindes abgestellt, die ja nicht mehr die enge körperliche Verbindung der schwangeren Frau mit dem Fötus betreffen. Die Indikation nach § 218 a Abs. 2 StGB umfasst damit „normativ heterogene Elemente“, die beide dem Wohl der Schwangeren dienen, jedoch bezogen auf den Fötus „radikal gegensätzlichen Maximen verpflichtet“ sind.<sup>18</sup> Insgesamt ist die medizinisch-soziale Indikation sehr konturenarm. Es wird immer wieder eine Umschreibung versucht, so soll die „Summierung wirtschaftlicher und familiärer Belastungen“ oder die „Vorausschau auf künftige Überforderungen durch Sorge- und Einstandspflichten im Falle einer Geburt eines Kindes“ im Einzelfall ausreichen können.<sup>19</sup> Da nach dem Gesetzeswortlaut die seelische Gesundheitsgefahr noch nicht eingetreten zu sein braucht, wird am Ende die Bewertung des Einzelfalles vielfach mit Mutmaßungen arbeiten müssen. Eine Einschätzung oder Vorausschau wird bei alledem beispielsweise im Falle eines kranken Kindes dadurch sehr erschwert, dass die Schwangere, der die Diagnose über den Fötus mitgeteilt wird, unweigerlich ein Schockerlebnis zu verarbeiten hat, bei dem schwer voraussehen ist, inwieweit der Fortgang der Schwangerschaft und vor allem das „Haben“ des Kindes eine „schwerwiegende seelische Gesundheitsbeeinträchtigung“ bedeutet.

Weder in der Rechtsprechung (relevant meist in Schadensersatzprozessen gegen den Arzt, wenn inzident geprüft wird, ob ein Schwangerschaftsabbruch legal gewesen wäre), noch in der Praxis gibt es einen festen Maßstab für die Beurteilung, wann einer Frau ein bestimmter Grad an Behinderungen des Kindes zugemutet werden kann.<sup>20</sup> Dabei kann die Praxis noch nicht einmal zweifelsfrei ermittelt werden, da vom Statistischen Bundesamt nicht erfasst wird, welche Krankheit der abgetriebene Fötus hatte bzw. ob er gesund war, sondern lediglich nach „Indikationsstellung“ und „Beratungsregelung“ unterschieden wird.<sup>21</sup> Diese undifferenzierte Statistik wird auch von vonseiten der Ärzte gerügt.<sup>22</sup> Es ist daher zu bedauern, dass eine Verpflichtung zu einer besseren statistischen Erfassung im Zuge der Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes im Mai 2009 keine Mehrheit fand.<sup>23</sup>

## b) Die versteckte embryopathische Indikation

Die Interpretation des § 218 a Abs. 2 StGB im Sinne einer medizinisch-sozialen Indikation führte dazu, dass jene embryopathische Indikation durch die Hintertür wieder eingeführt wurde, die dem Wortlaut nach aufgrund ethischer Bedenken abgeschafft worden war<sup>24</sup>: Bis 1995 sah § 218 a StGB einen Schwangerschaftsabbruch dann als nicht strafbar an, wenn „dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass das Kind ... an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustands leiden würde, die so schwer wiegt, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann“ und wenn darüber hinaus seit der Empfängnis nicht mehr als 22 Wochen verstrichen waren.<sup>25</sup> Auf die Ermahnung der Kirchen und Behindertenverbände<sup>26</sup> hin fiel dann im Zuge der Änderung des § 218 a StGB (nach dem zweiten Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch, das selbst jedoch die embryopathische Indikation ausdrücklich für verfassungsgemäß hielt<sup>27</sup>) diese namentliche Anerkennung der schweren Erkrankung des Embryos als Abtreibungsgrund weg. Konsequenz der Neuregelung war paradoxerweise aber keine größere Anerkennung des Lebensrechtes von Behinderten, sondern vielmehr gerade seine Verkürzung. Die Krankheit des Embryos wurde nämlich als Gefahr für den Gesundheitszustand der Frau begriffen<sup>28</sup> und unterlag damit nach der neuen Gesetzeslage keiner zeitlichen Begrenzung mehr.

Immerhin kann mit der im Mai 2009 beschlossenen Drei-Tages-Bedenkfrist ein Automatismus zwischen Diagnose und Schwangerschaftsabbruch durchbrochen, wenigstens aber verlangsamt werden. § 218 a Abs. 2

15 Eser, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl. München 2006, § 218 a Rn. 29; s. auch *Lackner/Kühl* (Fn. 10), § 218 a Rn. 12.

16 Eser, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 15), § 218 a Rn. 29; s. auch *Lackner/Kühl* (Fn. 10), § 218 a Rn. 12.

17 *Hofstätter*, Der embryopathisch motivierte Schwangerschaftsabbruch. Recht und Rechtswirklichkeit, Frankfurt a.M. u.a. 2000, S. 15 f.; *Mattisseck-Neef*, Schwangerschaftsabbrüche kranker/geschädigter Föten und Neugeborenenethanasie, Frankfurt a.M. 2006, S. 87.

18 *Merkel* (Fn. 2), S. 210.

19 Eser, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 15), § 218 a Rn. 29.

20 Vgl. hierzu *Tröndle*, Zum Problem der Spätabtreibungen, in: Schriftenreihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. zu Köln, 1999, S. 95 (103 f.) m.w.N.

21 Vgl. auch § 16 Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG).

22 Deutsches Ärzteblatt 2009, 106 (13): A-585.

23 Kritisch auch *Wewetzer* (Fn. 4), S. 398, die hierin ein Hindernis der sozialen und ethischen Diskussion erkennt.

24 Vertiefend *Beckmann*, Der „Wegfall“ der embryopathischen Indikation, *MedR* 1998, S. 155 ff.

25 Für eine Einschränkung der Abtreibung aus embryopathischen Gründen bis zur 22. Woche und darüber hinaus nur, „wenn ein schwerster Zustand des Kindes und erhebliche Gesundheitsgefährdung für die Mutter zusammenkommen“: *Deutsch*, Die Spätabtreibung als juristisches Problem, *ZRP* 2003, 332 (336).

26 BT-Drs. 13/1850; PlenProt. 13/47, S. 3782 C.

27 BVerfGE 88, 203 (257).

28 BT-Drs. 13/1850, S. 26.

StGB selbst sieht nämlich weder Beratungspflicht noch sonstigen „Übereilungsschutz“ vor. Aus psychologischer Perspektive muss aber zunächst die Trauer um das verlorene Wunschkind verarbeitet werden, bevor die Schwangere überhaupt dazu kommen kann, der Frage nach der Annahme des realen Kindes Raum zu geben.<sup>29</sup> Die neue Bedenkfrist ist also eine sinnvolle Ergänzung der ebenfalls neu normierten ärztlichen Beratungspflichten. Nach § 2 SchKG (n.F.) muss der Arzt, der die Diagnose in Bezug auf den Fötus mitteilt, die Schwangere unter Hinzuziehung von Ärzten beraten, die mit dieser Gesundheitsschädigung bei geborenen Kindern Erfahrung haben. Entscheidet sich die Frau für einen Abbruch, muss der Arzt, der die schriftliche Feststellung über die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB trifft, beraten, und zwar u.a. über die medizinischen und psychischen Aspekte eines späten Schwangerschaftsabbruchs (§ 2 a Abs. 2 SchKG n.F.). Auf diese Weise wird die Schwangere in Zukunft nicht nur besser über die Chancen des kranken Kindes informiert, sondern auch über Spätfolgen eines Schwangerschaftsabbruchs im fortgeschrittenen Stadium der Schwangerschaft.

Es stellt sich die Frage, wer am Ende die Abwägung zwischen dem vorgeburtlichen Lebensrecht eines behinderten Kindes und dem Recht der Schwangeren auf psychische Gesundheit vornimmt. In § 218 a Abs. 2 StGB ist von „ärztlicher Erkenntnis“ die Rede.<sup>30</sup> Nach § 218 b Abs. 1 StGB bedarf es einer schriftlichen Feststellung eines Arztes, der nicht selbst den Schwangerschaftsabbruch vornimmt, darüber, ob die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB gegeben sind. Problematisch ist aber, dass ein Pränatalmediziner zu der Frage, ob die Krankheit des Kindes gesundheitliche Probleme bei der Schwangeren auslöst, keine spezifischen Kenntnisse besitzt. Es ist in Fällen des Spätabbruchs daher nicht unüblich, dass ein Ärzteteam oder eine sonstige interdisziplinär zusammengesetzte Kommission diese Entscheidung begleitet, gesetzlich zwingend ist dies aber nicht. Bei der Frage, ob eine Schwangere die mit einem behinderten Kind verbundene größere Last tragen kann, wird es im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass die diesbezüglichen Aussagen der Schwangeren selbst das alles entscheidende Gewicht haben.<sup>31</sup> „Für ihre Ermittlung ist der Arzt auf die Angaben der Schwangeren, und für ihre künftige Prognose auf seinen Menschenverstand angewiesen.“<sup>32</sup> Überdies kann die Schwangere einen anderen Arzt aufsuchen, wenn ihr der Schwangerschaftsabbruch verweigert wird. Damit kommt der Schwangeren faktisch die absolute Entscheidungskompetenz zwischen ihren eigenen Grundrechten und denen des ungeborenen Kindes zu. Dies ist aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Selbstverständlichkeit und bedeutet überdies eine hohe Entscheidungsbürde für die Schwangere. Entscheidet sie sich für das Kind, wird sie sich später sehr wahrscheinlich bei gesellschaftlich negativen Reaktionen rechtfertigen müssen. Entscheidet sie sich gegen

das Kind, fühlt sie sich mitunter allein verantwortlich für den Tod ihres Kindes.

### 3. Geburt als legitime rechtliche Zäsur für den Lebensschutz?

#### a) Bestehende strafrechtliche Zäsur: Regelung und ihre Folgen

Strafrechtlich sind es die „Eröffnungswehen“<sup>33</sup> (bzw. beim Kaiserschnitt spätestens die Eröffnung des Uterus<sup>34</sup>), an denen die Trennlinie zwischen den Delikten Mord und Totschlag einerseits oder „nur“ Schwangerschaftsabbruch andererseits verläuft.<sup>35</sup> Dies führt in der Praxis dazu, dass Ärzte im Falle eines Spätabbruchs dem noch im Mutterleib befindlichen Kind Kaliumchlorid ins Herz spritzen oder die Blutzufuhr durch die Nabelschnur unterbinden, was einen qualvollen Tod bedeutet,<sup>36</sup> um sicherzugehen, dass es nicht lebend geboren wird und die ärztliche Versorgungspflicht nicht einsetzt. Denn wenn ein Kind seine eigene Abtreibung überlebt, steht der Arzt vor dem Dilemma, sich einerseits Schadensersatzanforderungen seitens der Eltern für den Unterhalt wegen eines fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbruchs ausgesetzt zu sehen<sup>37</sup> und andererseits rechtlich dazu verpflichtet zu sein, das geborene Kind mit allen Mitteln am Leben zu erhalten, um nicht für einen Totschlag durch Unterlassen zur Verantwortung gezogen zu werden. Auf diesen Konflikt machte im Jahr 1997 der Fall des „Oldenburger Babys“ *Tim*, das seine eigene Abtreibung überlebte, aufmerksam. *Tim* erlitt infolge der künstlich bewirkten viel zu frühen Geburt

29 Vgl. hierzu *Stengel-Rutkowski*, Vorgeburtliche Beratung und Unterstützung, in: *Orthmann-Bless/Stein* (Hrsg.), Basiswissen Sonderpädagogik, Bd. 1 (Frühe Hilfen bei Behinderungen und Benachteiligungen), Baltmannsweiler 2009, S. 31 (35 ff.).

30 Vgl. hierzu vertiefend *Eser*, „Ärztliche Erkenntnis“ und richterliche Überprüfung bei Indikation zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a StGB, in: *Arzt* (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann, Bielefeld 1992, S. 155 ff. (auch wenn das kritisch gewürdigte Urteil des BayObLG noch zur alten Rechtslage erging, bleiben die Probleme im Hinblick auf § 218 a Abs. 2 StGB relevant).

31 Vgl. hier auch *Beckmann*, Arztberuf und Abtreibung, in: Schriftenreihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. zu Köln, 1999, S. 17 (40).

32 *Merkel* (Fn.2), S. 218.

33 BGHSt 32, 194; *Lackner/Kühl* (Fn. 10), vor § 211 Rn. 3.

34 *Lackner/Kühl* (Fn. 10), vor § 211 Rn. 3; *Baltzer/Friese/Graf/Wolff*, Praxis der Gynäkologie und Geburtshilfe (2006), S. 159.

35 Vgl. hierzu auch *Hofstätter* (Fn. 17), S. 38 f.

36 *Hepp*, Pränatalmedizin und reformierter § 218 a StGB – oder: die „versteckte“ Indikation, *Der Gynäkologe* 1996, S. 407 (410).

37 Nach § 218 a Abs. 2 StGB ist nämlich eine Abtreibung bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen nicht rechtswidrig. Da der BGH in seinem Beschluss v. 24.06.2003 (2. LS, FamRZ 2003, 1378) im Falle eines Abbruchs nach § 218 a Abs. 1 StGB Schadensersatz in Form des Kindesunterhalts nur mit dem Argument abgelehnt hatte, dass eine Abtreibung nach der Beratungslösung zwar straflos, gleichwohl aber rechtswidrig ist, steht für den Arzt zu befürchten, dass eine fehlgeschlagene Spätabtreibung nach § 218 a Abs.2 StGB eine Schadensersatzpflicht auslöst (vgl. auch BGH, Urt. v. 31.01.2006, ZfL 2006, 54; vgl. für die alte Rechtslage BGH, Urt. v. 27.11.1984, NJW 1985, 671).

sowie der Verweigerung der ärztlichen Versorgung während der ersten neun Stunden sehr wahrscheinlich weitere schwere, Gesundheitsschädigungen, die über die pränatal erkannten hinausgingen. Die erste Einstellungsverfügung<sup>38</sup> der Staatsanwaltschaft gegen den die Abtreibung vornehmenden Arzt ist aus juristischer Sicht mit Fehlern behaftet und bestätigt die Vermutung, dass die medizinisch-soziale Indikation als erweiterte unreflektierte embryopathische Indikation missbraucht werden kann, in der von der Krankheit des Kindes automatisch auf eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Schwangeren geschlossen wird.<sup>39</sup>

#### b) Sind die Eröffnungswehen als Zäsur legitimierbar?

Unser Sprachgebrauch ist im Hinblick auf die Geburt als Zäsur ambivalent. In medizinischer Terminologie wird – in Abstufung der Entwicklung – von „Embryo“ und „Fötus“ geredet, rechtswissenschaftlich heißt das vorgeburtliche Leben oft „nasciturus“ oder „Leibesfrucht“, aber auch „ungeborenes Kind“ oder sogar nur „Kind“. Die Umgangssprache macht sogar noch weniger die Bezeichnung des vorgeburtlichen Lebens von der Geburt als Zäsur abhängig. Literatur für werdende Eltern beschreibt die Entwicklung des „Embryos“ in den ersten Wochen und spricht schon recht bald von den Fortschritten des „Babys“ oder „Kindes“. Die Schwangere wird schon als Mutter angesprochen. Der umgangssprachliche Gebrauch spiegelt die Fortschritte in der Medizin wieder. Ärzten gelingt es, zunehmend unreifere Frühgeborene am Leben zu erhalten, und zwar mit immer größerer Wahrscheinlichkeit auch ohne gravierende Spätfolgen. So hat im Jahr 2007 ein Baby (*Amillia Taylor*) in Miami überlebt, das vor Abschluss der 22. Schwangerschaftswoche (p.m.) geboren wurde und bislang ohne erkennbare Schädigungen heranwächst.<sup>40</sup> Man kann in etwa davon ausgehen, dass in Deutschland Babys, die nach Vollendung der 24. Schwangerschaftswoche p.m. geboren werden, zu 60% am Leben bleiben, von denen 30% gesund aufwachsen. Entscheidend ist neben dem Alter des Babys der individuelle Reifezustand, vor allem auch das Geburtsgewicht.<sup>41</sup> Spätabbrüche nach der 22. Woche p.c. (d.h. 24 Woche p.m.) bedeuten daher mit immer höherer Wahrscheinlichkeit Tötung von Ungeborenen, die auch außerhalb des Mutterleibes hätten heranreifen können. Selbstverständlich kann das so früh geborene Kind nur weiter leben, wenn es entsprechende medizinische Unterstützung bekommt. Jedoch markiert die körperliche Abhängigkeit von medizinischen Geräten grundsätzlich aus Sicht des Strafrechts keinen Unterschied in der Intensität des Lebensschutzes im Vergleich zu autonom lebenden Menschen.<sup>42</sup>

Der strafrechtlich unterschiedliche Schutz vorgeburtlichen und geborenen Lebens tritt daher in Konflikt zu einem an *medizinisch-biologische* Erkenntnisse anknüpfen-

den Schutz menschlichen Lebens. Aus medizinischer Sicht bedeutet die Geburt heutzutage ab einem gewissen Reifegrad des Kindes nicht mehr eine solche Zäsur, die einen unterschiedlichen strafrechtlichen Schutz legitimieren kann.

Es muss aber überlegt werden, ob etwa die *gesellschaftlichen Beziehungen* eine strafrechtliche Unterscheidung zwischen geborenem und ungeborenem Leben rechtfertigen können. Solange das Kind im Mutterleib ist, können Kontakte zu anderen Personen nur sehr bedingt hergestellt werden. Jedoch nimmt auch schon der Fötus die Außenwelt wahr und das Hörvermögen ist bereits im Mutterleib vorhanden.<sup>43</sup> Studien an Neugeborenen haben gezeigt, dass Kinder bereits im Mutterleib zwischen ihrer Muttersprache und Fremdsprachen sowie zwischen der Stimme ihrer Mutter und anderen Stimmen zu differenzieren gelernt haben. Auch die Schwangere selbst, möglicherweise auch weitere Personen im Umfeld, treten schon in eine Beziehung zum Kind. So streichen viele Schwangere intuitiv über ihren Bauch und setzen sich in aller Regel intensiv mit dem heranwachsenden Kind auseinander.<sup>44</sup> Nicht wenige Frauen reden bereits mit ihrem Kind, dem sie schon in der Schwangerschaft einen festen Namen gegeben haben. Manche Schwangere versuchen sogar, ihre ungeborenen Kinder bereits im Mutterleib durch spezielle Methoden zu fördern. Ebenso bieten vereinzelt Krankenhäuser dreidimensionales „Babykino“ an, bei dem das Paar am Ende die Aufzeichnungen des gefilmten Fötus mit nach Hause nehmen kann. Dass eine Beziehung zum Kind bereits sehr früh von Seiten der wer-

38 Die Ermittlungen mussten auf Betreiben der Generalstaatsanwaltschaft wieder aufgenommen werden und endeten erneut im Jahre 2003 mit einer Einstellung des Verfahrens (s. ZfL 2003, 99 ff.).

39 Näher hierzu *Tröndle* (Fn. 20), S. 104 ff.

40 <http://growingyourbaby.blogspot.com/2008/10/amillia-taylor-turns-2.html>.

41 Die Zahlen sind abhängig von dem Ort, wo sie erhoben wurden sowie vom Alter der Studie. Eine neuere Studie für Großbritannien zeigt, dass sich die Überlebenswahrscheinlichkeit für Frühgeborene ab vollendeter 24. Schwangerschaftswoche p.m. im Zeitraum von 1994 bis 2005 signifikant erhöht hat: *Field/Dorling/Manktelow/Drafer*, Survival of extremely premature babies in a geographically defined population: prospective cohort study of 1994-9 compared with 2000-5, *British Medical Journal* 336 (2008), S. 1221 ff. Eine weitere Studie aus Großbritannien von *John Wyatt* (UCL Elisabeth Garrett Anderson Institute for Women's Health) zeigte, dass im University College London Hospital zwischen der 22. und 25. Schwangerschaftswoche p.m. eine Überlebenswahrscheinlichkeit von ca. 45% besteht und dass nach einem Jahr nur bei etwa 25% der Kinder Auffälligkeiten sichtbar waren.

42 Schwierigkeiten bereiten kann hier allerdings die Frage, ob eine aktive Tötung vorliegt oder ein Tötung durch Unterlassen, s. dazu nur *Schneider*, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, Berlin 1998, S. 53 ff. Einer Tötung durch Unterlassung kann sich nur derjenige strafbar machen, dem eine Garantenstellung zukommt.

43 *Chelli/Chanoufi*, Fetal audition – Myth or reality, *Journal de gynécologie, obstétrique et biologie de la reproduction* 2008 (Bd. 37), S. 554 ff.

44 Vgl. zu frühen Mutter-Kind-Bindung auch *Wewetzer* (Fn. 4), S. 396.



denden Mutter aufgenommen werden kann, wird auch daran deutlich, dass Fehl- und Totgeburten mitunter zu Trauerprozessen führen, die denen des Todes eines lebend geborenen geliebten Menschen gleichen können. Ungeborene Kinder stehen somit durchaus in einem sozialen Beziehungsgeflecht, auch wenn dieses in mancherlei Hinsicht begrenzt ist - was allerdings auch für Neugeborene gilt, die nur graduell in Beziehung zu seiner Umwelt treten.

Weiterhin könnte man erwägen, ob die Geburt als Grenze für den „vollständigen“ Lebensschutzes dadurch gerechtfertigt ist, dass die Geburt einen leicht bestimm- baren Fixpunkt bildet. Zweifel erheben sich jedoch bereits hinsichtlich der exakten Bestimmbarkeit, da die Geburt ein längerer Prozess ist. Die Festlegung auf die Eröffnungswehen als Beginn des vollumfänglichen strafrechtlichen Schutzes ist aus rechtssystematischen Gründen gewählt worden, um § 217 Abs. 1 StGB a.F. Rechnung zu tragen („Eine Mutter, welche ... in oder gleich nach der Geburt tötet, wird... bestraft“). Das Kind ist zu diesem Zeitpunkt weder sichtbar, noch hat die medizinische Umstellung des kindlichen Versorgungssystems (vor allem der eigenen Atmung unabhängig vom mütterlichen Organismus) stattgefunden. Andererseits wäre jeder andere Zeitpunkt im Geburtsvorgang eine ebenso wenig zwingende Festlegung. Dass unterschiedliche Grenzziehungen praktische Auswirkungen haben, zeigt die in den USA bekannte Methode der sog. *Partial Birth Abortion*, die mittlerweile durch Bundesgesetzgebung<sup>45</sup> wieder zurückgedrängt wurde. Bei dieser Methode wird der Gebärmutterhalskanal geweitet, das Kind wird mit einer Zange herausgezogen, bis der Nacken sichtbar ist. Anschließend wird der Hinterkopf geöffnet und das Hirn abgesaugt. Nach deutschem Recht läge aufgrund des Tötungszeitpunktes bei dieser Methode Totschlag vor.

Es zeigt sich, dass auch unter Einbezug anderer als rein medizinisch-biologischer Faktoren die Geburt als Grund für einen so markant unterschiedlichen strafrechtlichen Lebensschutz nicht überzeugend begründet werden kann.<sup>46</sup>

### III. Recht auf Würde und Leben des nasciturus nach dem Grundgesetz

#### 1. Nasciturus als Träger der Grundrechte auf Würde und Leben

Als das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1975 anlässlich der parlamentarisch beschlossenen Fristenlösung über die Frage entscheiden musste, ob bereits der nasciturus vom Schutzbereich des grundgesetzlichen Schutzes des Lebens umfasst ist, befand es:

„Leben im Sinne der geschichtlichen Existenz eines menschlichen Individuums besteht nach gesicherter biologisch-physiologischer Erkenntnis jedenfalls vom 14. Tage nach der Empfängnis (Nidation, Individuati-

on) an ... Der damit begonnene Entwicklungsprozess ist ein kontinuierlicher Vorgang, der keine scharfen Einschnitte aufweist und eine genaue Abgrenzung der verschiedenen Entwicklungsstufen des menschlichen Lebens nicht zulässt. Er ist auch nicht mit der Geburt beendet; die für die menschliche Persönlichkeit spezifischen Bewußtseinsphänomene z. B. treten erst längere Zeit nach der Geburt auf. Deshalb kann der Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG weder auf den „fertigen“ Menschen nach der Geburt noch auf den selbständig lebensfähigen nasciturus beschränkt werden. Das Recht auf Leben wird jedem gewährleistet, der 'lebt'; zwischen einzelnen Abschnitten des sich entwickelnden Lebens vor der Geburt oder zwischen ungeborenem und geborenem Leben kann hier kein Unterschied gemacht werden. 'Jeder' im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist 'jeder Lebende', anders ausgedrückt: jedes Leben besitzende menschliche Individuum; „jeder“ ist daher auch das noch ungeborene menschliche Wesen.“<sup>47</sup>

Ähnlich klar äußerte sich das Gericht im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG, der die Würde des Menschen für *unantastbar* erklärt:

„Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß. Die von Anfang an im menschlichen Sein angelegten potentiellen Fähigkeiten genügen, um die Menschenwürde zu begründen.“<sup>48</sup>

Auch in seinem zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch von 1993 sprach sich das Bundesverfassungsgericht klar für den grundsätzlichen Schutz des ungeborenen Lebens aus. So heißt es auch hier, dass „schon dem ungeborenen menschlichen Leben“ Menschenwürde zukomme,<sup>49</sup> woraus dann eine *Schutzpflicht* des Staates zugunsten des ungeborenen Lebens in bestimmtem Umfang abgeleitet wurde.

Diese Sicht des Gerichts, wonach schon der Embryo jedenfalls ab der Nidation vom Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 GG umfasst wird, ist noch herrschende Ansicht<sup>50</sup>, wird aber, gerade vor dem Hintergrund, dass dann aus verfassungsdogmatischen Gründen an sich eine Abtreibung nur in eng umgrenz-

45 Partial-Birth Abortion Ban Act (18 U.S. Code 1531)[1], dessen Verfassungsmäßigkeit im Urteil des Supreme Court im Fall, *Gonzales gegen Carhart*, 550 U.S. 124 (2007) bestätigt wurde.

46 So weist auch *Wewetzer* (Fn. 4), S. 395, darauf hin, dass Spätabtreibungen gerade deswegen ein besonderes Problem für das medizinische Personal darstellen, weil „sich intuitiv der Schutzanspruch eines ungeborenen Kindes nicht grundlegend von demjenigen eines geborenen Kindes unterscheidet“.

47 BVerfGE 39, 1 (37).

48 BVerfGE 39, 1 (41).

49 Leitsatz 1, Satz 2.

50 Das Bundesverfassungsgericht hat eine dogmatische Festlegung im Hinblick auf die *Grundrechtsträgerschaft* vermieden, s. BVerfGE 39, S. 1 (41 f.). Dagegen nimmt die herrschende Lehre eine Grundrechtsträgerschaft des Nasciturus an, s. *D. Murswiek*, in: *Sachs, Grundgesetz Kommentar*, 5. Aufl. München 2009, Art. 2 Rn. 146 m.w.N.

ten Fällen zulässig wäre, auch kritisiert.<sup>51</sup> Ohne hier die uferlose Debatte um den frühen Embryonenschutz, gerade auch den pränidativen (Embryo in vitro), nachzeichnen zu können, soll hier das spezifische Augenmerk auf die Frage der Abtreibungen von Föten jenseits der 22. Schwangerschaftswoche gerichtet werden. All jene bekannten Einwände gegen die Behandlung des Embryos als Menschen, deren Schlagkraft bereits beim Embryo umstritten ist, verlieren bezogen auf den extruterin lebensfähigen Fötus noch einmal entscheidend an Gewicht: Er hat Menschengestalt, verfügt bereits jetzt über einzelne kognitive Fähigkeiten und ist sogar unabhängig von seiner Mutter lebensfähig.

