

- Tobias Hermann* Mittelbare Täterschaft bei irrtumsbedingter Selbsttötung des Opfers?
- Manfred Spieker* Grenzen der Gewissensfreiheit
- Zur Bedeutung von Artikel 4 Abs. 1 GG -
- Rainer Beckmann* Der Embryo - ein würdeloses Wesen?
- BVerwG* Finanzierung von Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen
- BGH* Sachverständigengutachten bei medizinischer Indikation

Editorial

109 Menschenwürde oder Lebensrecht?

Thema*Cand. jur. Tobias Hermann*

110 Mittelbare Täterschaft bei irrtumsbedingter Selbsttötung des Opfers?

*Prof. Dr. Manfred Spieker*121 Grenzen der Gewissensfreiheit
- Zur Bedeutung von Artikel 4 Abs. 1 GG-**Beitrag***RiAG Rainer Beckmann*

128 Der Embryo - ein würdeloses Wesen?

Rechtsref. Thomas Traub

130 Schutz der Menschenwürde in Stufen?

Judikatur

134 BVerwG: Finanzierung von Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen

138 BGH: Sachverständigengutachten bei medizinischer Indikation

140 LG Essen: Illegaler Schwangerschaftsabbruch; Berufsverbot

Rezensionen

141 Mensch und Person

142 Ethik des Embryonenschutzes

142 „Kind als Schaden“

Umschau

143 Spätabtreibung – Auto-Genozid

144 Pränataler Hilfsfond

144 Menschenwürde als normatives Prinzip

III Trends

impresum

Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)

ISSN 0944-4521

Redaktion

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

Anschrift der RedaktionWeißdornweg 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, Freiburg i. Br.; Prof. Dr. Herbert Tröndle, Präs. d. LG a.D., Waldshut/Tiengen; Rainer Beckmann, Richter am AG, Würzburg; Dr. Werner Esser, Notar a.D., Köln; Erika Nagel, Richterin am AG, Brühl

Satz & Layout

Rehder & Partner Medienagentur, Aachen

Druck

Luthe Druck und Medienservice, Köln

Abonnement

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

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

Hinweis

Die ZfL ist urheberrechtlich geschützt. Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Ansicht des Herausgebers wieder. Die Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. ist 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. 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. med. Traute Schroeder-Kurth, Eibelfstadt

Prof. Dr. phil. Manfred Spieker, Osnabrück

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

Prof. Dr. iur. Ralph Weber, Rostock

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

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

Menschenwürde oder Lebensrecht?

Bundesjustizministerin Brigitte Zypries hat eine Rede gehalten. Es ging um Menschenwürde und Lebensrecht des extrakorporalen Embryos (s. S. 128). Die Menschenwürde wollte die Ministerin dem Embryo nicht „zusprechen“ - das Recht auf Leben schon. Könnten wir - als Leser und Gestalter der „Zeitschrift für *Lebensrecht*“ - damit nicht zufrieden sein?

In der Debatte um die Zulässigkeit diverser biomedizinischer Verfahren ist zu beobachten, dass Art. 2 GG seit geraumer Zeit nicht mehr als Schranke, sondern geradezu als Erlaubnisnorm für den „Embryoverbrauch“ betrachtet wird. Eine merkwürdige Entwicklung. Als ob das Recht auf Leben wegen des Gesetzesvorbehalts in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG in großzügigster Weise zur Disposition stünde! Wenn man sich die anerkannten oder zumindest diskutablen Einschränkungen des Lebensrechts ansieht, ist diese Euphorie interessierter Kreise nicht nachvollziehbar. Die Tötung menschlicher Embryonen ist nicht im entferntesten mit den Grundsätzen der Notwehr, mit dem polizeilichen Rettungsschuss, dem Einsatz von Soldaten, Polizei und Feuerwehr oder der vitalen Indikation zum Schwangerschaftsabbruch vergleichbar. Woher kommt dann die Hoffnung, mit einer Verlagerung des juristischen Ansatzpunktes von der Menschenwürde auf das Lebensrecht gesetzgeberische Spielräume eröffnen zu können, die unter der Geltung von Art. 1 GG nicht gegeben wären?

Unausgesprochen gehen die Vertreter dieser Sichtweise wohl davon aus, dass die Würde des Menschen und der Schutz seines Lebens nichts miteinander zu tun haben. Tatsächlich erfüllt aber die Tötung eines Menschen in eindeutiger Weise alle Kriterien, die zur Identifizierung von Menschenwürdeverletzungen entwickelt worden sind. Wer einen anderen tötet, schwingt sich in unüberbietbarer Weise zu einer Machtausübung auf, die den anderen als Mittel zum Zweck bzw. als verfügbares Objekt behandelt und sein Leben vollständig für die eigenen Ziele instrumentalisiert. Wer tötet, verletzt daher regelmäßig auch die Menschenwürde.

Nur ausnahmsweise kommt eine Rechtfertigung für Tötungshandlungen in Betracht. In allen anderen Fällen sind die Anwendungsbereiche von Art. 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG deckungsgleich.

Hierbei handelt es sich nicht nur um eine Erkenntnis, die aus der verfassungsrechtlichen Systematik abgelesen werden kann, sie entspricht auch der philosophischen Sicht von Menschenwürde und Lebensrecht. In der Ethik wird das Lebensrecht als das wichtigste Schutzrecht angesehen, das unmittelbarer Ausfluss der Menschenwürdegarantie ist. Für den Laien dürften beide Rechtsgarantien ebenso in enger Weise verbunden sind. Oder sollte es nichts Menschenwürdigeres geben, als andere Leute umzubringen?

Wesentlich komplexer ist die Rechtslage bei der Selbsttötung und der Anstiftung oder Beihilfe dazu. Ob es nach geltendem Recht eine mittelbare Täterschaft beim eigenverantwortlich durchgeführten Suizid geben kann, ist sehr fraglich (s. S. 110). Rechtspolitisch wäre eine eindeutige Regelung zur Suizidbeihilfe wünschenswert, wie dies in zahlreichen anderen Staaten der Fall ist. Auch in diesem Bereich sind Fragen des Lebensrechts ungeklärt.

Das Thema des Lebensschutzes lässt auch die Gerichte nicht los. Im öffentlichen, zivil- oder strafrechtlichen Bereich müssen immer wieder Entscheidungen getroffen werden (s. Rechtsprechung S. 124). Die beteiligten Richter sind nicht zu beneiden. Sie haben eine Aufgabe, die nicht nur ein gebildetes Gewissen erfordert, sondern manchmal auch zur Anerkennung von Grenzen der Gewissensfreiheit (s. S. 121) zwingt.

Im Namen der Redaktion und der Herausgeber der ZfL wünsche ich Ihnen eine gewinnbringende Lektüre dieser Ausgabe und ein gesegnetes Weihnachtsfest!

Rainer Beckmann

Cand. jur. Tobias Hermann, Hamburg

Mittelbare Täterschaft bei irrtumsbedingter Selbsttötung des Opfers?

I. Einleitung

Gegenstand dieses Aufsatzes ist die Erörterung der mittelbaren Täterschaft bei Identität des irrtumsbedingt gutgläubig Handelnden „Werkzeugs“ mit dem Opfer anhand des „Sirius-Falles“.¹ Eine sog. Entscheidungsherrschaft in Form der Wissensherrschaft des Hintermannes wird für diese Konstellation dort angenommen, wo dieser sein Opfer (= Tatmittler/„Werkzeug“) durch Täuschung zur Selbsttötung/-verletzung veranlasst hat und setzt bei diesem insoweit *positiv* die Kenntnis aller objektiven Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes voraus und *negativ*, dass ein entsprechender Kenntnisstand dem Tatmittler fehlt.² Wenn also der unmittelbar handelnde Tatmittler darüber *getäuscht* wird, dass er sich gerade tötet und ihm insoweit der „Quasi-Vorsatz“³ der Selbstschädigung fehlt (Irrtum über die konkrete Handlungsqualität), soll „selbstverständlich“ kein Suizid, sondern ein Tötungsdelikt des Hintermannes vorliegen.⁴ Anders ausgedrückt: der mittelbare Täter soll dadurch Tatherrschaft erlangen, dass er den Handelnden absichtlich in einen *Tatbestandsirrtum* versetzt oder einen vorhandenen ausnutzt.⁵ Denn der Mittler kann dem, was seinem Verständnis nicht zugänglich ist, seinen freien Willen nicht hemmend und selbstentscheidend entgegensetzen. Der Irrtum über die Selbstverletzung korrespondiert insoweit mit dem fehlenden „Quasi-Vorsatz“ der Selbstschädigung, da sowohl der Irrtum als auch die Wissenskomponekte des Vorsatzes ein psychisches Phänomen und „zwei Seiten derselben Medaille“ sind. Es wird darzulegen sein, ob es diese bis heute weitgehend anerkannte Fallgruppe der mittelbaren Täterschaft kraft überlegenen Wissens im 2-Personen-Verhältnis überhaupt gibt.

Zunächst soll der Sachverhalt des Sirius-Falles, der sich in den 70er Jahren zugetragen hat, kurz wiedergegeben werden: Der 27-jährige Angeklagte A. lernte die 23-jährige T. kennen, die sehr unselbständig und komplex beladen war. Sie führten eine Freundschaft, in der Diskussionen über Psychologie und Philosophie im Vordergrund standen und sexuelle Kontakte unwesentlich blieben. A sagte ihr, dass er vom Stern Sirius komme und auf die Erde gesandt wurde, um dafür zu sorgen, dass einige wertvolle Menschen, darunter auch die T., nach dem völligen Zerfall ihrer Körper mit einer Seele auf dem Sirius weiterleben könnten. Er wollte sich auf ihre Kosten bereichern und erklärte zudem, dass sie zunächst an das Kloster des Mönches Uliko 30.000 DM zahlen müsse, um die dafür notwendige Entwicklung durchlaufen zu können. Das Geld verbrauchte A. für

sich. Später spiegelte er ihr vor, dass sie für das Leben im Jenseits auch Geld benötige und eine Lebensversicherung abschließen solle, in welcher er unwiderruflich als Bezugsberechtigter bestimmt sein solle, wenn die T. durch einen vorgetäuschten Unfall aus dem Leben scheidet. Mehrere Male versuche sich die T. auf Weisung des A. auf verschiedene Art umzubringen - etwa durch das Eintauchen eines Föhns in die Badewanne -, was jedoch immer aus irgendwelchen technischen Gründen missglückte.

Die T. handelte in völligem Vertrauen auf die Erklärungen des A. Sie wollte sich ihr Leben nehmen in der Hoffnung, sofort in einem neuen Körper zu erwachen. Der Gedanke an einen Selbstmord im eigentlichen Sinn, durch den ihr Leben für immer beendet würde, kam ihr dabei nicht. Vielmehr lehnte sie eine Selbsttötung ab, weil der Mensch dazu kein Recht habe.

Es stellt sich anhand derartiger zwischen Wahn und Wirklichkeit⁶ angesiedelter Fälle die Frage, wie unser Recht mit seinem vernunftmäßigen Kategoriensystem mit den Vorstellungen der Akteure, die in eine andere Realität hineinreichen, umgehen kann. Das LG Baden-Baden hat den A. im Sirius-Fall u. a. wegen versuchten (Habgier-)Mordes in mittelbarer Täterschaft verurteilt.

Der BGH hat die in der Literatur weitgehend gebilligte⁷ Verurteilung des A. unter dem Gesichtspunkt der §§ 212, 211, 22, 25 I Var. 2 StGB⁸ bestätigt. Die Revision, die nur eine straflose Beteiligung am versuchten eigenverantwortlich vorgenommenen Selbstmord für gegeben hielt, blieb damit ohne Erfolg. Neben anderen Gesichtspunkten wird insbesondere zu prüfen sein, ob die sich

1 BGHSt 32, 38-43. Der Sirius ist übrigens der hellste Stern am nächtlichen Abendhimmel.

2 Meyer, Autonomie, S. 54.

3 „Quasi“ deshalb, weil der Suizident bereits objektiv tatbestandslos handelt und insofern auch keinen Vorsatz mehr haben kann.

4 LK-Roxin, § 25 Rn. 106; Gerle, AT, S. 146 will mittelbare Täterschaft bereits dann annehmen, wenn das Opfer „in die Irre geführt wird“, was in dieser Allgemeingültigkeit sicherlich nicht ausreichen dürfte.

5 Jeschek/Weigend, § 62 II 2.

6 Als weiteres Beispiel sei hier der Katzenkönig-Fall in: BGHSt 35, 347 genannt.

7 Mittelbare Täterschaft bejaht u.a. von Scheffler, Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 7 (1999), 341 (358); Kühl, AT, 20/48; Wesels/Beulke, AT, Rn. 539. Ausdrücklich für Straflosigkeit des A. unter dem Gesichtspunkt der §§ 212, 211, 22, 25 I Var. 2: Joerden, Vom Sirius zum Katzenkönig, in: Kaufmann: Von Wahn und Wirklichkeit, S. 255 ff (im Erscheinen; die hier angegebenen Seitenzahlen beziehen sich auf das Manuskript, das Prof. Dr. Joerden dem Autor freundlicherweise zur Verfügung gestellt hat).

8 Alle zitierten Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

naturalistisch selbst zu töten versuchende T. einen eigenverantwortlichen Suizid unternommen hat, als sie den Föhn ins Badewasser hielt und eine Strafbarkeit des A. als mittelbarer Täter damit ausscheidet (III 1).⁹ Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob und was für einem Irrtum der Suizident unterliegt und ob dieser Irrtum die Täterschaft des Hintermannes zu begründen vermag und die Eigenverantwortlichkeit des Irrenden damit ausschließt. Welcher Art der Irrtum sein muss, um mittelbare Täterschaft zu begründen, ist umstritten. Die Abgrenzung des erheblichen Irrtums vom unerheblichen entscheidet i.E. jedenfalls über die Strafbarkeit des Hintermannes. Es wird bei der Darstellung der eigenen Lösung mit dem BGH zunächst von einem Irrtum der T. über ihren Tod und damit einem quasi-unvorsätzlichen Suizid ausgegangen (IV 1), um das Ergebnis im Anschluss mit demjenigen eines quasi-vorsätzlichen Suizids ohne Zugrundelegung eines solchen Irrtums (IV 3) vergleichen zu können.

II. Die Lösung des BGH¹⁰

Der BGH hat die Verurteilung des A. als mittelbarer Täter eines versuchten Habgiermordes aufgrund Lenkung des Opfers „kraft überlegenen Wissens“ bestätigt und nimmt zunächst einen Irrtum der T. über den Nichteintritt ihres Todes an. Die Abgrenzung von strafbarer mittelbarer Tötungstäterschaft und - mangels Haupttat - strafloser Selbsttötungsteilnahme könne jedoch nicht abstrakt beantwortet werden, sondern hänge in Fällen, in denen der (voll schuldfähige und nicht genötigte) Suizident durch Täuschung zur Vornahme der Tötungshandlung bewogen wird, von Art und Tragweite seines Irrtums ab. Eine Tötungstäterschaft kraft überlegenen Wissens liege aber dann vor, wenn derjenige, der den Irrtum hervorgerufen habe, denjenigen, der die Ursache für den eigenen Tod setze, durch den Irrtum lenke und bewusst und gewollt als „Werkzeug gegen sich selbst“ einsetze.

Der A habe die T. in den *Irrtum* versetzt, sie werde - obgleich sie scheinbar als Leichnam in der Wanne liege - zunächst als Mensch ihren irdischen Lebensweg in einem anderen Körper fortsetzen und später als astrales Lebewesen auf dem Stern Sirius weiterleben können. Die T. habe bei Ausführung der Suizidhandlung nicht geglaubt, sich selbst zu töten, sondern sei der Überzeugung gewesen, „dass ihre physisch-psychische Identität und Individualität lediglich Modifikationen erfährt“ und sie zunächst ihren irdischen Lebensweg - wenn auch in einem anderen Körper - fortsetzen werde. Der BGH bejaht also einen Irrtum der T. über den Nichteintritt des Todes und lässt die rechtliche Einordnung als „Irrtum über den konkreten Handlungssinn“ oder „Motivirrtum“ offen. Die rechtliche Feststellung, dass der A., der das eigentliche Tatgeschehen durch stundenlang erteilte Anweisungen maßgeblich gesteuert habe, infolge-

dessen ein Verbrechen der versuchten mittelbaren Fremdtötung begangen habe, werde i.ü. nicht dadurch in Frage gestellt, dass die T. völlig ungläubhaften Suggestionen erlag, obwohl sie keine psychischen Störungen i.S. des § 20 aufwies. „Das Erstaunliche dieses Vorgangs entlastet ihn nicht.“

„Hilfsweise“ bestätigt der BGH die Tatherrschaft des A. kraft überlegenen Wissens für den Fall, dass die T. ihren Tod tatsächlich vorausgesehen hätte.¹¹ Ein täuschungsbedingter Irrtum über den konkreten Handlungssinn mit der immanenten Vorspiegelung, dass der Tod der Beginn neuen Lebens sei, ist nach Ansicht des BGH dem „Gewicht des Irrtums über den Nichteintritt des Todes“ gleichwertig und hätte das Opfer „nicht weniger ausschlaggebend motiviert“ und dem A. Tatherrschaft kraft „überlegenen Wissens“ eingeräumt. Der BGH stellt i. E. also die Fälle, in denen dem Opfer die Selbsttötung verschleiert wird, mit Sachverhalten gleich, bei denen eine solche Verschleierung und ein darauf basierender Irrtum nicht vorliegen, die aber gleichermaßen strafwürdig sind.

III. Präzisierung und Kritik an der Lösung des BGH

1. Quasi-Tatbestandsirrtum der T.

Roxin verweist darauf, dass sich im Gegensatz zu den Ausführungen des BGH das Vorliegen mittelbarer Täterschaft durchaus in einem Falle abstrakt feststellen lässt und zwar, wenn der Getäuschte im Gegensatz zum Hintermann nicht erkennt, dass er sich verletzt oder tötet, dem unmittelbar Handelnden also der Quasi-Vorsatz der Selbstschädigung fehlt.¹² Wenn dem Getäuschten verschleiert werde, dass er seinen eigenen Tod bewirkt, vielmehr zunächst als Mensch seinen irdischen Lebensweg fortsetzen wird, befinde er sich in einem Quasi-Tatbestandsirrtum. Die getäuschte T. sei sich trotz ihrer Kenntnis von der endgültigen Zerstörung des eigenen Körpers (!) nicht der Tatsache bewusst gewesen, dass sie durch den Stromstoß in der Badewanne sterben werde; sie habe nicht sterben wollen und wäre bei erfolgreichem „Körperwechsel“ ja auch tatsächlich am Leben geblieben. Dies begründet *Roxin* damit, dass die Identität des Menschen nicht durch seine ständigen

⁹ Der Grundsatz der straflosen Beteiligung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung wurde im Heroinspritzen-Fall in BGHSt 32, 262 ff. entwickelt. Danach scheidet eine Zurechnung zum objektiven Tatbestand der Tötungsdelikte bei eigenverantwortlich gewollten und verwirklichten Selbstgefährdungen aus, wenn sich das mit der Gefährdung bewusst eingegangene Risiko realisiert.

¹⁰ BGHSt 32, 38-43.

¹¹ *Schmidhäuser*, JZ 1984, 195 (196) spricht hier von einem „verunsichernden Anhängsel“ des Urteils.

¹² Ausführlich zu diesem Ansatz: *Roxin*, NStZ 1984, 71 ff.; *derselbe*, Höchststrichterliche Rechtsprechung (HRR), S. 205 (Antworten zu Nr. 80 Nr. 3 und 4).