## 2. Verletzung des Grundrechts auf Würde

Da bei Art. 1 Abs. 1 GG bereits jeder Eingriff eine Verletzung bedeutet, eine Rechtfertigung mithin nicht möglich ist<sup>52</sup>, stellt sich ganz besonders die Frage, wann eine Menschenwürdeverletzung vorliegt. Nicht jede Tötung bedeutet nämlich zugleich eine Verletzung der Würde des Menschen. Hinzukommen müssen vielmehr weitere, die Besonderheit einer Würdeverletzung ausmachende Umstände.<sup>53</sup> Nun war es gerade ein Anliegen der Verfassungsgeber, mit Art. 1 GG ein Zeichen gegen die systematische und menschenverachtende Tötung von menschlichem Leben zu setzen, das aufgrund einer Behinderung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten Volksgruppe als nicht lebenswert betrachtet wurde.<sup>54</sup> Daher liegt eine Würdeverletzung nicht schon dann vor, wenn das Leben des Fötus geopfert wird, um das Leben der Frau zu retten oder sie vor einer ernsthaften Gesundheitsbeschädigung zu bewahren, weil hier nicht nach dem Wert des Fötus in den Kategorien „lebenswert“ und „nicht lebenswert“ abgestuft wird, sondern vielmehr der Tod des Fötus eine unerwünschte Nebenfolge des Überlebens der Schwangeren bzw. der Bewahrung ihrer physischen Gesundheit darstellt.<sup>55</sup> Eine Würdeverletzung dürfte indes dort nicht mehr zu verneinen sein, wo das ungeborene Leben in seinem Wert gar nicht geachtet wird, d.h. ihm von vornherein kein Lebensrecht zugesprochen wird bzw. es nur noch als Objekt (z. B. als „Schwangerschaftsgewebe“<sup>56</sup>) behandelt wird.<sup>57</sup> Die gezielte Tötung behinderten Lebens als „lebensunwertes Leben“ dürfte in aller Regel unter diese Kategorie fallen. Die Frage der Menschenwürdeverletzung kann damit nicht rein objektiv beurteilt werden, sondern hängt damit zusammen, ob der Fötus als „Mensch“ betrachtet wird oder nur als störendes „Ding“. Die staatliche Schutzpflicht im Hinblick auf die Würde Ungeborener beinhaltet, dass es der Staat nicht zulassen darf, dass kranke (und gleichwohl lebensfähige) Föten als nicht lebenswert betrachtet werden und daher gar keinen Schutz gegen Tötung mehr genießen.

## 3. Verletzung des Grundrechts auf Leben

Auch in Bezug auf das Grundrecht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 GG obliegt dem Staat in gewissem Umfang

eine Schutzpflicht. Wie weit diese reicht, muss hier angesichts der Beschränkbarkeit dieses Grundrechts in einer Abwägung mit den Rechten der Schwangeren ermittelt werden. Dem Grundrecht des Fötus auf Leben stehen die Rechte der Schwangeren aus Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gegenüber. Die Abwägung der beiden verfassungsrechtlichen Rechtspositionen muss dabei von folgenden Überlegungen geleitet sein: Ziel eines Schwangerschaftsabbruchs ist der Tod des Fötus. Das Grundrecht auf Leben, vom BVerfG auch als „Höchstwert“ bezeichnet,<sup>58</sup> wird also durch den Abbruch nicht nur „eingeschränkt“, sondern in diesem Fall gänzlich genommen. Ein die Tötung erlaubendes Gesetz muss daher gesteigerten Anforderungen genügen (Untermaßverbot).<sup>59</sup> Für die in der Praxis besonders relevanten Fälle eines Fötus mit Down-Syndrom, durch den zwar nicht das Recht auf Leben und physische Gesundheit der Schwangeren, wohl aber in einigen Fällen ihre psychische Gesundheit gefährdet sein kann, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht ein Vorzug der psychischen Gesundheit der Frau vor dem Lebensrecht des Kindes problematisch. Wenn das Gericht im zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch unter Verweis auf die frühere Rechtsprechung einerseits sagt, dass es sich bei „dem Ungeborenen um individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben“ handelt, „das im Prozeß des Wachsens und Sich-Entfaltens *sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt* (vgl. BVerfGE 39, 1 [37])“<sup>60</sup>, dann

51 Bezogen auf den Schwangerschaftsabbruch ausführliche Diskussion der Urteile und zahlreiche Literaturhinweise z.B. bei *Hofstätter* (Fn. 17), S. 78 ff.

52 Vgl. statt vieler *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 GG, Berlin 1990, S. 92.

53 *Weilert*, Grundlagen und Grenzen des Folterverbotes in verschiedenen Rechtskreisen, Heidelberg 2009, S. 168 ff.

54 Im Dritten Reich ging es zwar um „staatliche Tötungen“, während es beim Schutz des ungeborenen Lebens um die Verhinderung der Tötung durch private „Dritte“ geht. Jedoch muss der Staat über die Nichtverletzung der Menschenwürde (Achtungspflicht) hinaus ausdrücklich auch die Menschenwürde schützen (Schutzpflicht).

55 Vgl. auch die Differenzierung bei *Merkel* (Fn. 2), S. 210, zwischen einer Abtreibung, die „auf die Verhinderung seiner postnatalen Existenz“ zielt sowie einer Tötung, die „unerwünschte Nebenfolge der Rettung der Schwangeren“ darstellt.

56 So bei *pro familia*, <http://www.profamilia.de/article/show/916.html>, wo lediglich der Begriff „Schwangerschaftsgewebe“ verwendet wird und die Begriffe „Embryo“ und „Fötus“ gar nicht gebraucht werden.

57 Vgl. auch *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 1 Rn. 12: Beeinträchtigung der Menschenwürde, „wenn die prinzipielle Gleichheit eines Menschen mit anderen Menschen in Zweifel gezogen wird ..., wenn jemand grundsätzlich wie ein Mensch zweiter Klasse behandelt wird, weshalb schwere Beeinträchtigungen der rechtlichen Gleichheit erfasst werden.“

58 BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 24 (53); 115, 118 (139).

59 BVerfGE 88, 203 (254).

60 BVerfGE 88, 203, 251 f. (Herv. v. Verf.).

erforderte es andererseits sehr gewichtige Gründe, um einen unterschiedlichen Lebensschutz für ungeborene und geborene Menschen zu rechtfertigen. Dogmatisch lassen sich diese Gründe nur schwer finden. Daran leidet dann auch das zweite Schwangerschaftsabbruchsurteil des BVerfG selbst. Gemessen an den eigenen hohen Prämissen hätte das Gericht nämlich bei dieser Abwägung strenger verfahren müssen.<sup>61</sup> Das Urteil des BVerfG weist dogmatische Ungereimtheiten auf, wenn es einerseits dem nasciturus vollen Grundrechtsschutz zuspricht, andererseits aber eine Abwägung vornimmt, die diesen Grundrechtsschutz auf ein Niveau reduziert, das im Hinblick auf geborene Menschen indiskutabel wäre. Der Unterschied zu anderen Fällen zweier Grundrechtsträger liegt bei der Schwangerschaft in der besonderen Situation der „Zweiheit in Einheit“. Diese könnte jedoch in Fällen extrauteriner Lebensfähigkeit etwa ab dem Zeitpunkt, in dem in Deutschland Frühgeborene neonatal versorgt werden (in Deutschland zurzeit die 24. Woche p.m.), theoretisch auch durch eine Lebendgeburt mit anschließender Versorgung (und ggf. Freigabe zur Adoption) aufgelöst werden.

#### IV. Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz

Nach Art 3 Abs. 1 GG sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich (allgemeiner Gleichheitssatz). Konkretisiert wird dieses Gebot u.a. durch Abs. 3 S. 2 GG, wonach „niemand“ wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf. „Niemand“ ist die negative Formulierung für „jeder“, die in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch in Bezug auf ungeborenes Leben gebraucht wird.<sup>62</sup> Darüber hinaus spricht für eine Einbeziehung vorgeburtlichen Lebens, dass sich Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gerade gegen die Diskriminierung Behinderter richtet und somit spezifisch das Problem der Selektion von lebenswertem und nicht lebenswertem Leben aufgreift, was Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, der allgemein für einen Schutz vorgeburtlichen Lebens herangezogen wird, nicht zu leisten vermag. Überdies kann für die Einbeziehung ungeborenen Lebens in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ins Feld geführt werden, dass hinter dieser Regelung der Gedanke steht, behindertes Leben ausdrücklich als gleichwertig anzuerkennen. Gälte dies nicht bereits für vorgeburtliches Leben, so könnte Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG für all jene Personen umgangen werden, die vorgeburtlich nachweislich geschädigt sind, indem beispielsweise indirekt Druck aufgebaut wird (etwa durch Ausgestaltung des Gesundheitsrechts), die Geburt derjenigen Menschen zu verhindern, die die Gesellschaft wegen ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen finanziell belasten. Dies kann nicht gewollt sein. Nach alledem ergibt sich, dass auch das ungeborene Leben „niemand“ im Sinne des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist.<sup>63</sup>

Problematisch ist, ob § 218 a Abs. 2 StGB, der seinem Wortlaut nach nur auf Leben und Gesundheit der Schwangeren abstellt, ungeborenes behindertes Leben

benachteiligt. In der Praxis wird die medizinisch-soziale Indikation, wie bereits erläutert<sup>64</sup>, als Auffangbecken für Fälle der embryopathischen Indikation herangezogen. Diese Tendenz war schon im Gesetzgebungsprozess absehbar.<sup>65</sup> Ein psychisches Leiden der Schwangeren kann zwar auch bei einem gesunden Fötus nicht ausgeschlossen werden, etwa wenn die Beziehung mit dem Kindsvater in die Brüche geht oder wenn, was immer wieder vorkommt, die Schwangere die Schwangerschaft erst nach der 22. Woche bemerkt und das Kind nicht haben möchte.<sup>66</sup> Jedoch dürfte das Abbruchsbegehren der Schwangeren im Hinblick auf ein gesundes Kind nach der 22. Woche sehr selten sein.

Überdies dürfte eine Schwangere mit einem gesunden ungeborenen Kind nach der 22. Woche Schwierigkeiten haben, einen Arzt zu finden, der zu einer Abtreibung bereit ist, sofern nicht die physische Gesundheit der Schwangeren ernsthaft in Gefahr ist. Es wird deutlich, dass § 218 a Abs. 2 StGB mit der Formulierung des „*seelischen* Gesundheitszustandes“ der Schwangeren praktisch so gut wie ausschließlich die Fälle der alten embryopathischen Indikation umfasst. Daher spricht viel dafür, hier schon von einer direkten Ungleichbehandlung auszugehen.<sup>67</sup> Mindestens ist aber von einer indirekten Ungleichbehandlung auszugehen, die vorliegt, wenn die Regelung zwar nicht ausdrücklich an die Behinderteneigenschaft anknüpft, im Ergebnis aber vor allem eine Benachteiligung von Behinderten bewirkt.<sup>68</sup> Auch eine indirekte Ungleichbehandlung ist grundsätzlich von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erfasst.<sup>69</sup>

61 Vgl. zur Widersprüchlichkeit auch Dreier, in: *Dreier*, Grundgesetz Kommentar, Band I, 2. Aufl. Tübingen 2004, Art. 1 I Rn. 69; *Merkel* (Fn. 2), S. 209, unter Verweis auf *Ipsen*, JZ 2001, 989 (992): „Ein ‚Grundrecht‘ auf Leben, das seinen Inhaber nicht davor bewahrt, in einem Konflikt, für den er schlechterdings nichts kann, zugunsten eines Dritten getötet zu werden, der seinerseits für die Konfliktentstehung zuständig ist, ‚verdient diesen Namen nicht‘.“

62 Für den personellen Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG s. *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, Grundgesetz Kommentar (Fn. 61), Art. 2 II Rn. 40.

63 Für einen Einbezug des Embryos *Güver*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, Berlin 2001, S. 121 ff.; gegen einen Einbezug ungeborenen Lebens: *Osterloh*, in: *Sachs* (Fn. 50), Art. 3 Rn. 308 (dort Fn. 684). Ausführliche Nachweise zum Streitstand: *Mattissock-Neef*, oben Fn. 17.

64 S. oben II. 2. b) Die versteckte embryopathische Indikation).

65 BT-Drs. 13/1850, S. 26.

66 *Wessel*, Die verdrängte Schwangerschaft, Hamburg 1998.

67 Ein bloßes Abstellen auf den Wortlaut würde eine Missbrauchsgefahr darstellen, da so durch geschickte Terminologie der Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG in seiner Strenge umgangen werden könnte. Vgl. auch *Beckmann* (Fn. 24, S. 155 (160)): „Ob ein behindertes Kind wegen der Unerwünschtheit seiner Behinderung („minderwertiges Leben“) oder der sich aus der Behinderung ergebenden Belastung für seine Eltern („lästiges Leben“) getötet wird, bleibt sich gleich. Denn auch die Unzumutbarkeit müßte – um keine diskriminierende Wirkung zu haben – unabhängig vom Gesundheitszustand des ungeborenen Kindes gegeben sein.“

68 *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 57), Art. 3 Rn. 145.

69 Vgl. *Heun*, in: *Dreier*, Grundgesetz Kommentar (Fn. 66), Art. 3 Rn. 137; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 57), Art. 3 Rn. 145, jedoch gelten hier ggf. geringere Anforderungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung; BVerfGE 96, 288 (312 f.).

Sofern man von einer direkten Ungleichbehandlung ausgeht (und ob dies der Fall ist, könnte letztlich nur durch eine entsprechende Pflicht zur statistischen Erfassung des Abbruchgrundes geklärt werden), müssen an die Rechtfertigung hohe Anforderungen gestellt werden.<sup>70</sup> Ein solches Gesetz müsste „im Hinblick auf den Schutzzweck unerlässlich sein“<sup>71</sup>, es müssen „zwingende Gründe“ für die schlechterstellende Regelung vorliegen.<sup>72</sup> Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung muss in Ansatz gebracht werden, dass es beim Schwangerschaftsabbruch aufgrund embryopathischer „Indikation“ um die größtmögliche Benachteiligung behinderten Lebens geht, nämlich um die Verneinung seines gleichwertigen Lebensrechtes. Dies erhöht noch einmal die Anforderungen an die Interessen der Schwangeren, die von § 218 a Abs. 2 StGB geschützt werden sollen. Auch ist zu fragen, in welchen Fällen ein Spätabbruch überhaupt *geeignet* sein kann, eine Depression zu verhindern, wenn die Folgen des Abbruchs gleichermaßen psychische Probleme mit sich bringen können.<sup>73</sup> Darüber hinaus ist die *Erforderlichkeit* zu hinterfragen, wenn im Falle eines Schwangerschaftsabbruchs nach der 22. Woche nur wenige Wochen ausreichen würden, ein mit guten Chancen überlebensfähiges Kind zu gebären, das dann „als milderes Mittel“ anstelle einer Abtreibung zur Adoption freigegeben werden oder in einem Heim betreut werden könnte. Schließlich wird im Rahmen der Angemessenheit zu erörtern sein, inwieweit die Grundrechte der Schwangeren Vorrang vor dem Lebensrecht des Fötus haben können. Nach alledem zeigt sich, dass – geht man von einer direkten Ungleichbehandlung aus – ein embryopathisch indizierter *Spätabbruch* in Fällen gestattet sein kann, in denen die physische Gesundheit der Schwangeren erheblich (d.h. lebensbedrohlich oder irreversibel) gefährdet ist (hier ist der Tod des Kindes unerwünschte Nebenfolge und betrifft unterschiedslos geschädigte wie gesunde Kinder) oder in denen ein letal geschädigtes Kind heranreift, das nach der Geburt nicht lebensfähig wäre. Ob darüber hinaus ein Abbruch auch zur Abwendung einer Gefahr lediglich für den seelischen Gesundheitszustand der Schwangeren zulässig ist (hier geht es um die verdeckte embryopathische Indikation in Form des Nicht-Haben-Wollens eines Kindes), ist dagegen vor dem Hintergrund des Verbots der Benachteiligung Behinderter problematisch.

## V. Verfassung und Gesellschaft

Die in sich widersprüchlichen Urteile des Bundesverfassungsgerichts sind unter anderem darauf zurückzuführen, dass eine Auslegung des Verfassungsrechts, die dem nasciturus das Recht auf Leben und Menschenwürde zuspricht, in weiten Teilen der Gesellschaft nicht mehr getragen wird.<sup>74</sup> Vor dem Hintergrund der verbreiteten gesellschaftlichen Akzeptanz von Schwangerschaftsabbrüchen sind die Urteile des BVerfG von

Kompromissen gezeichnet und die Aussagen – gerade im zweiten Schwangerschaftsabbruchsurteil – so gewunden und „verkläuselt“, dass sie von der Bevölkerung nicht mehr verstanden werden können. Obwohl nämlich das Gericht im zweiten Urteil die Fristenlösung nur unter der Bedingung für straffrei erklärt hat, dass die indikationslose Abtreibung „rechtswidrig“ ist, ist dieser tragende Urteilsaspekt gesellschaftlich unbekannt, und darf daher auf gerichtliche Weisung hin auch nicht von „Lebensrechtlern“ in Flugblättern angeführt werden.<sup>75</sup> Vielfach ist heute, angelehnt an den zivilrechtlichen „Kauf auf Probe“, bei dem „die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers“ steht,<sup>76</sup> von „Schwangerschaft auf Probe“ die Rede. Mit zunehmender Pränataldiagnostik wächst das Gefühl, einen „Anspruch“ auf ein gesundes Kind zu haben, was rechtlich freilich so nicht zu halten ist.<sup>77</sup> Der BGH ist allerdings in seiner Rechtsprechung bereits so weit gegangen, dem Schwangerschaftsbetreuungsvertrag nicht nur eine Aufklärungspflicht „über die erkennbare Gefahr einer Schädigung der Leibesfrucht“ zu entnehmen, sondern darüber hinaus diese mit dem Zweck verbunden zu sehen, einen Schwangerschaftsabbruch herbeizuführen.<sup>78</sup> So wurde eine Ärztin zu Schadensersatzzahlungen für die den Eltern entstandenen Unterhaltsverpflichtungen verurteilt, da sie die vorgeburtlichen Schädigungen im Rahmen des zweiten Ultraschallscreenings (19. bis 22. Schwangerschaftswoche) nicht diagnostiziert hatte, obwohl ihr dies möglich gewesen wäre und die Mutter das Kind im Falle der Kenntnis der körperlichen Behinderungen abgetrieben hätte. „Kind als Schaden“ ist das Schlagwort für Entscheidungen, in denen der ärztliche Behandlungsvertrag das Ziel mit umfasst, die Geburt eines Kindes zu verhindern. Die Ausdehnung dieser Rechtsprechung, die ursprünglich Ärzte für Fehlverhalten im Vorfeld einer Zeugung (genetische Beratung oder Sterilisation) haftbar machen sollte, auf Schadensersatzzahlungen im Falle ärztlicher Fehler bei der Er-

70 Auch eine direkte Ungleichbehandlung kann gerechtfertigt werden: *Heun*, in: *Dreier* (Fn. 61), Art. 3 Rn. 137 m.w.N.

71 Vgl. allgemein zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG *Heun*, in: *Dreier* (Fn. 61), Art. 3 Rn. 137.

72 Vgl. BVerfGE 99, 341 (357).

73 Zum sog. Post-Abortion-Syndrom gibt es zwar, soweit ersichtlich, noch keine spezifischen Studien für die Spätabtreibung, jedoch können Studien zu psychischen Folgen, die auch frühere Abbrüche betreffen, ohne weiteres (oder sogar „erst recht“) übertragen werden: *Fergusson/Horwood/Ridder*, *Abortion in young women and subsequent mental health*, *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 47 (2006), S. 16 ff; *Pedersen*, *Abortion and depression: A population-based longitudinal study of young women*, *Scandinavian Journal of Public Health* 36 (2008), S. 424 ff.

74 Vgl. *Khuth*, ZfL 1999, 35 (37).

75 LG Heilbronn, ZfL 2002, S.20, OLG Stuttgart, ZfL 2002, S.54 und BGH, VersR 2003, S.777.

76 § 454 Abs. 1 BGB: „Bei einem Kauf auf Probe oder auf Besichtigung steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.“

77 *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 15), § 218 a, Rn. 38.

78 BGH, MedR 2002, S. 640, 643.

kennung von Schädigungen im Verlaufe der Schwangerschaft und infolgedessen unterbliebenem Abbruch, stellt den Arzt nicht mehr als Helfer für das Leben in den Mittelpunkt, sondern als Dienstleister im Auftrag des Patienten. Diese Rechtsprechung verstärkt in der Gesellschaft den Eindruck, dass das Lebensrecht des Kindes dem Willen der Schwangeren nachgeordnet ist, da die juristischen Feinheiten in die Gesellschaft hinein nicht vermittelt werden bzw. auch schwer zu vermitteln sind. Darüber hinaus bewirkt diese Rechtsprechung auch, dass Ärzte in der Pränataldiagnostik einem permanenten Druck unterliegen, jeden Verdacht auf mögliche Gesundheitsschädigung wahrzunehmen und, soweit die Schwangere es nicht ausdrücklich anders wünscht, dies der werdenden Mutter auch mitzuteilen. Angesichts immer besserer Diagnostik ist davon auszugehen, dass die „Fehlertoleranz“ in Zukunft immer geringer wird.

Nach alledem stellt sich die grundsätzliche, und in diesem Rahmen nicht adäquat darstellbare, Problematik, inwieweit eine Verfassungsauslegung bei Fragen, die unter anderem auch auf ethischen Grundüberzeugungen fußen, die Mehrheitsmeinung in der Bevölkerung suchen muss.<sup>79</sup> Das BVerfG deutet dieses Grundproblem an, wenn es ausführt, dass es die Aufgabe des *Gesetzgebers* sei, „die aus diesen verschiedenen Sichtweisen entwickelten, unter sich vielseitig verschränkten Argumente zu würdigen, sie durch spezifisch rechtspolitische Überlegungen sowie durch die praktischen Erfahrungen des Rechtslebens zu ergänzen und auf dieser Grundlage die Entscheidung zu gewinnen, in welcher Weise die Rechtsordnung auf diesen sozialen Vorgang reagieren soll.“<sup>80</sup> Dem *Gericht* komme nur die Aufgabe zu, zu prüfen, ob die so gefundene Regelung verfassungskonform sei. „Gewicht und Ernst der verfassungsrechtlichen Fragestellung werden deutlich, wenn bedacht wird, daß es hier um den Schutz menschlichen Lebens geht, eines zentralen Wertes jeder rechtlichen Ordnung. Die Entscheidung über Maßstäbe und Grenzen der gesetzgeberischen Entscheidungsfreiheit erfordert eine Gesamtschau des verfassungsrechtlichen Normenbestandes und der in ihm beschlossenen Wertordnung.“<sup>81</sup> Hier bleiben viele Fragen offen, da auch die im Grundgesetz beschlossene Wertordnung nicht einfach zu ermitteln ist. Jedoch könnte sich eine Grundtendenz abzeichnen, indem die ethischen Grundüberzeugungen der Mehrheit der Bevölkerung primär durch Gesetzgebung ihren Einfluss finden, das BVerfG dann aber an die Regelung in der Verfassung gebunden ist, auch wenn sich inzwischen die Mehrheitsmeinung geändert hat. Wenn es nur um die Frage einer Mehrheitsmeinung im Sinne einer überwiegenden Meinungsansicht ginge, dann müsste in letzter Konsequenz der Grundsatz des Vorranges der Verfassung aufgegeben werden, da die einfachen Gesetze in der Regel zeitlich später erlassen werden und Ausdruck jedenfalls einer einfachen Mehrheit im Parlament sind. Es hat nun aber seinen guten

Sinn, dass bestimmte Grundentscheidungen in einer Verfassung niedergelegt sind und nur durch eine qualifizierte Mehrheit geändert werden können. Daher ist es richtig, wenn das Bundesverfassungsgericht seinen Prüfungsmaßstab in der Verfassung sucht, nicht in etwaigen Mehrheitsüberzeugungen.

## VI. Rechte der Väter

Das Leben des ungeborenen Menschen ist so eng mit dem der werdenden Mutter verwoben, dass die Väter oft aus dem Blickfeld geraten. Auch das BVerfG nimmt nur mittelbar in seinem zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch auf die Väter Bezug, wenn es ausführt: „Nicht weniger ist Schutz gegenüber Einwirkungen gefordert, die von Dritten - nicht zuletzt aus dem familiären und dem weiteren sozialen Umfeld der schwangeren Frau - ausgehen; diese können sich unmittelbar gegen den nasciturus richten, aber auch mittelbar, indem der schwangeren Frau geschuldete Hilfe verweigert, sie wegen der Schwangerschaft in Bedrängnis gebracht oder gar Druck auf sie ausgeübt wird, die Schwangerschaft abbrechen.“<sup>82</sup> Hier kommen auch die Väter als potentieller „Störfaktor“ in Betracht. Bemerkenswert ist jedoch, dass dabei gar nicht bedacht wird, dass auch die Väter durch das Kind in eine völlig neue Lebenssituation gestellt werden. Auch der Vater hat Verantwortung für das Kind, wenngleich auch in der Praxis teils nur in der finanziellen Form der Unterhaltspflicht. Auch *seine* Erwartungen an die Familie und Lebensplanung geraten durcheinander. So richtig es ist, dass ein werdender Vater keinesfalls das Recht haben darf, einen Schwangerschaftsabbruch zu verlangen, schon da er keinen derartigen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Frau fordern dürfte,<sup>83</sup> wird aber auch deutlich, dass allein die Befürchtung einer *nachgeburtlichen* psychischen Belastung der Schwangeren als Abbruchgrund problematisch ist. Die Situation *nach* der Geburt hat nämlich nichts mehr mit der „Zweiheit in Einheit“ von Mutter und Kind zu tun, die die Frau spezifisch vor dem Mann auszeichnet.

Neben jenen Fällen, in denen der Vater einen Schwangerschaftsabbruch befürwortet oder gar einfordert, gibt es auch jene, in denen sich gerade der Vater für die Austragung „seines“ Kindes einsetzt. Hier stehen sich dann nicht nur die Belange der Schwangeren und die Rechte des Ungeborenen gegenüber, sondern es entsteht die Frage, ob dem Vater ein Recht auf Leben „seines“ Kindes, ein Recht auf Vaterschaft, Pflege und Erziehung dieses Kindes zukommt. Bislang wird ein solches Recht

79 Vgl. hier auch *Steiner*, Der Schutz des Lebens durch das Grundgesetz, 1992, S. 30 f.

80 BVerfGE 39, 1 (36).

81 BVerfGE 39, 1 (36).

82 BVerfGE 88, 203 (253).

83 S. auch *Spaemann*, Im Zweifel für den Tod. Ein neues Urteil zur Abtreibung, FAZ v. 15. März 2006.

des Vaters, das in Art. 6 Abs. 2 GG verankert sein könnte, in Lehre und Rechtsprechung, soweit ersichtlich, nicht einmal erwogen. Dies wird von Vätern beklagt.<sup>84</sup> Da Grundrechte grundsätzlich nur vertikale Wirkung entfalten, kann es bei Art. 6 Abs. 2 GG allerdings lediglich um eine Schutzpflicht des Staates gehen. Die Legalisierung des Schwangerschaftsabbruchs ist zwar eine besonders starke Beschränkung des Elternrechts, da sie seine Ausübung letztlich unmöglich macht. Im Ergebnis dürfte aber auch die Zuerkennung väterlicher Rechte im Grundsatz keinen Unterschied machen. Es geht im Kern bei der Frage der Zulässigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs nämlich um das individuelle Recht *des Kindes* auf Leben. Wenn also schon das Lebensrecht des Kindes gegen seine eigene Tötung nicht durchdringen kann, dann kann insoweit auch keine Schutzpflicht zugunsten des Elternrechts des Erzeugers bestehen.

Für den umgekehrten Fall übrigens, in dem eine körperliche Beziehung zwischen dem Embryo und der Frau *noch nicht* besteht, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die britische Regelung nicht beanstandet, wonach ein Mann das Recht hat, seine Einwilligung für das Einpflanzen des Embryos in den Mutterleib auch nach der künstlichen Befruchtung noch rückgängig zu machen.<sup>85</sup> Diese Regelung bedeutet eine sehr starke Position des Mannes für die Entscheidung, ob er Vater werden möchte.

## VII. Familienlastenausgleich und Sozialstaatsprinzip

Wenn der Staat mit § 218 StGB – zu Recht – zum Ausdruck bringt, dass ungeborene Kinder keine Privatangelegenheit ihrer Mutter sind, sondern um ihrer selbst willen als vollwertige Mitglieder unserer Gesellschaft existieren, dann liegt es nahe, dass die mit Kindern verbundenen Lasten nicht einseitig den Eltern überlassen werden dürfen. Gerade bei behinderten und kranken Kindern entstehen den Eltern besondere Kosten und Lasten in der Pflege und Betreuung. Diese müssen von der Gesellschaft mitgetragen werden.

Zwar wird verfassungsrechtlich bislang weder aus Art. 6 Abs. 1 GG noch aus dem Sozialstaatsprinzip ein Anspruch auf Transferleistungen abgeleitet, der über das Existenzminimum hinausginge.<sup>86</sup> Ebenso ist bislang kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf einen Krippen- oder Kindergartenplatz anerkannt. Immerhin aber fordert das Bundesverfassungsgericht eine zunehmend größere Unterstützung der Eltern ein, gerade auch dadurch, dass die in der Praxis vor allem von Frauen wahrgenommenen Betreuungspflichten nicht mehr als selbstverständlich gelten, sondern zum einen steuerlich im Rahmen des Existenzminimums des Kindes zu berücksichtigen sind und zum anderen eingefordert wird, „daß die Angebote der institutionellen Kinderbetreuung verbessert werden“<sup>87</sup>. Überdies ist auf der einfachgesetzlichen Ebene auch eine finanzielle Aner-

kennung von Erziehungsleistungen, früher durch das Erziehungsgeld, heute vor allem durch das Elterngeld, normiert worden. Wenn auch unterschiedlich in ihrer Zielrichtung (das Erziehungsgeld war sozial orientiert, das Elterngeld vor allem als Kompensation des Lohnausfalls), sollen doch beide Arten von Transferleistungen dazu dienen, wenigstens in Ansätzen die durch Kinder entstandenen finanziellen Belastungen auf die gesamte Gesellschaft umzulegen (Familienlastenausgleich).

Während in Bezug auf gesunde Kinder Familienhilfen wie Elterngeld und Krippenausbau politisch vielfach deswegen etabliert werden, weil man gesellschaftliche Leistungsträger der Zukunft braucht, muss bei behinderten Kindern hinsichtlich ihres erhöhten Bedarfs der Gedanke des Sozialstaatsprinzips in den Vordergrund treten. Laut BVerfG müssen aufgrund des Sozialstaatsprinzips diejenigen staatliche Fürsorge erfahren, „die aufgrund ihrer persönlichen Lebensumstände oder gesellschaftlichen Benachteiligungen an ihrer persönlichen oder sozialen Entfaltung gehindert sind“.<sup>88</sup> Zwar wird hieraus zunächst nur ein Anspruch auf „Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein“<sup>89</sup> abgeleitet, jedoch sprechen gute Gründe dafür, dass sich für Eltern behinderter Kinder der Bedarf im Rahmen der Grundexistenz im Vergleich zu anderen Kindern erhöht, um die aus der Behinderung folgenden Einschränkungen auszugleichen bzw. zu reduzieren. Es sollte aus dem Sozialstaatsprinzip daher nicht nur der Auftrag, sondern sogar ein Anspruch betroffener Eltern an den Gesetzgeber entnommen werden, etwa Kindergartenplätze zu schaffen, die den behinderten Kindern helfen, mehr Eigenständigkeit zu erlangen.<sup>90</sup> Die Fähigkeit, möglichst autonom von der Fremdbestimmung durch andere Menschen und in freier Selbstbestimmung leben zu können, wird unmittelbar zu den Voraussetzungen menschenwürdiger Existenz im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG gezählt.<sup>91</sup> Darüber hinaus sollte auf der einfachgesetzlichen Ebene die besondere Erzie-

84 Vgl. nur DIE ZEIT, 12.02.2009 Nr. 08 [http://www.zeit.de/2009/08/Abgetrieben-Paar-08] „Wir haben abgetrieben“ von Jörg Burger.

85 Im konkreten Fall war damals der Frau die Chance genommen, jemals leibliche Kinder bekommen zu können, EGMR, *Evans gegen Großbritannien* (6339/05), Urt. vom 10. April 2007.

86 Vgl. Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. München 2008, § 17 Rn. 9 (originäre Leistungsansprüche auf Existenzminimum und Prozesskostenhilfe), § 32 Rn. 9 (zu Art. 6 GG), § 13 Rn. 5 ff. (Sozialstaatsprinzip).

87 BVerfGE 99, 216 (234) unter Verweis auf BVerfGE 88, 203 (260).

88 BVerfGE 100, 271 (284).

89 BVerfGE 40, 121 (133).

90 Vgl. hier auch eine mögliche Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG: BVerfGE 96, 288 (303): „Vielmehr kann eine Benachteiligung auch bei einem Ausschluß von Entfaltung- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt gegeben sein, wenn dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Förderungsmaßnahme hinlänglich kompensiert wird.“; Osterloh, in: *Sachs* (Fn. 50), Art. 3 Rn. 315.

91 Vgl. Dreier, in: *Dreier* (Fn. 61), Art. 1 I Rn. 40, 55, 151.

hungsleistung der Eltern mit Transferzahlungen oder der Finanzierung pflegerischer und haushaltsnaher Dienstleistungen unterstützt werden. Dies alles würde dazu dienen, dass Eltern behinderter Kinder ein weitgehend normales Leben führen könnten und dass eine Schwangere für sich die Option sieht, ihr Leben auch mit einem behinderten Kind - vergleichbar dem anderer Familien - führen zu können. Dies wiederum könnte zu einem Umdenken in der Gesellschaft und zu einer Annäherung von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit führen.

Unabhängig von der Frage, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben für Familien mit behinderten Kindern gegeben sind, hat sich Deutschland jedenfalls durch Ratifikation des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen<sup>92</sup> verpflichtet, behinderten Menschen mehr Lebenschancen zu ermöglichen. So heißt es in Art. 7 Abs. 1 des Abkommens, dass die Vertragsstaaten alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um zu gewährleisten, dass Kinder mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen Kindern alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen können. Dies wird konkretisiert insbesondere durch Art. 24 (Recht auf Bildung) sowie Art. 28 (Recht auf einen angemessenen Lebensstandard und sozialen Schutz). Es kann im Rahmen dieses Beitrags allerdings nicht darauf eingegangen werden, inwieweit diese Verpflichtungen unmittelbar anwendbar sind und subjektive Ansprüche begründen.

### VIII. Zusammenfassung

Die Praxis des Spätabbruchs betrifft ganz überwiegend kranke ungeborene Kinder und bedeutet insoweit eine Selektion des Lebens. Dennoch ist der Wunsch der Schwangeren nach einem gesunden Kind nachvollziehbar und verständlich. Niemand wünscht sich ein Kind, das schlechtere Startbedingungen hat als andere, niemand möchte selbst von der Gesellschaft ausgegrenzt werden und kaum jemand ist so stark, dass er sich von vornherein zutraut, auch ein behindertes Kind aufzuziehen. Das „gesunde Wunschkind“ ist der Hoffnungsträger seiner Eltern, für das sie meist viel zu investieren bereit sind.

Die Schwierigkeit der Bewertung des späten Schwangerschaftsabbruchs besteht also letztlich darin, dass ein Kind mit Behinderungen eigentlich immer eine Krise auslöst, da der Lebensplan durcheinander gerät. Mit einem Schwangerschaftsabbruch, so hofft man, wird alles ungeschehen gemacht. Daher ist es begreiflich, wenn dieser zunächst als Ausweg aus der Krise betrachtet wird. Ob ein später und in aller Regel traumatischer Abbruch wirklich die Probleme löst oder nur in eine andere Richtung verschiebt und ob ein Leben mit einem „anderen“ Kind am Ende „lohnender“ sein wird - diesen Überlegungen soll nun anstelle eines bloßen

(verständlichen) Abwehrreflexes mit der neuen dreitägigen Bedenkzeit Raum gegeben werden.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist diese Bedenkzeit sehr zu begrüßen. Da die Schwangere trotz der Notwendigkeit einer ärztlichen Indikation nach § 218 a Abs. 2 StGB jedenfalls faktisch die Letztentscheidungskompetenz innehat, kann sie durch eine Bedenkzeit ermutigt werden, dass sie in ihre Entscheidungsfindung nicht nur ihre eigenen Grundrechte, sondern auch die des Kindes einbezieht. Allerdings bleibt zweifelhaft, ob allein durch eine solche Interessenabwägung der Schutzpflicht des Staates nach Art. 2 Abs. 2 GG für den Fötus ausreichend Rechnung getragen wird. Unter Geborenen würde man sich damit nämlich bei weitem nicht zufrieden geben, da man hier eine Entscheidung einer unabhängigen Instanz verlangen würde, die die Rechtspositionen in Abwägung bringt.

Der Staat steht beim Schwangerschaftsabbruch allerdings vor dem grundsätzlichen Problem, dass die Mittel des Strafrechts nicht ausreichend bzw. vielfach nicht geeignet sind, das ungeborene Leben zu schützen. Aus diesem Grund wird auch für die Frühphase der Schwangerschaft so viel Hoffnung in ein Beratungskonzept gesetzt, das zu einem Umdenken der Schwangeren führen soll. Dass dieses Ziel ein unerreichtes Ideal geblieben ist, zeigen die ungebrochen hohen Abtreibungszahlen. Ernst-Wolfgang Böckenförde beschreibt die gesetzlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch als „Notordnung“ zwischen stringenter normativer Argumentation und wirksamem Schutz des ungeborenen Lebens.<sup>93</sup> Insbesondere aber Fälle der Spätabtreibung, wie der des Oldenburger Babys, zeigen, dass die gesetzliche Regelung zu einem „Recht der Geborenen“ geworden ist. Dies bedeutet keinesfalls, dass nicht auch die ganz besondere Belastungssituation der Eltern, insbesondere der Schwangeren, von großer Bedeutung ist. Das heute mögliche Wissen um Fehlentwicklungen des Kindes stellt eine ernst zu nehmende Herausforderung dar, für die Betroffenen wie für die Gesellschaft. Dass aber *allein* der Zeitpunkt der Geburt das Ergebnis der Güterabwägung zwischen den Rechten der Schwangeren und denen des Kindes bestimmen soll, kann schwerlich überzeugen.

Die Fortschritte in der Neonatologie lassen die Frage aufkommen, warum die gezielte Tötung weit entwickelter Föten, die noch im Mutterleib sind, weniger unheilvoll sein soll, als die Tötung Frühgeborener. Dies muss umso mehr gelten, als bei der Beurteilung der Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB maßgeblich auf die psychische Belastung der Schwangeren *nach* der Niederkunft abgestellt wird, wo die körperliche Verwundenheit aufgehoben ist und neben dem Spätabbruch u. U. auch eine Freigabe zur Adoption als milderes Mittel

<sup>92</sup> BGBl. II Nr. 35 vom 31.12.2008, S. 1419.

<sup>93</sup> Abweichende Meinung des Richters Böckenförde zum Urteil des Zweiten Senats vom 28. Mai 1993, BVerfGE 88, 203 (366).

in Betracht zu ziehen wäre. Es steht schließlich außer Frage, dass sich keine Mutter und kein Vater bei der Tötung eines *geborenen* Kindes *rechtfertigend* darauf berufen könnten, dass sie oder er dadurch in eine Depression geraten sei. Auch beim späten Schwangerschaftskonflikt sollte das ungeborene Kind daher als Mensch wahrgenommen werden. Das wichtige Ziel, Eltern vor den großen Belastungen eines behinderten Kindes zu bewahren, sollte daher durch andere Mittel (wie Transferzahlungen, Betreuungsangebote und andere soziale

Hilfen) angestrebt werden. Der Gesellschaft dürfen diese Kinder nicht „zu teuer“ sein, ein solches Kosten-Nutzen-Kalkül wird der Würde menschlichen Lebens nicht gerecht. Die Gesellschaft darf das Problem auch nicht auf die Eltern abwälzen, indem der Schwangeren nur die Alternativen Schwangerschaftsabbruch oder Überforderung durch die Erziehung eines pflegebedürftigen Kindes an die Hand gegeben werden. Denn Kinder sind kein „Privatproblem“ ihrer Eltern, sondern prinzipiell gleichberechtigte Glieder unserer Gesellschaft.

## beitrag

Dr. Friederike Hoffmann-Klein, Freiburg

### Zur Verfassungsmäßigkeit der Abtreibungsfinanzierung

Die Frage der Rechtmäßigkeit der staatlichen Finanzierung von Abtreibungen spielt in der öffentlichen Diskussion in Deutschland keine Rolle mehr. Sie scheint allseits akzeptiert zu sein. Tatsächlich ist diese Praxis jedoch nicht nur aus ethisch-moralischen Gründen, sondern vielmehr auch aus Rechtsgründen in Frage zu stellen. Aktuell hat die Diskussion in den USA um eine Reform der Krankenversicherung, bei der die Frage der Finanzierung von Schwangerschaftsabbrüchen einer der Hauptstreitpunkte gewesen ist<sup>1</sup>, gezeigt, dass dieses Thema nicht zur Ruhe kommt. Das BVerfG hat in seinem 2. Abtreibungsurteil<sup>2</sup> zu dieser Frage ausdrücklich Stellung bezogen und die Zulässigkeit einer generellen staatlichen Finanzierung verneint. In der Praxis hat das für die Bürgerinnen und Bürger keine nennenswerten Konsequenzen. Abtreibungen nach Beratung sind zwar nach geltendem Recht auf der Grundlage der Entscheidung des BVerfG straffrei, bleiben aber rechtswidrig.<sup>3</sup> Sollte sich diese Beurteilung nicht als ein Element der Missbilligung von Abtreibungen im außerstrafrechtlichen Bereich<sup>4</sup> wenigstens bei der Finanzierung von Abtreibungen niederschlagen?

#### I. Recht- und Verfassungsmäßigkeit staatlicher Abtreibungsfinanzierung?

Auch bei Rechtmäßigkeit im strafrechtlichen Sinne steht die Beurteilung für den außerstrafrechtlichen Bereich, zu dem die Frage der Abtreibungsfinanzierung gehört, keineswegs fest.

Bereits unter der Geltung der Indikationenlösung war zwischen strafrechtlicher Beurteilung und der Beurteilung für den außerstrafrechtlichen Bereich zu unterscheiden. *Isensee* geht in seiner der Frage der Verfassungsmäßigkeit sozialversicherungsrechtlicher Leistun-

gen nach den §§ 200f und 200g RVO a.F. gewidmeten Untersuchung davon aus, dass sich das Urteil der fehlenden Rechtswidrigkeit bei der Indikationenlösung allein auf den strafrechtlichen Bereich beschränke und nicht präjudiziell für die anderen Rechtsgebiete sei<sup>5</sup>. „Außerhalb des Strafrechts kann als unzulässig qualifiziert werden, was im Sinne des Strafrechts gerechtfertigt oder von vornherein tatbestandsmäßig irrelevant ist“, so *Isensee*. Während es also für die Erfüllung der (damaligen) Indikationentatbestände von Verfassungs wegen zulässig war, von den Mitteln des Strafrechts keinen Gebrauch zu machen, genügt die Beurteilung als „nicht rechtswidrig“ nicht, um auch für den außerstrafrechtlichen Bereich fehlende Rechtswidrigkeit annehmen zu können.<sup>6</sup> Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung ist durch eine „Relativität der Rechtswidrigkeit“ – nämlich nicht für den außerstrafrechtlichen Bereich – nicht verletzt.<sup>7</sup> *Isensee* stellt darauf ab, dass Straf- und Sozialversicherungsrecht verschiedenen Regelungsbereichen angehören, bei denen verschiedene Zwecke im Vordergrund stehen.

Unabhängig von der Frage der Verfassungsmäßigkeit der (damaligen) Indikationenregelung, d.h. selbst diese unterstellt, ist also die Frage nach der Verfassungs-

1 Vgl. New York Times v. 29.9.2009.

2 BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751.

3 *Schönke/Schröder-Eser*, StGB Kommentar, 27. Aufl. 2006 § 218a Rn. 12; BT Drs. 13/285, S. 17.

4 *Schönke/Schröder-Eser* (Anm. 3), § 218a Rn. 13f.; Vorbem. §§ 218ff. Rn. 7.

5 *Isensee*, Abtreibung als Leistungstatbestand der Sozialversicherung und der grundgesetzliche Schutz des ungeborenen Lebens, NJW 1986, 1645.

6 *Isensee*, a.a.O.; vgl. *Schönke/Schröder-Eser* (Anm. 3), § 218a Rn. 13.

7 *Kirchhof*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978; *Isensee*, a.a.O.



mäßigkeit der Abtreibungsfinanzierung eigenständig zu beurteilen. Staatliche Finanzierung der Abtreibung bedeutet deshalb einen staatlichen, substantiellen Eingriff in das Recht auf Leben, auch wenn es sich dabei im Verhältnis zur Mutter um eine sozialversicherungsrechtliche Leistung handelt.<sup>8</sup> Die sozialrechtliche Leistung setzt eine vorbehaltlose Identifikation der Rechtsordnung voraus, die jedoch in dem hier betroffenen Bereich gerade fehlt. Die Abtreibungsfinanzierung ist vom Gemeinwohl nicht gedeckt. Das Strafrecht kann sich im Falle einer Konfliktlage zurücknehmen, indem es dem Umstand Rechnung trägt, dass es sich um eine Grenzsituation handelt. Das Sozialversicherungsrecht verlangt hingegen eine verallgemeinerungsfähige Entscheidung und damit eine vom Gemeinwohl her legitimierte Finanzierungsaufgabe. Nur das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe rechtfertigt die Förderung privaten Handelns mit staatlichen Mitteln.<sup>9</sup> Da eine solche nicht vorliegt, die grundrechtliche Achtungs- und Schutzpflicht dem Staat vielmehr gebietet, bereits jede Förderung der Vernichtung ungeborenen Lebens zu unterlassen, kann davon gesprochen werden, dass die Abtreibungsfinanzierung durch die Krankenversicherung eine (verfassungswidrige) Maßnahme darstellt, die zu Lasten anderer verfassungstreuer Bürger geht.<sup>10</sup>

Die Auffassung, dass die generelle staatliche Abtreibungsfinanzierung rechts- bzw. verfassungswidrig ist, wird im 2. Abtreibungsurteil des BVerfG bestätigt. Im Hinblick auf die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Abtreibungsfinanzierung durch die gesetzlichen Krankenkassen formuliert das BVerfG, dass das Grundgesetz es nicht zulasse, für die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs, dessen Rechtmäßigkeit nicht festgestellt wird, einen Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung zu gewähren.<sup>11</sup> Leistungen der Sozialversicherung dürften bei rechtswidrigen Schwangerschaftsabbrüchen nicht in gleicher Weise wie bei nicht rechtswidrigen Schwangerschaftsabbrüchen gewährt werden. Eine Gleichstellung insoweit verwehrt die verfassungsrechtliche Schutzpflicht für das ungeborene Leben. Der Rechtsstaat darf eine Tötungshandlung nur dann zum Gegenstand seiner Finanzierung machen, wenn sie rechtmäßig ist und der Staat sich der Rechtmäßigkeit mit rechtsstaatlicher Verlässlichkeit vergewissert hat, so das BVerfG. Das Schutzkonzept der Beratungsregelung lasse insoweit jedoch keinen Raum, dem Staat eine solche Überzeugung zu vermitteln. Als erlaubt können Schwangerschaftsabbrüche unter den Bedingungen der Beratungsregelung nur bei Vorliegen einer allgemeinen Notlage angesehen werden.<sup>12</sup>

Während der Schwangerschaftsabbruch unter der Geltung der Indikationenlösung nach § 218a StGB a.F. als gerechtfertigt angesehen wurde (trotz des Wortlauts „nicht strafbar“ und obwohl – wie eingeräumt wird – dabei den sonstigen, nicht-vitalen Belangen der Schwangeren Vorrang gegenüber dem Lebensrecht eingeräumt

wird), ist die Beurteilung nach geltender Rechtslage diejenige der Rechtswidrigkeit.<sup>13</sup>

Das BVerfG betont in der Entscheidung, dass es sich im Falle der medizinisch nicht indizierten Abtreibung nicht um eine der Krankenversicherung obliegende Aufgabe handelt, weder um eine Maßnahme der Gesundheitsvorsorge noch um einen Heileingriff.<sup>14</sup> Sie kann Leistungen, die der Verbesserung der Gesundheit der Mütter oder der Abwehr gesundheitlicher Gefahren dienen, nicht gleichgestellt werden. Ein behandlungsbedürftiger Zustand der Schwangeren entsteht vielmehr i.d.R. gerade erst *durch* den Eingriff, dessen finanzielle Absicherung durch die Solidargemeinschaft in Frage steht. Es ist hier der von der Frau selbst verlangte Eingriff, der das Leben des Ungeborenen zerstört und nur deshalb die Gesundheit der Frau gefährdet.

Die Bewertung der Abtreibungsfinanzierung durch das BVerfG macht deutlich, dass es hierbei um ein rechtlich zu missbilligendes Verhalten geht. Die Straffreiheit der Abtreibung bedeutet lediglich, dass ein bestimmtes Verhalten von der Rechtsordnung zwar toleriert, aber nicht gebilligt wird. Mit dieser Bewertung stimmt überein, dass das BVerfG von einem prinzipiellen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs spricht. Ausdrücklich fordert das BVerfG, der Staat dürfe die beratenen Abbrüche nicht so behandeln als seien sie alle erlaubt. Sozialstaat und Rechtsstaat dürfen hierbei nicht in Widerspruch zueinander stehen. Der Rechtsstaat wäre nach Auffassung des BVerfG im Kern und nicht nur am Rande verletzt, wenn der Staat allgemein und nicht differenziert, mittelbar oder unmittelbar die (Mit-)Verantwortung für Vorgänge übernehmen würde, von deren Rechtmäßigkeit er nicht überzeugt ist. Durch eine Beteiligung an der Finanzierung übernimmt der Staat eine Mitverantwortung für Vorgänge, von deren Rechtmäßigkeit er aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht ausgehen darf.

Die Frage der Aufnahme einer versicherungsfremden Leistung, wie sie die Abtreibungsfinanzierung darstellt, in den Katalog der gesetzlichen Krankenversicherung ist auch im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG von Relevanz.<sup>15</sup> Während die Berufung auf Art. 4 Abs. 1 GG (Gewissensfreiheit) – mit der Begründung, das Gewissen des Beitragspflichtigen verbiete es, Abtreibungshandlungen zu finanzieren – nach h.M. ausscheidet<sup>16</sup>, ist über Art. 3 GG Strukturgleichheit gewährleistet. Der Gesetzge-

8 *Isensee*, a.a.O.

9 *Isensee*, a.a.O.

10 *Ossenbühl* in *Arndt/Erhard/Funcke* (Hrsg.), *Der § 218 StGB* vor dem Bundesverfassungsgericht, 1979, S. 252.

11 BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751; LS 16.

12 BVerfG a.a.O.

13 *Schönke/Schröder-Eser* (Anm. 3), § 218a Rn. 12ff.

14 Vgl. auch 1. Abtreibungsurteil, BVerfGE 39, 1 (44, 46) = NJW 1975, 573, 576; vgl. auch BSGE 39, 167 (169) = NJW 1975, 2267.

15 *Isensee*, a.a.O., S. 1650.

16 BVerfGE 67, 26, 37 = NJW 1984, 1805; a. A. der frühere Bundesverfassungsrichter *Geiger*, Rechtsgutachten zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 200f RVO, Typoskript 1982, S. 9-14.

ber darf zwar der Krankenversicherung neue Aufgaben zuweisen, diese müssen jedoch in ihren wesentlichen Strukturelementen dem Bild entsprechen, das durch die (klassische) Sozialversicherung geprägt ist.<sup>17</sup>

## II. Die konkrete Ausgestaltung der Abtreibungsfinanzierung in Deutschland

Gleichwohl sieht das „Gesetz zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen“<sup>18</sup> einen Anspruch der Frau auf Übernahme der Kosten für einen Schwangerschaftsabbruch unter der Voraussetzung vor, dass ihr die Aufbringung der Mittel hierfür nicht zumuten ist (§ 1 Abs. 1 HilfeG). Hierfür ist nach § 1 Abs. 2 allein auf ihre eigenen Einkünfte abzustellen.

§ 2 HilfeG verweist auf die Vorschrift des § 24b SGB V. Danach haben Krankenversicherte bei einem nicht rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch Anspruch auf Erstattung der Kosten in vollem Umfang (§ 24b Abs. 1 SGB V), während für den unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 StGB – also nach der Beratungsregelung – vorgenommenen Schwangerschaftsabbruch gemäß § 24b Abs. 3 SGB V die Kosten für den eigentlichen Abbruch und die Nachbehandlung bei komplikationslosem Verlauf nicht erstattet werden. § 24b Abs. 3 SGB V wurde ebenso wie Abs. 4 in Folge des 2. Abtreibungsurteils eingefügt.<sup>19</sup>

## III. Verfassungsrechtliche Beurteilung

Wie ist die sozialrechtliche Regelung der Abtreibungsfinanzierung verfassungsrechtlich zu beurteilen? Steht sie nicht zu den klaren Vorgaben des BVerfG in Widerspruch, selbst unter Berücksichtigung des Umstands, dass nach § 24b Abs. 3 SGB V die eigentliche Abtreibungstötung aus dem Katalog der zu erstattenden Leistungen ausgenommen ist? Und wird nicht diese Ausnahme wiederum durch das „Gesetz zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen“ aufgehoben bzw. ist nicht dies gerade der Zweck des Gesetzes, die Finanzierungslücke zu schließen, die § 24b SGB V lässt?

Die Begründung für die geltende sozialrechtliche Regelung lautet, dass die Schwangere auch im Fall der Abtreibung nach § 218a Abs. 1 StGB (Beratungsregelung) der sozialstaatlichen Fürsorge bedürfe. Diese Schlussfolgerung ist jedoch keineswegs zwingend. So wird auch eingeräumt, dass es grundsätzlich ausgeschlossen sei, die Mittel der sozialen Krankenversicherung für den Fall des lediglich straflosen Schwangerschaftsabbruchs einzusetzen, gleichzeitig wird aber auf einen grundsätzlichen Anspruch der Schwangeren auf sozialstaatlichen Schutz verwiesen, der im Sinne des gewünschten Ergebnisses instrumentalisiert wird. Staatliche Fürsorgeleistungen, so wird behauptet, würden in diesem Fall nicht in Widerspruch zu der staatlichen Schutzpflicht für das ungeborene Leben stehen.<sup>20</sup> Diese Behauptung

wird damit begründet, dass durch die Gewährung sozialstaatlichen Schutzes verhindert wird, dass Frauen den Weg in die Illegalität gehen und damit nicht nur sich selbst Schaden zufügen, sondern dem Ungeborenen die Chance auf Rettung durch ärztliche Beratung nehmen – ein geradezu absurdes Argument, wenn man bedenkt, dass allein durch den Abtreibungsentschluss der Frau die Gefahr für das ungeborene Kind begründet wird und nicht durch die gesetzliche Ausgestaltung der Abtreibungsfinanzierung.