Veränderungen unterliegende Körpersubstanz, sondern erst durch die „Individualität seiner geistig-seelischen Struktur“ hergestellt wird. Der Tod des Opfers müsse dem Hintermann daher als Tötung in mittelbarer Täterschaft durch das Opfer als „Werkzeug gegen sich selbst“ zugerechnet werden.

Kritik äußert *Roxin* an der Bestätigung dieses Ergebnisses durch den BGH für den Fall, dass der A. sein Opfer davon überzeugt hätte, es werde „in ein Leben nach dem Tode eintreten“. Hier sei eine mittelbare Täterschaft über die Annahme eines Irrtums der T. über den konkreten Handlungssinn ihres Todes, unter dem jede Art des Handelns unter verfehlten Zweckvorstellungen zu verstehen ist,¹³ eher abzulehnen.¹⁴ Denn wenn die Frau „keine psychischen Störungen aufwies“ und vorsätzlich in den Tod ging, habe der Hintermann - mangels vorsätzlicher rechtswidriger Haupttat - lediglich straflos zu einem Selbstmord angestiftet. Dieser Irrtum hätte sich nicht auf das Rechtsgut des irdischen Lebens bezogen, das in den §§ 211 ff. allein geschützt wird, sondern auf Gegebenheiten, die außerhalb der Schutzinteressen des Strafrechts lägen.¹⁵ Damit verwirft *Roxin* in den Selbstschädigungsfällen die von ihm für volldeliktisch handelnde Werkzeuge entwickelte¹⁶ tatherrschaftsbegründende Rechtsfigur des Irrtums über den konkreten Handlungssinn,¹⁷ da das rein subjektiv zu bestimmende Sinn-Kriterium keine klare Abgrenzung gegenüber bloßen, „rechtlich nicht objektivierbaren“ Motivirrtümern des Suizidenten ermögliche, welche die eigene Herrschaft über das Geschehen i.d.R. unangestastet ließen.¹⁸ Freilich sei eine derartige „betrügerische Anstiftung zum Selbstmord“ gleichermaßen strafwürdig, was wohl auch der Grund der Verurteilung gewesen sei. *Roxin* plädiert deshalb dafür, nach dem Vorbild von Art. 115 des schweizStGB einen neuen Straftatbestand für die Fälle der „Verleitung oder Hilfe leisten zum Selbstmord aus selbstsüchtigen Beweggründen“ einzuführen.¹⁹

2. Irrtum bezogen auf Zerstörung von Körper und Geist

Neumann kritisiert am Urteil des BGH den „unnötigen Verzicht auf die Formulierung entscheidungsleitender Regeln“ für die Frage der Abgrenzung zwischen strafbarer Tötungstäterschaft und strafloser Selbsttötungsteilnahme.²⁰ Ebenso wie *Roxin* verweist er auf das Vorliegen mittelbarer Täterschaft, wenn der Getäuschte, anders als der Hintermann, nicht erkennt, dass er einen Straftatbestand erfüllt, in concreto also nicht erkennt, dass seine Handlung seinen Tod zur Folge haben wird. Weiterhin weist er darauf hin, dass es für die rechtliche Einordnung des Irrtums der T. notwendig ist, die herkömmlich „als konkordant gedachten Kriterien des Todes - Erlöschen der Körperfunktionen einerseits, Ver-

nichtung der diesseitigen geistig-seelischen Existenz andererseits - zu entkoppeln“. Bezüglich des ersten Kriteriums habe T. sehr wohl gewusst, dass nach der erfolgreichen Realisierung des Planes ihr Tod eintreten sollte, so dass eine irrtumsbedingte Tatherrschaft des Hintermannes insofern ausscheide. Ausgehend vom zweiten Kriterium habe sie jedoch nicht gewusst, dass das Gelingen des Unternehmens auch zum Tode ihrer diesseitigen seelisch-geistigen Individualität führen würde. Für diesen letzten Fall überlegt *Neumann*, ob ein Quasi-Tatumstandsirrtrum vorliegt, der nach seiner Meinung „unstreitig eine Tatherrschaft des Hintermannes kraft Irrtums des Tatmittlers begründen“ würde. Dies verneint er mit der Begründung, dass ein entsprechender Irrtum in Fällen einer *Fremdtötung* als vorsatzausschließender Tatumstandsirrtrum qualifiziert werden müsste (§ 16 I 2). Die Verneinung des Tötungsvorsatzes erscheine im Hinblick auf das so gewonnene Ergebnis für die Fälle der Fremdtötungen jedoch „geradezu abenteuerlich“. Der richtige Ort für die Berücksichtigung derartiger Fehlvorstellungen sei die Regelung des § 20, nicht der Bereich des Vorsatzes.

Für den Fall, dass die T. wusste, dass sie stirbt, aber irrtümlich von einem Weiterleben nach dem Tode ausging, bejaht *Neumann* einen „Irrtum über den konkreten Handlungssinn im Grenzbereich zu einem Quasi-Tatbestandsirrtrum“, der einem Tatumstandsirrtrum hinsichtlich der Begründung mittelbarer Täterschaft gleichstehen soll.²¹ Es liege ein Irrtum über den von den Sprachregeln erklärten *Sinn* der Handlung der Selbsttötung (als Ende des diesseitigen Lebens eines Individuums) vor. Dagegen misst er dem *Quasi-Subsumtionsirrtrum* der T.²² nur die Bedeutung eines rechtlich irrelevanten Motiv-, nicht eines Verbotsirrtums bei, weil die T. sich nicht über ein rechtliches, sondern lediglich sittliches Verbot - falls es ein solches beim Suizid überhaupt gibt²³ - geirrt habe.²⁴

13 *Roxin*, TuT, S. 213 ff.

14 *Roxin*, HRR AT, S. 205 (Nr. 4).

15 *Roxin*, TuT, S. 587.

16 *Roxin*, TuT, 4. Aufl., S. 225-230, wonach der Irrtum über den konkreten Handlungssinn zu einer auf die Steuerung des Geschehens gerichtete „Überdetermination“ führe, welche die Willensherrschaft des Hintermannes und damit eine mittelbare Täterschaft begründen soll.

17 Auf diesen „Standpunktwechsel“ weist auch *Herzberg*, Jura 1990, 16 (25), Fn. 46 hin.

18 So ausdrücklich: *Roxin*, TuT, S. 586 f. mit dem Hinweis auf den Parallellfall, in dem jemand zur Ermordung eines politischen Gegners durch die Vorspiegelung veranlasst wird, er werde für diese „Heldentat“ in den Himmel (oder auf den Stern Sirius) kommen.

19 *Roxin*, NSZ 1984, 71 (73).

20 Ausführlich zu diesem Ansatz: *Neumann*, JuS 1985, 677 ff..

21 *Neumann*, JuS 1985, 677 (682).

22 „Quasi“ deshalb, weil der Begriff des Sterbens als Kehrseite des Todes kein Tatbestandsmerkmal der §§ 211 f. bezeichnet.

23 Dafür: BGH GS St 6, 147 ff. (153).

24 *Neumann*, JuS 1985, 677 (682).

3. Subsumtionsirrtum über die Begriffe Tod, Überleben und personale Identität

Merkel lehnt die Annahme eines Quasi-Tatumstandsirrtums über die Selbsttötung analog § 16 I ab; die T. habe vielmehr in einem „Subsumtionsirrtum über die begrifflichen Merkmale von Tod, Überleben und personaler Identität“ gehandelt.²⁵ Ein rein geistiges Leben könne es nicht geben, da man die über ein rein körperloses Bewusstseinskriterium definierte Identität einer Person in Form einer reinen Informationsstruktur nicht, wie z.B. bei Computerdateien, vervielfältigen kann.²⁶ Die T. wäre metaphysisch gesehen auch bei einem erfolgreichen „Körperwechsel“ in jedem Fall gestorben und nicht mehr sie *selbst* gewesen. Das würde - so *Merkel* - wohl auch niemand bezweifeln, wenn die T. angenommen hätte, sie werde nicht im Körper einer Schauspielerin, sondern in dem eines Tieres oder einer Pflanze aufwachen. In keinem dieser drei Fälle würde die T. als dieselbe Person weiterleben, da es für ihren Selbsttötungsvorsatz nicht darauf ankomme, was sie werde, sondern *was sie nicht mehr sei*. *Merkels* Überlegungen liegt die im Großhirn zu lokalisierende sog. „personale Identität“ zugrunde, welche er entgegen *Neumann* immer an den eigenen Körper koppelt. Gehe dieser Körper-Geist-Zusammenhang bei einem Körperwechsel oder einem Transporting-Vorgang zu einem anderen Ort verloren, komme es immer zum Bruch der Identität.

Merkel lehnt somit i.E. die auf der Annahme eines Irrtums der T. basierende Lösung des BGH ab und will die mittelbare Täterschaft stattdessen wegen einer „partiellen Inkompetenz“ des Opfers über eine Analogie zu den §§ 20, 21 begründen. Schließlich führe die Anwendung von § 16 I in Fällen der Fremdtötung nur zu einer inakzeptablen Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung, was die Lösung des BGH und der ihm zustimmenden Literatur zusätzlich „diskreditiere“.

IV. Eigener Lösungsansatz

1. Irrtumsherrschaft oder eigenverantwortliches Handeln?

Die Ganzheitsbetrachtung des BGH ist dogmatisch fragwürdig, denn sie macht die Strafbarkeit des Hintermannes von den Umständen des Einzelfalles und nicht von dem Maßstab gesetzlicher Wertung abhängig. Dies ist mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG problematisch, denn der Normadressat (hier: der A.) kann in Suizidbeteiligungsfällen nicht mehr voraussehen, ob er sich strafbar macht oder sein Opfer eigenverantwortlich handelt.²⁷ Im Folgenden soll daher näher untersucht werden, ob die Annahme einer mittelbaren Täterschaft durch den BGH rechtlich haltbar ist. Der mittelbare Täter begeht die Tat nicht selbst unmittelbar, sondern „durch einen anderen“ i.S. von § 25 I

Var. 2, den er zur Begehung der tatbestandsmäßigen Ausführungshandlung einsetzt. Objektiv setzt der Hintermann dabei nur eine Bedingung zur äußeren Deliktsrealisierung. Er muss daher gegenüber dem unmittelbar Ausführenden ein seine Täterschaft begründendes Übergewicht besitzen, welches durch ein Mehr an Unrecht oder Schuld begründet werden kann.²⁸ Es ist heute anerkannt, dass mangelnde Tatbestandsmäßigkeit des Handelns eines Tatmittlers - hier die Vornahme einer für die T. objektiv tatbestandslosen²⁹ Selbsttötungshandlung³⁰ - als solche keine mittelbare Täterschaft des Hintermannes begründet.³¹

Das Vorliegen eines Strafbarkeitsmangels beim Tatmittler *indiziert* lediglich die Täterschaft des Hintermannes, begründet sie aber noch nicht. Durch dieses Übergewicht muss der mittelbare Täter einen der unmittelbaren Begehung gleichwertigen Tatbeitrag erbringen, so dass sein Tun dem jeweiligen Unrechtstyp - hier dem der §§ 211, 212 - entspricht. Dieser erforderliche Tatbeitrag lässt sich in eine (erfolgskausale) Einwirkungshandlung und eine Steuerung seitens des Hintermannes unterteilen.

Die Einwirkungshandlung des A. könnte in der *Täuschung* liegen, dass die T. in dem bereitgestellten Körper einer Schauspielerin geistig weiterleben und später auf den Sirius übersiedeln könne. Wir wollen zunächst mit dem BGH und einem großen Teil der Literatur davon ausgehen, dass die T. sich tatsächlich über den Nichteintritt ihres Todes geirrt und sich quasi-unvorsätzlich getötet hat. Dafür spricht, dass sie den Suizid ausdrücklich *körperlos* definierte, also daran glaubte, bei Durchführung der Suizidhandlung trotz Zerfalls ihres Körpers nicht zu „sterben“, sondern gewissermaßen eine „bürgerliche Existenz im Diesseits des Genfer Sees“³² mit neuen Papieren, einem Startkapital und Beruhigungspillen - wenn auch in einem anderen Körper - zu führen. T. wusste zwar, dass sie mit ihrer Suizidhandlung *ihren Körper* zerstören würde, glaubte jedoch an ein Weiterleben ihrer *geistig-seelischen Existenz*. Dieser Irrtum

²⁵ Ausführlich zu diesem Ansatz: *Merkel*, JZ 1999, 502 ff.

²⁶ *Merkel*, JZ 1999, 502 (506) mit Hinweis auf das Schiff des Theseus und „Teletransporting“ auf S. 503.

²⁷ Dazu: *Roxin*, AT/1, § 11 B I, Rn. 92. Zum Schutz individueller Freiheit vor richterlicher Willkür: BVerfGE 64, 389 (393 f.) - Waffengesetz.

²⁸ Die Übergewichtslehre geht als Vorläufer der Tatherrschaftslehre zurück auf *Hegler*, ZStW Bd. 36 (1915), S. 19 ff., S. 184 ff, der das Übergewicht (die heutige Tatherrschaft) noch als Schulmerkmal verstand und demnach auch eine fahrlässige mittelbare Täterschaft für möglich hielt.

²⁹ Die §§ 211 f. erfassen nach zutreffender h.M. nur die Tötung eines anderen Menschen, siehe unter III 1 b (1).

³⁰ *Ebert*, AT, S. 195 sieht das die Tatherrschaft des Hintermannes begründende Moment in der von ihm herbeigeführten und ausgenutzten Vorsatzlosigkeit des Werkzeugs, das im Gegensatz zum Hintermann nicht wisse, dass es sich tötet.

³¹ *Bottke*, Suizid und Strafrecht, S. 242; a.A.: *Schilling*, JZ 1979, 159 ff., 163, der damit das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit negiert.

³² *Joerden*, Vom Sirius zum Katzenkönig, S. 9.

könnte dem A. eine Steuerung seines Opfers ermöglichen und ihm die „Herrschaft über den Geschehensablauf“³³ einräumen. Die entscheidende Frage lautet an dieser Stelle, ob die T. einem - ihre Eigenverantwortlichkeit ausschließenden und die Täterschaft des Hintermannes begründenden - täuschungsbedingten Irrtum unterlag, der ihre eigene Handlungsherrschaft in Gestalt der faktischen Letztentscheidungsmöglichkeit über die Vornahme der todbringenden Handlung überlagert.³⁴ Es kann also nur um eine *relative* Steuerungsherrschaft des Hintermannes über den Mittler gehen, welche dessen Autonomie nicht gänzlich aufhebt.

Der BGH hätte sich bei seinen Ausführungen zum Irrtum der T. eingehender mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die T. nicht vielleicht einen eigenverantwortlichen Suizid unternommen hat, als sie den Föhn ins Badewasser hielt, um in ihren „neuen Körper“ zu gelangen und eine Strafbarkeit des A. als mittelbarer Täter daher wegen einer *normativen Eigenzuständigkeit* der T. ausscheidet. Ein auf im Rechtssinne freier Willensbildung beruhendes Verhalten kann nämlich nicht zugleich von einem anderen beherrscht werden. Hätte die T. dem Verlangen des A. aus freien Stücken und aufgrund einer eigenverantwortlich getroffenen Entscheidung die Suizidhandlung vollzogen, bliebe dessen Veranlassertätigkeit als bloße Teilnahmehandlung straflos, weil der Selbstmord keine tatbestandsmäßige, rechtswidrige, mit Strafe bedrohte Haupttat i.S. der §§ 26, 27, 11 I Nr. 5 ist (limitierte Akzessorietät der Teilnahme).³⁵ Das dem Unrecht vorgeordnete Rechtsprinzip der Eigen- bzw. Selbstverantwortung steht unmittelbar mit der Freiheit des Einzelnen in Verbindung³⁶ und sperrt einerseits die Möglichkeit einer Beteiligung an der frei verantwortlich vorgenommenen Tat (der Verletzte selbst stellt hier die Einheit zwischen Wille, Handlung und Erfolg her),³⁷ während der Mangel an freier Selbstbestimmung andererseits die Qualifizierung als „menschliches Werkzeug“ und die Strafbarkeit des Hintermannes ermöglicht. Unfrei ist, wer nach Maßgabe des Rechts nicht selbstverantwortlich entscheidet und ohne jedes Hemmungsmotiv³⁸ handelt; auf äußerlich nicht feststellbare rein psychisch-faktische Gegebenheiten kann es dabei nicht ankommen.³⁹ Umstritten ist, welcher rechtliche Maßstab dabei heranzuziehen ist.

a) Anwendung der Einwilligungstheorie und des § 216

Eine Auffassung dehnt die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft im Sinne eines *besseren Suizidentenschutzes* weit aus und orientiert sich für die Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit des Selbsttötungsentschlusses und der Tatherrschaft sinngemäß an der Einwilligungstheorie, also an den Regeln, die sonst bei der Preisgabe eigener Rechtsgüter für die Wirksamkeit einer rechtfertigenden Einwilligung gelten i.V.m. der Dogmatik zur „Ernstlichkeit des Verlangens“ i.S. des § 216.⁴⁰ Dem gemäß ist der

Entschluss zur Selbsttötung bzw. -verletzung *freiverantwortlich*, wenn das Verlangen vom freien Willen des Opfers getragen und zielbewusst auf die Tötung gerichtet ist, sowie als „Akt wirklicher Selbstbestimmung“ erscheint. Dabei muss der sich selbst Schädigende fähig sein, Wesen und Bedeutung des Rechtsgutseingriffs zu erkennen und sachgerecht zu beurteilen,⁴¹ wofür natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit⁴² bzw. die Ernstlichkeit seines Tötungsverlangens entsprechend § 216⁴³ genügen soll. Anderenfalls sei von einer Verantwortlichkeit des Hintermannes als „Herr der Tat“ auszugehen. Begründet wird dies damit, dass für die Verfügung über das eigene Leben an die Mangelfreiheit der Willensbildung keine geringeren Anforderungen gestellt werden dürften als bei der Einwilligung in eine Körperverletzung und bei der in § 216 vorausgesetzten Ernstlichkeit des Todesverlangens.⁴⁴

Krey und *Freund* verneinen im Sirius-Fall anhand dieser Kriterien - unabhängig vom Selbsttötungsvorsatz der T. - die Wirksamkeit ihrer Einwilligung in den eigenen Tod, weil die täuschungsbedingte Selbsttötungsentscheidung der T. von erheblichen Willensmängeln beeinflusst und damit auch nicht „ernstlich“ sei.⁴⁵ Im Falle der Enttarnung des angeblichen „Sirianers“ als ein herkömmlicher Betrüger ohne jede Höherentwicklung (abgesehen von der kriminellen) hätte sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit von ihren Suizidplänen Abstand genommen.⁴⁶ So eindeutig ist dies freilich nicht, denn ein „Irrtum über den sozialen Sinn“ ihres Selbstmordversuchs - wie *Krey* ihn annimmt - würde als

33 Darauf abstellend: BGH GA 1986, 508 (508) - Vorgetäuschter Doppelselbstmord.

34 *Roxin*, TuT, S. 227 ff. nimmt in allen Fällen der mittelbaren Täterschaft durch Benutzung eines irrenden Werkzeugs an, dass der Ausführende hinsichtlich dessen, was er wolle, frei handele und insoweit die Handlungsherrschaft besäße. Seine Unfreiheit liege darin, dass er nicht wisse, was er tue.

35 BGHSt 2, 150 (152) - Ehemännerhänkung. Indes setzt bereits die Logik des Begriffs Beihilfe- oder Anstiftungshandlung voraus, dass Handlungen typisiert sind, zu denen angestiftet bzw. Beihilfe geleistet wird. Ausführliche Begründung unter III 1 b (1).

36 *Zaczyk*, Selbstverantwortung, S. 18-19.

37 *Zaczyk*, Selbstverantwortung, S. 64.

38 *Schröder*, Der Täter, S. 73.

39 *Herzberg*, TuT, S. 36.

40 *Lackner/Kühl*, Rn. 13a vor § 211; *Krey*, AT/2, 28/137 ff. *Krey* ist jedoch etwas inkonsequent, wenn er das Verantwortungsprinzip einerseits als Basis der mittelbaren Täterschaft ansieht (AT/2, 28/99) und konsequent einen „Täter hinter dem Täter“ ablehnt, dann jedoch statt auf die normierten Verantwortungsregeln des StGB auf die Einwilligungstheorie und § 216 rekurriert. Vermittelnde Ansicht: S/S-*Eser*, Rn. 36 vor § 211, der auch Schuldfähigkeits- bzw. Entschuldigungsgesichtspunkte mit einbezieht.

41 Std. Rspr. im StraFR seit RGSt 41, 392 (396). Kritisch zu dieser wachsweißen Formel: *Neyen*, Einwilligungsfähigkeit, S. 44 ff.

42 *Hauf*, AT, Rn. 539.

43 *Herzberg*, TuT, S. 35 ff.; S/S-*Eser*, Vor. §§ 211 ff., Rn. 36, der die Ernstlichkeit bei Appell-Suizidversuchen und Suizidversuchen von Kindern verneint.

44 *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 539.

45 *Krey*, AT/2, 28/140, der eine Täuschung der T. über den sozialen Sinn ihres Selbstmordversuches annimmt.

46 *Freund*, AT, 10/98.

bloßer Motivirrtum die Wirksamkeit der Einwilligung der T. nach der Lehre von den rechtsgutsbezogenen Irrtümern⁴⁷ nicht berühren.⁴⁸ Anders wäre dies nur, wenn der T. *verschleiert* worden wäre, dass sie überhaupt ihr Rechtsgut Leben preisgibt (rechtsgutsbezogener Irrtum über die konkrete Handlungsqualität).⁴⁹

Überträgt man die Kriterien der Einwilligung und des § 216 auf die Selbstschädigung, liegen die Dinge insofern anders, als dass man kraft der gesetzlichen Wertentscheidung des § 216 selbst für eine Tabuisierung des Lebens bereits an der *Dispositionsbefugnis* des Einwilligenden hinsichtlich seines Lebens zweifeln kann.⁵⁰ Ob man einem - wenn auch leichtgläubigen - Erwachsenen tatsächlich den selbstschädigenden Charakter eines Stromstoßes per Föhn in der Badewanne verschleiern kann, ist mit guten Gründen bezweifelt worden,⁵¹ so dass es danach bei einem bloßen *Motivirrtum* verbleiben würde, der die Wirksamkeit der Einwilligung unberührt lässt. Die Situation der Selbstschädigung innerhalb der eigenen Rechtssphäre, bei der es an jedem Normappell an den Rechtsgutsträger fehlt, ist jedoch mit der einer *interpersonalen* Fremdschädigung, wo sich der Einwilligende fremder Handlungsherrschaft unterwirft und den Normbefehl durch seine Einwilligung erst aufhebt, psychologisch nicht vergleichbar.⁵² § 216 betrifft zwar ähnlich wie der Suizid den Fall, dass sich das Opfer für seinen Tod entschieden hat, unterscheidet sich aber von diesem durch die Intensität der Mitwirkung. Hier ist der die Fremdtötung begehende altruistische Täter die Hauptfigur des Geschehens und das Handlungszentrum, dort der Suizident.⁵³

Die Einwilligungslehre i.V.m. der Dogmatik zur „Ernstlichkeit des Verlangens“ i.S. von § 216 ist i.E. auf dem Boden einer *normativen* Tatherrschaftslehre⁵⁴ abzulehnen, da keine hinreichende Rückkopplung an die gesetzlich vorgegebenen Verantwortungsregeln stattfindet, sondern sie sich allein an den Schutzinteressen potenzieller Opfer⁵⁵ orientiert. Insbesondere das Kriterium eines ernstlichen Todesverlangens i.S. des § 216 vermag in psychologisch vielschichtigen Suizidfällen kaum zu zuverlässigen Ergebnissen führen.⁵⁶ Gerade im Bereich strafrechtlicher Zurechnung fremden Verhaltens - zumal im Bereich der Kapitalverbrechen - ist jedoch ein besonderes Maß an *rechtsstaatlicher* Sicherheit geboten, so dass die maßgeblichen Kriterien dem StGB unmittelbar zu entnehmen sind.⁵⁷ Letztlich kann durch den Rekurs auf die ungeschriebene Einwilligungslehre und das Kriterium der „Ernstlichkeit“ jede Art von Täuschung oder Drohung bei der Bestimmung zum Selbstmord als ein Mord oder Totschlag gewertet werden,⁵⁸ obwohl die Selbstschädigung nach §§ 211 f. straflos ist und der unmittelbar Handelnde bis zur Grenze des § 35 die Verantwortung für sein Tun selbst trägt.⁵⁹

Geht man davon aus, dass in allen Suizidfällen - vom eher seltenen „Bilanzselbstmord“ einmal abgesehen⁶⁰ - der selbstmörderische Wille „krankhaft“⁶¹ bzw. affektbe-

einflusst⁶² ist (sog. *präsuizidales Syndrom*),⁶³ würde ein freiverantwortlicher Suizid mangels Einwilligungsfähigkeit kaum jemals in Betracht kommen⁶⁴ und die Beteiligung am Suizid wäre „durch die Hintertür“ des § 25 I Var. 2 doch strafbar. Es kann jedoch nicht richtig sein, dass jede seelische Einwirkung auf die Willensbildung des Suizidenten dessen Personenautonomie aufhebt und die Tatherrschaft auf den einwirkenden Hintermann verlagert.⁶⁵ Zudem müsste die StA den schweren Nachweis erbringen, dass es sich um einen unfreien Suizid handelt und der Verleitende dies auch wusste; regelmäßig wäre wohl „in dubio pro reo“ von einem Freitod auszugehen.⁶⁶

Krey räumt zwar die „geringere Präzision“ der Einwilligungslehre ein, sieht aber wegen der „hinreichend bestimmten“ Einwilligungsdogmatik „keine rechtsstaatlichen Bedenken“.⁶⁷ Diese Auffassung muss sich den Vorwurf gefallen lassen, dass rechtsstaatliche Verfassungswerte wie die Bestimmtheit von Straftatbeständen (Garantiefunktion des Tatbestandes, den es für die Mitwirkung am Suizid i.Ü. gar nicht gibt) und die Vorhersehbarkeit des Strafrechts⁶⁸ für den der Einwilligungslehre unkundigen Rechtsunterworfenen gerade im sensiblen Bereich der Kapitalverbrechen erstaunlich

47 Grundlegend: *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung.

48 Zur Unbeachtlichkeit von Motivirrtümern in Bezug auf die Einwilligung: *Kühl*, AT, 9/38 ff. (mit Ausnahmen für „notstandsähnliche Zwangslagen“); a.A.: *Amelung/Eymann*, JuS 2001, 937 (944), die alle Irrtümer für beachtlich halten.

49 *Jakobs*, AT, 7/117: fehlender Preisgabewille.

50 *Kühl*, AT, 9/28.

51 *Merkel*, JZ 1999, 502 (505); *Jakobs*, AT, 21 Fn. 142.

52 *LK-Roxin*, § 25 Rn. 67 meint, dass es einen Unterscheid mache, ob man selbst Hand an sich legt oder sich einem anderen ausliefern.

53 *Charalambakis*, GA 1986, 485 (490).

54 Als Begründer der normativen Tatherrschaftslehre gilt *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, S. 99; *Roxin* prägte später den Begriff des „Verantwortungsprinzips“, in: TuT, S. 147.

55 Deutlich findet sich diese Ausrichtung bei *Freund*, AT, 10/97.

56 *Roxin*, FS für Dreher, S. 345.

57 *Charalambakis*, GA 1986, 485 (498); *Roxin*, FS für Dreher, S. 345 f.

58 *Roxin*, FS für Dreher, S. 345 spricht von „Begriffsverschiebung“.

59 *LK-Roxin*, § 25 Rn. 67.

60 Zum Seltenheitswert der Bilanzselbstmorde, bei denen der Suizident bewusst einen Schlussstrich ziehen will: *Möllhoff*, in: *Eser*, Suizid und Euthanasie, S. 203.

61 *Bringewat*, ZStW Bd. 87 (1975), 623 ff.; der die Freiverantwortlichkeit des Selbsttötungswillens strafrechtlich für eine „unhaltbare Fiktion“ hält (634/637) und sich auf die Suizidforschung beruft (632 f.); ähnlich bereits: *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 435.

62 *LK-Jähnke*, Rn. 27 vor § 211.

63 Zuerst beschrieben bei: *Ringel*, Der Selbstmord; kritisch dazu: *Simson*, Die Suizidat, S. 14 f., 77 ff., der den Suizid auch als eine „normale psychologische Reaktion“ auf die „Verzweiflung“ des Individuums ansieht.

64 *Bringewat*, ZStW Bd. 87 (1975), 623 (630 f.).

65 Das sieht auch *Herzberg* selbst so, in: JA 1985, 336 (342). Ähnlich: *Frisch*, Zurechnung, S. 158, für den es eine „blanke Fiktion“ wäre, jede Selbsttötung als Zeichen fehlender Eigenverantwortlichkeit anzusehen.

66 *Charalambakis*, GA 1986, 485 (495).

67 *Krey*, AT/2, 28/143.

68 Zur Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Strafrechts: BVerfGE 85, 69 (73) - Eilversammlung; 87, 209 (224) - Tanz der Teufel; 92, 1 (12).

restriktiv gehandhabt und zu Gunsten eines verbesserten Suizidentenschutzes abgebaut werden.⁶⁹ Dabei ist das verfassungsrechtliche Präzisions- und Konkretisierungsgebot im Bereich der Tötungsdelikte angesichts der Schwere der angedrohten Strafe besonders groß.⁷⁰

Der Kunstgriff auf die „ungeregelte und vage“ Einwilligung⁷¹ und § 216 vermag damit im Hinblick auf die unterschiedlichen Ausgangskonstellationen der Selbst- und Fremdschädigung⁷² und das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG⁷³ nicht über Straflosigkeit bzw. Strafbarkeit des Hintermannes zu entscheiden, zumal die gesetzgeberische Wertentscheidung für die grundsätzliche Straflosigkeit der Teilnahme am Selbstmord nicht durch dogmatische Kunstgriffe umgangen werden darf.⁷⁴ Zudem bestehen Zweifel, ob das Strafrecht wirklich das geeignete Instrument der Selbstmordprophylaxe ist.⁷⁵

b) Anwendung der Exkulpationsregeln

Eine andere Ansicht fasst die mittelbare Täterschaft enger und greift im Sinne einer *normativen* Tatherrschaft sinngemäß auf die Exkulpationsregeln der §§ 16, 19, 20, 34, 35, § 3 JGG zurück, die für Drittschädigungsfälle das sog. *Verantwortungsprinzip* normieren.⁷⁶

Derjenige, der sich in einem rechtlich relevanten Irrtum nach §§ 16, 17 oder in einer Notstandslage nach §§ 34, 35 befindet bzw. schuldunfähig i.S. der §§ 19 (Kinder), 20 (Erwachsene), § 3 JGG (Jugendliche) ist, ist für sein Handeln strafrechtlich nicht verantwortlich. Es wird also bei psychischen Defektzuständen, Irrtümern und Zwangslagen darauf abgestellt, ob dem Betroffenen unter sonst gleichbleibenden Umständen der Vorwurf schuldhaften Handelns erspart bliebe, wenn er nicht sich, sondern einen Dritten verletzt hätte. Die Eigenverantwortlichkeit seines Handelns wäre danach beispielsweise zu bejahen, wenn eine ihm gegenüber erfolgte Drohung nicht den in § 35 vorausgesetzten Schweregrad erreichen würde.

Eine Exkulpation der T. über die Regeln des Notstands bzw. der Schuldunfähigkeit kann im Sirius-Fall nicht Platz greifen, denn die T. befand sich nach den für das Revisionsgericht *bindenden* tatsächlichen Feststellungen des Tatrichters zum Zeitpunkt der Vornahme der Tötungshandlung weder in einer Notstandslage, noch in einer der in § 20 abschließend aufgeführten krankhaften seelischen Störungen.⁷⁷ Herzberg kritisiert, dass *Roxin* und *Bottke* nur die Parallele zu den Schuldregeln der §§ 19, 20, 35, § 3 JGG ziehen und andere Konstellationen ausgeschlossener oder geminderter Tatmittlerverantwortung nicht einmal in Betracht ziehen.⁷⁸ Es wäre in der Tat unstimmtig nur auf die Schuldregeln Bezug zu nehmen.⁷⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung sind daher *alle* Verantwortungsregeln zu berücksichtigen, also über die Schuldregeln hinaus auch §§ 16, 17, 34.

Somit kann es in unserem Fall für die Verantwortlichkeit der T. nur auf die Irrtumsregeln der §§ 16, 17 ankommen, die eine mittelbare Täterschaft des Hintermannes begründen können sollen.⁸⁰ *Herzberg* weist zutreffend darauf hin, dass die gesetzlichen Regeln des Ausschlusses oder der Abschwächung strafrechtlicher Verantwortlichkeit sich ausnahmslos auf tatbestandliches Unrecht beziehen,⁸¹ so dass sich die Frage der Anwendbarkeit der §§ 16 f. auf Selbstschädigungsfälle stellt.

(1) Direkte Anwendbarkeit der §§ 16, 17 StGB

Die T. könnte im Zeitpunkt der Vornahme der Suizidhandlung Umstände nicht gekannt haben, die das gesetzliche Tatbestandsmerkmal des „Sterbens“ als Kehrseite des „Tötens“ i.S. des § 212 abstrakt beschreibt bzw. falsch unter die Begriffe „Tod“, „Überleben“ und „personale Identität“ subsumiert haben,⁸² was zur Annahme eines rechtlich relevanten Irrtums i.S. der §§ 16, 17 führen könnte. Die T. begeht jedoch weder eine „Tat“ i.S. des § 16 I 1, d.h. eine tatbestandsmäßige Handlung mitsamt einem Erfolg, noch kann sie eine „Unrechtseinsicht“ i. S. des § 17 S. 1 haben, so dass die eindeutig nur auf *Fremdverletzungen* zugeschnittenen Regeln der §§ 16, 17 i.V.m. §§ 211 f. nicht direkt anwendbar sind.⁸³

69 Bedenklich: *Frisch*, Zurechnung, S. 167, für den die Klarheit allemal vor der Richtigkeit der Lösung rangiere.

70 Dazu: BVerfGE 26, 41 (42) - Grober Unfug; SK-Rudolphi, § 1 Rn. 13.

71 LK-Roxin, § 25 Rn. 67. Ähnlich: *Amelung/Eymann*, JuS 2001, 937 (937 ff.).

72 *Charalambakis*, GA 1986, 485 (491).

73 *Roxin*, FS für Dreher, S. 345 f.; a.A.: *Herzberg*, TuT, S. 40 f.

74 *Schroth*, BT, S. 53. Auch der „Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe“ von 1986 definiert die Freiverantwortlichkeit des Suizids durch die gesetzlichen Kriterien der §§ 19-21; ähnlich: § 103 AE 1966/69.

75 *Simson*, Die Suizidat, S. 110: „Die Geschichte des Suizidstrafrechts ist die Geschichte seines Versagens.“ Dazu und zu den Instrumenten moderner Psychiatrie: *Roxin*, FS für Dreher, S. 331 (352 f.).

76 *Charalambakis*, GA 1986, 485 (488, 498 f.) unter Hinweis auf das Rechtsstaatsprinzip; *Bottke*, GA 1983, 22 (30 ff.); *derselbe*, Suizid und Strafrecht, S. 254; LK-Roxin, § 25 Rn. 67 ff., 125; *Jakobs*, AT, 21/98. Weitergehend: *Meyer*, Autonomie, S. 231, die auch eine Miteinbeziehung in den Bereich nichtverantwortlicher Handlungen von Fällen befürwortet, die sich unterhalb der Schwelle der § 20, § 3 JGG befinden.

77 *Joerden*, Vom Sirius zum Katzenkönig, S. 7 f. zweifelt die tatrichterlichen Feststellungen an. Auch eine analoge Anwendung der §§ 20, 21, wie *Merkel*, JZ 1999, 502 (505) sie vorschlägt, kommt nicht in Betracht, denn das wäre eine Fiktion der Schuldunfähigkeit entgegen den bindenden Feststellungen des Tatrichters. Man könnte höchstens von einem getrüben natürlichen Urteilsvermögen der T. sprechen, das keinem der Symptome der §§ 20, 21 unterfällt. Dem Tatrichter zustimmend: LK-Roxin, § 25 Rn. 124.

78 *Herzberg*, JA 1985, 336 (338).

79 Anders als *Roxin* und *Bottke* bezieht sich *Charalambakis*, GA 1986, 485 (498 ff.) jedoch ausdrücklich auch auf die Irrtumsregel des § 16.

80 LK-Roxin, § 25 Rn. 74 u. 91; dazu auch: BGHSt 30, 363 (364 f.); 35, 347 ff.

81 *Herzberg*, JA 1985, 336 (338).

82 *Merkel*, JZ 1999, 502 (505).