## IV. Stellungnahme

Diese Argumentation ist äußerst fragwürdig. Nicht zu übersehen ist, dass sie zumindest de facto zu einer – vom BVerfG eigentlich nicht gewollten – Staatsfinanzierung führt. Dies gilt im Grunde bereits für die Regelung des § 24b SGB V, auch wenn dort, wie dargestellt, der eigentliche Abbruch und die Nachbehandlung bei komplikationslosem Verlauf aus der Leistungspflicht der Krankenkassen ausgenommen sind. Erst recht gilt dies für den über die Regelung des § 24b SGB V hinaus gewährten Leistungsanspruch nach dem HilfeG. Bei dem behaupteten Anspruch der Schwangeren auf sozialstaatlichen Schutz handelt es sich lediglich um ein Argument, das allein dazu dient, das gewünschte Ergebnis zu begründen.

Die hier wiedergegebene Argumentation in der Kommentierung der einschlägigen Vorschriften verschließt auch die Augen davor, dass die Regelung zu einem Erstattungsanspruch von Frauen führt, die die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Sozialhilfe nicht erfüllen würden, indem in § 1 Abs. 2 HilfeG allein auf die eigenen Einkünfte der Frau abgestellt wird. § 1 Abs. 2 HilfeG fingiert damit die Unzumutbarkeit der eigenen Kostentragung, ohne nach den tatsächlich bestehenden wirtschaftlichen Verhältnissen, insbesondere nach Unterhaltsansprüchen zu fragen. Dahinter steht der Gedanke, es sei der Frau im Falle eines Schwangerschaftskonflikts nicht einmal zumutbar, sich an ihren eigenen, u. U. sogar wohlhabenden Ehemann zu wenden. Das BVerfG hat dies jedoch als durch den Schutz des Persönlichkeitsrechts geboten angesehen. So soll im Ergebnis eine weitgehende Gleichstellung der sozialrechtlichen Behandlung der Schwangeren, die unter der Beratungsregelung nach § 218a Abs. 1 StGB lediglich straffrei bleibt, mit der Schwangeren, die einen gerechtfertigten Abbruch unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 und 3 StGB vornehmen lässt, erreicht werden.<sup>21</sup> Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang auch, dass bei nicht komplikationslosem Verlauf nach dem

17 BVerfGE 11, 105, 112 = NJW 1960, 1999, ständ. Rspr.

18 = Art. 5 des SFHÄndG v. 21.8.1995, BGBl. I 1050.

19 Wannagat, Sozialgesetzbuch, SGB V, § 24b Rn. 2.

20 Wannagat (Anm. 19), § 24b Rn. 5

21 vgl. Wannagat (Anm. 19), § 24b Rn. 7.

Abbruch – in diesem Fall ist die Leistung *nicht* nach § 24b Abs. 3 SGB V ausgenommen – darauf verwiesen wird, dass damit ja nun die Voraussetzungen für eine Krankenbehandlung gegeben seien.<sup>22</sup> Hier liege also – i.S. der Vorgabe des BVerfG – eine vom Gemeinwohl her legitimierte Finanzierungsaufgabe im Sinne einer typischen Aufgabe der Krankenversicherung vor. Dabei lässt man den Gesichtspunkt außer Acht, dass die Ursache für die jetzt zu behandelnden Komplikationen durch eigenes Handeln gesetzt wurde.

Für ausgeschlossen wird in diesem Fall auch erachtet, unter Ermessensgesichtspunkten den vollen Schutz der Krankenversicherung bei Komplikationen zu versagen. Obwohl bei lediglich nicht strafbarer Abtreibung die Voraussetzungen des § 52 SGB V an sich gegeben wären, wonach eine Leistungsbeschränkung in Betracht kommt, wenn die Krankheit selbstverschuldet ist, wird davon ausgegangen, dass hierfür keine Ermessensgesichtspunkte ersichtlich seien, so dass § 52 SGB V im Ergebnis nicht zur Geltung komme.<sup>23</sup> Begründet wird dies damit, dass die nach §§ 218a, 219 StGB, 13 SchKG bestehende Regelung es ausschließe, der Schwangeren bei Komplikationen den vollen Schutz der Krankenversicherung zu versagen. Auch hier werden also die Anforderungen des BVerfG weiter aufgeweicht.

Die Frage, ob die derzeitige Regelung der Abtreibungsfinanzierung mit den Vorgaben des BVerfG übereinstimmt, ist nicht leicht zu beantworten. Dies liegt vor allem daran, dass das Gericht selbst in seiner Entscheidung den dargestellten Widerspruch enthält. Auf der einen Seite fordert das BVerfG ein Finanzierungsverbot, weil es die verfassungsrechtliche Schutzpflicht für das Leben verbiete, dass Leistungen der Sozialversicherung bei lediglich straffreien Abbrüchen in gleicher Weise wie bei nicht rechtswidrigen Abbrüchen gewährt werden. Der Staat dürfe sich auch nicht indirekt, durch finanzielle Leistungen, an der Tötung beteiligen, wenn er nicht (wie das bei Abbrüchen nach der Beratungsregelung der Fall ist) von der Rechtmäßigkeit überzeugt sein kann. Auf der anderen Seite gestattet das BVerfG jedoch eine Durchbrechung dieses Grundsatzes, die auf einer mehr als fragwürdigen Begründung beruht. Das BVerfG meint, dass der Staat nach den Grundsätzen des Sozialhilferechts den Bedarf decken dürfe, sofern die Frau nicht über hinreichend eigenes Einkommen oder Vermögen verfügt.<sup>24</sup> Hierbei soll es allein auf das eigene Einkommen und Vermögen der Frau ankommen. Ein Verweis auf Unterhaltsansprüche sei nicht zulässig.<sup>25</sup>

Von dem prinzipiellen Verbot staatlicher Finanzierung wird also eine Ausnahme für zulässig erachtet. Das BVerfG gibt hierfür folgende Begründung: Die Gewährung von Finanzierungsleistungen bei nicht rechtmäßigem Abbruch sei dem Staat dort erlaubt, wo es die „Wirksamkeit des Schutzkonzepts“ erfordert. Das Schutzkonzept der Beratungsregelung gehe davon aus, dass der Abbruch – zum Schutz der Gesundheit der Frau

und auch des Ungeborenen(!) – nur durch einen Arzt vorgenommen werden solle. Die Inanspruchnahme des Arztes dürfe aber nicht daran scheitern, dass der Frau die Mittel fehlen. In diesem Fall dürfe der Staat die Mittel selbst bereitstellen. Der Gesetzgeber darf deshalb, so das BVerfG, bei Bedürftigkeit der Frau die Kosten für die Abtreibung übernehmen.

Da für die Bedürftigkeit aber allein auf das eigene Einkommen der Frau abgestellt wird, ohne ihre Unterhaltsansprüche zu berücksichtigen, ist diese Argumentation nicht überzeugend. Der Annahme, dass die Inanspruchnahme des Arztes andernfalls scheitern würde, liegt eine Fiktion zugrunde. Die finanziellen Umstände des Einzelfalles werden gar nicht beachtet. Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb eine nicht-ärztliche (und damit strafbare) Abtreibung kostengünstiger sein sollte als eine ärztliche. Von daher besteht zwischen der erwünschten Inanspruchnahme eines Arztes und der alleinigen Berücksichtigung der eigenen Mittel der Schwangeren kein logischer Zusammenhang. Es ist deshalb zu vermuten, dass die vom BVerfG verwendete Argumentation lediglich dazu dient, das gewünschte Ergebnis zu rechtfertigen.

Das Gesetz zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen kann damit zwar im Grunde genommen nicht als zu den Vorgaben des BVerfG in Widerspruch stehend angesehen werden, weil das Gericht selbst die Einschränkung des Finanzierungsverbots zulässt. De facto wird damit aber der Weg für eine staatliche Finanzierung freigemacht, die das BVerfG jedenfalls in seinem Ausgangspunkt nicht wollte und mit überzeugenden Argumenten abgelehnt hat. Die staatliche Finanzierung von Abtreibungen entspricht der Rechtsprechung des BVerfG, nicht aber der Verfassung.

<sup>22</sup> Wannagat (Anm. 19), § 24b Rn. 18.

<sup>23</sup> Wannagat, a.a.O.

<sup>24</sup> Dies ebenfalls als gewisse Inkonsistenz bezeichnend Schönke/Schröder-Eser (Anm. 3), § 218a Rn. 14.

<sup>25</sup> BVerfG a.a.O.

*VRiaVG a. D. Bernward Büchner, Freiburg*

## Abtreibungsfreie Krankenversicherung?

Seit längerer Zeit schon gibt es in Deutschland Überlegungen, ob pflichtversicherten Abtreibungsgegnern eine gesetzliche Krankenversicherung angeboten werden kann, die keine Leistungen im Zusammenhang mit vorgeburtlichen Kindstötungen gewährt und deren Mitglieder folglich mit ihren Beiträgen solche Leistungen nicht mitfinanzieren.

Inzwischen wirbt eine ProLife Deutschland GmbH & Co KG auf ihrer Internetseite „www.prolife-deutsch-

land.de“ für eine „Krankenversicherungslösung für alle gesetzlich Krankenversicherten – mit Verzicht auf Abtreibung“. ProLife Deutschland bietet „eine gesetzliche Krankenversicherungslösung an, die den Schutz des menschlichen Lebens fördert. Jedes Mitglied verzichtet mit seinem Beitritt freiwillig auf die Durchführung einer Abtreibung bzw. verspricht, keine Angehörigen zur Abtreibung zu drängen.“ Initiator ist der 1989 gegründete Verein PRO LIFE aus Bern mit inzwischen 50.000 Versicherten in der Schweiz. „Gegenüber ProLife verzichtet jedes Mitglied aus Gewissensgründen freiwillig auf Abtreibung“. Es stehe „jeder Versicherten und jedem Versicherten frei, freiwillig auf Abtreibung zu verzichten.“ Dieses ausdrückliche Zeichen stehe in völligem Einklang mit der deutschen Rechtslage.

Durch den solidarischen Verzicht aller Mitglieder setze ProLife ein unübersehbares Signal in unserer Gesellschaft und mache deutlich, dass der Schutz ungeborener Kinder keine Privatsache sei. Von der Verwaltungsstelle ProLife der Krankenkasse für Industrie, Handel und Versicherungen (BKK IHV) erhielten die Versicherten „alle Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung von A wie Arztbesuch bis Z wie Zahnarztbehandlung“. Beigefügt ist ferner eine vorgedruckte Erklärung, die ausgefüllt und abgesendet werden kann, in der es heißt: „Ja, ich lehne Abtreibung ab, interessiere mich für ProLife Deutschland und die Verwaltungsstelle ProLife der BKK IHV, wo ich mich unter Verzicht auf Abtreibung gesetzlich krankenversichern kann.“

Verzichtet, wer sich für eine gesetzliche Krankenversicherung bei der Verwaltungsstelle ProLife der BKK IHV entscheidet, tatsächlich rechtverbindlich und unwiderruflich auf Leistungen im Zusammenhang mit der Tötung ungeborener Kinder und kann er davon ausgehen, dass auch andere bei dieser Verwaltungsstelle Pflichtversicherte solche Leistungen nicht erhalten?

Auf Sozialleistungen, zu denen auch die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung gehören, besteht ein Rechtsanspruch, soweit nicht die Leistungsträger ermächtigt sind, bei der Entscheidung über die Leistung nach ihrem Ermessen zu handeln (§ 38 Sozialgesetzbuch I - SGB I -). Nach Maßgabe des § 24b SGB V haben Versicherte Anspruch auf Leistungen bei einem Abbruch der Schwangerschaft, deren Gewährung nicht in das Ermessen des Leistungsträgers gestellt ist. Ein Ausschluss solcher Leistungen durch öffentlich-rechtlichen Vertrag ist nicht möglich. Denn ein solcher Vertrag über Sozialleistungen kann nur geschlossen werden, soweit die Erbringung von Leistungen im Ermessen des Leistungsträgers steht (§ 53 Absatz 2 SGB X). Eine gesetzliche Krankenkasse kann die Aufnahme eines Pflichtversicherten also nicht von einem vertraglichen Verzicht auf Leistungen abhängig machen, auf die ein Rechtsanspruch besteht, wie auf diejenigen bei einem Schwangerschaftsabbruch. Nach § 46 Absatz 1 SGB I kann allerdings auf Ansprüche auf Sozialleistungen durch schriftliche Erklärung

gegenüber dem Leistungsträger verzichtet, der Verzicht allerdings jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden. Selbst wenn es möglich wäre, die Aufnahme eines Pflichtversicherten in eine gesetzliche Krankenkasse von einem solchen – jederzeit widerrufbaren – Verzicht auf gesetzlich vorgesehene Leistungen abhängig zu machen, wird ein solcher Verzicht von der ProLife Verwaltungsstelle der BKK IHV jedenfalls gar nicht verlangt. In einem Flyer dieser Verwaltungsstelle heißt es zwar: „Alle ProLife Deutschland Mitglieder verzichten freiwillig auf Abtreibung. Die BKK IHV respektiert diese Entscheidung und führt in der ProLife Verwaltungsstelle exklusiv ProLife Deutschland Mitglieder.“ In dem Vordruck einer Beitrittserklärung auf der Rückseite des Flyers ist jedoch von einem Verzicht auf Abtreibung bzw. auf Leistungen in deren Zusammenhang sowie von einer Mitgliedschaft bei ProLife Deutschland keine Rede.

In dem auf der Internetseite von ProLife Deutschland herunter zu ladenden Vordruck eines Aufnahmeantrags ist allerdings die Erklärung vorgesehen: „Ja, als ProLife Deutschland Mitglied möchte ich der Verwaltungsstelle der BKK IHV beitreten“. Hiermit erklärt der Unterzeichner zwar auch, er sei Mitglied bei ProLife Deutschland. Ein Verzicht auf Abtreibung bzw. auf Leistungen für eine solche wird damit jedoch nicht erklärt, insbesondere nicht gegenüber der Verwaltungsstelle als Leistungsträger, wie nach § 46 Absatz 1 SGB I erforderlich.

Von einem solchen Verzicht ist auch auf einem ebenfalls bei ProLife Deutschland herunterzuladenden Beitrittsvordruck nicht die Rede. Vorgesehen ist vielmehr eine „Absichtserklärung“ mit folgendem Wortlaut: „Ich/Wir habe(n) nicht die Absicht, in Zukunft abzutreiben oder einem anderen Menschen zur Abtreibung zu raten. Sollte(n) ich/wir diesem Vorsatz künftig dennoch einmal untreu werden, werde(n) ich/wir rechtzeitig vor einer Abtreibung mit einem Arzt des ProLife-Beratungsteams sprechen. Wenn ich/wir trotz vorgeschlagener Alternativen eine Abtreibung vornehme(n) oder aktiv unterstütze(n), werde(n) ich/wir aus der ProLife-Gemeinschaft ausgeschlossen.“ Eine solche Absichtserklärung ist einem Verzicht auf Leistungen für eine Abtreibung nicht gleichzusetzen und könnte einen Ausschluss jedenfalls aus der gesetzlichen Krankenversicherung bei der ProLife Verwaltungsstelle der BKK IHV nicht zur Folge haben.

Die Tötung ungeborener Kinder als Leistung der gesetzlichen Krankenkassen, die finanziert wird durch Beiträge der Versicherten sowie in Höhe von jährlich mehr als 40 Millionen Euro aus den Haushalten der Länder und damit auf Kosten der Steuerzahler ist ein unbegreiflicher Skandal. Es ist erfreulich, wenn Menschen sich hiermit nicht abfinden und ein Zeichen setzen, indem sie bekunden, selbst nicht abtreiben und Abtreibungen nicht unterstützen zu wollen. Eine gerade solchen Menschen angebotene Pflichtversicherung dürfte rein

faktisch allenfalls sehr selten für die Tötung ungeborener Kinder in Anspruch genommen werden, auch wenn ein verbindlicher Ausschluss solcher Leistungen nach deutschem Recht nicht möglich ist. Das Angebot einer

Versicherung, die auf freiwilliger Basis Abtreibungsleistungen vermeiden und stattdessen durch entsprechende Extraleistungen für Kinder und Familien zu einer Kultur des Lebens beitragen will, ist zu begrüßen.

## judikatur

### BGH: Strafflosigkeit der „Präimplantationsdiagnostik“

ESchG §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 2 Abs. 1

#### Leitsatz:

Die nach extrakorporaler Befruchtung beabsichtigte Präimplantationsdiagnostik mittels Blastozystenbiopsie und anschließender Untersuchung der entnommenen pluripotenten Trophoblastzellen auf schwere genetische Schäden hin begründet keine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG. Deren Durchführung ist keine nach § 2 Abs. 1 ESchG strafbare Verwendung menschlicher Embryonen.

BGH, Urteil vom 6. Juli 2010 – 5 StR 386/09 (LG Berlin – 5 StR 386/09)

#### Zum Sachverhalt:

1. Der Angeklagte ist als Frauenarzt mit dem Schwerpunkt Kinderwunschbehandlung in Berlin tätig. Im Jahr 2005 wandte sich das Ehepaar T. und F. mit dem Wunsch an ihn, eine extrakorporale Befruchtung durchzuführen. Bei einem der Ehepartner lag eine Translokation (Vertauschung einzelner Erbinformationen auf den Chromosomenarmen) vor. Daraus resultierte die hohe Wahrscheinlichkeit einer genetisch auffälligen Schwangerschaft mit einer Trisomie 13 oder 14. In beiden Fällen ist die Leibesfrucht nicht lebensfähig. Regelmäßig endet die Schwangerschaft mit einem Abort oder einer Totgeburt. Andernfalls verstirbt das Neugeborene wenige Tage nach der Geburt.

Im Hinblick auf die Gefahrenlage und dem Wunsch seiner Patienten entsprechend wollte der Angeklagte eine Präimplantationsdiagnostik (im Folgenden: PID) durchführen. Am Tag 5 nach der Befruchtung sollte eine Blastozystenbiopsie (sachgleich: „Trophectodermbiopsie“) erfolgen, bei der dem Blastozysten (Embryo im Stadium einige Tage nach der Befruchtung) pluripotente, d.h. nicht zu einem lebensfähigen Organismus entwicklungsfähige Trophoblastzellen entnommen werden. Die entnommenen Zellen sollten anschließend mittels Fluoreszenz in situ Hybridisierung (FISH) auf Chromosomenaberrationen hin untersucht werden. Die Untersuchung dient dem Zweck, nur Embryonen ohne genetische Anomalien übertragen zu können.

Der Angeklagte hatte Bedenken, ob er sich mit der Durchführung der PID strafbar machen würde. Er holte deshalb bei „einer auf das Embryonenschutzgesetz und seine Auslegung spezialisierten Hochschullehrerin“ (UA S. 8) ein Rechtsgutachten ein. In ihrem Gutachten vom 25. August 2005 gelangte diese zu dem Ergebnis, dass jedenfalls die §§ 2 und 6 ESchG nicht verletzt seien, wies den Angeklagten darauf hin, dass die Strafrechtslage noch nicht geklärt sei, und riet ihm zur Selbstanzeige.

Das Schreiben verstand der rechtsunkundige Angeklagte so, dass ein Strafbarkeitsrisiko nicht bestehe. Er führte das vorgenannte Verfahren im Dezember 2005 an drei Embryonen (Blastozysten) durch. Die Untersuchung ergab eine Trisomie 16 an der Zelle eines der Embryonen sowie eine Monosomie 13 an der Zelle eines anderen Embryos. Ein Embryo wies keinen Befund auf. Nach Unterrichtung über die Ergebnisse entschied die Patientin, dass nur der Embryo mit negativem Befund in ihre Gebärmutter überführt werden dürfe. In Übereinstimmung damit verfuhr der Angeklagte.

2. Entsprechend dem Rat der Hochschullehrerin erstattete der Angeklagte am 2. Januar 2006 bei der Staatsanwaltschaft Berlin Selbstanzeige. Er wollte eine Bestätigung dafür erhalten, dass die Auffassung von der Strafflosigkeit seines Tuns zutrefte. Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren am 22. Januar 2006 wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums des Angeklagten nach § 170 Abs. 2 StPO ein. Ferner wies sie darauf hin, dass sie nicht abschließend zu beurteilen vermöge, ob die Durchführung der PID Strafvorschriften des Embryonenschutzgesetzes verletze. Es sei nicht ihre Aufgabe, abstrakte Aussagen zur Rechtmäßigkeit bestimmter Verhaltensweisen zu treffen. Nach Erhalt der Einstellungsnachricht bat der Angeklagte die Hochschullehrerin und seinen Verteidiger um Erläuterung, wie die Ausführungen der Staatsanwaltschaft zu verstehen seien und welche Bedeutung ihnen für weitere Behandlungen zukomme. Mit Schreiben vom 7. bzw. 9. März 2006 teilten ihm der Verteidiger und die Hochschullehrerin unabhängig voneinander mit, dass er nach dem Schreiben der Staatsanwaltschaft einschlägige Behandlungen ohne strafrechtliches Risiko weiter vornehmen könne.

3. Im April 2006 nahm der Angeklagte an extrakorporal befruchteten Eizellen seiner Patientin S. die PID nach

dem unter Ziff. 1 näher bezeichneten Verfahren vor. Grund war eine bei ihr festgestellte Translokation der Chromosomen 11/22, die eine erhöhte Wahrscheinlichkeit von Fehlgeburten bzw. der Geburt von Kindern mit genetisch bedingten Erkrankungen mit sich brachte. Die Patientin hatte bereits eine wegen einer chromosomalen Translokation schwerstbehinderte Tochter. Eine weitere Schwangerschaft war wegen einer nicht regelrechten Chromosomenanzahl bei dem Embryo abgebrochen worden. Die Untersuchung ergab eine partielle Trisomie 22 an einem von zwei untersuchten Embryonen. Eingesetzt wurde auf Weisung der Patientin nur der Embryo mit negativem Befund.

4. Im Mai 2006 führte der Angeklagte die PID an extrakorporal befruchteten Eizellen seiner Patientin W. durch. Grund war eine bei ihr festgestellte Translokation der Chromosomen 2/22. Die Patientin hatte bereits zwei Fehlgeburten erlitten und einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen. Bei der Untersuchung wurde festgestellt, dass einer von drei untersuchten Embryonen eine Monosomie 22 aufwies, wohingegen die beiden anderen genetisch unauffällig waren. Auf deren Weisung wurden der Patientin nur die beiden unauffälligen Embryonen eingesetzt. Die Patientin wurde schwanger und gebar ein gesundes Mädchen.

5. Bei allen Behandlungen wurden die Embryonen mit positivem Befund nicht weiter kultiviert. Sie starben deshalb ab.

Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf der missbräuchlichen Anwendung von Fortpflanzungstechniken nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG und der missbräuchlichen Verwendung menschlicher Embryonen nach § 2 Abs. 1 ESchG in drei Fällen freigesprochen. Die Revision der Staatsanwaltschaft hatte keinen Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

III. Das Landgericht ist im Ergebnis rechtsfehlerfrei zu der Ansicht gelangt, dass sich der Angeklagte nicht strafbar gemacht hat.

1. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ist nicht verletzt. Eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift setzt in der hier einschlägigen Variante voraus, dass das Unternehmen der künstlichen Befruchtung nicht auf die Herbeiführung einer Schwangerschaft gerichtet ist. Sie tritt dementsprechend nicht ein, wenn der Handelnde eine Schwangerschaft bewirken will. So lagen die Fälle hier. Das Tun des Angeklagten war jeweils von dem Willen getragen, bei den von ihm behandelten Patientinnen – von denen die entnommenen Eizellen auch stammten – eine Schwangerschaft herbeizuführen.

a) § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG verlangt nach allgemeiner Meinung (vgl. Günther in Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG 2008 vor § 1 Rdn. 38; § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rdn. 18 m.w.N.) Absicht im Sinne eines auf den Erfolg ausgerichteten *dolus directus* ersten Grades (vgl. BGHSt 9, 142, 146; 18,

151, 155 f.; 29, 68, 72 f.). Kommt es dem Täter auf den Erfolgseintritt an, so stehen der Annahme des Absichtserfordernisses weitere Beweggründe bzw. Nebenzwecke nicht entgegen (BGHSt 18, 151, 156). Gleichfalls ist die Absicht – wie der Vorsatz allgemein – nicht „bedingungsfeindlich“; anerkanntermaßen kann der Täter sein Handeln vom Eintritt objektiver Bedingungen abhängig machen, ohne dass an der Endgültigkeit seines Tatent schlusses zu zweifeln wäre (BGHSt 12, 306, 309 f.).

b) Der Angeklagte war im Zeitpunkt der Befruchtungen entschlossen, die jeweils befruchtete einzelne Eizelle auf seine Patientinnen zu übertragen und auf diese Weise eine Schwangerschaft herbeizuführen. Allerdings wollte er die Schwangerschaft nur mit einem gesunden Embryo bewirken. Für den – nicht erhofften, aber befürchteten – Fall eines positiven Befundes wollte er von der Übertragung absehen. Letzteres stellt seinen bereits endgültig gefassten Handlungsentschluss in Richtung auf Herbeiführung der Schwangerschaft jedoch nicht in Frage. Nicht etwa war die genetische Untersuchung der eigentliche (und mit § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG unverträgliche) Zweck der Befruchtung (a.M. Beckmann ZfL 2009, 125, 127 ff.). Der negative Befund war nach der gebotenen natürlichen Betrachtungsweise vielmehr objektive Bedingung der Übertragung (vgl. Günther aaO § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rdn. 21; Schneider MedR 2000, 360, 362; Schroth NSStZ 2009, 233, 234). Für den Fall ihres Eintritts sollte der Embryo nach dem Vorstellungsbild des Angeklagten übertragen werden, wobei er nach Lage der Dinge auch mit dem Einverständnis der Patientinnen rechnen durfte. Dass die Patientinnen vor der Übertragung des Embryos in die Gebärmutter nochmals aufgeklärt und um ihr Einverständnis gebeten wurden, entspricht üblichem ärztlichem Vorgehen. Wie bei anderen mehraktigen Behandlungen auch muss es der Patient in der Hand haben, deren Fortführung jederzeit autonom zu beenden. Der Behandlungsablauf liefert deshalb kein Zeugnis dafür, dass die Entscheidung über die Herbeiführung der Schwangerschaft erst nach Abschluss der Untersuchung fallen sollte (a.M. Beckmann aaO S. 128 f.).

c) Der Wille des Angeklagten, die PID durchzuführen, und der Wille, den einzelnen Embryo bei positivem Befund nicht zu übertragen, können nicht als alternative, zur Annahme der Strafbarkeit führende Absichten im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG angesehen werden.

aa) Der Angeklagte wollte die Untersuchung allerdings „unbedingt“ durchführen und hat sie in diesem Sinne „beabsichtigt“. Das ändert jedoch nichts daran, dass der gesamte, die Patientinnen außerordentlich belastende Vorgang der extrakorporalen Befruchtung von dem Willen getragen war, eine Schwangerschaft herbeizuführen. Die Untersuchung war in diesem Gesamtvorgang unselbständiges Zwischenziel. Sie wäre nicht durchgeführt worden, wenn nicht die Absicht der Herbeiführung der Schwangerschaft bestanden hätte.