83 So auch: *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff, S. 97.

Zu einem anderen Ergebnis kommt nur *Schmidhäuser*, der den Suizid für objektiv⁸⁴ und subjektiv tatbestandsmäßig und auch rechtswidrig hält und die Strafbarkeit des Suizidenten erst auf Grund eines übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes „in Analogie zu den gesetzlichen Entschuldigungsgründen“, nämlich „des Erlebnisses der völligen Sinnlosigkeit des eigenen Lebens durch den Täter“, entfallen lassen will.⁸⁵

Abzulehnen ist jedoch bereits sein Ausgangspunkt, dass Selbst- und Fremdtötung sich in ihrem Unrechtsgehalt nicht unterscheiden würden. Recht und Unrecht weisen typischerweise immer einen äußeren *Interpersonalbezug* auf, an dem es bei der Selbstschädigung gerade fehlt: wem gegenüber soll der Suizident Unrecht begehen?⁸⁶ Das StGB will die Rechtsgüter des Einzelnen nur gegen die Beeinträchtigung durch andere schützen,⁸⁷ was sich für den Schutz der Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit aus den §§ 216-220a, 223 I gesetzessystematisch auch eindeutig ergibt.⁸⁸ Die Verhinderung von Selbstschädigungen ist nicht Aufgabe des Strafrechts⁸⁹ und war vom historischen Gesetzgeber in §§ 211, 212 RStGB - anders als noch in § 834 PreußALR v. 1794, II. Teil, Titel 20 - auch nicht gewollt.⁹⁰ Es fehlt in Selbstschädigungsfällen bereits an einer *Rechtsgutsverletzung*, da der Suizident keine Norm angreift.⁹¹ Dass in den §§ 211 ff., 221 nicht vom Tatobjekt „anderer Mensch“ die Rede ist, erscheint als Nachlässigkeit des Gesetzgebers.⁹²

Zudem wäre der hohe Strafraumen der Tötungsdelikte für Suizidfälle auch kaum schuldangemessen; das *Schuldprinzip* (Art. 1, 2 I, 20 GG, § 46 I 1: nulla poena sine culpa) gebietet vielmehr - wenn man in dem Suizid wirklich eine Rechtsgutsverletzung sieht - einen neuen Tatbestand mit besonderem Strafraumen, wie ihn z.B. § 216 für die im Unrecht weniger gewichtige „Tötung auf Verlangen“ vorsieht.⁹³ Die verfassungsrechtlich problematische⁹⁴ Annahme der *Rechtswidrigkeit* des Suizids ist normenlogisch paradox, denn jemand kann nicht etwa im Sinne einer objektiven Rechtspflicht aus Art. 1 I GG aus einem eigenen Recht - hier seinem Grundrecht auf Leben - verpflichtet sein dieses Recht zu beachten.⁹⁵

*Schmidhäuser*s übergesetzlicher Entschuldigungsgrund geht zudem einseitig von den seltenen Fällen des sog. „Bilanzselbstmordes“ aus, denn nur ein „Bilanzselbstmörder“ erlebt im Gegensatz zum sog. „Appellsuizidenten“ sein Leben als „völlig sinnlos“.⁹⁶ Wenn man *Schmidhäuser* folgen wollte, müsste man sogar eine Strafbarkeit der T. (!) wegen versuchten Selbstmordes erwägen, da sie ihr eigenes Leben im Gegensatz zum Bilanzselbstmörder nicht als völlig sinnlos erlebt hat, sondern lediglich zu einer höheren Lebensform aufsteigen wollte (was man ggf. jedoch auch als Sinnlosigkeit des irdischen Lebens definieren kann). Eine Strafbarkeit des (überlebenden und oft bleibend körperlich versehrten) Suizidenten, der sich i.d.R. in einer Situation höchstper-

sönlicher Daseins- oder Gewissensnot befindet, erscheint jedoch als unsinnige „Barbarei“.⁹⁷

*Schmidhäuser*s rechtliche Konstruktion einer Strafbarkeit der Teilnahme am Selbstmord ist damit abzulehnen, da sie das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit verkennt⁹⁸ und i.E. gegen Art. 103 II GG⁹⁹ und seine einfachgesetzliche Ausprägungen des § 1 und Art. 7 EMRK (der in Form eines Zustimmungsgesetzes in einfaches Bundesrecht transformiert wurde) verstößt, die eine Auslegung des möglichen Wortsinns der Strafnormen aus Sicht der Normadressaten garantieren sollen,¹⁰⁰ sowie gegen Art. 2 II S. 2 u. S. 3. Die §§ 211 f. sind folglich nicht direkt auf die Selbstschädigung anwendbar.

(2) Analoge Anwendbarkeit der §§ 16, 17 StGB

Die entsprechende Anwendung der Irrtumsregeln auf die Fälle der Selbstschädigung wird in der Literatur mit dem Begriff „Quasi-Irrtum“ zum Ausdruck gebracht,¹⁰¹ freilich ohne die Zulässigkeit dieser Analogie überhaupt näher zu problematisieren.¹⁰² Es handelt sich dabei um

84 Ähnlich: *Schilling*, JZ 1979, 159 ff., der die tatbestandslose Tat des Suizidenten als Grundlage für die Tatherrschaft des Mitwirkenden begreift, dessen Strafbarkeit von der Beachtlichkeit der Einwilligung abhängen soll.

85 *Schmidhäuser*, in: FS für Welzel, S. 815. Ähnlich: *Bringewat*, ZStW Bd. 87 (1975), 623 ff. unter Berufung auf angebliches strafaus-schließendes Gewohnheitsrecht.

86 *Zaczyk*, Selbstverantwortung, S. 26 mit Hinweis auf die Einheit der Rechtsperson, deren Rechtsgüter nicht von ihr abgelöst werden können.

87 *Jakobs*, AT, 21/58 spricht plastisch von „Fremdverletzungsunrecht“.

88 BGHSt 32, 367 (371) - Wittig.

89 Verfehlt daher: BGH GS St 6, 147 ff. (153).

90 *Botke*, Suizid und Strafrecht, S. 37; *Simson*, Die Suizidat, S. 73; BGHSt 32, 367 (371) - Wittig. Auch § 103 AE 1966/69 ist die Strafflosigkeit der Suizidbeteiligung mit Ausnahme der Beteiligung an einem von einem Minderjährigen oder Unzurechnungsfähigen begangenen Selbstmord ausdrücklich zu entnehmen.

91 Abweichend hiervon: *Klinkenberg*, JR 1978, 441 (443 f.), der den Unrechtswert des Suizids offenbar aus der polizeilichen Eingriffsbefugnis, den Suizidenten in Schutzgewahrsam zu nehmen, ableiten will. Dieser Rückschluss erscheint jedoch verfehlt, da die polizeilichen Amtsrechte nur Ausprägung des staatlichen Schutzauftrages aus Art. 2 II 1 GG sind.

92 Man kann sich selbst bereits begrifflich weder „heimtückisch“ ermorden, noch aussetzen.

93 Ähnlich: *Roxin*, FS für Dreher, S. 336 f; *Krey*, BT/1, 1/98.

94 *Joerden*, Vom Sirius zum Katzenkönig, S. 5.

95 *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff, S. 64 Fn. 53.

96 *Bringewat*, ZStW Bd. 87 (1975), 623 (643) weist darauf hin, dass die Ausweglosigkeit der eigenen Lage nicht in sämtlichen Suizid-fällen das entscheidende Motiv sei.

97 *Simson*, Die Suizidat, S. 45.

98 In diese Richtung: *Frisch*, Zurechnung, S. 159.

99 *Roxin*, FS für Dreher, S. 337; *Krey*, BT/1, 1/98.

100 BVerfGE 92, 11 (12) - Sitzblockaden. Wohl kaum ein Suizident könnte den §§ 211 f. entnehmen, dass er einen Mord bzw. Totschlag begeht.

101 Siehe *Merkel*, aaO. Bei § 17 würde es sich mangels Tat und möglicher Unrechtseinsicht sogar um eine doppelte Analogie halten.

102 LK-*Roxin*, § 25 Rn. 111 deutet wenigstens im Zusammenhang mit dem Sirius-Fall an, dass eine „strafbarkeitsbegründende Analogie“ vorliegen könnte, freilich ohne diesen Gedanken zu präzisieren.

Irrtümer, die das Opfer in voller Unkenntnis über den selbstverletzenden Erfolg belassen (Irrtum über die konkrete Handlungsqualität). Der Irrtum des Opfers betrifft die unrichtige Vorstellung von der Möglichkeit der Verletzung des Rechtsgutsobjekts.¹⁰³ So kennt z.B. nur der Hintermann, der den nichts ahnenden Tatmittler dazu auffordert eine Hochspannungsleitung im Rahmen einer „Mutprobe“ zu berühren, den selbstschädigenden Charakter der Handlung.¹⁰⁴ Genau so liegen die Dinge, wenn der Hintermann sich auf einer Klippe vom Tatmittler fotografieren lässt und ihn noch einen Meter zurückschickt, „um das Panorama besser einzufangen“, woraufhin dieser elendig in die Tiefe stürzt. Schließlich ist auch an den Fall zu denken, in dem der Hintermann dem Tatmittler einen - was nur er weiß - defekten Fallschirm aushändigt, mit dem sich der Tatmittler unwissend aus dem Flugzeug stürzt. Die Selbstverständlichkeit des Rückgriffs der Lehre vom Quasi-Irrtum auf die §§ 16, 17 muss deshalb verwundern, weil eine analoge Anwendung dieser Irrtumsregeln auf Fälle der Selbstschädigung die Irrtumsherrschaft des Hintermannes und damit auch dessen Strafbarkeit begründen würde. Eine Analogie in malam partem ist indes vor dem Hintergrund von Art. 103 II GG („nullum crimen, nulla poena sine lege *stricta*“) verboten.¹⁰⁵ Die Garantiefunktion des Strafgesetzes in Gestalt des Analogieverbots, das aus dem Gebot gesetzlicher Bestimmtheit der Strafbarkeit hergeleitet wird,¹⁰⁶ dient der Rechtssicherheit und der persönlichen Freiheit des einzelnen und erstreckt sich nach h.M. auch auf den Allgemeinen Teil des StGB.¹⁰⁷ Das Analogieverbot umfasst alle Merkmale der Norm, die ihren *Strafwürdigkeitsgehalt* bzw. die unrechts- und schuldbezüglichen Merkmale¹⁰⁸ betreffen.

Die §§ 16, 17 betreffen gerade den Strafwürdigkeitsgehalt, lassen sie doch bei Tatumstandsirrtümern den Vorsatz als unrechtsbegründendes Merkmal (§ 16 I 1) bzw. bei unvermeidbaren Verbotsirrtümern die Schuld (§ 17 S. 1) entfallen. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass für die Person, die sich selbst schädigt, gar keine „Tat“ i.S. des § 16 vorliegt. Der Begriff „Tat“ wird hier im Sinne einer natürlichen Tat ausgedehnt, um sie dem als strafwürdig erscheinenden Hintermann als eigene über § 25 I Var. 2 zurechnen zu können. Eine Analogie setzt jedoch neben einer planwidrigen Gesetzeslücke immer auch die *Vergleichbarkeit* der betroffenen Sachverhalte voraus. Ob diese Ähnlichkeit von Fremd- und Selbstverletzungen wirklich besteht, wurde oben bereits bezweifelt, da die Normen des StGB sich - abgesehen von §§ 109 f. - nur auf *Fremdverletzungen* beziehen und sich daraus kein übertragbarer Grundgedanke herleiten lässt. Die gesetzgeberische Wertentscheidung die Selbsttötung straflos zu lassen darf nicht über eine extensive Ausdehnung des § 25 I Var. 2 umgangen werden, zumal Tragweite und Anwendungsbereich der mitteilbaren Tötungstäterschaft für den Hintermann kaum

noch vorhersehbar wären¹⁰⁹ und § 212 seine verhaltensdeterminierende Wirkung nicht mehr entfalten könnte.¹¹⁰ Eine solche Vorhersehbarkeit, die dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt, wäre nur durch einen Spezialtatbestand der „Verleitung zum Selbstmord“ gewährleistet; eine Analogie zum Zwecke der Rechtsneuschöpfung ist verboten.¹¹¹ Die Annahme von „Quasi-Irrtümern“ nach §§ 16, 17 i.V.m. §§ 211 f. kann damit nicht mehr als rechtskonforme Auslegung der eindeutig auf Fremdverletzungen zugeschnittenen Irrtumsregeln angesehen werden. Die Verantwortungsregeln der §§ 16, 17 können mangels Anwendbarkeit eine strafrechtliche Zurechnung nach § 25 I Var. 2 zur Tat des Hintermannes nicht begründen, so dass die T. auf dem Boden der hier zugrunde gelegten normativen Tatherrschaft eigenverantwortlich gehandelt hat.

2. Zwischenergebnis

Wegen der normativen Eigenverantwortlichkeit der T. kann die Veranlassung und Förderung des Tötungsgeschehens durch den A. kein tatbestandsmäßig missbilligtes Tötungsverhalten i. S. der §§ 212, 211, 22, 25 I Var. 2 darstellen.¹¹² Vielmehr liegt eine typische Anstiftungskonstellation vor, da der Hintermann A. seine ideologische Autorität in Anspruch nimmt, um die Maxime eines anderen - der T. - zu bestimmen.¹¹³ Auch eine Mittäterschaft von A. und T. nach §§ 212, 25 II kommt nicht in Betracht, da alle Mittäter tatbestandsmäßig („gemeinschaftliche Begehung der *Straftat*“) handeln müssen.

3. Irrtum über den konkreten Handlungssinn

Es bleibt schließlich die Frage zu klären, ob sich an dem soeben gewonnenen Ergebnis der Straflosigkeit des A.

103 Meyer, Autonomie, S. 51.

104 Beispiel bei: Kühnl, AT, 20/48; Jakobs, AT, 21/77; Schmidhäuser, AT, 8/72. Jeschek/Weigend, AT, § 62 II 1 sehen im Sirius-Fall keinen rechtsgrundsätzlichen Unterschied zum Hochspannungsleitungs-Fall und wollen selbst bei unbewusst fahrlässigem Handeln des Werkzeugs Tatherrschaft des Hintermannes annehmen, wenn dieser die Sorgfaltswidrigkeit kennt.

105 Zulässig ist hingegen eine analoge Anwendung des § 16 I zu *Gunsten* des Täters, wie sie von der eingeschränkten und rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie für die Konstellation des Erlaubnistatumstandsirrtums vorgenommen wird.

106 BVerfGE 75, 329 (340).

107 Jeschek/Weigend, AT, § 15 III 2c.

108 S/S-Eser, § 1 Rn. 27.

109 Köhler, AT, S. 525 hält § 25 I Var. 2 bei irrtumsbedingten Selbstschädigungen des Opfers sogar für eine „methodologische Notlösung“ mit der Struktur einer Anstiftung. Dafür spricht rechts-historisch, dass Irrtumsfälle in § 48 StGB a.F. („Anstiftung durch Herbeiführung eines Irrtums“) bei der Anstiftung verortet waren. „Methodologische Notlösungen“ können indes wegen Art. 103 II GG keine Strafbarkeit begründen.

110 Dazu: BVerfGE 37, 201 (207).

111 Jeschek/Weigend, AT, § 15 III 2a.

112 Für Straflosigkeit des A. im Sirius-Fall auch ausdrücklich: Joerden, Vom Sirius zum Katzenkönig, S. 16.

113 Dazu Köhler, AT, S. 509 f., S. 525.

etwas ändern würde, wenn man von einem quasi-vorsätzlichen Suizid der T ausgeht, bei dem sie sich lediglich über den Handlungssinn des Sterbens geirrt hätte. Dieser Irrtum der T. sei nach *Neumann* teilweise Motivirrtum, teilweise Irrtum über den konkreten Handlungssinn der Selbsttötung. Man könnte auch von einem „Irrtum über den mit der betreffenden Handlung verfolgten Zweck“ sprechen.¹¹⁴ Der BGH hat im Sirius-Fall die Frage, ob ein Motivirrtum die Tatherrschaft des Hintermannes begründen könne, offen gelassen, im Fall des vorgetäuschten Selbstmordes eines Ehepartners jedoch bejaht.¹¹⁵ In Fällen des Motivirrtums (= Irrtum im Beweggrund) weiß das Werkzeug zwar, dass es sich verletzt oder sogar tötet, doch könnte der Hintermann Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens haben, weil nur *er* weiß, dass die Motivation des Werkzeugs auf einer von ihm veranlassten falschen Vorstellung beruht. Man könnte nun durchaus sagen, dass sich die T. sehr wohl bewusst war, dass sie eine Selbst-Tötungshandlung vornahm.¹¹⁶ Immerhin hatte sie eine Lebensversicherung zugunsten des A. abgeschlossen, die nur in ihrem Todesfall fällig geworden wäre. Zudem stünden Wiedergeburtsvorstellungen der Kenntnis des Todes nicht entgegen.¹¹⁷ Im Sinne eines ständig präsenten Weltwissens könnte man davon ausgehen, dass jeder Erwachsene weiß, was elektrischer Strom im Wasser bewirkt, und die Vorstellung, die Seele werde sich vom bisherigen Körper trennen, für die Annahme von Tötungsvorsatz ausreicht.¹¹⁸ Die T. hätte sich nach dieser Lösung falsche Vorstellungen von den realen Folgen des Sterbens gemacht, indem sie an eine abstruse Form des Weiterlebens in einem anderen Körper und auf einem anderen Stern glaubte (= Motiv ihres Selbsttötungsversuchs), so dass ihr die normative Handlungskompetenz fehlen würde. Wahnhafte Vorstellungen von Leuten, die an Körperwechsel bzw. Befehle von Katzenkönigen oder Satan höchstpersönlich glauben, können indes in einem auf Rationalität gegründeten Strafrechtssystem über §§ 20, 21 hinaus nicht als zurechnungsrelevantes Wissen bzw. Nichtwissen berücksichtigt werden.¹¹⁹ So sind abergläubische Versuche (z.B. „totbeten“ des Nebenbuhlers) genau so strafrechtlich irrelevant, wie Irrationalismen für das „ernsthafte Bemühen“ beim Rücktritt (Beispiel: der reuige Attentäter betet, dass sein schwer verletztes Opfer überlebt).

Auch besteht wohl kein Zweifel am Tötungsvorsatz der Mutter, die ihr Kind in der Hoffnung aus dem Fenster wirft, es komme auf den Sirius bzw. Engel würden es auffangen. Eine Planung mit übersinnlichen Elementen kann daher immer nur zum rechtlich irrelevanten Motiv- oder Subsumtionsirrtum führen und unterfällt nicht dem Schutzbereich des ausschließlich auf irdische Rechtsgüter bezogenen Strafrechts.¹²⁰

Roxin selbst, der (auf der Grundlage einer *faktisch* verstandenen Irrtumsherrschaft) den Irrtum über den konkreten Handlungssinn ursprünglich für *volldeliktisch*

handelnde Werkzeuge entwickelt hat, ist mittlerweile zu dem Schluss gekommen, dass es sich bei täuschungsbedingten Selbstschädigungen voll verantwortlicher und ungenötigt handelnder Menschen nur um einen „rechtlich nicht objektivierbaren Motivirrtum“ handelt, der keine Tötungstäterschaft des Hintermannes begründen kann.¹²² Daran mag man deshalb zweifeln, weil das Hervorrufen von Beweggründen durchaus eine starke Handlungsmotivation beim unmittelbar Handelnden entfalten und dessen Willensbildung einengen kann,¹²³ während es dem Hintermann ein *psychologisch-faktisches Übergewicht* verleiht.¹²⁴ So konnte der A. im Sirius-Fall sein Opfer nach einer gewissen Zeit nach Belieben final tatbestandsgestaltend steuern und damit auch entscheiden, *ob, wann* und *wies* sich die T. von ihrer sterblichen Hülle trennen sollte, um ihren Körper zu wechseln und ebenfalls ein „Sirianer“ zu werden. Dem A. war auch bewusst, dass das Verhalten der ihm hörigen T. ganz von seinen Vorspiegelungen und Anweisungen bestimmt wurde und hielt damit im Ergebnis - so die gängigen Formulierungen der Tatherrschaftslehre (die für Konstellationen der Irrtumsherrschaft freilich zu modifizieren ist) - das von seinem Vorsatz umfasste Tatgeschehen in den Händen und konnte als Zentralgestalt des Geschehens die Tat nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen.

Man könnte auch sagen, dass der A. das Geschehen kraft finaler Steuerung und finalem Verwirklichungswillen als Bestandteil des Vorsatzes beherrschte.¹²⁵ Der A. wollte die Tat auch als eigene mit *animus auctoris* bewirken, um - nachdem er die offiziell für das fiktive Kloster des fiktiven Mönchs Uliko gedachten 30.000 DM für sich verbraucht hatte - in den Genuss der Lebensversicherung zu kommen. Dieser Befund vermag am Ergebnis der Unbeachtlichkeit von Motivirrtümern jedoch nichts zu ändern, da das geltende Strafrecht den außerhalb von Unrecht und Erfolg liegenden Motivirrtum für rechtlich nicht relevant erklärt. Die Rechtsordnung kümmert sich nicht um die *Sinnbedeutung*, die z.B. der

114 *Joerden*, Vom Sirius zum Katzenkönig, S. 10.

115 BGH, GA 1986, 508 ff. Kritisch dazu: *Charalambakis*, GA 1986, 485 (501).

116 So: *Merkel*, JZ 1999, 502 (505); *Jakobs*, AT, 21 Fn. 142.

117 *Jakobs*, a.a.O.

118 *Joerden*, Vom Sirius zum Katzenkönig, S. 10.

119 *Joerden*, Vom Sirius zum Katzenkönig, S. 11, 14. Freilich kann es wie im Satanisten-Prozess zur Verhängung von Maßregeln nach § 63 kommen.

120 *Roxin*, TuT, S. 587.

121 *Roxin* in: TuT, 1. Auflage, S. 212 f., BGHSt 32, 38 (43) hat den Begriff im Sirius-Fall aufgenommen.

122 LK-*Roxin*, § 25 Rn. 106; *Köhler*, AT, S. 510 weist zutreffend darauf hin, dass der unmittelbar Handelnde bei der Vermittlung eines Motivirrtums nicht als Mittel eingesetzt wird, sondern vielmehr Anstiftung vorliegt.

123 *Meyer*, Autonomie, S. 175 ff.

124 So: *Herzberg*, Jura 1990, 16 (26) mit dem Beispiel: Der Hintermann sagt wahrheitswidrig zum Vordermann: „Der da hat dein Kind missbraucht.“

125 Zu diesen Kriterien: *Stratenwerth*, AT, Rn. 750.

Selbstmord, die Organspende oder das Rechtsgeschäft für den Einzelnen hat. Wer sich selbst tötet, kennt alle rechtlich relevanten Tatsachen; die Seele oder die körperliche Unversehrtheit in ihrem „Tauschwert“ sind eben keine strafrechtlichen Schutzgüter.

Die Berücksichtigung nicht rechtsgutsbezogener Motivirrtümer müsste i.ü. am Bestimmtheitsgebot scheitern: Wer könnte schon mit der gebotenen Rechtssicherheit voraussagen, wann ein Motiv hinreichend relevant wäre, um die Verantwortung auf den täuschenden Hintermann verlagern zu können? Auch naiven und leichtgläubigen Opfern ist es darüber hinaus bis zur Druckgrenze des § 35 zuzumuten, das ihnen vermittelte Motiv – z.B. in Gestalt frei erfundener Schreckensnachrichten über den bevorstehenden Weltuntergang, die eigene unheilbare Krankheit oder das angeblich abgebrannte Eigenheim – auf seinen Wahrheitsgehalt zu überprüfen, bevor es sich vorschnell blindlings in den Tod stürzt. Letztlich würde die Berücksichtigung von Motivirrtümern auf ein bedenkliches case-law hinauslaufen.

V. Schlussbetrachtung

A. hätte unter dem Gesichtspunkt der §§ 212, 211, 22, 25 I Var. 2 vom BGH freigesprochen werden müssen, da es eine mittelbare Täterschaft bei irrtumsbedingter Selbstschädigung des Opfers nicht geben kann und in keinem anderen Land der Welt gibt. Eine Irrtumsherrschaft kann mangels Anwendbarkeit der gesetzlichen Irrtumsregeln nicht angenommen werden, der gesetzlich nicht geregelte Irrtum über den konkreten Handlungssinn vermag als Unterfall des außerhalb des Unrechts- bzw. Erfolgsbereichs liegenden Motivirrtums die Tatherrschaft des Hintermannes ebenfalls nicht zu begründen. Ohne Vorliegen eines rechtlich relevanten Irrtums handelt der Vordermann indes im Rechtssinne eigenverantwortlich und eine Zurechnung über § 25 I Var. 2 zur Tat des Hintermannes kommt nicht in Betracht.

Auf dem Boden einer normativen Tatherrschaftslehre kann de lege ferenda nur ein besonderer Tatbestand § 212a des „Verleitens oder Hilfe leisten zum Selbstmord aus selbstsüchtigen Gründen“ nach dem Vorbild von Art. 115 schweizStGB, Art. 301 griechStGB, Art. 409 spStGB, Art. 151 Kodeks Karny und § 78 östStGB das zweifellos verwirklichte, aber nach dem Gesetz tatbestandslose Strafunrecht des Hintermannes erfassen und zu einer von wohl den meisten Juristen als gerecht empfundenen Strafbarkeit des Hintermannes führen, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Gesetzlichkeitsprinzips (Art. 103 II GG) standhält. Ein solcher Tatbestand, den nur das deutsche, schwedische, belgische, luxemburgische und französische Strafrecht nicht kennen, vermag auch den gesetzlichen Widerspruch zwischen strafloser Beihilfe zum Selbstmord und Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen aufzulösen.

Paragraph 78 östStGB und Art. 301 griechStGB sehen für die Mitwirkung am Selbstmord einen Strafraum von 6 Monaten bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe vor. Der Vorschlag von Klinkenberg den Strafraum des § 216 für Fälle der Mitwirkung am Suizid analog (!) anwenden, verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG, das sich sowohl auf den Tatbestand als auch auf die Rechtsfolge bezieht.

126 Zur Unbeachtlichkeit von Motivirrtümern im Zivilrecht: Palandt-*Heinrichs*, § 119 Rn. 29 (kein Anfechtungsrecht); Ausnahme bei der Anfechtung des Testaments nach § 2078, dazu: Palandt-*Edenhofer*, § 2078 Rn. 4.

127 Als zu unbestimmt und i.ü. praktisch kaum durchführbar erscheint eine Abgrenzung nach abnehmender Rechtsgutsnähe anhand von Gewicht, Folgen oder bloßen Umständen des Motivirrtums, wie *Neumann*, JA 1987, 244 (253 f.) sie vorgeschlagen hat. So auch: *Walther*, Eigenverantwortlichkeit, S. 199, die Motivirrtümer dennoch für tatherrschaftsbegründend hält (200).

128 *Simson*, Die Suizidat, S. 58.

129 Das gleiche muss dementsprechend für die Nötigungsherrschaft im 2-Personen-Verhältnis gelten; auch diesen sog. „Quasi-Notstand“ kann es mangels Anwendbarkeit der sich nur auf *externe* Güterkonflikte beziehenden Regelung des § 34 nicht geben. Für die Nötigung zum Suizid verbleibt § 240.

130 Über die Tatbestandsmerkmale „Verleiten“ bzw. „Hilfe leisten“ wäre eine Abgrenzung zum eigenverantwortlich vorgenommenen Suizid vorzunehmen. Ähnlich: *Frisch*, Zurechnung, S. 161, der hier ein abstraktes Gefährdungsdelikt für sinnvoll hält. *Charalambakis*, GA 1986, 485 (501) weist auf die Auslegungsprobleme des Merkmals „Verleiten“ hin. Eine ausführliche Erörterung der ausländischen Regelungen findet sich bei *Simson*, Die Suizidat, S. 45 ff; *Heine*, JR 1986, 314 ff.

131 *Köhler*, AT, S. 525.

132 *Simson*, Die Suizidat, S. 46 f.

133 *Arzt/Weber*, BT, 3/32 u. 37 f; ähnlich: *Joeks*, StuK, § 216 Rn. 1.

134 JR 1978, 441 (445).

ANZEIGE



Die guten ins Töpfchen, die schlechten ins Kröpfchen?

„Stoppt PID & Klonen“ kämpft
gegen die Einführung der
Präimplantationsdiagnostik (PID).

Helpen Sie mit Ihrer Spende!
www.stoppt-pid-und-klonen.de

Prof. Dr. Manfred Spieker, Osnabrück

Grenzen der Gewissensfreiheit¹ - Zur Bedeutung von Artikel 4 Abs. 1 GG -

Wer die Frage nach den Grenzen der Gewissensfreiheit beantworten will, muss sich Klarheit darüber verschaffen, was die in Art. 4 Abs. 1 GG gewährleistete Gewissensfreiheit ist. Dies ist nicht leicht, da die Interpretationen dieses Grundrechts beträchtlich schwanken. Auf der einen Seite stehen restriktive Interpretationen, die die Gewissensfreiheit auf das *forum internum*, also eine persönliche Entscheidung ohne Handlungsfolgen einengen wollen, auf der anderen extensive Interpretationen, die in der Gewissensfreiheit die Garantie individueller Autonomie sehen, der die gesamte Rechtsordnung unterzuordnen ist.² Dies zwingt dazu, nach dem Gewissen selbst zu fragen, nach seiner Natur, ohne die sich Bedeutung, Reichweite und damit Grenzen dieses Grundrechts nicht bestimmen lassen. Bei der Beantwortung dieser Frage ist allerdings mit nicht weniger Schwierigkeiten zu rechnen als bei den Interpretationen des Art. 4 Abs. 1 GG. In einem ersten Schritt aber ist auf die Anlässe, genauer die Missbräuche der Gewissensfreiheit zu blicken, die in den vergangenen Jahren der Frage nach den Grenzen der Gewissensfreiheit eine neue Aktualität verliehen haben.

I. Missbräuche der Gewissensfreiheit

Die Grenzen der Gewissensfreiheit sind in den vergangenen 30 Jahren in mehreren Feldern der politischen Auseinandersetzung verwischt worden: in der Abtreibungsdebatte, im Bereich der Demonstrationsfreiheit, des Asylrechts und der Steuer- und Abgabepflichten. In der Abtreibungsdebatte sollte die Abtreibung unter Berufung auf eine Gewissensentscheidung der Schwangeren legitimiert werden, bei Demonstrationen die Blockade von Kasernenorten oder Atomkraftanlagen durch pazifistische Gruppen oder Gegner der Kernenergie, im Asylrecht die Gewährung von Kirchenasyl durch Pfarrgemeinderäte oder Pfarrer und im Steuer- und Abgabenrecht der vollständige oder partielle Zahlungsboykott durch Rüstungs- oder Kernkraftgegner. Aber während die Berufung auf die Gewissensfreiheit bei Demonstrationen und Blockaden, bei Asylgewährung oder Steuer- und Abgabenboykott allein eine Angelegenheit der Täter war, der weder die Gerichte noch der Gesetzgeber folgten, beschränkte sie sich in der Abtreibungsdebatte nicht auf die abtreibungswilligen Schwangeren. Die Berufung auf Gewissensentscheidung und Gewissensfreiheit fand vielmehr auch Eingang in höchstrichterliche Urteile, in Gesetzestexte und -begründungen und sogar in wichtige Dokumente kirchlicher Einrichtungen.

Den Anfang dieser fatalen Entwicklung machte das Bundesverfassungsgericht selbst, das in seinem Abtreibungsurteil 1975 zwar die von der sozialliberalen Koalition 1974 beschlossene Fristenregelung als grundgesetzwidrig verwarf, aber zugleich meinte feststellen zu müssen, dass es bei einer unfreiwilligen Schwangerschaft eine Konfliktlage geben könne, die „keine eindeutige moralische Beurteilung zulässt und in der die Entscheidung zum Abbruch einer Schwangerschaft den Rang einer achtenswerten Gewissensentscheidung haben kann.“ Dies verpflichtete den Gesetzgeber bei der Reform des § 218 StGB zu besonderer Zurückhaltung. Deshalb sei die Lösung solcher Konflikte durch eine Strafandrohung nicht angemessen, „da sie äußeren Zwang einsetzt, wo die Achtung vor der Persönlichkeitssphäre des Menschen volle innere Entscheidungsfreiheit fordert“.³

Mit dieser Feststellung und dem Hinweis, dass der Gesetzgeber nicht gehindert sei, „die grundgesetzlich gebotene rechtliche Missbilligung des Schwangerschaftsabbruchs auch auf andere Weise zum Ausdruck zu bringen als mit dem Mittel der Strafdrohung“⁴, relativierte das Bundesverfassungsgericht zahlreiche bemerkenswert klare Aussagen zum Vorrang des Lebensrechts ungeborener Kinder vor den Interessen der Schwangeren, zur bewusstseinsbildenden Kraft des Strafrechts und zu den Schutzpflichten des Staates gegenüber ungeborenen Kindern. Es stellte die Weichen nicht nur für die Reform des § 218 im Jahr 1976, mit der die Indikationenregelung und insbesondere die verkappte Fristenregelung der Notlagenindikation eingeführt wurde, deren Scheitern Ende der 80er Jahre kaum jemand mehr bezweifelte, sondern auch schon für die erneuten Reformen des Abtreibungsstrafrechts 1992 und 1995, mit denen der Paradigmenwechsel von der Strafandrohung zum Beratungsangebot vollzogen wurde. In § 219 StGB schrieb der Gesetzgeber 1992, die Beratung „soll die Schwangere in die Lage versetzen, eine verantwortungsbewusste eigene Gewissensentscheidung zu treffen“.

Die Reform von 1992 kam erneut vor das Bundesverfassungsgericht, das am 28. Mai 1993 ein Urteil voller Wi-

1 Vortrag bei der 11. Theologischen Sommerakademie in Dießen am 3. September 2003.

2 Vgl. auch die Übersicht über verschiedene Interpretationen des Art. 4 Abs. 1 GG bei *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 28 (1970), S. 34f.

3 BVerfGE 39, 48f.

4 BVerfGE 39, 46.

dersprüche fällte.⁵ Es bestätigte einerseits den Paradigmenwechsel von der Strafandrohung zum Beratungsangebot und damit auch die Fristenregelung. Es verwarf aber andererseits die Etikettierung der Abtreibungen nach Beratung als „nicht rechtswidrig“, das heißt als rechtmäßig. Es kritisierte die mangelhafte Orientierung der Beratungsregelung am Lebensschutz und es stellte fest, dass es nicht angehe, dass sich eine Schwangere bei einer Abtreibung auf die in Art. 4, Abs. 1 GG geschützte Gewissensfreiheit berufe. Diese Feststellung war eine deutliche Kritik am Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts, der ebendies in seinem Abtreibungsurteil 1975 behauptet hatte. Der Zweite Senat stellte 1993 fest, der Gesetzgeber habe 1992 die von der Schwangeren nach der Beratung getroffene Abtreibungsentscheidung als „Gewissensentscheidung“ bezeichnet. Damit wollte er „offenbar an eine Formulierung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 39,48) anknüpfen, wonach die Entscheidung zum Abbruch der Schwangerschaft den Rang einer achtenswerten Gewissensentscheidung haben kann. Indes kann die Frau, die sich nach Beratung zum Abbruch entschließt, für die damit einhergehende Tötung des Ungeborenen nicht etwa eine grundrechtlich in Art. 4 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition in Anspruch nehmen“.⁶

So ungewöhnlich dieser Widerspruch zum ersten Abtreibungsurteil auch war, der Gesetzgeber beachtete in seiner erneuten, nunmehr vierten Reform des Abtreibungsstrafrechts 1995 die Vorgaben des Gerichts für das Beratungssystem nur unzulänglich. Die Beratung soll, so der heute geltende § 219, der Schwangeren helfen, „eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung zu treffen“. Sie soll sich zwar von dem Bemühen leiten lassen, die Schwangere zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen, aber sie soll dennoch, so das Schwangerschaftskonfliktgesetz in § 5 „ergebnisoffen“ sein und „nicht belehren oder bevormunden“.

Die Verwirrung um das Gewissen, die Gewissensfreiheit und ihre Grenzen hatte im Vorfeld dieser Reformen des Abtreibungsstrafrechts auch die Politik der CDU/CSU geprägt und sogar kirchliche Stellen erreicht. In der Politik der CDU gehörte die Ende der 80er und Anfang der 90er Jahre einflussreiche Bundestagspräsidentin Rita Süßmuth zu den Protagonisten des Paradigmenwechsels, für die Abtreibung eine Gewissensentscheidung der Schwangeren war, die der Staat durch ein obligatorisches Beratungsangebot erleichtern sollte.⁷ Innerhalb der katholischen Kirche war es der Deutsche Caritasverband, der in seinen Rahmenrichtlinien für die Beratung in Schwangerschaftskonflikten den Beraterinnen schon 1984 das Ziel vorgab, den Schwangeren zu helfen, „eine eigene, freie und persönlich verantwortete Entscheidung zu finden“. Die Beraterin müsse „die verantwortliche Gewissensentscheidung der ratsuchenden Frau respektieren, auch wenn diese sich für den Schwangerschaftsabbruch entscheidet“.⁸ Das Anstößige dieser

Richtlinien war nicht die Aufforderung zum Respekt, den die Beraterinnen der Schwangeren entgegenbringen sollen, selbst wenn diese sich für eine Abtreibung entscheidet, sondern die Vorstellung, Abtreibung könne eine verantwortliche Gewissensentscheidung sein, mithin Schwangere könnten eine Abtreibung für ihre sittliche Pflicht halten. Diesen verhängnisvollen Irrtum kritisierte Robert Spaemann schon 1988: Wenn der Wunsch einer Schwangeren, sich ihres Kindes zu entledigen, stärker ist als ihr Gewissen oder ihr Gewissen die Abtreibung nicht verbietet, weil es schweigt, zum Schweigen gebracht oder zum Nachgeben überredet wurde, dann sei die Gleichsetzung einer dem Gewissen abgerungenen mit einer vom Gewissen befohlenen Entscheidung ein Missbrauch der klassischen Lehre vom Gewissen, „der nur sophistisch genannt werden kann.“⁹

Der bis zum Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts 1993 weit verbreitete Irrtum, Abtreibung könne eine achtenswerte Gewissensentscheidung sein und die abtreibungswillige Schwangere könne das Grundrecht der Gewissensfreiheit in Art. 4 Abs. 1 GG in Anspruch nehmen, zwingt dazu, systematisch nach der Bedeutung und den Grenzen der Gewissensfreiheit und auch nach dem Begriff des Gewissens zu fragen. Dass das Urteil von 1993 half, die Verwirrung um die Gewissensfreiheit wenn schon nicht zu beenden, so doch einzudämmen, gehört zu den Lichtseiten des Urteils, die ob seiner vielen Schattenseiten nicht vergessen werden sollen.¹⁰ Aber es bleibt erstaunlich, dass es eines Verfassungsgerichtsurteils bedurfte, um an diese Grenze der Gewissensfreiheit zu erinnern. Wäre dies nicht zuvörderst eine Aufgabe der Christdemokraten in der Politik oder des Zentralkomitees der deutschen Katholiken oder auch der deutschen Bischöfe und der Moraltheologen gewesen?

II. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit

Das Grundgesetz bekennt sich in Art. 4 Abs. 1 GG zur Gewissensfreiheit. Es stellt lapidar fest: „Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletz-

5 *Manfred Spieker*, Kirche und Abtreibung in Deutschland. Ursachen und Verlauf eines Konflikts, Paderborn 2000, S. 74ff.

6 BVerfGE 88, 308 und Leitsatz 5.

7 Vgl. *Rita Süßmuth*, Die Strafe darf nicht im Mittelpunkt stehen, Interview mit dem Rheinischen Merkur vom 10.8.1990.

8 *Deutscher Caritasverband*, Hrsg., Ja zum Leben. Rahmenbedingungen für die Arbeit katholischer Beratungsstellen für werdende Mütter in Not- und Konfliktsituationen, Freiburg 1984, S. 7 und 14.

9 *Robert Spaemann*, Verantwortung für die Ungeborenen, in: Schriftenreihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht, Bd. 5, Köln 1988, S. 25f.