(1) In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, dass – ungeachtet seines Haupt- bzw. Endziels – vom Täter verfolgte Zwischenziele eine tatbestandsrelevante Absicht ausmachen können, sofern es ihm auf deren Erreichung ankommt (BGHSt 18, 246, 252 f.; 35, 325, 326 f.; Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 15 Rdn. 66 m.w.N.). Indessen führt nicht jedes Zwischenziel zwingend zur Tatbestandserfüllung. Ob der Absicht eine den Deliktstypus prägende Bedeutung beizumessen ist, muss vielmehr durch Auslegung des jeweiligen Tatbestandes ermittelt werden (Cramer/Sternberg-Lieben aaO). Für das „Alternativabsichtsdelikt“ (Schroeder in Festschrift für Lenckner 1998 S. 333, 341) des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG liegt die Notwendigkeit einer differenzierenden Betrachtung in besonderem Maße auf der Hand. Es wäre widersinnig, wenn beispielsweise die stets mitverfolgte Gewinnerzielungsabsicht des Arztes (vgl. Renzikowski NJW 2001, 2753, 2755) oder auch sein Wille, in der Fachwelt und bei seinen Patienten Anerkennung zu finden, als „Alternativabsichten“ eine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG begründen würden. Ein Gebot, dass die extrakorporale Befruchtung ausschließlich der Herbeiführung der Schwangerschaft dienen muss, ist durch die Vorschrift dementsprechend auch nicht normiert (vgl. Duttge GA 2002, 241, 247 f.).

(2) Dem Sinn des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ist zu entnehmen, dass die Herbeiführung der Schwangerschaft – wie vorliegend gegeben – jedenfalls „handlungsleitend“ bzw. „bewusstseinsdominant“ (Schroth aaO S. 235) sein muss. Entgegen im Schrifttum vertretenen Meinungen (Schneider aaO; Schroth aaO) ist der Senat dabei der Auffassung, dass Alternativabsichten denkbar sind, die trotz einer „Bewusstseinsdominanz“ der Primärabsicht zur Strafbarkeit führen. Die Absicht, pluripotente Zellen auf schwerwiegende genetische Belastungen hin zu untersuchen, rechnet jedoch nicht hierher. Ein gesetzliches Verdikt gegen eine solche Untersuchung lässt sich mit hinreichender Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG; vgl. auch Duttge aaO S. 248) weder aus § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG in seiner Einbettung in den Gesamtzusammenhang des Embryonenschutzgesetzes noch aus einem sich in der Entstehungsgeschichte des Embryonenschutzgesetzes abbildenden diesbezüglichen Willen des Gesetzgebers herleiten.

(a) Der historische Gesetzgeber wollte durch § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG die extrakorporale Befruchtung nur unter der Voraussetzung erlauben, dass sie auf die Herbeiführung einer Schwangerschaft abzielt; hiermit sollten zugleich vor allem die verbrauchende Embryonenforschung und gespaltene Mutterschaften unter Strafdrohung verboten werden (Regierungsentwurf BTDrucks. 11/5460 S. 6, 8; siehe auch Kabinettsbericht BTDrucks. 11/1856 S. 7 f.). Aussagen des Regierungsentwurfs (aaO S. 12) und Äußerungen außerhalb des eigentlichen Gesetzgebungsverfahrens zur Diagnostik betrafen

entwicklungsfähige („totipotente“) Zellen und waren von der Befürchtung getragen, dass jene Zellen geschädigt werden könnten, und zwar mit der Folge von Auswirkungen auf das Leben eines nach der Manipulation ausgetragenen und geborenen Kindes (vgl. Kabinettsbericht aaO S. 8; Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“ 1988 S. 55 f.). Eine PID an totipotenten Zellen ist dementsprechend in § 2 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 ESchG, jeweils i.V.m. § 8 Abs. 1 ESchG, eindeutig untersagt und mit Strafe bedroht (vgl. Günther aaO § 2 Rdn. 16).

Hingegen hatte der Gesetzgeber ersichtlich nicht eine PID an nurmehr pluripotenten Zellen vor Augen, durch die der Embryo den Feststellungen des Landgerichts entsprechend überdies nicht unmittelbar geschädigt, im Übrigen nach derzeitigem medizinisch-naturwissenschaftlichem Erkenntnisstand, soweit ersichtlich, durch den Untersuchungsablauf auch mittelbar nicht nachhaltig gefährdet wird. Dies ist bei der hier durchgeführten Blastozystenbiopsie der Fall. Dem aus 40 bis 80 Zellen bestehenden (Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2010, 96, 99) Blastozysten werden nicht mehr totipotente (vgl. Beier ZaeFQ 2002, 351, 354 ff.) Trophoblastzellen entnommen, die in einem späteren Stadium das (kindliche) Nährgewebe (Placenta) bilden, weswegen der Embryo(-blast) selbst nicht betroffen ist (vgl. zur Unschädlichkeit der Blastozystenbiopsie für die Embryonalentwicklung Neubauer, Medizinisch-naturwissenschaftliche, juristische und ethische Aspekte der Präimplantationsdiagnostik 2009 S. 10 f. m.w.N.). Derartige Diagnosemethoden standen bei Erlass des Embryonenschutzgesetzes nicht zu Gebote. Die PID wurde seinerzeit erst im Ausland entwickelt (Kaiser in Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG 2008 Einf Rdn. A 197; Steinke/Rahner in Steinke/Rahner/Middel/Schräer, Präimplantationsdiagnostik 2009 S. 29; Middel, Verfassungsrechtliche Fragen der Präimplantationsdiagnostik und des therapeutischen Klonens 2006 S. 42 f.; siehe auch Böckenförde-Wunderlich, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem 2002 S. 128; Giwer, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik 2001 S. 58 f.). Vor diesem Hintergrund wird verständlich, dass sich – obgleich im Gesetzgebungsverfahren angesprochen (vgl. die schriftliche Stellungnahme der Bundesärztekammer für die Expertenanhörung in der 73. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestages vom 9. März 1990, Protokoll Nr. 73 S. 179 f.) – eine ausdrückliche Ablehnung oder auch Billigung der so erfolgenden PID weder im Wortlaut des Gesetzes noch in den Gesetzesmaterialien niederschlägt.

(b) Eine absolute Unverträglichkeit der auf eine solche Diagnostik ausgerichteten Absicht im Rahmen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang des Embryonenschutzgesetzes und den von ihm verfolgten Schutzzwecken nicht. Namentlich ge-

währleistet das Embryonenschutzgesetz – wie etwa die Regelungen in § 2 Abs. 2, § 6 Abs. 2 und § 7 Abs. 2 ESchG zeigen – keinen umfassenden Lebensschutz des Embryos (Middel aaO S. 44; Schroth aaO S. 238). Ausschlaggebend kommt die in § 3 Satz 2 ESchG getroffene Wertentscheidung des Gesetzgebers hinzu. Mit der dort normierten Ausnahme vom Verbot der Geschlechtswahl durch Verwendung ausgewählter Samenzellen hat der Gesetzgeber der aus dem Risiko einer geschlechtsgebundenen Erbkrankheit des Kindes resultierenden Konfliktlage der Eltern Rechnung getragen. Es könne „einem Ehepaar nicht zugemutet werden“, „sehenden Auges das Risiko einzugehen“, „ein krankes Kind zu erhalten, wenn künftig die Möglichkeit bestehen sollte, durch Spermienselektion ein gesundes Kind zur Welt zu bringen“; darüber hinaus „bestehe die Gefahr, dass dann, wenn ein zu erzeugendes Kind mit einer zum Tode führenden geschlechtsgebundenen erblichen Krankheit belastet sei, eine Abtreibung vorgenommen werde“ (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages in BTDrucks. 11/8057 S. 15).

Eine gleichgelagerte Konfliktsituation ist in Fällen wie den verfahrensgegenständlichen gegeben. Mit dem Ausschluss der PID würde – wie dort – sehenden Auges das hohe Risiko eingegangen, dass ein nicht lebensfähiges oder schwerkrankes Kind geboren wird. Gleichfalls wäre zu besorgen, dass im weiteren Verlauf nach einer – hier ärztlicherseits strikt angezeigten (Kaiser aaO Einf Rdn. A 133) und mit denselben Diagnosemethoden durchgeführten (vgl. Kiechle, Gynäkologie und Geburtshilfe 2007 S. 216, 297 f.; Kaiser aaO Einf Rdn. A 59, 140, 198, 201) – invasiven genetischen Pränataldiagnostik (s. auch § 15 Abs. 1 Satz 1 GenDG) im Rahmen des „Beratungsmodells“ nach § 218a Abs. 1 StGB innerhalb der ersten zwölf Wochen seit der Empfängnis, im Rahmen der Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB unter Umständen durch Fetozid (vgl. Fischer, StGB 57. Aufl. § 218a Rdn. 22) gar bis zum Einsetzen der Eröffnungswehen (vgl. BGHSt 32, 194, 196 f.) ein Schwangerschaftsabbruch vorgenommen wird. Der Senat betont, dass die in § 218a Abs. 2 StGB normierte „medizinisch-soziale“ Indikation entgegen im Schrifttum gebrauchten Bezeichnungen (vgl. Kaiser aaO Einf Rdn. A 198; Schroth aaO S. 236) keine gesetzliche Legitimierung einer „Schwangerschaft auf Probe“ bedeutet. Für die Indikation maßgebend ist nicht eine Behinderung des Kindes, sondern die dort beschriebene schwerwiegende Beeinträchtigung der Schwangeren (vgl. BGHZ 151, 133, 139 f.; BGH NJW 2003, 3411, 3412; 2006, 1660, 1661; zur ärztlichen Aufklärungspflicht vgl. BGHZ 89, 95, 100 ff.). Allerdings kann die Indikation gerade in den inmitten stehenden Konstellationen unzweifelhaft relevant werden. Der Senat kann in Anbetracht der in § 3 Satz 2 ESchG getroffenen Wertentscheidung und der hierzu gegebenen Begründung nicht annehmen, dass

der Gesetzgeber – der die extrakorporale Befruchtung zur Herbeiführung einer Schwangerschaft in § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ohne weitere Voraussetzungen erlaubt hat – die zur Verminderung der genannten gravierenden Risiken geeignete PID an pluripotenten Zellen verboten hätte, wenn sie seinerzeit schon zur Verfügung gestanden hätte.

Aus dem zuletzt genannten Umstand ergibt sich zugleich, dass der Regelung in § 3 Satz 2 ESchG kein Ausschlusscharakter hinsichtlich der Untersuchung und Übertragung von Embryonen beizumessen ist (a.M. Middel aaO S. 41 f. m.w.N.). Mit Rücksicht darauf, dass die hier zu beurteilende Untersuchungsmethode an pluripotenten Zellen im Gesetzgebungsverfahren allenfalls eine ganz untergeordnete Rolle spielte, ist eine bewusste legislatorische Entscheidung in Bezug auf Sachverhalte außerhalb des unmittelbaren Regelungsbereichs von § 3 Satz 2 ESchG nicht erfolgt (ebenso Duttge aaO S. 246).

(c) Ein gesetzliches Verbot der PID kann schließlich nicht aus dem Umstand gefolgert werden, dass § 15 Abs. 1 Satz 1 des im Wesentlichen am 1. Februar 2010 in Kraft getretenen Gendiagnostikgesetzes vom 31. Juli 2009 (BGBl I S. 2529) vorgeburtliche genetische Untersuchungen (nur) während der Schwangerschaft (vgl. § 2 Abs. 1 GenDG) ausdrücklich erlaubt. Denn der Gesetzgeber hat die Problematik ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herausgenommen (BTDrucks. 16/10532 S. 20). Hätte er mit dem Erlass des Gendiagnostikgesetzes die PID strikt ausschließen wollen, so wäre angesichts der ihm bekannten, langjährigen Auseinandersetzungen um die Zulässigkeit der Untersuchung *de lege lata* eine ausdrückliche Regelung im Gendiagnostikgesetz oder auch im Embryonenschutzgesetz zu erwarten gewesen, zumindest aber dahin zielende eindeutige Aussagen in den Gesetzesmaterialien. Das ist nicht geschehen.

(3) Die durch den Senat vorgenommene Interpretation führt nicht zur Zulässigkeit einer „unbegrenzten Selektion anhand genetischer Merkmale“ (vgl. Middel aaO S. 45 m.w.N.). Entscheidungsgegenstand ist der Wille zur Durchführung der Untersuchung auf schwerwiegende genetische Schäden zur Verminderung der genannten gewichtigen Gefahren im Rahmen der PID. Diese Zwecksetzung stellt keine die Strafbarkeit begründende Alternativabsicht dar. Beispielsweise für die Absicht der Selektion von Embryonen zum Zwecke der Geschlechtswahl gilt dies aber nicht. Die Geschlechtswahl wird vom Embryonenschutzgesetz – ausgenommen die in § 3 Satz 2 ESchG bezeichneten Fälle – eindeutig verurteilt (§ 3 Satz 1 ESchG). Dies muss auf die Auslegung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG durchschlagen. Entsprechendes gälte etwa für eine gezielte Zeugung von Embryonen mit bestimmten Immunitätsmustern (vgl. Kaiser aaO Einf Rdn. A 199; Steinke/Rahner aaO S. 30). Ob angesichts der Wertung des – nicht auf die PID angewend-



baren (siehe oben) – § 15 Abs. 2 GenDG das Gleiche für die Absicht gälte, genetische Eigenschaften des Embryos für eine Erkrankung festzustellen, die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik erst nach Vollendung des 18. Lebensjahres ausbricht, hat der Senat nicht zu entscheiden. Dies lässt unberührt, dass eine eindeutige gesetzliche Regelung der Materie wünschenswert wäre.

bb) Der Wille des Angeklagten, den einzelnen Embryo bei positivem Befund nicht zu übertragen, stellt schon keine eigenständige Absicht im Rechtsinn dar. Der Angeklagte hat die Eizellen seiner Patientinnen befruchtet, weil es ihm darauf ankam, eine Schwangerschaft mit einem gesunden Embryo herbeizuführen. Darin und nicht in einer Nichtübertragung des Embryos bei positivem Befund lag sein handlungsleitender Wille. Der Eintritt eines positiven Befundes und die daraus resultierende Nichtübertragung des Embryos sind als außerhalb der Absicht liegende, nicht erwünschte Nebenfolgen zu qualifizieren (vgl. Böckenförde-Wunderlich aaO S. 122).

2. Die Zellentnahmen zum Zweck der Untersuchung der entnommenen Zellen und das „Stehenlassen“ der Embryonen mit positivem Befund verletzen nicht das Verbot des § 2 Abs. 1 ESchG, einen extrakorporal erzeugten menschlichen Embryo zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck zu verwenden.

a) Die durch den Angeklagten vollführten Zellentnahmen stellten kein „Verwenden“ der Embryonen dar. Verwendet wurden – zum Zweck der Untersuchung und vom Embryonenschutzgesetz erlaubt – die entnommenen pluripotenten Trophoblastzellen.

aa) Das Merkmal des Verwendens ist in § 2 Abs. 1 ESchG – wie im Rahmen anderer Strafvorschriften auch (vgl. zu § 250 StGB BGH NStZ 2004, 556; 2008, 687; BGH, Beschluss vom 18. Februar 2010 – 3 StR 556/09) – als zweckgerichteter Gebrauch zu verstehen. Das Verwendungsverbot kann dabei nicht als umfassender Auffangtatbestand gedeutet werden, der die in der Vorschrift weiter aufgeführten Tatvarianten beinhaltet (a.M. Günther aaO § 2 Rdn. 30); insbesondere der Erwerb ist offensichtlich kein Unterfall des Verwendens. Davon bleibt unberührt, dass das Merkmal seinem Wortlaut und Wortsinn nach eine breite Palette von Handlungen beim Umgang mit dem Embryo erfasst. Um mit dem Übermaßverbot staatlichen Strafens unvereinbare und vom Gesetzgeber gewiss nicht beabsichtigte Strafbarkeiten zu vermeiden, bedarf es der Eingrenzung (insoweit zustimmend auch Günther aaO § 2 Rdn. 32). Diese kann nicht allein mit dem in der Vorschrift weiter vorausgesetzten Alternativzweck der Nichterhaltung des Embryos geleistet werden (a.M. Günther aaO). Im Hinblick darauf, dass „Verwenden“ keine Einwirkung auf die Substanz des betreffenden Embryos verlangt, wäre beispielsweise die Beobachtung (sog. „Embryoscoring“) und damit „Verwendung“ des Embryos zu Lern- oder Lehrzwe-

cken tatbestandsmäßig und strafbar; das Gleiche gälte für die Betrachtung des Embryos unter dem Lichtmikroskop (hierzu Griesinger/Felberbaum/Hepp/Diedrich in: Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich 2008 S. 22, 28 ff.), um morphologisch schwer geschädigte Embryonen zu identifizieren (a.M. Günther aaO § 2 Rdn. 31). Die Eingrenzung hat anhand des mit der Vorschrift verfolgten Zwecks und der sonstigen durch das Embryonenschutzgesetz getroffenen Entscheidungen zu erfolgen.

(1) Mit dem Verbot des § 2 Abs. 1 ESchG wollte der Gesetzgeber ausweislich der amtlichen Überschrift der missbräuchlichen Verwendung von Embryonen entgegenwirken. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass „menschliches Leben grundsätzlich nicht zum Objekt fremdnütziger Zwecke gemacht werden darf“ (Regierungsentwurf aaO S. 10). Vorrangig gedacht war an die Embryonenforschung (vgl. Kabinettsbericht aaO S. 8 unter lit. c; siehe auch den Vorschlag des Bundesrates unter Nr. 4a und die Stellungnahme der Bundesregierung hierzu in Regierungsentwurf aaO S. 14, 18). Ferner sollte die Abspaltung totipotenter Zellen zum Zweck der Diagnostik untersagt werden, „weil sich eine Schädigung des nach der Abspaltung verbleibenden und zum Embryo-Transfer bestimmten Embryos bisher nicht mit Sicherheit ausschließen“ lasse (vgl. Kabinettsbericht aaO S. 8 unter lit. d; ähnlich Regierungsentwurf aaO S. 11 f.).

(2) Keiner der genannten Hauptzwecke des Gesetzgebers trifft auf die hier zu beurteilende Blastozystenbiopsie zu. Weder wird dadurch der Embryo zu Zwecken außerhalb des Gesamtvorgangs der extrakorporalen Befruchtung instrumentalisiert, noch wird er, wie ausgeführt, durch den Eingriff maßgeblich gefährdet; die Möglichkeit der Biopsie pluripotenter Zellen ohne Beeinträchtigung des Embryos hatte der Gesetzgeber vielmehr nicht im Blick (dazu schon oben III. 1 c) aa) (2) (a)). Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass er sie andernfalls verboten hätte, sind nicht vorhanden. Die Einzelbegründung des Regierungsentwurfs zu § 6 ESchG geht im Gegenteil dahin, dass wegen der mit der Abspaltung totipotenter Zellen verbundenen Gefahren „derzeit“ kein Anlass bestehe, Ausnahmen vom strafrechtlichen Verbot des § 6 ESchG „etwa mit Blick auf die Präimplantationsdiagnostik“ in Erwägung zu ziehen (Regierungsentwurf aaO S. 12).

bb) Die Frage muss demnach unter Einbeziehung der mit dem Embryonenschutzgesetz insgesamt verfolgten Ziele beantwortet werden. Wie schon bei der Auslegung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG zieht der Senat maßgebend die in § 3 Satz 2 ESchG getroffene Wertentscheidung des Gesetzgebers heran. Danach kann nicht angenommen werden, dass die den Embryo selbst unberührt lassende Entnahme von Trophoblastzellen zur Vermeidung einer Konfliktlage für die Eltern bis hin zu einem real drohenden Schwangerschaftsabbruch vom Embryonen-

schutzgesetz als „missbräuchliche Verwendung“ angesehen wird. Davon ausgehend ist das weite Merkmal des Verwendens um die hier zu beurteilende Blastozystenbiopsie zu reduzieren.

b) Der Angeklagte hat die Embryonen mit positivem Befund nicht weiter kultiviert, weswegen sie in der Folge abstarben und verworfen wurden. Gegen § 2 Abs. 1 ESchG hat er dadurch nicht verstoßen.

Das Verhalten des Angeklagten ist als Unterlassen erhaltender Maßnahmen zu werten. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt darin, dass die Zellen nicht weiter versorgt wurden; ihre abschließende „aktive“ Vernichtung, die im Übrigen nicht als „Verwenden“ im Sinne des § 2 Abs. 1 ESchG angesehen werden könnte, vermag daran nichts zu ändern (Schroth aaO S. 236 f. und in Roxin/Schroth [Hrsg.], Handbuch des Medizinstrafrechts 4. Aufl. S. 530, 553). Dahingestellt bleiben kann dabei – was jeweils äußerst zweifelhaft erscheint –, ob dem Arzt eine Garantenstellung gegenüber dem Embryo obliegt (dazu Böcher, Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz 2004 S. 106 ff.) und ob die Entsprechensklausel nach § 13 Abs. 1 StGB erfüllt ist (vgl. Günther aaO § 2 Rdn. 36). Jedenfalls war es dem Angeklagten weder möglich noch zumutbar, die Embryonen gegen den Willen seiner Patientinnen in deren Gebärmutter zu übertragen und sich dadurch unter anderem nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 ESchG und § 223 StGB strafbar zu machen (vgl. Günther aaO; Böcher aaO S. 110 f.; Böckenförde-Wunderlich aaO S. 138; Middel aaO S. 49; Duttge aaO S. 247). Gleichfalls lässt sich aus dem Embryonenschutzgesetz keine Pflicht zur unbegrenzten Kryokonservierung ableiten (Günther aaO § 2 Rdn. 37; Schroeder aaO S. 337).

## **BGH: Strafflosigkeit „passiver Sterbehilfe“**

StGB §§ 212, 216, 13; BGB §§ 1901a ff.

### **Leitsätze:**

1. Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch) ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen.
2. Ein Behandlungsabbruch kann sowohl durch Unterlassen als auch durch aktives Tun vorgenommen werden.
3. Gezielte Eingriffe in das Leben eines Menschen, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung stehen, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung nicht zugänglich.

Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09 – (1. Inst.: LG Fulda 16 Js 1/08 – 1 Ks)

## **Zum Sachverhalt:**

Der Angeklagte ist ein für den Fachbereich des Medizinrechts, insbesondere auf Palliativmedizin spezialisierter Rechtsanwalt. Er beriet seit 2006 die beiden Kinder der 1931 geborenen E. K., nämlich die ursprünglich Mitangeklagte G. und deren inzwischen verstorbenen Bruder P. K.

Frau K. lag seit Oktober 2002 nach einer Hirnblutung im Wachkoma. Sie war seither nicht ansprechbar und wurde in einem Altenheim in B. H. gepflegt und über einen Zugang in der Bauchdecke, eine sog. PEG-Sonde, künstlich ernährt. Frau K., der nach einer Fraktur im Jahr 2006 der linke Arm amputiert worden war, war im Dezember 2007 bei einer Größe von 1,59 m auf ein Gewicht von 40 kg abgemagert. Eine Besserung ihres Gesundheitszustands war nicht mehr zu erwarten.

Nachdem schon ihr Vater im Jahr 2002 eine Hirnblutung ohne schwerwiegende gesundheitliche Folgen erlitten hatte, hatte Frau G. ihre Mutter Ende September 2002 befragt, wie sie und ihr Bruder sich verhalten sollten, falls Frau K. etwas zustoßen sollte. Diese hatte darauf u.a. erwidert, falls sie bewusstlos werde und sich nicht mehr äußern könne, wolle sie keine lebensverlängernden Maßnahmen in Form künstlicher Ernährung und Beatmung, sie wolle nicht an irgendwelche „Schläuche“ angeschlossen werden.

Zunächst war für Frau K. deren Ehemann als Betreuer bestellt und später zu dessen Unterstützung eine Berufsbetreuerin eingerichtet worden. Die Berufsbetreuerin nahm seit Ende 2005 die Betreuung allein wahr, nachdem der Ehemann der Betreuten verstorben war. Frau G. teilte der Berufsbetreuerin im März 2006 mit, dass sie und ihr Bruder den Wunsch hätten, dass die Magensonde entfernt würde, damit ihre Mutter in Würde sterben könne. Hierbei berichtete Frau G. auch von dem mit ihrer Mutter im September 2002 geführten Gespräch, dessen Inhalt diese trotz der Bitte der Tochter, die Angelegenheit mit ihrem Ehemann zu besprechen und sodann schriftlich zu fixieren, nicht schriftlich niedergelegt hatte. Die Berufsbetreuerin lehnte die Entfernung der Magensonde unter Hinweis auf den ihr nicht bekannten mutmaßlichen Willen der Betreuten ab und blieb auch auf mehrere Interventionen des inzwischen mandatierten Angeklagten bei ihrer Ablehnung.

Der Angeklagte bemühte sich in der Folgezeit zusammen mit Frau G. und deren Bruder um die Einstellung der künstlichen Ernährung. Auf seinen Antrag wurden beide Kinder im August 2007 zu Betreuern ihrer Mutter bestellt. Der behandelnde Hausarzt unterstützte das Vorhaben der Betreuer, weil aus seiner Sicht eine medizinische Indikation zur Fortsetzung der künstlichen Ernährung nicht mehr gegeben war. Die Bemühungen stießen aber auf Widerstand bei Heimleitung und -personal. Nachdem auch eine ausdrückliche Anordnung

des Arztes zur Einstellung der künstlichen Ernährung vom Pflegepersonal nicht befolgt worden war, schlug die Heimleiterin schließlich einen Kompromiss vor. Um den moralischen Vorstellungen aller Beteiligten gerecht zu werden, sollte sich das Personal nur noch um die Pflegetätigkeiten im engeren Sinn kümmern, während Frau G. und Herr K. selbst die Ernährung über die Sonde einstellen, die erforderliche Palliativversorgung durchführen und ihrer Mutter im Sterben beistehen sollten. Nach Rücksprache mit dem Angeklagten erklärten sich Frau G. und Herr K. hiermit einverstanden.

Demgemäß beendete Frau G. am 20. Dezember 2007 die Nahrungszufuhr über die Sonde und begann, auch die Flüssigkeitszufuhr zu reduzieren. Am nächsten Tag wies die Geschäftsleitung des Gesamtunternehmens jedoch die Heimleitung an, die künstliche Ernährung umgehend wieder aufzunehmen. Frau G. und Herrn K. wurde ein Hausverbot für den Fall angedroht, dass sie sich hiermit nicht einverstanden erklären sollten. Darauf erteilte der Angeklagte ihnen am gleichen Tag telefonisch den Rat, den Schlauch der Sonde unmittelbar über der Bauchdecke zu durchtrennen, weil gegen die rechtswidrige Fortsetzung der Sondenernährung durch das Heim ein effektiver Rechtsschutz nicht kurzfristig zu erlangen sei. Nach seiner Einschätzung der Rechtslage werde keine Klinik eigenmächtig eine neue Sonde einsetzen, so dass Frau K. würde sterben können. Frau G. folgte diesem Rat und schnitt Minuten später mit Unterstützung ihres Bruders den Schlauch durch. Nachdem das Pflegepersonal dies bereits nach einigen weiteren Minuten entdeckt und die Heimleitung die Polizei eingeschaltet hatte, wurde Frau K. auf Anordnung eines Staatsanwalts gegen den Willen ihrer Kinder in ein Krankenhaus gebracht, wo ihr eine neue PEG-Sonde gelegt und die künstliche Ernährung wieder aufgenommen wurde. Sie starb dort am 5. Januar 2008 eines natürlichen Todes auf Grund ihrer Erkrankungen.

Das Landgericht hat das Handeln des Angeklagten am 21. Dezember 2007 als einen gemeinschaftlich mit Frau G. begangenen versuchten Totschlag durch aktives Tun gewürdigt, der weder durch eine mutmaßliche Einwilligung der Frau K. noch nach den Grundsätzen der Nothilfe oder des rechtfertigenden Notstandes gerechtfertigt sei. Auch auf einen entschuldigenden Notstand könne sich der Angeklagte nicht berufen. Soweit er sich im Erlaubnisirrtum befunden habe, sei dieser für ihn als einschlägig spezialisierten Rechtsanwalt vermeidbar gewesen.