10 *M. Spieker*, Licht und Schatten eines Urteils. Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 218 vom 28.5.1993, in: *Hans Thomas/Winfried Kluth* (Hg.), Das zumutbare Kind. Die zweite Bonner Fristenregelung vor dem Bundesverfassungsgericht, Herford 1993, S. 317ff.

lich“. Es kennt keinen Gesetzesvorbehalt und keine Schranken. Die verfassungsrechtlichen Kommentare sind sich darin einig, dass die Gewissensfreiheit in Art. 4 nicht nur ein Synonym für die Glaubensfreiheit ist. Ihr kommt eine eigenständige Bedeutung zu.¹¹ Die historische Entwicklung des Grundrechts der Gewissensfreiheit zeigt aber, dass die Gewissensfreiheit eng mit der Glaubensfreiheit verbunden ist. In den reformatorischen und nachreformatorischen Auseinandersetzungen des 16. und 17. Jahrhunderts war die Proklamierung der Gewissensfreiheit die Grundlage für die Forderung nach Glaubensfreiheit. Sie war ein Abwehrrecht des Individuums gegen obrigkeitlichen Glaubens- und Bekenntniszwang. Sie sollte die Freiheit gewährleisten, nicht zur Annahme oder Beibehaltung eines bestimmten Glaubens oder Bekenntnisses gezwungen zu werden. Diese Freiheit bezog sich bereits im Westfälischen Frieden von Münster und Osnabrück 1648 nicht nur auf das *forum internum*, also die innere, persönliche Gewissensentscheidung, sondern auch auf ein begrenztes Handeln gemäß dem eigenen Gewissen, nämlich das Recht, Hausandachten gemäß dem eigenen Bekenntnis abzuhalten und notfalls um der freien Religionsausübung willen auszuwandern. Gewissensfreiheit bedeutete mithin noch nicht Religionsfreiheit. Das Recht, in Glaubenssachen keinem obrigkeitlichen Zwang ausgesetzt zu sein, galt im 17. und 18. Jahrhundert auch nur für Angehörige der drei im Reich anerkannten Konfessionen: Lutheraner, Reformierte und Katholiken, nicht dagegen für Angehörige von Sekten oder anderen Religionen.

Bis in die Weimarer Verfassung hinein war die Gewissensfreiheit an die Glaubensfreiheit gekoppelt und sie war im Aufbau der Verfassung Teil des Abschnitts über die Religion und die Religionsgemeinschaften.¹² Das Grundgesetz löste diesen Zusammenhang auf. Es plazierte die eigenständige Freiheit des Gewissens neben der Freiheit des Glaubens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses im Grundrechtsteil. Damit wollte es der Gewissensfreiheit einen eigenen Rang zukommen lassen, den es auch noch dadurch unterstrich, dass es geradezu feierlich erklärte, diese Freiheiten seien „unverletzlich“ und auf jede Beschränkung durch „allgemeine Staatsgesetze“ verzichtete.

Um den Rang, den der Parlamentarische Rat der Gewissensfreiheit zuerkannte, richtig zu verstehen, müssen, wie auch bei vielen anderen Bestimmungen des Grundgesetzes, die Erfahrungen mit der totalitären Herrschaft der Nationalsozialisten berücksichtigt werden. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit war in jenen Jahren besonderer Missachtung und Gefährdung seitens des Staates ausgesetzt. So gehört das Bekenntnis zur unverletzlichen Freiheit des Glaubens und Gewissens zu jenen Pfeilern des Grundgesetzes, die wie Art. 1, 2 und 3 sowie die Präambel die Staatsphilosophie des Parlamentarischen Rates sichtbar werden lassen. Im Mittelpunkt die-

ser Staatsphilosophie steht ein neues Verständnis von den Aufgaben des Staates und vom Verhältnis Individuum – Staat. Der Staat des Grundgesetzes ist um des Menschen willen da. Er bekennt sich zu vorstaatlichen Menschenrechten. „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“ (Art. 1 Abs. 1 GG). Konrad Adenauer brachte diese neue Staatsphilosophie in einer Rede in der Kölner Universität schon am 24. März 1946 auf den Punkt: „Die menschliche Person hat eine einzigartige Würde, und der Wert jedes einzelnen Menschen ist unersetzlich. Aus diesem Satz ergibt sich eine Staats-, Wirtschafts- und Kulturauffassung, die neu ist gegenüber der in Deutschland seit langem üblichen ... Der Staat besitzt kein schrankenloses Recht; seine Macht findet ihre Grenzen an der Würde und den unveräußerlichen Rechten der Person.“¹³ Diese Würde ist jeder Abwägung entzogen. Sie gilt als „oberstes Konstitutionsprinzip allen objektiven Rechts“. Verletzt wird sie, wenn der Mensch „zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“.¹⁴ Mit Art. 1 Abs. 1 hat das Grundgesetz das Naturrecht in die Verfassungsordnung rezipiert. Dieser Artikel bestimmt und beschränkt die Legitimität von Staat und Recht.

Das Grundrecht der Gewissensfreiheit steht im Dienst dieser Menschenwürde. Sein Kern und sein eigentliches Schutzgut ist nicht die Handlungsfreiheit, sondern die Garantie der Unverletzlichkeit des Gewissens, aus der

11 *Willi Geiger*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: Staat und Gewissen, Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern, Heft 8, hrsg. von Karl Forster, München 1959, S. 17; *Roman Herzog*, in: *Maunz-Dürig*, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 4, Rn 123; *Ernst-Wolfgang Böckenförde* (Anm. 2), S. 46; *Wolfgang Loschelder*, Gewissen, Gewissensfreiheit – Recht, in: Staatslexikon, 7. Aufl., Bd. 2, Freiburg 1986, Sp. 1056; *Herbert Bethge*, Gewissensfreiheit, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von *Josef Isensee* und *Paul Kirchhof*, Bd. VI, 2. Aufl. Karlsruhe 2001, S. 438.

12 Art 135 WV „Alle Bewohner des Reiches genießen volle Glaubens- und Gewissensfreiheit. Die ungestörte Religionsausübung wird durch die Verfassung gewährleistet und steht unter staatlichem Schutze. Die allgemeinen Staatsgesetze bleiben hiervon unberührt.“

13 *Konrad Adenauer*, Reden 1917.1967, hrsg. von *Hans-Peter Schwarz*, Stuttgart 1975, S. 86f.

14 So *Günter Dürig* in seiner einflussreichen Kommentierung von Art. 1 Abs. 1 GG, in: *Maunz-Dürig*, Kommentar zum GG, Art. 1 Rn 4, 14 und 28. Im Gegensatz zu *Dürig* hat *Matthias Herdegen* in seiner Neukomentierung von Art. 1 Abs. 1, in: *Maunz-Dürig*, Kommentar zum GG, Art. 1, Rn 35 und 36 2003 dieses naturrechtliche Fundament als zeitbedingt und *Dürigs* Objektformel als „letztlich nicht mehr tragende Orientierungshilfe“ abgetan und für eine „prozesshafte Betrachtung des Würdeschutzes mit entwicklungsabhängiger Intensität eines bestehenden Achtungs- und Schutzanspruches“ plädiert, die jedwede Abwägung der Menschenwürdegarantie mit anderen Interessen ermöglicht. Embryonale Stammzellforschung, Präimplantationsdiagnostik, therapeutisches Klonen, positive Eugenik, homologe und heterologe In-Vitro-Fertilisation und Abtreibung sind deshalb für Herdegen genauso mit der Menschenwürde vereinbar wie die Keimbahntherapie, das Recht auf Selbstmord und die Sterilisation von Einwilligungsunfähigen (Rn 51-109). Vgl. auch die Kritik an *Herdegens* Neukomentierung von *E.-W. Böckenförde*, Die Würde des Menschen war unantastbar, in: FAZ vom 3.9.2003.

sich das Verbot für die staatlichen Gewalten ergibt, den Menschen zu einem Verhalten zu zwingen, das dem Gebot seines Gewissens widerspricht.¹⁵ Zu einer Handlung gezwungen zu werden, die seinen tiefsten, inneren Überzeugungen widerspricht, würde die Identität des Menschen brechen und damit seine Menschenwürde verletzen. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit gewährleistet das Recht, sich einem solchen Zwang zu entziehen. Es verpflichtet alle staatlichen Gewalten, solche Zwänge zu vermeiden und die Gewissensfreiheit der Bürger auch dadurch zu schützen, dass er z. B. bei der Regelung der Wehrpflicht oder der Schulpflicht Vorkehrungen trifft, dass der von diesen Pflichten betroffene Bürger nicht gegen sein Gewissen zu handeln gezwungen wird, dass ihm Alternativen angeboten oder ermöglicht werden und dass Toleranz gefördert wird. Dass die Freiheit des Gewissens über den Bereich des Glaubens und der Religion hinausgeht, zeigt das Recht auf Kriegsdienstverweigerung in Art. 4 Abs. 3 GG: „Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden.“ Dass der, der den Kriegsdienst aus Gewissensgründen verweigert, zu einem Ersatzdienst verpflichtet werden kann (Art. 12a Abs. 2 GG), steht der Gewissensfreiheit nicht entgegen.

Es gibt noch weitere Bereiche, in denen die Gewissensfreiheit verfassungsrechtlich ausdrücklich geschützt wird, so im Hinblick auf die Erteilung von Religionsunterricht in Art. 7 Abs. 3 GG, zu der kein Lehrer gegen sein Gewissen verpflichtet werden darf, oder im Hinblick auf die Freiheit der Bundestagsabgeordneten, die laut Art. 38 Abs. 1 GG „an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“ sind.¹⁶ Das Recht, eine Mitwirkung an Schwangerschaftsabbrüchen zu verweigern, ist in § 12 Abs. 1 des Schwangerschaftskonfliktgesetzes verbrieft, ohne dass das Gewissen ausdrücklich genannt wird. Gemeint ist aber, dass Ärzte und Pflegekräfte nicht gegen ihr Gewissen gezwungen werden können, an Abtreibungen mitzuwirken. Allerdings hebt Abs. 2 dieses Recht für den Fall einer medizinischen Indikation gleich wieder auf. Dies widerspricht m. E. dem Grundrecht der Gewissensfreiheit, das auch für diesen Fall gelten muss.

Die Konkretisierungen des Grundrechts der Gewissensfreiheit machen zweierlei deutlich. Zum einen, dass das Grundgesetz das Gewissen nicht nur als ein religiös geprägtes Gewissen versteht. Es geht vielmehr davon aus, dass jedem Menschen – auch dem Agnostiker – ein Gewissen zukommt, das ihm verpflichtende Anweisungen gibt, etwas zu tun oder zu unterlassen. Zum anderen zeigen diese Konkretisierungen, dass das Grundrecht der Gewissensfreiheit nicht nur das innere Gewissensurteil schützt, sondern auch die entsprechenden Handlungsfolgen, die „Gewissensbetätigung“. Darin sind sich die meisten Kommentare zu Art. 4 Abs. 1 GG einig. Die Gewissensfreiheit „umfasst also nicht nur die Freiheit zum

Haben eines Gewissens, sondern ebenso auch die Freiheit, vom Staat ... nicht gehindert zu werden, sich diesem Gewissen, d. h. seinen Geboten und Verboten, gemäß zu verhalten.“¹⁷ Auch die Rechtsprechung der obersten Gerichte lässt keinen Zweifel daran, dass zur Gewissensfreiheit das Recht gehört, dem Gewissen gemäß zu handeln. Als Gewissensentscheidung ist, so das Bundesverfassungsgericht, „jede ernste sittliche, d. h. an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung anzusehen, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“.¹⁸ Für das Bundesverwaltungsgericht ist das Gewissen „eine im Inneren vorhandene Überzeugung von Recht und Unrecht und die sich daraus ergebende Verpflichtung zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen“.¹⁹ Aber wie weit reicht die Handlungsfreiheit gemäß dem eigenen Gewissen, die im Grundrecht der Gewissensfreiheit enthalten ist? Für jede staatliche Ordnung stellt sich damit die Frage nach den Grenzen der Gewissensfreiheit.

III. Die Grenzen der Gewissensfreiheit

Würde die Gewissensfreiheit als schrankenlose Handlungsfreiheit verstanden, wäre die logische Konsequenz die Infragestellung der staatlichen Ordnung. Die Verbindlichkeit der Rechtsordnung würde unter den Vorbehalt der moralischen Akzeptanz geraten.²⁰ Jeder könnte behaupten, durch sein Gewissen von der Befolgung der Gesetze dispensiert zu sein. Die Gewissensfreiheit würde zum Einfallstor der Anarchie. Soweit kann das Grundrecht der Gewissensfreiheit nicht gehen. Eine schrankenlose Handlungsfreiheit ist im übrigen schon durch Art. 2 Abs. 1 GG ausgeschlossen, der jedem das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nur insoweit gewährleistet, als er „nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“

15 E.-W. Böckenförde (Anm. 2), S. 64; Andreas Püttmann, Ziviler Ungehorsam und christliche Bürgerloyalität. Konfession und Staatsgesinnung in der Demokratie des Grundgesetzes, Paderborn 1994, S. 423.

16 Ähnliche Vorschriften finden sich auch in vielen Länderverfassungen: vgl. z. B. Verfassung Baden-Württemberg, Art. 27 Abs. 3; Bayern, Art. 13 Abs. 2; Rheinland-Pfalz, Art. 79; Saarland, Art. 66 Abs. 2; Sachsen, Art. 39 Abs. 3; Sachsen-Anhalt, Art. 41 Abs. 2; Thüringen, Art. 53 Abs. 1.

17 E.-W. Böckenförde (Anm. 2), S. 53. Vgl. auch R. Herzog (Anm. 11), Rn 135; W. Geiger (Anm. 11), S. 26f.; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. Karlsruhe 1972, S. 156, Matthias Herdegen, Gewissensfreiheit, in: Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., hrsg. von Joseph Listl und Dietrich Pirson, Bd. 1, Berlin 1994, S. 492.

18 BVerfGE 12, 55.

19 BVerwGE 7, 246.

20 So W. Loschelder (Anm. 11), Sp. 1057, der deshalb gegenüber einer Ausweitung der Gewissensfreiheit über das forum internum hinaus skeptisch ist.

Auch wenn sich das Grundgesetz in Art. 4 Abs. 1 zur „Unverletzlichkeit“ der Gewissensfreiheit bekennt und weder einen Gesetzesvorbehalt noch allgemeine Schranken kennt, kommen staatliche Rechtsordnung und Gerichte „nicht daran vorbei, die unüberschreitbaren Grenzen möglicher Gewissensbestätigung abzustechen“,²¹ da Freiheit als rechtliche Freiheit niemals schrankenlos und absolut sein kann – will sie nicht zuerst in die Anarchie und dann in eine Diktatur führen. Welche Schranken aber unüberschreitbar sind und welche nicht, darüber wird im Verfassungsrecht wie in der Politik heftig und auch kontrovers diskutiert. Sind es die allgemeinen Gesetze, die Rechte anderer, die Grundwerte der Verfassung oder erst die bloße Existenz der staatlichen Ordnung?

Die Gewissensfreiheit unter den Vorbehalt der allgemeinen Gesetze zu stellen,²² dürfte eine zu enge Grenzziehung bedeuten. Schon die Konkretisierung der Gewissensfreiheit im Falle der Wehrpflicht zeigt, dass es Handlungspflichten gibt, von denen das Grundrecht auf Gewissensfreiheit befreien kann. Auch bei der Schulpflicht dürfte es im Falle der Sexualkunde und des Sport- bzw. des Schwimmunterrichts für muslimische Mädchen solche gewissensbedingten Befreiungen geben. Die Gewissensfreiheit auf der anderen Seite erst dann zu beschränken, wenn die Existenz des Staates bedroht ist, muss als eine zu weite Grenzziehung abgelehnt werden. Sie hätte zur Folge, dass die Rechte Dritter so lange unter Berufung auf die Gewissensfreiheit eingeschränkt werden dürfen, wie die Existenz des Staates noch nicht gefährdet ist. So sind die unüberschreitbaren Grenzen der Gewissensfreiheit dort zu ziehen, wo ihre Inanspruchnahme ein Handeln zur Folge hat, das in die elementaren Rechte Dritter eingreift oder den Bestand der rechtsstaatlichen Verfassungsordnung des Grundgesetzes gefährdet. Die erste Schranke der Gewissensfreiheit sind deshalb die Grundrechte der Mitbürger. Sie zu missachten kann durch keine Berufung auf die Gewissensfreiheit gerechtfertigt werden. „Das Gewissen, das für sich vom Staat Freiheit und unbedingte Achtung verlangt, muss auch seinerseits die Rechte und die Freiheit der anderen respektieren“. Kann es „sich zu solch elementarer Sozialverträglichkeit nicht verstehen“, ist der Staat gezwungen, „die Gewissensbetätigung zu hindern oder zu ahnden“.²³ Die Inanspruchnahme des Grundrechts der Gewissensfreiheit kann nur solche Verhaltensweisen rechtfertigen, „die nicht über die Sphäre desjenigen, der sich auf sein Gewissen beruft, hinaus gewolltermaßen in fremde Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre des anderen, Existenz des Staates) hineingreifen“.²⁴ Roman Herzog leitet die unüberschreitbare Grenze der Gewissensfreiheit vor allem aus Art. 1 Abs. 2 GG ab, d.h. eine Inanspruchnahme der Gewissensfreiheit darf nicht die Würde des Menschen und sein Recht auf Leben verletzen.²⁵ Wer diese Grenze

überschreitet, hat die strafrechtlichen Konsequenzen seiner Tat zu tragen. Vor allem das Grundrecht auf Leben ist eine solche Grenze der Gewissensfreiheit, die unter keinen Umständen überschritten werden darf. Immer wieder haben Verfassungsrechtler, aber auch Philosophen, Theologen und Politikwissenschaftler in der Geschichte der Bundesrepublik diese Grenze in Erinnerung gerufen.²⁶ Dass das Bundesverfassungsgericht mit seinem Urteil zu § 218 StGB 1975 diese Grenze missachtete, indem es die Abtreibung in den Rang einer achtenswerten Gewissensentscheidung erhob, war ein ebenso verhängnisvoller wie folgenreicher Irrtum, den dasselbe Gericht – vermutlich durch den Einfluss von Ernst-Wolfgang Böckenförde, der Mitglied des urteilenden Zweiten Senats war – 1993 korrigiert hat.

Robert Spaemann beschreibt diese erste Grenze der Gewissensfreiheit als Philosoph schon 1982. Auf die Frage, ob man das Gewissen der anderen immer respektieren müsse, antwortet er, wenn respektieren gleichbedeutend sei mit gestatten, müsse die Antwort lauten: nein. Das Gewissen respektieren kann nicht heißen, „jedermann müsse alles tun dürfen, was sein Gewissen ihm erlaubt. Denn da dürfte ja der Gewissenlose alles. Es kann aber auch nicht heißen, jedermann müsse tun dürfen, was sein Gewissen ihm gebietet ... Wenn er dabei Rechte anderer, d.h. eigene Pflichten gegen andere, verletzt, dann haben die anderen und hat auch der Staat das Recht, ihn daran zu hindern. Es gehört zu den Menschenrechten, dass das Recht eines Menschen nicht vom Gewissensurteil eines anderen Menschen abhängig gemacht wird. Über die Frage zum Beispiel, ob ungeborene Kinder etwas Schutzwürdiges sind, kann man diskutieren, wenngleich die Verfassung unseres Landes die Frage bejaht. Unsinnig aber ist der Slogan, es sei dies eine Frage, die irgendwelche Menschen in ihrem Gewissen zu entscheiden hätten. Denn entweder gibt es gar kein Lebensrecht von Ungeborenen, dann braucht man das Gewissen gar nicht zu bemühen, oder es gibt ein solches Recht, dann kann es nicht zur Disposition des Gewissens anderer Menschen gestellt werden“.²⁷

Die Gewissensfreiheit ist also kein Passepartout, mit dem sich der Staatsbürger von der Befolgung der Gesetze dispensieren und seine eigene Meinung in bestimmten Streitfragen der Asyl-, Energie- oder Verteidigungspolitik durchsetzen könnte. Die inflationäre Berufung

21 E.-W. Böckenförde (Anm. 2), S. 57; R. Herzog (Anm. 11), Rn 150; K. Hesse (Anm. 17), S. 156; H. Bethge (Anm. 11), S. 453f.

22 So M. Herdegen (Anm. 17), S. 495. Vgl. auch ders., Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, Berlin 1989, S. 287ff.

23 E.-W. Böckenförde (Anm. 2), S. 59.

24 W. Geiger (Anm. 11), S. 24f.

25 R. Herzog (Anm. 11), Rn 156.

26 W. Geiger (Anm. 11), S. 24f.; E.-W. Böckenförde (Anm. 2), S. 59; R. Herzog (11), Rn 152; H. Bethge (11), S. 450f.; M. Herdegen (Anm. 17), S. 492 und 500.

27 Robert Spaemann, *Moralische Grundbegriffe*, München 1982, S. 83. Vgl. auch ders., *Personen. Versuche über den Unterschied zwischen ‚etwas‘ und ‚jemand‘*, Stuttgart 1996, S. 189.

auf die Gewissensfreiheit, die in den 80er und 90er Jahren in diesen Politikfeldern zu beobachten war und die vielerorts Aufforderungen zum zivilen Ungehorsam oder zum gewaltbereiten Widerstand legitimieren sollte,²⁸ verträgt sich weder mit dem christlichen noch mit dem verfassungsrechtlichen Verständnis der Gewissensfreiheit. Das Gewissen ist nicht die „Eruption der Eigentlichkeit des Selbst, die man nur mit staunender Toleranz zur Kenntnis nehmen und respektieren ... kann“.²⁹ Diese Definition des Gewissens durch Niklas Luhmann, die an Martin Heideggers inhaltsleere Definition vom Gewissen als Anruf des Daseins zum ureigenen Selbstseinkönnen erinnert,³⁰ hatte auch auf die verfassungsrechtliche Diskussion einen verwirrenden Einfluss, weil sich dort die Stimmen mehrten, die behaupteten, der Staat könne im weltanschaulichen Streit um den Gewissensbegriff „nicht Partei ergreifen“.³¹ Gleichzeitig wurde aber festgehalten, dass er in diesem Streit „Position beziehen“ müsse, da er „nur schützen kann, was er auch definieren darf“. Deshalb sei es ausgeschlossen, die Definition des Gewissens „dem Grundrechtsinhaber selbst zu überlassen“.³² Somit kommt auch die verfassungsrechtliche Diskussion über die Grenzen der Gewissensfreiheit nicht darum herum, nach dem Begriff des Gewissens zu fragen. Was ist das Gewissen, wenn es mehr ist als die „Eruption der Eigentlichkeit des Selbst“, mehr als der Anruf des Daseins zum Selbstseinkönnen?

IV. Das Gewissen

In den erwähnten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts sind bereits jene Elemente des Gewissensbegriffs enthalten, die im Streit um das Gewissen und die Grenzen der Gewissensfreiheit weiterführen. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnete als Gewissensentscheidung „jede ernste sittliche, d. h. an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung ..., die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“ und das Bundesverwaltungsgericht definierte das Gewissen als „eine im Innern vorhandene Überzeugung von Recht und Unrecht und die sich daraus ergebende Verpflichtung zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen“.³³ In beiden Ausführungen ist jeweils von der intellektuellen und der affektiven Dimension des Gewissens die Rede. Die intellektuelle Dimension ist mit den Kategorien von Gut und Böse, mit der Überzeugung von Recht und Unrecht angedeutet. Die affektive Dimension ist mit der unbedingten Verpflichtung angesprochen, die der Handelnde in seinem Inneren wie einen Befehl zum Handeln oder Unterlassen erfährt und der sich zu entziehen ihm Not und Pein, eben Gewissensqualen, bereitet.

Im Begriff des Gewissens steckt der Begriff „Wissen“. Schon im lateinischen Begriff „Conscientia“ steckt der Begriff „scientia“. Das Wissen, von dem hier die Rede ist, ist das Wissen um Gut und Böse, um ein vorgegebenes, nicht in Autonomie geschaffenes sittliches Gesetz. Es ist „eine natürliche Anlage im Menschen, die auf seinem ursprünglichen Wissen um Gut und Böse aufrucht und sein konkretes Verhalten im Licht der sittlichen Urprinzipien beurteilt“.³⁴ Es ist „ein Urteil der Vernunft, in welchem der Mensch erkennt, ob eine konkrete Handlung, die er beabsichtigt, gerade ausführt oder schon getan hat, sittlich gut oder schlecht ist ... Durch das Gewissensurteil vernimmt und erkennt der Mensch die Anordnungen des göttlichen Gesetzes“.³⁵ Das Gewissen ist „ein sittliches Urteil über den Menschen und seine Handlungen ... ein Urteil, das freispricht oder verurteilt, je nachdem, ob die menschlichen Handlungen mit dem in das Herz eingeschriebenen Gesetz Gottes übereinstimmen oder von ihm abweichen“.³⁶ Wo die Theologie mit Augustinus, Thomas von Aquin, John Henry Newman und dem II. Vatikanischen Konzil vom Gewissen als dem Echo der Stimme Gottes im Innersten des Menschen oder mit Bonaventura vom Boten Gottes spricht, da spricht die Philosophie von der Gegenwart eines absoluten Gesichtspunktes in einem endlichen Wesen. Weil dadurch im einzelnen Menschen selbst schon das Allgemeine, das Objektive, das Absolute gegenwärtig ist, darum heiße vom Gewissen reden von der Würde des Menschen reden.³⁷

Der Begriff Gewissensentscheidung, der in der Politik und in der verfassungsrechtlichen Interpretation des Art. 4 Abs. 1 GG eine so zentrale Rolle spielt, muss deshalb gegen ein Missverständnis geschützt werden. Entscheidungen können dem Gewissen entsprechen oder widersprechen. Wenn sie dem Gewissen entsprechen, heißt das nicht, dass das Gewissen entschieden hat. Es heißt vielmehr, dass der Mensch so entschieden hat, wie es dem Urteil des Gewissens entspricht.³⁸ Das Gewissensurteil wendet die sittlichen Prinzipien und die morali-

28 Vgl. Andreas Püttmann (Anm. 15), S. 419ff; Rupert Hofmann, „Kirchenasyll“ und ziviler Ungehorsam, in: Wandel durch Beständigkeit. Studien zur deutschen und internationalen Politik, Festschrift für Jens Hacker, hrsg. von Karl G. Kick u. a., Berlin 1998, S. 382ff.

29 Niklas Luhmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, in: Archiv des Öffentlichen Rechts, 90. Bd. (1965), S. 261.

30 Martin Heidegger, Sein und Zeit, 9. Aufl. Tübingen 1960, S. 269.

31 R. Herzog (Anm. 11), Rn 127; E.-W. Böckenförde (Anm. 2), S. 66.

32 H. Bethge (Anm. 11)m, S. 439f.

33 Vgl. oben Anmerkungen 17 und 18.

34 So Eberhard Schockenhoff, Wie gewiss ist das Gewissen? Eine ethische Orientierung, Freiburg 2003, S. 103 unter Berufung auf Thomas von Aquin.

35 KKK 1778.

36 Johannes Paul II., Veritatis Splendor (1993) 58-59.

37 R. Spaemann, Moralische Grundbegriffe (Anm. 27), S. 74f.; ders., Personen (Anm. 27), S. 181.

38 R. Spaemann, Personen (Anm. 27), S. 183; Martin Rhonheimer, Die Perspektive der Moral. Grundlagen der Tugendethik, Berlin 2001, S. 275f.

schen Normen auf eine konkrete Entscheidungssituation an, damit sie darin unmittelbar handlungsleitend werden. Diese Leistung des Gewissens, die die subjektive Lage mit der objektiven Norm verbindet, wäre „im entscheidenden Punkt missverstanden“, wollte man dem Gewissen vor allem die Aufgabe zuschreiben, die Geltungskraft der objektiven Norm „von Fall zu Fall zu begrenzen und situationsbedingte Ausnahmen zu statuieren“.³⁹

Das Gewissen hat die Pflicht, „nach dem Wahren und Guten zu suchen“ und bei seinen Urteilen der Vernunft zu folgen.⁴⁰ Daraus folgt die Pflicht, das Gewissen zu bilden. Von dieser Pflicht spricht die Philosophie nicht weniger als die Theologie. Die Begriffe, „die aus unserem Wissen und Glauben stammen“, machen die Befehle des Gewissens nicht nur hörbar, sondern auch verständlich. Ist der Mensch nicht instande, sich dieser Begriffe zu bedienen, verliert er sein Gewissen. Es gibt kein Gewissen ohne Bereitschaft, dieses Gewissen zu bilden. „Ethik also und praktische Glaubenslehre begrenzen nicht die Gültigkeit des Gewissensrufes, sondern sie sind ihm dienend zugeordnet“.⁴¹ Wenn sich der Katechismus oder die Glaubenskongregation der katholischen Kirche deshalb zu unaufgebbaren ethischen Forderungen bzw. zu „nicht verhandelbaren“ Prinzipien des sozialen Zusammenlebens in pluralistischen Gesellschaften äußern, so nicht, um das politische Engagement der Laien durch päpstliche Instruktionen zu ersetzen, sondern um „einige dem christlichen Gewissen eigene Prinzipien in Erinnerung (zu) rufen“.⁴² Zu diesen Prinzipien gehören die sittliche Verwerflichkeit der Abtreibung, der Euthanasie, der Sklaverei und der Prostitution und die sittliche Verpflichtung auf den Schutz von Ehe,⁴³ Familie und Embryonen sowie auf eine gerechte freiheitliche und soziale Wirtschaftsordnung und eine globale Friedenssicherung.⁴⁴ Das gut gebildete Gewissen nicht nur der Christen weiß, dass auch in einer pluralistischen Demokratie dem Mehrheitsprinzip Grenzen gesetzt sind. Staatliche Gesetze können nicht in einen Widerspruch zur rechten Vernunft treten, ohne ihnen das Gewissen verpflichtenden Charakter zu verlieren.⁴⁵

Gewissensfreiheit bedeutet somit nicht, dass das Gewissen Ursprung der Wahrheit darüber ist, was für den Menschen gut ist. Sie bedeutet, dass der Mensch die Freiheit hat, seine Handlungsurteile auf ihr Gut-Sein zu hinterfragen, sie an jenem absoluten Gesichtspunkt – dem Sittengesetz – zu messen, der in seiner emotionalen Struktur verankert ist. Das Wissen des Gewissens ist deshalb immer ein affektives Wissen, „erlitten, nicht gewollt ...“, ein Psychodrama, das schwankt zwischen Unterwerfung und Flucht, ... ein Überfall aus der Vergangenheit“, der fordert, sich zu stellen. Es macht sich bemerkbar in Gewissensbissen, in Gewissensnot und Gewissensqual. In diesem Wissen macht sich das Allgemeine, die objektive Rangordnung der Güter und die Forderung,

ihr Rechnung zu tragen, unmittelbar als unser eigenes Wollen geltend. Das Gewissen ist deshalb immer eine Forderung an uns selbst,⁴⁶ „nicht primär Dispensorgan, sondern eine individuelle Verpflichtungsinstanz“.⁴⁷ Etwas provokant formulierte Joseph Kardinal Höffner: „Eigentlich ‚haben‘ wir kein Gewissen, das Gewissen hat uns. Es hat keine Stimme. Es ist die Stimme, die nicht von uns, sondern von Gott stammt. Das Gewissen ist nicht das Letzte, sondern das Vorletzte“.⁴⁸

Wird das Gewissen dagegen das Letzte, steht es in der Gefahr, zu einer pathetischen Bekundung subjektiver Willkür, zu einer billigen Legitimationsmünze beliebiger Entscheidungen zu verkommen. Es führt nicht zu einer Konfrontation einer konkreten Entscheidungssituation oder einer begangenen Tat mit dem Anspruch der sittlichen Wahrheit, sondern dient der Immunisierung subjektiver Entscheidungen gegen moralische Einwände. Wer sich derart auf sein Gewissen beruft, will sich des Zwanges zur Rechtfertigung seines Handelns entledigen. In der Abtreibungsdebatte war dies der Fall. Das Gewissen wurde dazu missbraucht, die Entscheidung für eine Tötung des ungeborenen Kindes moralischen Einwänden zu entziehen, ja sogar als moralisch geboten zu präsentieren.⁴⁹ Dass sich sogar das Bundesverfassungsgericht, der Gesetzgeber und der Caritasverband an diesem Missbrauch beteiligten, trug nicht unerheblich zu jener „Zerrüttung der moralischen Begriffe“⁵⁰ bei, die die Gewissensentscheidung vieler Menschen in Not- und Konfliktsituationen verwirrt, ihr Gewissen belastet und verschüttet. Die Gleichsetzung des Gewissens mit oberflächlicher Überzeugtheit führt zu einer scheinrationalen Sicherheit, „die aus Selbstgerechtigkeit, Konformismus und Trägheit gewoben ist“ und die nicht befreit, sondern versklavt. „Das Gewissen wird zum Entschuldigungsmechanismus degradiert, während es doch die Transparenz des Subjekts für das Göttliche und so

39 E. Schockenhoff, Das Gewissen: Quelle sittlicher Urteilskraft und personaler Verantwortung, Kirche und Gesellschaft 269, Köln 2000, S. 13.

40 II. Vatikanisches Konzil, Gaudium et Spes 16; KKK 1783.

41 H. Kuhn, Gewissen, Gewissensfreiheit – Philosophie, in Staatslexikon 7. Aufl., Bd. 2, Sp. 1052f.; R. Spaemann, Moralische Grundbegriffe (Anm. 27), S. 75f.

42 Kongregation für die Glaubenslehre, Lehrmäßige Note zu einigen Fragen über den Einsatz und das Verhalten der Katholiken im politischen Leben vom 24.11.2002, Ziffer 1.

43 Sie schließt eine Legalisierung homosexueller Lebensgemeinschaften aus. Vgl. Kongregation für die Glaubenslehre, Erwägungen zu den Entwürfen einer rechtlichen Anerkennung der Lebensgemeinschaften zwischen homosexuellen Personen vom 3.6.2003, Ziffer 6.

44 Kongregation für die Glaubenslehre, Lehrmäßige Note (Anm. 42), Ziffer 4.

45 Johannes Paul II., Evangelium Vitae 72.

46 R. Spaemann, Moralische Grundbegriffe (Anm. 27), S. 75.

47 E. Schockenhoff (Anm. 34), S. 215.

48 Joseph Höffner, In der Kraft des Glaubens, Bd. 1, Freiburg 1986, S. 141.

49 So von Elfriede Harth, Das Gewissen katholischer Frauen. Die Kirche sollte ihre Haltung zur Abtreibung überdenken, in: Die Welt vom 10.3.2003.

die eigentliche Würde und Größe des Menschen darstellt“. In einer unfreiwilligen Schwangerschaft kann die Funktion des individuellen Gewissens nur darin bestehen, dass es Vater und Mutter gebieterisch mahnt, die Folgen ihres Sexualverhaltens zu verantworten und „der ihnen aufgetragenen Sorge für ihr Kind gerecht zu werden“ – auch dann, wenn die Tötung des ungeborenen Kindes in der Gesellschaft und in der Rechtsordnung toleriert wird. Die Gewissensfreiheit von Vater und Mutter wird durch das Lebensrecht des Kindes nicht eingeschränkt.

Nur weil das Gewissen nicht das Letzte, sondern das Vorletzte ist, können der Gewissensfreiheit unüberschreit-

bare Grenzen gezogen werden. Nur weil das Gewissen die Gegenwart eines absoluten Gesichtspunktes bzw. das Echo der Stimme Gottes im Menschen ist, können Beschwörungen des Gewissens, die auf eine Tötung Ungeborener, die Missachtung der Grundrechte Dritter oder die Gefährdung der rechtsstaatlichen Verfassungsordnung hinauslaufen, als Missbrauch der Gewissensfreiheit zurückgewiesen werden.

50 *H. Kuhn* (41), Sp. 1053.

51 *Joseph Ratzinger*, Wahrheit, Werte, Macht, Freiburg 1993, S. 39.

52 *E. Schockenhoff* (Anm. 38), S. 6.

beitrag

RiAG Rainer Beckmann, Würzburg

Der Embryo - ein würdeloses Wesen?

Seit der Verabschiedung des Embryonenschutzgesetzes im Jahr 1990 waren die Vorschriften zum Embryonenschutz regierungsamtlich mit der Wahrung der Menschenwürde begründet worden.¹ Diese Rechtsgrundlage hat Bundesjustizministerin Brigitte Zypries in ihrer Rede vor dem Berliner Humboldt-Forum am 29. Oktober 2003 in Frage gestellt.² Nach ihrer Meinung steht jedenfalls der künstlich im Reagenzglas erzeugte Embryo nicht unter dem Schutz der Menschenwürde nach Artikel 1 des Grundgesetzes.

Auch wenn die Rede von Frau Zypries primär die Rechtsprobleme der Präimplantationsdiagnostik, der Stammzellforschung und der anonymen Samenspende zum Gegenstand hatte, sind ihre verfassungsrechtlichen Ausführungen zum Status des Embryos von besonderer rechtspolitischer Bedeutung und erfordern daher eine nähere Analyse.

„Nicht erfüllbare Schutzpflicht“

Die „wesentlichen Gesichtspunkte“, die nach Meinung der Ministerin gegen eine „Zuerkennung von Menschenwürde im Sinne des Artikels 1 Grundgesetz“ sprechen, betreffen die Funktion der Grundrechte und das angebliche Fehlen wichtiger Voraussetzungen zur Weiterentwicklung des extrakorporal erzeugten Embryos.³

Das erste Argument der Ministerin setzt bei der Schutzpflicht an, die aus der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes abzuleiten ist. Sie argumentiert, dass der

Embryo im Reagenzglas zur Durchsetzung seiner Menschenwürde auf die staatliche Schutzpflicht angewiesen wäre. Der Staat könne aber keine Frau verpflichten, extrakorporale Embryonen auszutragen. Hinsichtlich der Menschenwürde müssten wir deshalb – so Zypries – „aufpassen, dass wir den Grundrechtsschutz nicht auf etwas richten, was wir realistischweise nicht erfüllen können“.

Was bedeutet das in Bezug auf den extrakorporal erzeugten Embryo? Die Anforderungen an die reale Umsetzung staatlicher Schutzpflichten werden von Frau Zypries so hoch angesetzt, dass sich im Grunde die Anerkennung von Schutzpflichten des Staates generell erübrigen würde. Weder vor noch zu irgendeinem Zeitpunkt nach der Geburt kann der Staat verhindern, dass Menschen in ihrer Würde missachtet und ggf. getötet werden. Die Schutzpflicht des Staates ist in Hinblick auf die Menschenwürde zwar als solche absolut, aber das tatsächliche Maß ihrer Realisierung ist in jeder Phase des menschlichen Lebens Relativierungen unterworfen. Selbst die stärksten Anstrengungen aller staatlichen Institutionen können nicht verhindern, dass „realistischweise“ Menschenwürdeverletzungen vorkommen. Das kann aber kein Grund dafür sein, die Schutzverpflichtung des Staates für die Würde des Menschen – in welchem Stadium der Entwicklung er sich auch befindet – gänzlich zu verneinen.