Die Mitangeklagte G. hat das Landgericht freigesprochen, weil sie sich angesichts des Rechtsrats des Angeklagten in einem unvermeidbaren Erlaubnisirrtum befunden und deshalb ohne Schuld gehandelt habe.

Auf die Revision des Angeklagten hin wurde das Urteil des LG Fulda aufgehoben und der Angeklagte freigesprochen. Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft blieb ohne Erfolg.

## Aus den Gründen:

### I. Die Revision des Angeklagten

Der Angeklagte rügt mit seiner Revision die Verletzung sachlichen Rechts. Sie führt zur Aufhebung des Urteils und zum Freispruch des Angeklagten. Die Annahme des Landgerichts, das Verhalten des Angeklagten P. und das ihm nach § 25 Abs. 2 StGB zurechenbare, auf seinen Rat hin erfolgte Durchtrennen des Versorgungsschlauchs der PEG-Sonde durch die frühere Mitangeklagte G. seien als versuchter Totschlag weder durch Einwilligung noch auf Grund des Eingreifens sonstiger Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt, hält im Ergebnis rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Eine ausdrückliche rechtliche Würdigung des Geschehens, welches den der Verurteilung zugrunde gelegten Tathandlungen vorausging, hat das Landgericht nicht vorgenommen. Seine Ansicht, dass die vom Heimbetreiber beabsichtigte Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung gegen den Willen der Betreuer und des behandelnden Arztes ein rechtswidriger Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen gewesen wäre, setzt jedoch voraus, dass die vorausgehende Beendigung der Ernährung rechtmäßig war. Davon ist das Landgericht im Ergebnis zutreffend ausgegangen.

a) Bereits mit Urteil vom 13. September 1994 (1 StR 357/94 = BGHSt 40, 257, 261) hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs über einen Fall des Abbruchs der künstlichen Ernährung bei einer irreversibel schwerst hirngeschädigten, entscheidungsunfähigen Patientin im Zusammenwirken von deren zum Pfleger bestellten Sohn und dem behandelnden Arzt entschieden. Da die Grunderkrankung - wie im vorliegenden Fall - noch keinen unmittelbar zum Tod führenden Verlauf genommen hatte, lag, wie der 1. Strafsenat festgestellt hat, kein Fall der so genannten „passiven Sterbehilfe“ nach den Kriterien der damaligen „Richtlinien für die Sterbehilfe“ der Deutschen Ärztekammer vor (vgl. Deutsches Ärzteblatt 1993 B-1791 f.). Gleichwohl hat der Bundesgerichtshof erkannt, „dass angesichts der besonderen Umstände des hier gegebenen Grenzfalls ausnahmsweise ein zulässiges Sterbenlassen durch Abbruch einer ärztlichen Behandlung oder Maßnahme nicht von vornherein ausgeschlossen (sei), sofern der Patient mit dem Abbruch mutmaßlich einverstanden ist. Denn auch in dieser Situation ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten, gegen dessen Willen eine ärztliche Behandlung grundsätzlich weder eingeleitet noch fortgesetzt werden darf“ (BGHSt 40, 257, 262).

In seinem Beschluss vom 17. März 2003 (XII ZB 2/03 - BGHZ 154, 205 = NJW 2003, 1588), der den Fall eines an einem apallischen Syndrom leidenden Patienten betraf, hat der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs allerdings entschieden, das Unterlassen lebenserhaltender oder -verlängernder Maßnahmen bei einem einwilligungsunfähigen Patienten setze voraus, dass dies des-

sen tatsächlich geäußerten oder mutmaßlichen Willen entspreche und dass die Grunderkrankung einen „irreversibel tödlichen Verlauf“ angenommen habe. Hieraus ist in der Literatur vielfach abgeleitet worden, zwischen der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestehe in der Frage der Zulässigkeit so genannter „passiver Sterbehilfe“ eine Divergenz (vgl. etwa Höfling/Rixen JZ 2003, 884, 885 ff.; Ingelfinger JZ 2006, 821; Otto NJW 2006, 2217, 2218 f.; Saliger MedR 2004, 237, 240 f.; Sternberg-Lieben in FS für Eser (2005) S. 1185, 1198 ff.; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 43 ff.). Diese Ansicht bestand auch fort, nachdem der XII. Zivilsenat in einem Kostenbeschluss vom 8. Juni 2005 (XII ZR 177/03 - BGHZ 163, 195 = NJW 2005, 2385) entschieden hatte, ein Heimbetreiber sei zur Fortsetzung einer künstlichen Ernährung bei einem entscheidungsunfähigen, an einem apallischen Syndrom leidenden Patienten gegen dessen durch den Betreuer verbindlich geäußerten Willen nicht berechtigt und das Vormundschaftsgericht zu einer Entscheidung nicht berufen, wenn Betreuer und Arzt sich übereinstimmend gegen eine weitere künstliche Ernährung entschieden hatten; der Eintritt in eine mutmaßlich unmittelbar zum Tod führende Phase der Grunderkrankung war danach nicht vorausgesetzt.

Die hierdurch in der öffentlichen Wahrnehmung entstandene Unsicherheit über Voraussetzungen und Reichweite der Erlaubnis, eine lebenserhaltende medizinische Behandlung auf Grund des Patientenwillens zu beenden, ist durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009 (BGBl I 2286) jedenfalls insoweit beseitigt worden (näher dazu unten), als es nach § 1901a Abs. 3 BGB nicht (mehr) auf Art und Stadium der Erkrankung ankommt.

b) Allerdings war, wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat, die Beendigung der künstlichen Ernährung durch Unterlassen bzw. Reduzierung der Zufuhr kalorienhaltiger Flüssigkeit durch die frühere Mitangeklagte und ihren Bruder schon auf der Grundlage des zur Tatzeit geltenden Rechts zulässig, denn die anerkannten Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Behandlungsabbruch durch so genannte „passive Sterbehilfe“ lagen vor. Dabei kam es hier nicht auf einen - im Einzelfall möglicherweise schwer feststellbaren (vgl. BGHSt 40, 257, 260 f.) - mutmaßlichen Willen der Betroffenen an, da ihr wirklicher, vor Eintritt ihrer Einwilligungsunfähigkeit ausdrücklich geäußertes Wille zweifelsfrei festgestellt war. Zwischen den Betreuern und dem behandelnden Arzt bestand überdies Einvernehmen, dass der Abbruch der künstlichen Ernährung dem Willen der Patientin entsprach. Unter diesen Voraussetzungen durfte die Fortsetzung der künstlichen Ernährung unterlassen werden, ohne dass eine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich oder veranlasst gewesen wäre.

c) Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht daher angenommen, dass die von der Heimleitung angekündig-

te Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung einen rechtswidrigen Angriff gegen die körperliche Integrität und das Selbstbestimmungsrecht der Patientin dargestellt hätte. Nach der schon zur Tatzeit ganz herrschenden Rechtsauffassung verliehen weder der Heimvertrag noch die Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) der Heimleitung oder dem Pflegepersonal das Recht, sich über das Selbstbestimmungsrecht von Patienten hinwegzusetzen und eigenmächtig in deren verfassungsrechtlich verbürgtes Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen (vgl. BGHZ 163, 195, 200; Dirksen GesR 2004, 124, 128; Höfling JZ 2006, 145, 146; Hufen NJW 2001, 849, 853; ders. ZRP 2003, 248, 252; Ingelfinger JZ 2006, 821, 829; Lipp FamRZ 2004, 317, 324; Müller DNotZ 2005, 927, 928 f.; Sternberg-Lieben in FS für Eser (2005) S. 1185, 1203; Uhlenbruck NJW 2003, 1710, 1711 f.; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 41 ff.; Wagenitz FamRZ 2005, 669, 670 f.; anders noch OLG München NJW 2003, 1743, 1745; LG Traunstein NJW-RR 2003, 221, 224).

2. Zutreffend hat das Landgericht die Frage verneint, ob die der Verurteilung zugrunde gelegten Handlungen des Angeklagten und der früheren Mitangeklagten, mit denen die rechtswidrige Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung und der hierin liegende Angriff auf die körperliche Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht verhindert werden sollten, schon nach den Regeln der Nothilfe (§ 32 StGB) gerechtfertigt waren. Zwar lag, wie sich aus Vorstehendem ergibt, eine Notwehrlage im Sinne von § 32 StGB vor, welche den Angeklagten und die Betreuerin zur Nothilfe gem. § 32 Abs. 2 StGB berechtigt hätte. Die Verteidigungshandlungen richteten sich hier aber nicht oder nicht allein gegen Rechtsgüter des Angreifers (Sachbeschädigung durch Zerschneiden des Schlauchs), sondern vor allem gegen ein höchststrangiges, anderes Rechtsgut der Angegriffenen selbst. Der Eingriff in das Rechtsgut Leben der angegriffenen Person kann aber ersichtlich nicht durch Nothilfe gegen einen Angriff auf das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht derselben Person gerechtfertigt sein. Er bedurfte als selbständige Rechtsgutsverletzung vielmehr einer eigenen, von der Nothilfefolge unabhängigen Legitimation.

Auch eine Rechtfertigung aus dem Gesichtspunkt des Notstands gem. § 34 StGB scheidet, wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend gesehen hat, vorliegend schon deshalb aus, weil sich der Eingriff des Angeklagten hier gegen das höchststrangige Rechtsgut (Leben) derjenigen Person richtete, welcher die gegenwärtige Gefahr (für die Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und des Selbstbestimmungsrechts) im Sinne von § 34 StGB drohte (a.A. Otto, Gutachten zum 56. DJT, 1986, D 44 ff.; Merkel ZStW Bd. 107 (1995) S. 454, 570 f.; ders., Früheuthanasie (2000) S. 523 ff.; Neumann NK-StGB vor § 211 Rn. 127; H. Schneider in MüKo-StGB vor §§ 211 ff. Rn. 111 f.; Chr. Schneider, Tun und Unterlas-

sen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung 1998 S. 242 ff.). Eine Entschuldigung gem. § 35 StGB oder aus dem Gesichtspunkt des „übergesetzten“ Notstands scheidet ebenfalls aus.

3. Eine Rechtfertigung für die Tötungshandlung konnte sich daher hier allein aus dem von den Kindern der Frau K. als deren Betreuern geltend gemachten Willen der Betroffenen, also ihrer Einwilligung ergeben, die künstliche Ernährung abbrechen und ihre Fortsetzung oder Wiederaufnahme zu unterlassen. Im Unterschied zu den bislang vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen weist der vorliegende die Besonderheit auf, dass die die Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung verhindernde, direkt auf die Lebensbeendigung abzielende Handlung der früheren Mitangeklagten, die dem Angeklagten vom Landgericht rechtsfehlerfrei als eigene Handlung gemäß § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet worden ist, nach den allgemeinen Regeln nicht als Unterlassen, sondern als aktives Tun anzusehen ist. Für diesen Fall ist eine Rechtfertigung direkt lebensbeendender Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt der „Sterbehilfe“ von der Rechtsprechung bisher nicht anerkannt worden. Hieran hält der Senat, auch im Hinblick auf die durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009 (BGBl I 2286) geänderte zivilrechtliche Rechtslage, nicht fest.

a) Der Gesetzgeber hat den betreuungsrechtlichen Rahmen einer am Patientenwillen orientierten Behandlungsbegrenzung durch Gesetz vom 29. Juli 2009 - so genanntes Patientenverfügungsgesetz - (BGBl I 2286) festgelegt. Das am 1. September 2009 in Kraft getretene Gesetz hatte vor allem auch zum Ziel, Rechts- und Verhaltenssicherheit zu schaffen (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks. 16/13314 S. 3 f. und 7 f.). Maßstäbe für die gesetzliche Neuordnung waren zum einen das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht der Person, welches das Recht zur Ablehnung medizinischer Behandlungen und gegebenenfalls auch lebensverlängernder Maßnahmen ohne Rücksicht auf ihre Erforderlichkeit einschließt, zum anderen der ebenfalls von der Verfassung gebotene Schutz des menschlichen Lebens, der unter anderem in den strafrechtlichen Normen der §§ 212, 216 StGB seinen Ausdruck findet.

In Abwägung dieser Grundsätze hat der Gesetzgeber des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes nach umfassenden Beratungen und Anhörungen unter Einbeziehung einer Vielzahl von Erkenntnissen und Meinungen unterschiedlichster Art entschieden, dass der tatsächliche oder mutmaßliche, etwa in konkreten Behandlungswünschen zum Ausdruck gekommene Wille eines aktuell einwilligungsunfähigen Patienten unabhängig von Art und Stadium seiner Erkrankung verbindlich sein und den Betreuer sowie den behandelnden Arzt binden soll (§ 1901a Abs. 3 BGB; vgl. dazu die Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drucks. 16/8442 S.

11 f.; Diederichsen in Palandt BGB 69. Aufl. § 1901a Rn. 16 ff. u. 29). Eine betreuungsgerichtliche Genehmigungsbefähigung für Entscheidungen über die Vornahme, das Unterlassen oder den Abbruch medizinischer Maßnahmen ist auf Fälle von Meinungsdivergenzen zwischen Arzt und Betreuer oder Bevollmächtigtem über den Willen des nicht selbst äußerungsfähigen Patienten oder über die medizinische Indikation von Maßnahmen beschränkt (§ 1904 Abs. 2 und 4 BGB). Die Regelungen der §§ 1901a ff. BGB enthalten zudem betreuungsrechtliche Verfahrensregeln zur Ermittlung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Betreuten (vgl. dazu Diederichsen aaO Rn. 4 ff. u. 21 ff.; Diehn/Rebhan NJW 2010, 326; Höfling NJW 2009, 2849, 2850 f.).

b) Diese Neuregelung entfaltet auch für das Strafrecht Wirkung. Allerdings bleiben die Regelungen der §§ 212, 216 StGB von den Vorschriften des Betreuungsrechts unberührt, welche schon nach ihrem Wortlaut eine Vielzahl weit darüber hinaus reichender Fallgestaltungen betreffen und auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht etwa strafrechtsspezifische Regeln für die Abgrenzung erlaubter Sterbehilfe von verbotener Tötung enthalten (vgl. BT-Drucks. 16/8442 S. 7 f. u. 9). Im Übrigen ergibt sich schon aus dem grundsätzlich schrankenlosen und die unterschiedlichsten betreuungsrechtlichen Fallgestaltungen erfassenden Wortlaut des § 1901a BGB selbst, dass die Frage einer strafrechtlichen Rechtfertigung von Tötungshandlungen nicht nur als zivilrechtsakzessorisches Problem behandelt werden kann. Wo die Grenze einer rechtfertigenden Einwilligung verläuft und der Bereich strafbarer Tötung auf Verlangen beginnt, ist, ebenso wie die Frage nach der Reichweite einer eine Körperverletzung rechtfertigenden Einwilligung (§ 228 StGB), eine strafrechtsspezifische Frage, über die im Lichte der Verfassungsordnung und mit Blick auf die Regelungen anderer Rechtsbereiche, jedoch im Grundsatz autonom nach materiell strafrechtlichen Kriterien zu entscheiden ist (ebenso Verrel, Gutachten zum 66. DJT, (2006) C 34 ff. und 57 ff.; vgl. auch AE-Sterbebegleitung GA 2005, 533, 564; a.A. Lipp FamRZ 2004, 317; Neumann/Saliger HRRS 2006, 280, 284; offengelassen für das frühere Betreuungsrecht von Bernsmann ZRP 1996, 87, 90). Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte diese Grenze durch die Regelungen der §§ 1901a ff. BGB nicht verschoben werden (BT-Drucks. 16/8442 S. 9). Die §§ 1901a ff. BGB enthalten aber auch eine verfahrensrechtliche Absicherung für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten, die selbst zu einer Willensäußerung nicht (mehr) in der Lage sind. Sie sollen gewährleisten, dass deren Wille über den Zeitpunkt des Eintritts von Einwilligungsunfähigkeit hinaus gilt und beachtet wird. Diese Neuregelung, die ausdrücklich mit dem Ziel der Orientierungssicherheit für alle Beteiligten geschaffen wurde, muss unter dem Gesichtspunkt der Einheitlich-

keit der Rechtsordnung (vgl. Reus JZ 2010, 80, 83 f.) bei der Bestimmung der Grenze einer möglichen Rechtfertigung von kausal lebensbeendenden Handlungen berücksichtigt werden.

4. Das Landgericht hat eine Rechtfertigung des Angeklagten und der Mittäterin durch Einwilligung der betroffenen Patientin abgelehnt, weil nach seiner Auffassung die Voraussetzungen einer nach bisherigem Recht zulässigen so genannten passiven Sterbehilfe durch Unterlassen der weiteren künstlichen Ernährung nicht vorgelegen haben; es hat das Durchtrennen des Schlauchs der PEG-Sonde als aktives Handeln gewertet und deshalb der Einwilligung der Patientin eine rechtfertigende Wirkung abgesprochen.

a) Diese Ansicht entspricht der bisher in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend vertretenen Auffassung, wonach zwischen (unter bestimmten Bedingungen) erlaubter „passiver“ und „indirekter“ sowie stets verbotener „aktiver“ Sterbehilfe zu unterscheiden sei (vgl. hierzu allgemein: Eser in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 21 ff.; Fischer StGB 57. Aufl. vor §§ 211-216 Rn. 16 ff.; Otto NJW 2006, 2214 ff.; Roxin in Roxin/Schroth Handbuch des Medizinstrafrechts 4. Aufl. S. 83 ff.; Chr. Schneider, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1998 S. 33 ff.; H. Schneider in MüKo-StGB vor §§ 211 ff. Rn. 88 ff.; Schöch in FS für Hirsch (1999) S. 693 ff.; Schreiber NStZ 2006, 473, 474 ff.; Schroth GA 2006, 549 ff.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis 4. Aufl. (2008) S. 336, Rn. 275 ff., alle mwN; vgl. auch Sterbehilfe und Sterbebegleitung, Bericht der Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz v. 23. April 2004 S. 64 ff.). Das bloße Einstellen künstlicher Ernährung ist danach schon wegen seines äußeren Erscheinungsbildes, jedenfalls aber nach dem Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens, nicht als aktives Tun, sondern als Unterlassen und damit als „passives“ Verhalten angesehen worden (BGHSt 40, 257, 265 f.; vgl. dazu auch Coeppecus FPR 2007, 63; Eser aaO Rn. 27 ff.; Fischer aaO Rn. 19 ff.; Rn. 92 u. 104 ff.; Helgerth JR 1995, 338, 339; Kutzer NStZ 1994, 110, 113 f.; ders. FPR 2007, 59, 62; Merkel ZStW Bd. 107 (1995), 545, 554; H. Schneider aaO; Schöch NStZ 1995, 153, 154; Schroth GA 2006, 549, 550 ff.; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 13 ff. u. C 56 f.; Vogel MDR 1995, 337, 338 f.; Weigend in LK 12. Aufl. § 13 Rn. 8; jew. mwN; grundlegend dazu schon Geilen, „Euthanasie“ und Selbstbestimmung, 1975, S. 22 ff.). Eine zulässige „passive Sterbehilfe“ setzt auf der Grundlage dieser Differenzierung nach bisher herrschender Meinung deshalb stets ein Unterlassen im Rechtssinn (§ 13 StGB) voraus; aktives Handeln im natürlichen Sinne soll danach stets als rechtswidriges Tötungsdelikt im Sinne der §§ 212, 216 StGB strafbar sein (vgl. Helgerth JR 1995, 338, 339).

b) An diesem an den äußeren Erscheinungsformen von Tun und Unterlassen orientierten Kriterium für die Ab-

grenzung zwischen gerechtfertigter und rechtswidriger Herbeiführung des Todes mit Einwilligung oder mutmaßlicher Einwilligung des betroffenen Patienten hält der Senat nicht fest.

aa) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat sich in der Vergangenheit selbst auch nicht durchgängig hieran orientiert, denn ein pflichtwidriges Unterlassen kann den Tatbestand des § 216 StGB ebenfalls erfüllen (BGHSt 13, 162, 166; 32, 367, 371). Schon dies zeigt, dass die Kriterien für die Abgrenzung zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten nicht allein in der äußerlichen Handlungsqualität gefunden werden können. Zwar unterscheidet das Gesetz zwischen dem pflichtwidrigen Unterlassen einer erfolgsabwendenden Handlung und dem aktiv erfolgsverursachenden Tun grundsätzlich wertungsmäßig, da es in § 13 Abs. 2 StGB für den Fall der Erfolgsverursachung durch Unterlassen eine fakultative Strafmilderung bereit hält (vgl. Kargl GA 1999, 459 ff.; Ulsenheimer aaO S. 336). Diese generelle Differenzierung lässt jedoch gleichzeitig die Möglichkeit offen, Tun und Unterlassen wertungsmäßig gleich zu gewichten und damit auch gleich zu behandeln, wenn der zugrunde liegende Lebenssachverhalt dies erfordert.

bb) Die Grenze zwischen erlaubter Sterbehilfe und einer nach den §§ 212, 216 StGB strafbaren Tötung kann nicht sinnvoll nach Maßgabe einer naturalistischen Unterscheidung von aktivem und passivem Handeln bestimmt werden. Die Umdeutung der erlebten Wirklichkeit in eine dieser widersprechende normative Wertung, nämlich eines tatsächlich aktiven Verhaltens, etwa beim Abschalten eines Beatmungsgeräts, in ein „normativ verstandenes Unterlassen“ - mit dem Ziel, dieses Verhalten als „passive Sterbehilfe“ rechtlich legitimieren zu können - ist in der Vergangenheit zu Recht auf Kritik gestoßen und als dogmatisch unzulässiger „Kunstgriff“ abgelehnt worden (vgl. etwa Fischer StGB 57. Aufl. vor §§ 211-216 Rn. 20; Groppe in GS für Schlüchter (2002) S. 173, 184; Hirsch in FS für Lackner (1987) S. 597, 605; Kargl GA 1999, 459, 478 ff.).

Eine solche wertende Umdeutung aktiven Tuns in ein normatives Unterlassen wird den auftretenden Problemen nicht gerecht. Ein „Behandlungsabbruch“ erschöpft sich nämlich nach seinem natürlichen und sozialen Sinngehalt nicht in bloßer Untätigkeit; er kann und wird vielmehr fast regelmäßig eine Vielzahl von aktiven und passiven Handlungen umfassen, deren Einordnung nach Maßgabe der in der Dogmatik und von der Rechtsprechung zu den Unterlassungstaten des § 13 StGB entwickelten Kriterien problematisch ist und teilweise von bloßen Zufällen abhängen kann. Es ist deshalb sinnvoll und erforderlich, alle Handlungen, die mit einer solchen Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, in einem normativ wertenden Oberbegriff des *Behandlungsabbruchs* zusammenzufassen, der neben objektiven Handlungselemen-

ten auch die subjektive Zielsetzung des Handelnden umfasst, eine bereits begonnene medizinische Behandlungsmaßnahme gemäß dem Willen des Patienten insgesamt zu beenden oder ihren Umfang entsprechend dem Willen des Betroffenen oder seines Betreuers nach Maßgabe jeweils indizierter Pflege- und Versorgungserfordernisse zu reduzieren (zum Begriff des „tätigen Behandlungsabbruchs“ vgl. schon Jähnke in LK-StGB 11. Aufl. vor § 211 Rn. 18; ähnl. Roxin in Roxin/Schroth Handbuch des Medizinstrafrechts 4. Aufl. S. 94 f.; vgl. § 214 AE-Sterbehilfe 1986 und § 214 AE-Sterbebegleitung GA 2005, 552, 560 f. sowie Nr. II u. III der Grundsätze der BÄK zur ärztlichen Sterbebegleitung, Fassung 2004). Denn wenn ein Patient das Unterlassen einer Behandlung verlangen kann, muss dies gleichermaßen auch für die Beendigung einer nicht (mehr) gewollten Behandlung gelten, gleich, ob dies durch Unterlassen weiterer Behandlungsmaßnahmen oder durch aktives Tun umzusetzen ist, wie es etwa das Abschalten eines Respirators oder die Entfernung einer Ernährungssonde darstellen. Dasselbe gilt, wenn die Wiederaufnahme einer dem Patientenwillen nicht (mehr) entsprechenden medizinischen Maßnahme in Rede steht (so etwa Eser in Schönke/Schröder/Eser StGB 27. Aufl. vor § 211 Rn. 31 f.; Roxin NSTz 1987, 345, 350; LG Ravensburg NSTz 1987, 229), die verhindert werden soll.

cc) Da eine Differenzierung nach aktivem und passivem Handeln nach äußerlichen Kriterien nicht geeignet ist, sachgerecht und mit dem Anspruch auf Einzelfallgerechtigkeit die Grenzen zu bestimmen, innerhalb derer eine Rechtfertigung des Handelns durch den auf das Unterlassen oder den Abbruch der medizinischen Behandlung gerichteten Willen des Patienten anzuerkennen ist, müssen andere Kriterien gelten, anhand derer diese Unterscheidung vorgenommen werden kann. Diese ergeben sich aus den Begriffen der „Sterbehilfe“ und des „Behandlungsabbruchs“ selbst und aus der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Ordnung.

Der Begriff der Sterbehilfe durch Behandlungsunterlassung, -begrenzung oder -abbruch setzt voraus, dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist. Nur in diesem engen Zusammenhang hat der Begriff der „Sterbehilfe“ einen systematischen und strafrechtlich legitimierenden Sinn. Vorsätzliche lebensbeendende Handlungen, die außerhalb eines solchen Zusammenhangs mit einer medizinischen Behandlung einer Erkrankung vorgenommen werden, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung dagegen von vornherein nicht zugänglich; dies ergibt sich ohne Weiteres aus § 216 und § 228 StGB und den diesen Vorschriften zugrunde liegenden Wertungen unserer Rechtsordnung.

Eine durch Einwilligung gerechtfertigte Handlung der Sterbehilfe setzt überdies voraus, dass sie objektiv und

subjektiv unmittelbar auf eine medizinische Behandlung im oben genannten Sinn bezogen ist. Erfasst werden hiervon nur das Unterlassen einer lebenserhaltenden Behandlung oder ihr Abbruch sowie Handlungen in der Form der so genannten „indirekten Sterbehilfe“, die unter Inkaufnahme eines möglichen vorzeitigen Todesintritts als Nebenfolge einer medizinisch indizierten palliativen Maßnahme erfolgen.

Das aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen legitimiert die Person zur Abwehr gegen nicht gewollte Eingriffe in ihre körperliche Unversehrtheit und in den unbeeinflussten Fortgang ihres Lebens und Sterbens; es gewährt ihr aber kein Recht oder gar einen Anspruch darauf, Dritte zu selbständigen Eingriffen in das Leben ohne Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung zu veranlassen. Eine Rechtfertigung durch Einwilligung kommt daher nur in Betracht, wenn sich das Handeln darauf beschränkt, einen Zustand (wieder-)herzustellen, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt, indem zwar Leiden gelindert, die Krankheit aber nicht (mehr) behandelt wird, so dass der Patient letztlich dem Sterben überlassen wird. Nicht erfasst sind dagegen Fälle eines gezielten Eingriffs, der die Beendigung des Lebens vom Krankheitsprozess abkoppelt (vgl. zu dieser Unterscheidung auch Höfling JuS 2000, 111, 113; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 64).

Eine solche Unterscheidung nach den dem Begriff des Behandlungsabbruchs immanenten Kriterien der Behandlungsbezogenheit und der Verwirklichung des auf die Behandlung bezogenen Willens der betroffenen Person ist besser als die bisherige, dogmatisch fragwürdige und praktisch kaum durchführbare Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Handeln geeignet, dem Gewicht der betroffenen Rechtsgüter in der Abwägung Geltung zu verschaffen und für alle Beteiligten eine klare rechtliche Orientierung zu bieten.

Die tatbestandlichen Grenzen des § 216 StGB bleiben hierdurch unberührt. Dies entspricht auch der Intention des Gesetzgebers des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes, wonach Handlungen, die der Ablehnung einer medizinischen Maßnahme oder der Untersagung ihrer Fortführung durch den betroffenen Patienten Rechnung tragen, von einer Tötung auf Verlangen i.S.d. § 216 StGB strikt zu unterscheiden sind (vgl. BT-Drucks. 16/8442 S. 3, 7 f.).

dd) Für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens gelten beweismäßig strenge Maßstäbe, die der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter Rechnung zu tragen haben (vgl. schon BGHSt 40, 257, 260 f.). Dies hat insbesondere zu gelten, wenn es beim Fehlen einer schriftlichen Patientenverfügung um die Feststellung eines in der Vergangenheit mündlich geäußerten Patientenwillens geht. Die Verfahrensregeln der §§ 1901a ff. BGB, insbesondere das zwingend erforderliche Zusammenwirken von Betreuer oder Bevollmächt-

tigtem und Arzt sowie gegebenenfalls die Mitwirkung des Betreuungsgerichts, sichern die Beachtung und Einhaltung dieser Maßstäbe.

c) Die Anwendung der oben dargelegten Grundsätze einer Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs ist nicht auf das Handeln der den Patienten behandelnden Ärzte sowie der Betreuer und Bevollmächtigten beschränkt, sondern kann auch das Handeln Dritter erfassen, soweit sie als von dem Arzt, dem Betreuer oder dem Bevollmächtigten für die Behandlung und Betreuung hinzugezogene Hilfspersonen tätig werden. Dies folgt schon daraus, dass sich ein Behandlungsabbruch in der Regel nicht in einzelnen Handlungen oder Unterlassungen erschöpft, sondern unter Umständen ein Bündel von meist palliativ-medizinischen Maßnahmen erfordert, die nicht notwendig vom behandelnden Arzt selbst vorgenommen werden müssen.

5. Ob der Senat mit der dargelegten Auslegung des § 216 StGB und der Inhaltsbestimmung des Rechtfertigungsgrunds der Einwilligung im Rahmen der Sterbe-

hilfe von früheren tragenden Entscheidungen anderer Senate des Bundesgerichtshofs abweicht, kann dahinstehen, weil der Senat auf der Grundlage der neuen gesetzlichen Regelung der §§ 1901a ff. BGB zu entscheiden hatte; eine Anfrage gem. § 132 Abs. 3 GVG war daher nicht geboten (vgl. BGHSt 44, 121, 124; BGH NStZ 2002, 160 f.). Wäre nach der Rechtslage vor dem 1. September 2009 das Handeln des Angeklagten nicht gerechtfertigt gewesen, so wäre die Rechtsänderung jedenfalls gemäß § 2 Abs. 3 StGB und § 354a StPO zu seinen Gunsten zu berücksichtigen.

6. Der Angeklagte hat als von den Betreuern der Frau K. hinzugezogener und sie beratender Rechtsanwalt ebenso wenig rechtswidrig gehandelt wie die Betreuer selbst. Er war deshalb gemäß § 354 Abs. 1 StPO durch den Senat freizusprechen.

II. Die Revision der Staatsanwaltschaft

Die allein gegen die Strafzumessung gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft ist nach alledem unbegründet und war deshalb zu verwerfen.

## rezension

### Kultur des Lebens

*Manfred Balkenohl/Roland Rösler (Hg.)  
Handbuch für Lebensschutz und Lebensrecht  
Bonifatius-Verlag, Paderborn 2010  
683 Seiten, Euro 36,90*

Der gegenwärtigen „Kultur des Todes“ eine überdauernde „Kultur des Lebens“ entgegenzusetzen, ist das erklärte Ziel der Herausgeber und der 31 weiteren Autoren des kürzlich erschienenen Sammelbandes „Handbuch für Lebensschutz und Lebensrecht“. Das Werk umfasst die 5 Teile „Zum Recht auf Leben“ (I.), „Zum Thema Abtreibung“ (II.), „Zur Bioethik und zum Embryonenschutz“ (III.), „Sterbehilfe oder Lebenshilfe für Sterbende?“ (IV.) und „Paralipomena zum Lebensschutz“ (V.) mit insgesamt 45 Einzelbeiträgen aus der Feder von *Manfred Balkenohl, Axel W. Bauer, Trautemaria Blechschmidt, Clemens Breuer, Tadeusz Guz, Hubert Hecker, Bruno Hügel, Hubert Hüppe, Claudia Kaminski, Martin Kastler, Susanne Kummer, Leo Lennartz, Manfred Libner, Peter Liese, Jürgen Liminski, Nathanael Liminski, Mechthild Löhr, Manfred Lütz, Martin Luteran, Bernd Posselt, Enrique H. Prat de la Riba, Walter Ramm, Markus Reder, Stefan Rehder, Hans Reis, Roland Rösler, Michael Schooyans, Walter Schrader, Thomas Schühre, Robert Spaemann, Regina Steinhardt, Herbert Tröndle und Rita Tsai*. Unter den teils sehr prominenten Autoren finden sich lediglich fünf Juris-

ten, woraus man schließen kann, dass das Augenmerk der Herausgeber weniger den rechtlichen als anderen zweifellos wichtigen Aspekten des Lebensschutzes galt.

Angesichts der großen Zahl der Beiträge ist es nicht möglich, auf jeden einzelnen einzugehen und ihn gebührend zu würdigen. Sie sind allesamt lesenswert, weil sie eine Vielzahl von Informationen und Argumente enthalten, die jeder an den aktuellen bioethischen Fragen Interessierte kennen sollte. Hervorzuheben sind die wie stets eindrucksvollen Ausführungen *Robert Spaemanns* („Ist der Hirntod der Tod des Menschen?“ und „Es gibt kein gutes Töten“), aber auch die Dokumentationen bioethischer Debatten in Deutschland (*Roland Rösler, Mechthild Löhr, Enrique H. Prat, Hubert Hüppe*) sowie die Darlegungen zum Lebensschutz in Europa (*Peter Liese, Martin Kastler, Bernd Posselt*). Die erfreulichen Beiträge von *Regina Steinhardt* und *Nathanael Liminski* belegen das wache Interesse für das Lebensrecht aller Menschen auch in der jungen Generation.

Die am Lebensschutz durch die Rechtsordnung Interessierten dürfen sich glücklich schätzen, dass der jüngste Beitrag *Herbert Tröndles* „Das ‚Beratungsschutzkonzept‘ – Die Reglementierung einer Preisgabe des Lebensschutzes Ungeborener“ (aus der Festschrift für *Harro Otto*, 2007) in diesem Buch nun einer größeren Leserschaft zugänglich ist. *Tröndle*, der mit der Materie zweifellos Vertrauteste unter den deutschen Juristen, zeigt darin nochmals schonungslos die gravierenden



Mängel dieses „Schutzkonzepts“ auf und legt überzeugend dar, weshalb die Ausstellung des Beratungsscheins eine (straflose) Beihilfe zur rechtswidrigen Tötung des ungeborenen Kindes ist.

Als weiterer Jurist ist *Hans Reis* unter den Autoren vertreten, der sich bereits 1984 mit seinem Buch „Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes als Verfassungsproblem“ einschlägig verdient gemacht hat. In seinem einleitenden Beitrag „Das Recht auf Leben – ein höchst unbequemes Grundrecht“ macht Reis längere Ausführungen zu verschiedenen Problemstellungen, die der Leser in einem solchen Handbuch wohl weniger erwartet (Überstellung Straftatverdächtiger und Abschiebung abgelehnter Asylbewerber in Staaten, die noch die Todesstrafe verhängen, Zulässigkeit des polizeilichen Todeschusses, Abschuss eines entführten Passagierflugzeugs nach dem Luftsicherheitsgesetz). Die Ausführungen zum Schwangerschaftsabbruch sind vergleichsweise knapp, insbesondere die zur geltenden Neuregelung. Die vertretene Meinung, die gesetzliche Einschränkung des Rechts auf Leben sei „immer und in jedem Falle“ mit Artikel 19 Abs. 2 GG (Wesensgehaltsgarantie) unvereinbar, erscheint zu weitgehend, weil der auch für das Recht auf Leben geltende Gesetzesvorbehalt (Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG) dann leerlaufen würde. Soweit keine Bedrohungslage (Notwehr, Notstand) vorliegt, also insbesondere für die Tötung ungeborener Kinder und menschlicher Embryonen, ist der Ansicht von Reis jedoch zuzustimmen.

In einem weiteren Beitrag „Spätabtreibung oder der Trick mit der embryopathischen Indikation“ beschreibt *Hans Reis* den Werdegang der geltenden (weiten) Fassung der medizinischen Indikation (§ 218a Abs. 2 StGB), die er zu Recht für verfassungswidrig hält, ohne dies mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (Diskriminierungsverbot) zu begründen. Die Verfassungswidrigkeit sei durch Wiederherstellung der früheren Gesetzesfassung (Wegfall der Worte „... unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensumstände der Schwangeren“) zu beseitigen, wie von nicht zitierten anderen Verfassern längst gefordert. Dass die Feststellung der Indikation zudem unter staatlicher Verantwortung, d.h. durch eine öffentliche Einrichtung, erfolgen müsste, erscheint plausibel. Dem 2. Abtreibungsurteil des BVerfG von 1993 lässt sich dies allerdings nicht entnehmen, entgegen *Reis*, der auf die Möglichkeit verweist, zur Indikationsstellung im Rahmen des ärztlichen Standesrechts Gutachterstellen einzurichten. In dem von *Reis* angeführten Leitsatz 15 dieses Urteils heißt es zwar, dass einem Ausnahmetatbestand rechtfertigende Wirkung nur dann zukommen könne, wenn das Vorliegen der Voraussetzungen „unter staatlicher Verantwortung“ festgestellt werden muss. In den Gründen dieses Urteils ist jedoch lediglich von einer Feststellung der Voraussetzungen „sei es durch die Gerichte, sei es durch Dritte, denen der Staat kraft ihrer besonderen Pflich-

tenstellung vertrauen darf und deren Entscheidung nicht jeder staatlichen Überprüfung entzogen ist“, die Rede (BVerfGE 88, 203, 274). Im Hinblick auf das Vertrauen, das dem Arzt im Rahmen des „Beratungskonzepts“ entgegengebracht wird, in dem „der Arzt nicht mit verbindlicher Wirkung entscheiden“ soll, „ob der Schwangerschaftsabbruch im Einzelfall stattfinden darf“ (BVerfGE 88, 203, 292), erscheint es jedoch nahelegend, dass nach Auffassung des BVerfG auch ein einzelner Arzt als ein Dritter angesehen werden kann, dem der Staat aufgrund seiner besonderen Pflichtenstellung vertrauen darf.

Das vorliegende Werk, das schon mangels einer systematischen Gliederung und ohne Stichwortverzeichnis dem Anspruch an ein Handbuch wohl kaum genügt und eigentlich eine Essaysammlung ist, enthält trotz seines Umfangs nur einen kleinen Teil dessen, was bisher im Sinne einer „Kultur des Lebens“ publiziert worden ist. Wer es zur Hand nimmt, darf und wird selbstverständlich nicht „alles“ erwarten, wohl aber Literaturhinweise, Fußnoten bzw. Anmerkungen, die das Auffinden weiterer Veröffentlichungen erleichtern, in denen angesprochene Fragen eingehender behandelt, vertretene Positionen bestätigt oder auch andere Auffassungen vertreten werden. Dieser Erwartung entsprechen beispielhaft die Beiträge von *Breuer, Spaemann und Tröndle*, jedoch keineswegs alle, bei denen sich (weitere) Literaturverweise eigentlich angeboten hätten. Da sich die Herausgeber auch nicht der Mühe unterzogen haben, in das Buch ein Verzeichnis einschlägiger Literatur aufzunehmen, bleibt der Großteil beachtenswerter Publikationen unerwähnt. Einer Fülle solcher Veröffentlichungen ist z. B. seit 1992 in dieser Zeitschrift erschienen, seit 1985 in der Schriftenreihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht, auch in der von der ALFA herausgegebenen Zeitschrift „Lebensforum“. In anderen einschlägigen Publikationen werden sie vielfach, an dieser Stelle nicht einmal im Abkürzungsverzeichnis erwähnt und allenfalls ganz vereinzelt zitiert, ebenso wichtige einschlägige Werke wie z. B. das Buch von *Rainer Beckmann* und *Mechthild Löhr* (Hg.), *Der Status des Embryos*, Naumann 2003, von *Manfred Spieker* (Hg.), *Biopolitik*, Schöningh 2009 und von *Günter Rager* (Hg.), *Beginn, Personalität und Würde des Menschen*, 3. Aufl. 2009, mit jeweils zahlreichen Beiträgen. Aus welchen Gründen auch immer sind sie nahezu gänzlich unerwähnt geblieben. So wurde leider die Chance vertan, sich im Interesse der Sache mit dieser Veröffentlichung als Teil einer viel breiteren, für eine „Kultur des Lebens“ eintretenden Bewegung darzustellen.

Trotz dieses bedauerlichen Mangels verdienen die einzelnen Beiträgen und ihre Autoren viele Leser. Dem Buch ist wegen des mit ihm verfolgten Anliegens weite Verbreitung zu wünschen.

*Bernward Büchner, Freiburg*

## Gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung der Leibesfrucht

Spektakuläre Fälle verwahrloster und missbrauchter, verhungertes und getöteter Kinder haben in den vergangenen Jahren sowohl den Bundes- als auch die Landesgesetzgeber (vgl. etwa das „Zweite Gesetz zur Förderung der Teilnahme von Kindern an Früherkennungsuntersuchungen“ vom 11. Juni 2010 des Landes Sachsen, SächsGVBl. 2010, S. 182 – 185) auf den Plan gerufen. Mit dem „Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe vom 8. September 2005 (BGBl. 2005 I S. 2729 f.), dem Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ vom 4. Juli 2008 (BGBl. 2008 I S. 1188) und dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. 2008 I S. 2586 ff.) hat der Bundesgesetzgeber den Schutzauftrag der Jugendämter bei Kindeswohlgefährdungen präzisiert (vgl. § 8a SGB VIII), die Handlungsmöglichkeiten der Familiengerichte erweitert (vgl. § 1666 BGB), eine frühzeitige Einbeziehung der Eltern ermöglicht (§§ 157, 160 Abs. 1 FamFG) und eine längerfristige Kontrolle gefährdeter Familien vorgesehen. Generell ist den Gesetzesänderungen die Tendenz zu entnehmen, der öffentlichen Hand auch schon vor Eintritt einer konkreten Kindeswohlgefährdung die Möglichkeit zu verschaffen, kontrollierend und lenkend einzugreifen, in den Bereich gefährdeter und problematischer Familien einzuwirken und das Kindeswohl ggf. gegen den Willen der Eltern durchzusetzen.

In ihrem jüngsten Abschlussbericht vom 14. Juli 2009 hat sich die vom Bundesjustizministerium eingesetzte Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls - § 1666 BGB“ mit der Frage beschäftigt, ob die Vorschrift des § 1666 BGB über „Gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ nicht auch auf ungeborene Kinder ausgedehnt werden müsse. Die Arbeitsgruppe hat diese Frage im Ergebnis verneint und empfiehlt dem Gesetzgeber, in den Hilfekatalog des SGB VIII ein weiteres Angebot aufzunehmen, das sich ausdrücklich an schwangere Frauen und werdende Eltern richtet und das Beratung und Hilfe in der Schwangerschaft zum Gegenstand hat (vgl. S. 32 des Berichtes). In seinem Beitrag „**Der Schutz des ungeborenen Kindes vor der eigenen Mutter durch zeitliche Vorverlagerung zivil- und strafrechtlicher Regelungen**“ (ZKJ 2010, S. 220 bis 227) tritt **Frank Czerner** dieser Auffassung der Arbeitsgruppe entgegen. Er teilt zwar ihre Meinung, dass § 1666 BGB weder unmittelbar noch analog auf den nasciturus anwendbar sei. Im Gegensatz zur Arbeitsgruppe plädiert er aber für den Erlass einer – der Vorschrift des § 1666 BGB nachgebildeten – eigenständigen Regelung in einem neu zu schaffenden § 1666 b BGB, welche die Familiengerichte

ermächtigt, die zur Abwehr von Gefahren für den nasciturus erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Zur Begründung seiner Forderung erinnert *Czerner* zunächst daran, welche erheblichen vorgeburtlichen Schädigungen der Leibesfrucht etwa durch einen übermäßigen Tabak-, Alkohol- und Drogenkonsum der Mutter drohen und welche verheerenden Folgen sich aus einem derartigen unverantwortlichen Verhalten der Mutter für das geborene Kind ergeben können. Angesichts des Schutzes, den der Staat auch dem ungeborenen Leben angedeihen lassen muss, rechtfertigt diese Gefährdung des nasciturus nach Auffassung von *Czerner* in gleicher Weise wie die Gefährdungen des Kindeswohls ein Eingreifen des Staates. Freiwillige Angebote, welche der Schwangeren nach der Vorstellung der Arbeitsgruppe in ihrem Abschlussbericht vom 14. Juli 2009 zu unterbreiten seien, hätten sich – so *Czerner* – in der Vergangenheit als unzureichend erwiesen und erreichten gerade diejenigen Adressaten nicht oder oftmals zu spät, welche eine Hilfe am stärksten benötigten. (us)

## Patientenverfügungen

Die Zeitschrift „Familie – Partnerschaft – Recht“ widmet ihr Juni-Heft 2010 dem Themenschwerpunkt der „Neuregelung des Rechtsinstituts der Patientenverfügung“. Das Heft versammelt eine Fülle von Beiträgen, die das vom Gesetzgeber neu geschaffene Institut aus den unterschiedlichsten Blickwinkeln kritisch würdigen und nochmals die ganze Komplexität des Themas vor Augen führen (Prof. Dr. **Dirk Olzen/Dr. Angela Metzbacher**, **Rechtliche Probleme der Patientenverfügung**, S. 249 – 252; Prof. Dr. **Christopher Beermann**, **Die Patientenverfügung**, S. 252 – 255; **Thomas Laube**, **Die Patientenverfügung – Betrachtungen aus der betreuungsrechtlichen Praxis**, S. 255 – 257; **Dirk Klöpperpieper**, **Patientenverfügung und Strafrecht**, S. 260 – 266; Privatdozent Dr. **Hannes Ludyga**, **Der Abbruch lebensverlängernder oder –erhaltender Maßnahmen auf Grund von Patientenverfügungen und die Genehmigung des Betreuungsgerichts**, S. 266 – 270; Notarassessor **Marc Heggen**, **Regelung der Patientenverfügung im europäischen Ausland**, S. 272 – 275; Rechtsanwältin **Julia Roglmeier**, **Der Bevollmächtigte oder der gerichtlich bestellte Betreuer als zentraler Kompetenzträger im Rahmen der gesetzlichen Neuregelungen zur Patientenverfügung**, S. 282 – 285). Exemplarisch seien die folgenden Beiträge einer näheren Betrachtung unterzogen.

**Rainer Beckmann** geht in seinem Aufsatz „**Wünsche und Mutmaßungen – Entscheidungen des Patientenvertreters, wenn keine Patientenverfügung vorliegt**“ (FPR 2010, S. 278 – 281) der Frage nach, auf welcher Basis ein Bevollmächtigter oder Betreuer in Ermangelung einer schriftlichen und nach § 1901 a Abs. 1 BGB verbindlichen Patientenverfügung eine Entscheidung

über lebensverlängernde Maßnahmen trifft. Das Gesetz verweist insofern in § 1901 a Abs. 2 S. 1 und 2 BGB auf die „Behandlungswünsche“ oder den „mutmaßlichen Willen“ des Betreuten. Die Absicht des Gesetzgebers, selbst in Fällen formunwirksamer Patientenverfügungen dem Willen des Betreuten Geltung zu verschaffen, gelingt nach *Beckmann* nur bei konkreten, auf die aktuelle Situation bezogenen Behandlungswünschen. Nur sie können gegenüber dem Betreuer bzw. dem Bevollmächtigten eine hohe Verbindlichkeit beanspruchen. Im Falle des „mutmaßlichen Willens“ dagegen erweise sich die Patientenautonomie als Fiktion. Denn der Betreuer bzw. Bevollmächtigte treffe in diesem Fall eine Entscheidung an Stelle des Patienten, der seinen Willen infolge seiner Einwilligungsunfähigkeit nicht mehr bilden bzw. zu artikulieren vermag. Auch die vom Gesetz genannten Anhaltspunkte für den „mutmaßlichen Patientenwillen“ – frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten – böten nur schwache Indizien für die in der konkreten Behandlungssituation zu treffende Entscheidung.

Die von der gesetzlichen Neuregelung in den Mittelpunkt gestellte „Patientenautonomie“ verstellt nur allzu oft den Blick für die maßgebliche Rolle des Arztes bei der Verwirklichung des Patientenwillens und für die Eigenverantwortung des Arztes, die ihm trotz der Existenz einer Patientenverfügung verbleibt. Bekanntlich hat der Gesetzgeber die ärztliche Beratung – trotz mancher Kritik – nicht zur Wirksamkeitsvoraussetzung einer Patientenverfügung gemacht. Gleichwohl bedarf es – wie Prof. Dr. med. Dr. h.c. **Jörg Dietrich Hoppe**, Präsident der Bundesärztekammer (**Patientenverfügungen – eine Stellungnahme aus ärztlicher Sicht**, FPR 2010, S. 257 – 260), herausstellt – einer solchen Bera-

tung, soll eine Patientenverfügung das getreue Abbild des Patientenwillens sein und die nach § 1901 a Abs. 1 S. 1 BGB für die Verbindlichkeit der Verfügung erforderliche Genauigkeit erreichen. Denn nur der Arzt sei in der Lage, den Verfasser einer Patientenverfügung über die aktuellen medizinischen Möglichkeiten aufzuklären, ihn über mögliche Krankheitsverläufe zu unterrichten und mit ihm – bei bereits bestehender Krankheit – mögliche Entwicklungen zu erörtern. Erst auf der Grundlage dieser Informationen könne sich ein präziser Patientenwille bilden, der dann im Falle der Einwilligungsunfähigkeit des Patienten grundsätzlich Verbindlichkeit beanspruchen kann. Die von dem Verfasser einer Patientenverfügung getroffenen Anordnungen könnten allerdings nur dann verwirklicht werden, wenn die entsprechende Situation eingetreten sei und die von dem Verfügenden abgelehnte oder erwünschte Behandlungsoption in Frage stehe. Diese Tatsachenfeststellung und die Beurteilung dessen, was in der Lage des Patienten indiziert ist, könne allein der Arzt vornehmen. Beides gehört – so betont Hoppe – der alleinigen Verantwortung des Arztes an und bildet den Ausgangspunkt und die Grundlage der Entscheidung, welche der Arzt zusammen mit dem Bevollmächtigten bzw. Betreuer im Falle der Einwilligungsunfähigkeit des Patienten zu treffen hat (vgl. § 1901 b Abs. 1 S. 1 und 2 BGB). Kommt es hier zu Konflikten zwischen Arzt und Betreuer bzw. Bevollmächtigten, so bieten die von Hoppe in Einzelheiten vorgestellten „Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis“ (DÄBl 2010, Heft 18, 7. Mai 2010, A 877 – A 882) eine erste Hilfestellung, notfalls ist das Betreuungsgericht anzurufen. (us)

## leserbriefe

### Einsatz für das Lebensrecht

Sehr geehrte Damen und Herren,

für Ihren Einsatz für das Lebensrecht aller Menschen von der Zeugung bis zum Tod möchte ich Ihnen zunächst meine Hochachtung aussprechen, insbesondere angesichts der nun jahrzehntelang andauernden fehlenden Einsicht der maßgeblichen politischen und gesetzgebenden Gremien. Ich befasse mich seit Jahren zeitweise mehr oder weniger intensiv mit dem o.g. Thema und seit 4 Wochen ganz intensiv wegen einer Betroffenheit in der näheren Verwandtschaft. Ich bin weder religiös noch parteipolitisch gebunden, sondern

betrachte dieses Thema als Mensch mit humanistischer Weltanschauung, verfüge neben meinen eigenen menschlichen Fähigkeiten und meiner Lebenserfahrungen zudem über medizinisches, psychologisches und rechtlich erweitertes Grundwissen.

Aktueller Anlass meines Leserbriefes ist, dass in meiner nahen Verwandtschaft ein Baby in der 21. SSW getötet wurde, weil es die genetische Besonderheit der **Trisomie 21** nach Pränataldiagnostik aufwies. Die Mutter des getöteten Jungen hat sich vor und nach dem Abbruch mit ihrem Selbstbestimmungsrecht gerechtfertigt und erklärt, dass sie sich ihrer egoistischen Gründe bewusst sei. Es gibt und gab bei ihr weder eine schwere körperliche noch psychische Vorerkrankung noch Anzeichen

für eine bedrohliche körperliche oder psychische Störung durch die Schwangerschaft. Das soziale und familiäre Umfeld ist durchschnittlich intakt, es gibt eine Partnerschaft zum Vater des getöteten Kindes, familiären Halt in unmittelbarer Umgebung, eine unbefristete Beschäftigung, Wohnung, Freunde - kurzum, ein normal intaktes soziales Umfeld. Dennoch gab es offensichtlich eine Frauenärztin, die eine entsprechende Feststellung im Sinne des StGB getroffen hat - obwohl es keine rechtfertigende Diagnose oder andere ausreichend schwerwiegende Anhaltspunkte gegeben haben kann. Eine freiwillige psycho-soziale Beratung fand in der Form statt, dass die Beraterin darauf hinwies, dass eine solche Beratung laut Gesetz nicht mehr erforderlich sei. Daraufhin erfolgte der Abbruch in einer Klinik. Das getötete Baby wurde obduziert und nicht bestattet. Ich selbst habe die Mutter des Kindes bis kurz vor dem Abbruch um das Leben des Kindes gebeten, habe Verständnis für ihre Ängste geäußert, sie auf die Möglichkeit der Adoption hingewiesen. Die indirekte Antwort über eine dritte Person darauf lautete ihrerseits, dass sie doch das Kind, wenn es geboren worden wäre, nicht mehr weggeben könnte.

Außerdem habe ich kurze Zeit vor Einleitung der Tötung des Kindes ein Fax an das betreffende Krankenhaus geschickt, in dem ich um das Leben des Kindes bat, auf die strafrechtliche Relevanz hinwies und außerdem zu bedenken gab, dass für eine grundsätzlich gesunde Schwangere die Tötung des eigenen Kindes schwerwiegendere Folgen haben muss als die Schwangerschaft und das Leben mit diesem Kind.

Ich möchte betonen, dass ich mögliche Ängste einer schwangeren Frau, die ein Kind mit Morbus Down oder anderen pränatal diagnostizierten Behinderungen erwartet, gar nicht verleugnen will, diese aber für ausschließlich gesellschaftlich bedingt halte. Ich halte auch einen „Feldzug“ gegen die Pränataldiagnostik für nicht sinnvoll, es wäre wohl blind zu glauben, dass man mit der Verhinderung von Pränataldiagnostik Diskriminierung verhindern könnte. Von einem Bekannten stammt der Vergleich: „Wenn Pränataldiagnostik tötet, dann macht Besteck dick“. Im Gegenteil: zum Wohle des ungeborenen Kindes eingesetzt, kann pränatale Diagnostik sogar sehr gut sein und zu frühzeitiger Therapie oder zum Aufsuchen entsprechender Hilfsangebote führen. Im Übrigen möchte ich auch nicht detailliert auf ethische und psychologische Aspekte eingehen, nicht, weil ich diese missachte oder für weniger bedeutsam halte, sondern weil ich mich zunächst an dieser Stelle auf meine rechtlichen Überlegungen konzentrieren möchte.

Tötungen ungeborener Kinder wegen festgestellter Besonderheiten oder Beeinträchtigungen halte ich für indiskutabel, grausam, diskriminierend und im Übrigen für nicht verfassungskonform. Ich bin erschüttert in meinem humanistischen Glauben und in meinem Vertrauen auf das Grundgesetz und die freiheitlich de-

mokratische Grundordnung angesichts der alltäglichen Spätabbruchspraxis. Soviel Sach- und Fachverstand und ein solch breiter Einsatz für das ungeborene Leben von Ärzten, Juristen, Verbänden usw., wie es ihn offensichtlich seit langem gibt, darf in einem demokratischen Staat doch nicht ins Leere laufen.

Ich sehe die Problematik rein rechtlich als zweistufiges Problem: einerseits widerspricht die reale Praxis dem geltenden Strafrecht, da wie in diesem von mir kurz umrissenen Einzelfall ganz sicher in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle eine ärztliche Feststellung getroffen wird, ohne dass die vom Gesetzgeber tatsächlich geforderten Voraussetzungen einer schweren, das Lebensrecht des Kindes überwiegenden Gefährdung der Mutter/Schwangeren gegeben wären.

Andererseits widersprechen die Änderung des StGB von 1995 und die neueste Änderung des SchKG (3-Tage-Regelung) dem GG (Art. 1, 2 und 3). Das StGB bestimmt für die Spätabbrüche Voraussetzungen, die m.E. nicht erfüllbar sind. Es ist schlichtweg unmöglich, einen kausalen Zusammenhang zwischen einer lebensbedrohlichen Gefahr aus körperlichen und seelischen Gründen für die Schwangere und dem ungeborenen Kind herzustellen und dann auch noch nachzuweisen, dass diese Gefahr auf keinem anderen Wege als durch die Tötung des Kindes abzuwenden wäre. Ein Frauenarzt kann dies schon gar nicht leisten, aber auch für einen Psychologen ist eine derartige Form der Diagnostik und vorausschauenden Analyse im Grunde unmöglich. Die auch von großen Behindertenverbänden als Erfolg gefeierte neu eingefügte 3-Tages-Frist im SchKG bewirkt doch letztendlich genau das Gegenteil, sie suggeriert ja gerade, dass eine solche Diagnose innerhalb von 3 Tagen erfolgen könnte - und dann auch noch durch medizinisch und psychologisch nicht wirklich kompetentes Personal in Beratungsstellen.

Auch der sogenannte Notfall, also die akute Lebensgefahr, etwa durch Suizidandrohung der Schwangeren, kann meines Erachtens gerade nicht zum „nicht rechtswidrigen“ Spätabbruch im Sinne des StGB führen. Akut suizidgefährdete Menschen in anderen Lebenssituationen werden auch gegen ihren Willen in psychiatrische Kliniken nach PsychKG eingewiesen. Gerade in dieser psychologischen Ausnahmesituation wird diesen Personen die Fähigkeit zur Abgabe einer rechtsgültigen eigenen Willenserklärung abgesprochen. Genau diese bewusste Willenserklärung der Schwangeren aber ist doch eine weitere Voraussetzung für einen straffreien Spätabbruch. Warum aber sollte gerade eine Schwangere in einer solchen Ausnahmesituation etwas können, was sonst niemand kann? Hier wäre im Prinzip doch des Einschreiten eines Betreuungsgerichts gefordert, also des Staates, der sich genau um diese Verantwortung drückt.

In der Zusammenfassung bedeutet dies für mich, dass es einer dringenden Gesetzesänderung bedarf, vor al-

lem der einschlägigen Norm des StGB, aber auch der begleitenden Rechtsnormen. Das SchKG widerspricht meiner Ansicht nach sogar dem StGB, schließlich wird hier die Möglichkeit des Spätabbruchs in offensichtlich suggerierender Form auf pränataldiagnostisch festgestellte Behinderungen begrenzt bzw. konkretisiert. Des Weiteren spricht das SchKG genau für diese Fälle von einer ergebnisoffenen Beratung der Schwangeren - überantwortet dieser also unter dem scheinheiligen Deckmantel der Achtung des Selbstbestimmungs- und Entscheidungsrechts der Frau die Verantwortung für die Kindstötung, obwohl nicht einmal das StGB diese Entscheidung der Frau auch nur ansatzweise überhaupt vorsieht.

K. Bernau

## Babyklappen/anonyme Geburt

Sehr geehrte Damen und Herren!

Mit großem Interesse habe ich Heft 1/2010 der ZfL zur Kenntnis genommen, zumal ich mich als Adoptionsexpertin und Kriminologin seit nunmehr 10 Jahren mit der Thematik Babyklappe und anonymer Geburt befasse. Der Artikel von Baumann und Fuchs („Moses-Projekte als Hilfe für Schwangere in Not“, ZfL 2010, S. 6 ff.) hat mich aus mehreren Gründen verblüfft. Ich möchte im Folgenden auf die Defizite dieser Arbeit eingehen.

1. „Befürworterinnen und Gegnerinnen“ – hier werde ich namentlich hervorgehoben – argumentieren den Autoren zufolge „ohne auf verallgemeinerbare empirische Ergebnisse zurückgreifen zu können“. In Klammern folgt die Aufzählung von acht Literaturangaben. Wofür stehen diese außerordentlich unterschiedlichen Publikationen (vom Zeitungsartikel über einen Erlebnisbericht, ein Positionspapier bis hin zu einer Dissertation)? Da sich in der Literaturliste nur mein erstes Babyklappenbuch (2001) und keine weiteren relevanten Publikationen von mir zur Adoption und zu den „Ergebnissen“ der Anonymisierung von Kindern finden, gehe ich davon aus, dass die Autoren sich ausschließlich auf die Aussagen von Befürwortern bzw. dieser unsortierten Auswahl von mehr oder weniger informierten Autoren beziehen.

2. Baumann und Fuchs monieren das Fehlen „aktueller Veröffentlichungen“ bei der Entscheidung des Ethikrates und machen drei eigene Literaturangaben – Zingeler 2005 und Textor 1988 und 1992 – von denen behauptet (oder angenommen?) wird, dass sie im Gegensatz zu den „üblichen“ verwendeten und zitierten Arbeiten aktuell und aussagefähig seien. Eine Arbeit von 1988 ist mit ihren 22 Jahren (!) nicht unbedingt als aktuelle Forschung zu bezeichnen — ganz abgesehen davon, dass Textor grundsätzlich und prinzipiell keine eigene (Feld-)Forschung betrieben, sondern stets (nur) zusammengefasst, zusammengeschrieben hat, was andere bereits publiziert

hatten. Das ist regulär, und er hat stets akkurat gearbeitet, jedoch weder originell noch aktuell. Die Arbeit von Zingeler betrachtet einen kleinen Ausschnitt des Themas (Muttermythos) und kann nicht als aussagefähige allgemeingültige Studie speziell zu dem vorliegenden Themenbereich herangezogen werden. Auch zur Identitätsbildung bei Adoptivkindern ist seit 1987 (!) einiges Neues und Aktuelles erschienen.

3. Der Ethikrat resp. einzelne Mitglieder und eingeladene Experten haben sich tatsächlich intensiver mit meinen Arbeiten auseinandergesetzt, die im Übrigen einen Zeitraum von rd. 30 Jahren umfassen – und nicht nur mit dem einzigen Buch, das die Autoren offenbar zur Kenntnis genommen haben (2001). Auch weitere wirklich aktuelle Literatur floss in die Ethikrat- Entscheidung ein.

4. Meine Befürchtung (alle Fachleute teilen diese Befürchtung!), es könne einen Kinderhandel geben, bewege sich – so die Autoren – weit außerhalb einer „rechtlich eindeutig geregelten Praxis“. Auch Ehescheidung ist rechtlich eindeutig geregelt und dennoch gibt es den Gattenmord! Textors zitierte Studie aus dem Jahr 1992 dürfte zu diesem Thema kaum etwas hergeben. Klappen und anonyme Geburten gibt es erst seit 2000.

Wie dieser Kinderhandel funktioniert, hätten die Autoren bequem in meinem zweiten Babyklappenbuch von 2007 („ausgesetzt, verklappt, anonymisiert“) auf den Seiten 217 - 229 nachlesen können. Dieses sind Erfahrungen aus der bundesdeutschen Klappenpraxis und keine Phantasiegebilde.

5. Auch die weitere Kritik an meinen angeblich ungesicherten „Erkenntnissen“ beruht auf dem Mangel an Kenntnissen der beiden Autoren zu meiner Adoptionsforschung und den entsprechenden Publikationen. Nur als kleiner Hinweis: Ich habe rd. 12 Jahre pädagogisch-therapeutisch mit Frauen gearbeitet, die zu einem früheren Zeitpunkt ihre Kinder zur Adoption freigegeben hatten. Weitere 15 Jahre habe ich mit Eltern nach ihren veradoptierten Kindern (und umgekehrt) im nationalen und internationalen Bereich gesucht. Dieses sind die Hintergründe meiner Kritik und Ablehnung von Babyklappe und anonymer Geburt – nur müssten Kritiker meiner Sicht sich der Mühe unterziehen, diese Arbeiten zu lesen (Ethikrat- Mitglieder haben dies getan).

6. In diesem Zusammenhang verweise ich auf die bisher (m. W.) in Europa größte Studie über „abgebende Mütter im Adoptionsverfahren“, die bis heute nicht ergänzt bzw. wiederholt worden ist. Um 75 betroffene Mütter zu finden, habe ich dafür über Massenmedien (Fernsehen, Zeitschriften ...) rd. 12 Mio. Zuschauer und Leser erreichen müssen. Die beiden Autoren nennen dies eine „retrospektive Untersuchung einer kleinen Gruppe von Frauen ...“. Kennen die beiden eine größere, bessere, aussagefähigere?

7. Wenn ich „abgebende Mütter“ untersuche, untersuche ich nicht „adoptierte Frauen und Männer mit hoher Lebenszufriedenheit“ – und diese habe ich nicht

„systematisch ausgeschlossen“, sondern ihnen Jahre meines Lebens und tausende Seiten meines Publizierens gewidmet. Aber wer sich mit seiner Kritik so weit aus dem Fenster lehnt (s.o.), sollte sich zuvor umfassender informieren. Im Übrigen sind seit Jahren die Adoptionsvermittlungsstellen mit der dreifachen Zeit für die Suche nach den Angehörigen von Adoptierten befasst gegenüber dem Zeitaufwand für den eigentlichen Adoptionsvermittlungsprozess. Selten, sehr selten verweisen die Anliegen der Betroffenen auf „hohe Lebenszufriedenheit“!

8. Nach der Kritik an meinen Forschungen sind dann weitere Fachleute dran: Irmela Wiemann, die seit Jahrzehnten als Psychotherapeutin mit Adoptierten arbeitet (die i.d.R. keine „hohe Lebenszufriedenheit“ angeben), und Ulrike Herpich-Behrens, die „nur“ über eine „Stichprobe in Berlin und nicht für die Bundesrepublik“ berichtet. Die Arbeit von Herpich-Behrens bezieht sich nicht auf eine „Stichprobe“, sondern auf das Gesamt der in Berlin dankenswerterweise recherchierten und glücklicherweise aufgedeckten Anonymisierungen.

Dass wir bis heute – 10 Jahre nach Beginn dieses sentimental Unfugs – keine bundesweiten Zahlen haben, hängt leider mit der Weigerung der Initiatoren und Betreiber dieser Szene zusammen, von der die Autoren selbst schreiben: „Die wenigen anonymen Geburten“ (wie viele?) resultieren offenbar aus vorausgegangenen Beratungen. „Sie werden aus Gründen des Schutzes für die Mütter und Kinder nicht veröffentlicht“. Zu sagen, dass es sich in 10 Jahren um 8 oder 18 oder 80 anonyme Geburten gehandelt hat, würde mit Sicherheit den Schutz der Betroffenen nicht gefährden. Aber man hält sich bei „Moses“ ganz allgemein bedeckt — um dann zu rasonieren, dass der Ethikrat keine bundesweiten Zahlen zur Verfügung hatte.

9. Der Rundumschlag der beiden Autoren endet dann aus unerfindlichen Gründen bei § 218 StGB und dem entsprechenden „blinden Fleck“ der „ethischen Argumentation“ des Ethikrates. Nun, die Diskussion ging um die Babyklappe und anonyme Geburt und nicht um Abtreibung. Es ist eben nicht immer alles dasselbe!

Nachdem die Autoren die Kritiker und den Ethikrat unqualifiziert niedergemacht haben, kommen sie zum Eigentlichen: ihrer „wissenschaftlichen Begleitforschung“. In einer „bislang nicht vergleichbaren Begleitforschung“ (!) wurden über 2,5 Jahre die Anrufe von betroffenen Frauen ausgewertet, die sich beim „Moses-Projekt“ gemeldet hatten. Mit Hilfe eines „Vordrucks“, an dessen Erstellung einer der Autoren beteiligt war, wurden 92 Anrufe ausgewertet (also pro Monat knapp 3!). Es ging stets um Probleme mit unerwarteter/unerwünschter Schwangerschaft. Mangels empirisch sinnvoll auswertbarer Kriterien zählen die Autoren die Problemkonstellationen fallweise auf, das streckt das Material – zumindest im Druck – um einiges! Nach Ansicht der Autoren bedurfte es „keiner weiteren Analyse“. Warum

nicht? Hier würde die eigentliche „Wissenschaft“ beginnen. Es zeigt sich nichts wirklich Neues, die Probleme bewegen sich in dem Rahmen, der üblicherweise bei einer ungewollten Schwangerschaft zu erwarten ist.

Spätestens an dieser Stelle wäre es sinnvoll gewesen, die Hotline-Maßnahme mit dem Thema Babyklappe und anonyme Geburt in Verbindung zu setzen. Anders erschließt sich dem Leser nicht, wo zwischen den Themenbereichen eigentlich Beziehungen gesehen werden und weshalb die Autoren sich so kenntnisschwach ereifern, wenn sie doch bloß eine Telefonmaßnahme darzustellen haben.

Um nicht falsch verstanden zu werden: Natürlich ist ein Schwangerennotruf — auch als 24-Stunden-Hotline — gut und sinnvoll. Wenn sich daran alle relevanten Stellen eines Landkreises beteiligen, ist das eine lobenswerte (wenngleich nicht genuin neue) Zusammenarbeit. Ferner ist es zur Selbstvergewisserung der Beraterinnen hilfreich, eine Statistik über die geleistete Arbeit zu führen. Da das Material aber „keiner weiteren Analyse“ bedurfte, bekommt die Aufzählung der bekannten Probleme den Stellenwert eines herkömmlichen Praktikumsberichtes. Was war dann der eigentliche Erkenntnisgewinn? Weiterführend (das ist der Sinn jeder Wissenschaft) wäre es gewesen, wenn sich die Autoren die Mühe gemacht hätten zu überprüfen, was aus den Schwangeren und ihren später geborenen Kindern geworden ist, welche Lösungen sie gefunden haben und wie möglicherweise die Telefonberatung dazu beigetragen hat. Eine solche katamnestiche Arbeit bedeutet allerdings einen hohen Forschungsaufwand.

Fazit: Die Autoren sind in der ersten Hälfte ihres Artikels kenntnislos gegen die halbe Fachwelt zu Felde gezogen, bieten aber mit ihrer für die Themenstellung am Ende bedeutungslosen „Begleitforschung“ keinen Erkenntnisgewinn. Si tacuisses ...

2. Juni 2010

Prof. Dr. Christine Swientek, Wölpinghausen

Veranstaltungshinweis:

## **Schwangerschaftsabbruch**

Hintergründe – Folgen – Heilung

**Freitag, 5. 11. 2010 – Samstag, 6. 11. 2010**

Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt

### **Informationen und Anmeldung:**

Netzwerk Leben, Tel: 0 84 21 / 50-617 o. -615

E-Mail: [netzwerk-leben@bistum-eichstaett.de](mailto:netzwerk-leben@bistum-eichstaett.de)

## USA: Richter stoppt Stammzellforschung

Ein Bezirksgericht in Washington hat per Eilentscheid die staatliche Förderung der Forschung mit menschlichen embryonalen Stammzellen vorläufig gestoppt. Erst im März vergangenen Jahres hatte Präsident Barack Obama eine Wende in der Forschungspolitik eingeleitet und eine unter der Präsidentschaft von George W. Bush verhängte Finanzierungsbeschränkung der Forschung mit embryonalen Stammzellen mit öffentlichen Geldern wieder aufgehoben. Damit hatte er zugleich ein vor seiner Wahl gegebenes Versprechen eingelöst. Das Urteil bedeutet einen herben Rückschlag für Obama und seine Forschungspolitik.

Geklagt hatten zwei Wissenschaftler, die mit adulten Stammzellen forschen. Die Forscher, die von christlichen Lebensrechtsgruppen unterstützt werden, argumentierten, mit der präsidialen Verfügung würden sie mit ihrem Forschungszweig im Hinblick auf öffentliche Fördergelder benachteiligt werden. Durch die richterliche Eilentscheidung wird ihnen nun Gelegenheit gegeben, in Ruhe gegen die Richtlinien zur Forschungsförderung zu klagen. Den Klägern würde irreparabler Schaden entstehen, wenn die bisher vom Präsidenten erlaubte Praxis bis zu einer Gerichtsentscheidung fortgesetzt werde, so Richter Royce Lamberth. Er räumte einer Klage vor Gericht gute Chancen ein. Zur Begründung für den Forschungsförderungsstopp erklärte Lamberth, die Verfügung Obamas verstoße gegen ein 1996 vom Kongress verabschiedetes Gesetz. Dieses verbiete die Verwendung von Steuergeldern für Forschungsprojekte, bei denen menschliche Embryonen erschaffen oder getötet werden. Die Auffassung der Regierung, die staatliche Forschungsförderung setze erst nach Gewinnung

der Stammzellen ein, alle notwendigen Schritte bis dahin würden privat finanziert und die Praxis sei deshalb mit dem Gesetz vereinbar, teilte der Richter nicht. Diese Trennung sei bedeutungslos, da das Gesetz jegliche Forschung verbiete, bei der Embryonen getötet würden und nicht nur den Teil, bei dem es zur Zerstörung kommt.

Die Reaktionen auf das Urteil fielen erwartungsgemäß geteilt aus. Während sich christliche und konservative Gruppe erfreut über den vorläufigen Förderungsstopp zeigten, reagierten viele Stammzellenforscher schockiert. Die US-Regierung kündigte unterdessen an, gegen das Gerichtsurteil Berufung einzulegen. Wie ein Sprecher des Justizministeriums mitteilte, werde die Regierung zudem beantragen, die Entscheidung des Washingtoner Gerichts auszusetzen, solange das Berufungsverfahren läuft.

## Stammzellen können künftig Tierversuche ersetzen

Mit überwältigender Mehrheit hat das Europäische Parlament in Straßburg Anfang September die umstrittene Richtlinie „zum Schutz der für wissenschaftliche Zwecke verwendeten Tiere“ verabschiedet. Mit der neuen Richtlinie soll die Zahl von Tierversuchen in Europa reduziert und Versuchstiere in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union besser geschützt werden.

Umstritten ist die Richtlinie vor allem, weil sie einem Einsatz humaner embryonaler Stammzellen als Ersatzmethode für Tierversuche keinen Riegel vorschiebt. Humane embryonale Stammzellen werden aus künstlich erzeugten Embryonen gewonnen, die dabei getötet werden. So heißt es in Art. 4 der Richtlinie: „Die Mitgliedsstaaten gewährleisten, dass, wo immer dies möglich ist, anstelle eines Verfahrens eine wissenschaftlich zufrieden stellende Methode oder Versuchsstrategie angewendet wird, bei der keine lebenden Tiere

verwendet werden.“ Das bedeutet, dass Versuche mit humanen embryonalen Stammzellen Tierversuche künftig überall dort ersetzen könnten, wo dies von der nationalen Gesetzgebung nicht ausdrücklich verboten ist. Tierversuche werden in der Forschung etwa bei der Entwicklung von Medikamenten sowie zur Einschätzung der chemischen Toxizität und der Verträglichkeit von Produkten wie Kosmetika, Lebensmittelzusatzstoffe oder Gifte wie Pestizide, die in der Landwirtschaft zu Einsatz kommen, für den Menschen durchgeführt.

Die Europäische Bischofskonferenz (COMECE) hatte sich im Vorfeld der Abstimmung besorgt über die Richtlinie gezeigt und gefordert, dass Tests mit humanen embryonalen Stammzellen nicht als Ersatz für Tierversuche geltend dürften. Die COMECE erklärte, sie befürworte das grundsätzliche Ziel der Richtlinie. Zugleich müsse aber an die „grundlegend unterschiedliche Würde von Tieren und Menschen“ erinnert werden. Hintergrund für die Besorgnis der Bischöfe ist ein Bericht der Europäischen Kommission mit dem Titel „Alternative Testmethoden – Forschungsbericht 2009“. In ihm finden sich Beispiele für alternative Methoden zu Tierversuchen, die derzeit alle noch entwickelt und mit Geldern aus dem EU-Forschungsrahmenprogramm gefördert werden. Fünf von 21 Strategien machen dabei von embryonalen Stammzellen Gebrauch.

## Grüne für neues Fortpflanzungsmedizinengesetz

Bündnis 90/Die Grünen haben den Bundestag aufgefordert, rasch die Erarbeitung eines Fortpflanzungsmedizinengesetzes anzugehen. Das sei dringend notwendig. Dabei müsse es sowohl um den Schutz grundlegender ethischer Prinzipien als auch um enge Grenzen für neue medizinische Möglichkeiten gehen, sagte die Bioethikexpertin der Bundestagfraktion von

## trends

Bündnis 90/Die Grünen Priska Hinz. „Die fast 20 Jahre alten Regelungen des Embryonenschutzgesetzes reichen bei weitem nicht mehr aus und sind zum Teil schlicht und einfach veraltet und überholt“. Das Anfang 1991 in Kraft getretene Embryonenschutzgesetz könne auf neuere Entwicklungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin keinen Bezug mehr nehmen, „weil es in einer anderen Zeit gemacht wurde“. Als Beispiele nannte Hinz die Eizellspende, den Embryonentransfer und die Herausforderungen der umstrittenen Präimplantationsdiagnostik (PID). Hinz sagte weiter, das Parlament brauche die zügige erneute Einrichtung eines Ethikbeirats aus Abgeordneten, der wie in der vergangenen Legislaturperiode die Arbeit des Deutschen Ethikrats begleite und gesellschaftliche Entwicklungen aufgreife.

### *Glauben des Arztes beeinflusst die Behandlung*

Laut einer im „Journal of Medical Ethics“ erschienen Studie, hat die religiöse Einstellung von Ärzten einen derart erheblichen Einfluss darauf, wie diese todkranke und sterbende Patienten begleiten, dass der Autor der Studie, der Medizinwissenschaftler Clive Seale von der Queen Mary University of London, sterbenden Patienten rät, sich bei der Wahl eines Arztes auch mit dessen Wertvorstellungen auseinanderzusetzen. Für die Studie erhob Seale in einer schriftlichen und anonymisierten Umfrage unter rund 4000 Ärzten in Großbritannien Daten darüber, wie diese ihren zuletzt verstorbenen Patienten betreuten. Dabei stellte er fest, dass Ärzte, die sich selbst als Atheisten oder Agnostiker beschrieben, todkranken Patienten im Wissen darum, dass diese auch zu einem früheren Tod führen können, etwa doppelt so häufig starke Schmerz- und Beruhi-

gungsmittel gaben als ihre religiöse Kollegen. Zugleich sprachen sie mit ihren Patienten offener über solche Behandlungsoptionen und deren Folgen.

Sämtliche angeschriebenen Ärzte kamen aus Fachrichtungen, bei denen die Auseinandersetzung mit dem Tod und der Frage nach Sterbehilfe zum ärztlichen Alltag gehören, darunter Neurologen, Gerontologen, Palliativmediziner sowie Ärzte, die auf Intensivstationen arbeiten. Dabei tendierten die Kliniker zehnmal häufiger als Palliativärzte zu Behandlungsoptionen, die auch lebensverkürzend wirken können. Zudem war unter den Palliativmedizinern der Anteil der Ärzte, die sich als „stark religiös“ bezeichneten mit knapp 20 Prozent am höchsten.

### *Australien stoppt Suizid-Werbespot*

In Australien ist ein TV-Werbespot der Suizidbegleitungs-Organisation „Exit International“ kurz vor seiner geplanten Ausstrahlung gestoppt worden. Wie australische Medien berichten, habe die für die Regulierung der TV-Werbung zuständige Organisation „Free TV Australia“ eine zunächst erteilte Genehmigung zurückgezogen, und damit begründet, dass der Spot „für Selbstmord“ werbe. Der Werbespot sollte eigentlich noch am Abend desselben Tages ausgestrahlt werden, an dem ihn die Regulierungsbehörde verbot. Philip Nitschke, der Gründer von Exit International, kritisierte gegenüber australischen Medien das Verbot als „Verstoß gegen die Meinungsfreiheit“. Er kündigte an, eine überarbeitete Fassung des Spots senden lassen zu wollen. Darüber hinaus werde „Exit“ auf Plakatwänden in Sydney für das „Recht auf Euthanasie“ werben. Nach Angaben australischer Medien spielte in dem Spot ein Schauspieler einen alten, schwerkranken Mann, der an die australische Regierung appelliert, Sterbehilfe für todkranke Menschen zu legalisieren.

### *Politiker starten Initiative für Widerspruchsregelung*

Um die Zahl der Organspender in Deutschland zu erhöhen, will der gesundheitspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Karl Lauterbach, nun eine fraktionsübergreifende Initiative zur Reform des Transplantationsgesetzes starten. Angesichts des eklatanten Organmangels in Deutschland müsse eine Regelung gefunden werden, die die Organspende zur Regel mache und nur bei ausdrücklichem Widerspruch zu unterlassen sei, erklärte Lauterbach gegenüber dem „Kölner Stadt-Anzeiger“. Er halte das „ethisch für geboten“. Der SPD-Politiker betonte, dass es zu der Problematik innerhalb aller Bundestagsfraktionen unterschiedliche Auffassungen gebe. Es handele sich nicht um eine parteipolitische Frage. Daher solle der Bundestag, ähnlich wie in den Debatten zur Stammzellforschung und der Patientenverfügung, Reformmodelle erörtern und ohne Fraktionszwang abstimmen. Auch Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger von der FDP-Fraktion forderte laut einem Bericht in der „Welt“, offen über die Widerspruchsregelung bei Organspenden zu diskutieren. Ihr FDP-Fraktionskollege, Bundesgesundheitsminister Philipp Rösler, äußerte sich dagegen zurückhaltend. „Ich halte nichts von Zwang“, sagte Rösler der „Welt am Sonntag“. Damit baue man allenfalls emotionale Hürden auf, statt Vorbehalte zu entkräften. Die Überzeugung, anderen zu helfen, sei der stärkste Beweggrund für die Organspende. „Das kann nur freiwillig gehen“, zeigte sich Rösler überzeugt. Sympathien für die Einführung der Widerspruchsregelung gibt es auch in den Unionsparteien. So kündigt insbesondere Obmann der Unionsfraktion im Gesundheitsausschuss, Rolf Koschorrek (CDU) an, sich hierfür einsetzen zu wollen. Aber auch innerhalb der Union gibt es kritische Stimmen. So fordert etwa der CDU-Gesundheitspolitiker Jens Spahn, nach anderen Lösungen zu suchen.