Unabhängig davon ist gerade beim Embryonenschutz eine Realisierung der staatlichen Schutzpflicht durch-

1 Vgl. zum Embryonenschutzgesetz BT-Drs. 11/5460, S. 6, und zum Stammzellgesetz BT-Drs. 14/8394, S. 7, sowie § 1 StZG.

2 Vgl. www.bmj.bund.de/ger/service/reden_und_interviews

3 Vgl. im Redetext (Anm. 2), Ziff. I.

aus erfolgversprechend. Es gibt in der Realität nur sehr wenige Fälle, in denen künstlich erzeugte Embryonen im Sinne des Embryonenschutzgesetzes ohne realen Schutz bleiben und keine austragungsbereite Mutter haben. In fast allen Fällen der künstlichen Befruchtung stellt sich die Frage der Durchsetzung ihrer Menschenwürde und ihres Lebensrechts gar nicht, weil die Frauen, von denen die Embryonen genetisch abstammen, selbstverständlich bereit sind, diese Embryonen auszutragen. Die Herbeiführung einer Schwangerschaft ist ja gerade der Anlass des ganzen Verfahrens der In-vitro-Fertilisation. Deshalb hat der Gesetzgeber die künstliche Befruchtung menschlicher Eizellen auch gerade auf diesen Zweck beschränkt.⁴

In Deutschland entstehen jährlich - bei zuletzt über 70.000 IVF-Behandlungen⁵ - nur ein bis mehrere Dutzend „überzählige“ Embryonen, die nicht unmittelbar für Fortpflanzungszwecke verwendet werden können.⁶ Jeder einzelne Embryo, der mangels Transfermöglichkeit tiefgefroren werden muss, ist aus Sicht eines konsequenten Lebensschutzes zwar einer zuviel. Angesichts der genannten Zahlen kann aber absolut keine Rede davon sein, dass die staatliche Schutzpflicht für extrakorporale Embryonen von vornherein zum Scheitern verurteilt wäre. Durch die offizielle Ermöglichung der so genannten „Embryooption“ - die schon jetzt nicht verboten ist - könnte auch diesen wenigen Embryonen noch eine Überlebensperspektive gegeben werden.⁷

„Wesentliche Voraussetzung“ einer menschlichen Entwicklung

Als zweiten Gesichtspunkt für das Fehlen der Menschenwürde beim Embryo in vitro führt Frau Zypries an, dass diesem „eine wesentliche Voraussetzung dafür“ fehle, „sich aus sich heraus zum Menschen oder - wie das Bundesverfassungsgericht es in seiner letzten Entscheidung zu § 218 StGB für den Fötus formuliert hat - „als“ Mensch zu entwickeln“.

Auch dieser Teil der Argumentation der Justizministerin ist haltlos. Er spielt auf die noch nicht erfolgte Einnistung in die Gebärmutter an und unterstellt, dass die körperliche Verbindung zwischen Embryo und Mutter während der Nidation das entscheidende Kriterium der „Menschwerdung“ sei. Eine nähere Begründung hierfür nennt sie nicht. Deshalb liegt eine bloße „petitio principii“ vor, die dasjenige als gegeben voraussetzt, was eigentlich zu beweisen wäre. Der Embryo in vitro wird - mangels Einnistung - als „Nicht-Mensch“ angesehen, um dann aus der fehlenden Nidation auf die noch nicht vorhandene Menschlichkeit zu schließen.⁸ Ob jedoch der im Reagenzglas erzeugte Embryo vor der Übertragung in den Mutterleib schon ein Mensch ist, der sich altersgemäß *als Mensch* entwickelt, ist die entscheidende Frage, die unbeantwortet bleibt.

Richtig ist, dass die Nidation eine wesentliche Voraussetzung für die weitere Entwicklung des Embryos ist. Logisch betrachtet ist sie sogar - solange es keine künstliche Gebärmutter gibt - eine *notwendige Bedingung* der Weiterentwicklung.⁹ Notwendig für das Überleben sind aber auch viele andere Vorgänge, etwas das Einsetzen der Herztätigkeit, die Gehirnentwicklung, die Lungenreifung, die Geburt mit anschließendem Einsetzen der Spontanatmung, die weitere Nahrungs- und Sauerstoffversorgung etc. Entfällt eine dieser Bedingungen, ist das Weiterleben des Menschen nicht möglich. Ob die Entwicklung bis dahin menschlich gewesen ist, hängt hier von nicht ab. Notwendige Entwicklungsbedingungen, die sich insbesondere auf die Nahrungs- und Sauerstoffzufuhr eines Lebewesens beziehen, haben auf sein Wesen als Exemplar einer bestimmten Spezies keinen Einfluss. Nicht erst die Möglichkeit der Ektogenese, die im Tiermodell bereits erforscht wird, widerlegt die These von der „Menschwerdung durch Einnistung“. Sie entbehrt von vornherein jeder wissenschaftlichen Grundlage.¹⁰ Die Erkenntnisse der Entwicklungsbiologie und speziell der Embryologie zeigen, dass der Embryo im Zuge der Einnistung keine Wesensverwandlung erfährt. Niemand kann darlegen, wie aus einem nicht-menschlichen „Etwas“ durch die Einnistung in die Gebärmutter plötzlich ein „Jemand“ wird, der von diesem Zeitpunkt an als Träger der Menschenwürde anzusehen sei. Wo soll denn das „Menschliche“ bei der Einnistung herkommen? Aus dem Gasaustausch und dem Stoffwechsel über die Plazenta?

Garantenpflicht des Staates

Hinzu kommt, dass der Verweis auf die „Unbehaustheit“ künstlich erzeugter Embryonen die Entstehung dieses Zustandes völlig ausblendet. Die Technik der In-vitro-Fertilisation ist vor rund zwanzig Jahren in Deutschland mit dem Argument etabliert worden, dass man unge-

4 Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG.

5 Vgl. Deutsches IVF-Register (DIR), Jahrbuch 2001, S. 6; im Internet: www.meb.uni-bonn.de/frauen/DIR_downloads/dirjahrbuch2001.pdf.

6 Vgl. DIR (Fn. 5), S. 26. Am 31.12. 2001 betrug der Bestand an kryokonservierten Embryonen aus den Jahren 1998 bis 2001 90 Embryonen. Vgl. ferner Ch. Poplutz, Der „verwaiste Embryo“ als Rechtssubjekt, in: R. Beckmann/M. Löhr, Der Status des Embryos, Würzburg 2003, S. 236 ff.

7 In diesem Sinne auch Poplutz (Anm. 6), S. 245 ff.; Ch. Hillgruber, ZfL 2002, S. 5 f.; W. Höfling, Verfassungsrechtliche Aspekte der Verfügung über menschliche Embryonen und „humanbiologisches Material“, Gutachten für die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Recht und Ethik der modernen Medizin“, 2001, S. 177 ff.

8 Nach Meinung von Zypries hat der Embryo in vitro nur die „abstrakte Möglichkeit“ sich zum Menschen bzw. als Mensch zu entwickeln.

9 Vgl. hierzu R. Beckmann, Der Embryo und die Würde des Menschen, in: Beckmann/Löhr (Anm. 5), S. 182.

10 Vgl. Beckmann (Anm. 9), S. 183 m.w.N.

11 Vgl. BT-Drs. 11/5460, S. 6.

wollt kinderlosen Paaren auf diesem Weg zu eigenem Nachwuchs verhelfen wolle. Der Gesetzgeber hat diese Technik nach eingehender Diskussion nicht verbieten wollen, die Zeugung im Labor aber - unter Berufung auf den Schutz der Menschenwürde - allein zu Fortpflanzungszwecken erlaubt.

Nachdem dieses Verfahren nun zur Routine geworden ist, entdeckt die heutige Justizministerin plötzlich, dass dem Embryo im Reagenzglas eine „wesentliche Bedingung“ zur Weiterentwicklung fehle und deshalb ein grundrechtlicher Schutzanspruch abzulehnen sei. Dieses Verhalten ist logisch inkonsistent und ersichtlich interessenorientiert. Erst werden Embryonen in einem unnatürlichen Umfeld, das nur ein Überleben für wenige Tage ermöglicht, erzeugt. Dann wird diese hilflose Lage argumentativ ausgenutzt, um ihnen mangels „realer Entwicklungsmöglichkeit“ den wesentlichen Schutzanspruch zu verwehren. Mit sonst üblichen Rechtsgrundsätzen ist dies nicht vereinbar. Derjenige, der eine Gefahrensituation schafft, ist auch verantwortlich dafür, dass schädliche Auswirkungen dieser Situation verhindert werden (Garantenpflicht aufgrund so gen. „Ingenrenz“¹²). Aufgabe des Gesetzgebers ist es deshalb, als Garant des Schutzes extrakorporaler Embryonen aufzutreten und durch strikte Limitierung der IVF auf Fortpflanzungszwecke und die Ermöglichung der Präimplantationsadoption das Gefahrenpotenzial zu minimieren, statt ihnen den fundamentalen Rechtsanspruch der Menschenwürde zu entziehen.

Innerer Widerspruch

Ein weiterer innerer Widerspruch der Argumentation von Frau Zypries liegt darin, dass sie dem Embryo in vitro zwar die Menschenwürde abspricht, gleichwohl aber das Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) als Prüfungsmaßstab für biomedizinische Verfahren aufrechterhalten will.¹³ Hierdurch führt die Ministerin ihre Argumentation zum Ausschluss der Menschenwürde für den extrakorporalen Embryo selbst ad absurdum. Hinsichtlich der Lebensrechts wären natürlich die gleichen Probleme gegeben, die Zypries mit der Zuerkennung der Menschenwürde hat: auch das Lebensrecht kann vom schutzpflichtigen Staat in der extrakorporalen Phase nicht hundertprozentig durchgesetzt werden; die Einnistung stellt auch hier eine „wesentliche Voraussetzung“ der weiteren Entwicklung des Embryos als menschliches Lebewesen dar.

Nachvollziehbar wäre diese Differenzierung nur dann, wenn man hinsichtlich Art. 1 GG „den Menschen“ als Träger des Grundrechts ansehen würde, hinsichtlich Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dagegen „das Leben“. Während Frau Zypries das „Menschsein“ des Embryos in Bezug auf Art. 1 GG anzweifelt, könnte sie das Tatbestandsmerkmal „Leben“ im Sinne von Art. 2 GG auch bei extrakorporalen Embryonen als gegeben betrachten. Eine

solche Sichtweise würde aber die grundlegende Trennung von Grundrechtsträger und Schutzgut missachten. „Leben“ ist nicht der Grundrechtsträger von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, sondern das Schutzgut. Träger auch dieses Grundrechts ist selbstverständlich der Mensch. „Jeder“ im Sinne dieser Bestimmung heißt „jeder Mensch“. Die Grundrechtsträger von Art. 1 und 2 GG sind identisch.¹⁴

Fazit

Angesichts der offensichtlichen Argumentationsdefizite kann der biopolitische Vorstoß der Justizministerin in keiner Weise überzeugen. Ihre Ausführungen zur Menschenwürde sind von dem Bemühen geprägt, sich irgendwie der „Last“ der Menschenwürde zu entledigen, weil sie eine forschungs- und wirtschaftsfreundliche Biopolitik behindern könnte. Der von der Ministerin in ihrer Rede reklamierte „Spielraum“ für den Gesetzgeber spricht insoweit eine deutliche Sprache. Grundrechte sind nicht dazu da, dem Gesetzgeber Spielräume zu eröffnen, sondern sollen ihm in erster Linie Schranken auferlegen. Aufgabe aller staatlichen Gewalt ist es, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG). Wer gegenüber dieser Grundnorm unserer Verfassung mehr „Spielraum“ einfordert, hat ihre Funktion missverstanden.

12 Anerkannt seit den Zeiten des Reichsgerichts, vgl. RGSt 24, 339; 64, 276.

13 Vgl. Redetext (Anm. 2), Ziff. I.

14 Die gelegentlich anzutreffende Formulierung, in Art. 2 GG sei das „menschliche Leben“ geschützt, ist ungenau. Geschützt ist nicht irgendein „menschliches Leben“, das auch in Blutkonserven oder anderen lebendigen Zellen bzw. Geweben menschlichen Ursprungs zu finden ist, sondern das Leben *des Menschen*.

Rechtsref. Thomas Traub, Köln

Schutz der Menschenwürde in Stufen?

– Ein Bericht über die Neukommentierung von Art. 1 Abs. 1 GG von *Matthias Herdegen* im Grundgesetz-Kommentar von *Maunz/Dürig* –

I. Einleitung

„Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“. Vermutlich wurde und wird keine andere Passage eines Kommentars zum Grundgesetz so oft zitiert wie die berühmte „Objektformel“ aus der 1958 erschienenen Kommentierung des Art. 1 Abs. 1 GG von Günter Dürig im Grundgesetz-

kommentar von *Maunz/Dürig*. 45 Jahre später wurde die Menschenwürdegarantie im Klassiker der Kommentare zum Grundgesetz neu kommentiert. Autor ist der Bonner Staats- und Völkerrechtler *Matthias Herdegen*, der in der Neubearbeitung zwei Schwerpunkte setzt: die Berücksichtigung des Völkerrechts und der Rechtslage in anderen Staaten sowie eine intensive Auseinandersetzung mit den Herausforderungen der modernen Biomedizin und Gentechnik für die Menschenwürde.

Herdegen ist ausgewiesener Experte auf den Feldern des Europa- und Völkerrechts¹ und Herausgeber einer Leseblattsammlung zum internationalen Gentechnikkrecht. Zwischenzeitlich wurde die Neukommentierung unter dem Titel „Die Würde des Menschen war unantastbar“ durch den ehemaligen Bundesverfassungsrichter *Ernst-Wolfgang Böckenförde* einer Fundamentalkritik unterzogen,² die auf vielfältiges Echo gestoßen ist und damit ein staatsrechtliches Standardwerk zum Gesprächsstoff der Feuilletons gemacht hat.³

Anlass waren vor allem die grundlegenden rechtsphilosophischen und verfassungstheoretischen Ausführungen der Kommentierung und damit – vereinfacht gesagt – der ewige Streit um Positivismus und Naturrecht. Im Folgenden soll dagegen vor allem dargestellt und analysiert werden, welche Antworten *Herdegen* auf die vielfältigen Fragen nach der Vereinbarkeit konkreter medizinischer Techniken und Verfahren mit der grundgesetzlichen Garantie der Menschenwürde gibt. Im Vordergrund stehen die Probleme am „Beginn des Lebens“, während auf die Ausführungen zu den strittigen Fragen nach der Menschenwürde am „Ende des Lebens“, insbesondere zur Organentnahme (Rdnr. 52, 54) und zur Sterbehilfe (85) nur hingewiesen wird.

Bei der Bestimmung dessen, was Menschenwürde ausmacht, berücksichtigt *Herdegen* durchgehend völkerrechtliche und rechtsvergleichende Erkenntnisse und verteidigt dieses Vorgehen methodisch auch gegen Kritiker, denen er „parochiale Befangenheit“ vorwirft (39, 40). Der für den Leser nicht zu unterschätzende praktische Vorteil einer solchen Vorgehensweise besteht jedenfalls darin, sich hier an leicht zugänglicher Stelle einen Überblick über internationale Entwicklungen verschaffen zu können, ohne sich auf die oft mühevollen Suche durch die einschlägige Spezialliteratur begeben zu müssen.

II. Der Träger der Menschenwürde

Ausgangspunkt für die Beurteilung der biomedizinischen Herausforderungen ist die Frage nach dem Träger der Menschenwürde. Hier differenziert *Herdegen* nach geborenen und ungeborenen Personen. Für den geborenen Menschen betont er, dass dieser in „seinem Sosein“ (48) geschützt ist, und die Menschenwürde nicht von geistigen und körperlichen Fähigkeiten oder sozialen Merkmalen abhängt. Mit der Verknüpfung der

Menschenwürde an die Spezies Mensch steht zugleich fest, dass eine Einschränkung der Menschenwürde auf „Personen“ – verstanden als Menschen mit einem Mindestmaß psychischer oder kommunikativer Fähigkeiten – mit der Verfassung nicht vereinbar ist. Ausdrücklich bestreitet er die Annahme *Merkels*, der beim appallischen Syndrom ein Erlöschen der Subjektivität annimmt.

Nach lesenswerten Ausführungen zum postmortalen Würdeschutz (52-54) wendet sich *Herdegen* dann der Frage des pränatalen Würdeschutzes zu, die er zu Recht als den „heikelsten Komplex“ im Rahmen des persönlichen Geltungsbereichs von Art. 1 Abs. 1 GG bezeichnet. Er greift hier frühere eigene Überlegungen auf und kommt im Ergebnis zu einem „entwicklungsabhängigen Schutz der Menschenwürde“ (65). Er trennt die Frage nach dem „Ob“ von der Frage des „Wie“ des Schutzes nach Art. 1 Abs. 1 GG. Beim „Ob“ kommt er zu dem Schluss, dass bereits mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle – und nicht erst durch Nidation – menschliches Leben mit subjektiv-rechtlichem Würdeanspruch entsteht (61). Dies gelte sowohl für die Fälle natürlicher wie auch künstlicher Befruchtung (62). Beim Klonen dagegen soll der Embryo nur im Falle einer Nidation unter den Schutz der Menschenwürde treten. Diese Differenzierung wird damit begründet, dass die Annahme der Menschenwürde des nasciturus vor allem von seiner Entwicklungsperspektive abhängt. Bei natürlicher und künstlicher Befruchtung liege die typische Bestimmung der Zygote in Nidation und weiterer Entwicklung im Mutterleib bis hin zum ausgewachsenen Menschen, was beim geklonten Embryo in vitro nicht der Fall sei. *Herdegen* verweist dabei auf das Implantationsverbot des § 6 Abs. 2 Embryonenschutzgesetz, der die Übertragung eines geklonten Embryo auf eine Frau unter Strafe stellt. Diese gesetzliche Schranke verbiete die Annahme einer zum Menschen führenden Entwicklungsperspektive. Hier gerät *Herdegen* in bedenkliche Nähe zu einer Interpretation der Verfassung nach Maßgabe des einfachen Gesetzes. Unter der Geltung des Grundgesetzes muss aber das einfache Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit und nicht die Verfassung auf ihre Gesetzmäßigkeit überprüft werden. Der verfassungsrechtliche Würdeschutz des geklonten Embryos kann nicht daran scheitern, dass seine Implantation nach einfachem Recht verboten ist. Vielmehr drängt sich die Frage auf, ob nicht § 6 Abs. 2 ESchG seinerseits als strafbewehrte Tötungspflicht verfassungswidrig ist.⁴

1 Hingewiesen sei hier nur auf seine im Beck-Verlag erschienenen Lehrbücher zum Europarecht (4. Auflage 2002), Völkerrecht (2. Auflage 2002) und Internationalen Wirtschaftsrecht (3. Auflage 2002).

2 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, F.A.Z. Nr. 204 v. 3.9.2003, S. 33,35.

3 Siehe nur *Robert Leicht*, Die Zeit Nr. 38 v. 11.9.2003, S. 9; *Konrad Adam*, Die Welt v. 4.9.2003; *Peter Hintze*, F.A.Z. Nr. 214 v. 15.9.2003, S. 8 (Leserbrief).

4 So ausdrücklich *Beckmann*, ZfL 1999, 65 (67); *Höfling*, ZfL 2002, 34 (38).

III. Konzept eines „gestuften Schutzes“ der Menschenwürde

Bei der Frage nach dem „Wie“ des Würdeschutzes spricht sich *Herdegen* dann für einen in der „Kontinuität der Entwicklung gestuften Schutz der Menschenwürde“ aus. Die unterschiedlose Qualität des Würdeanspruchs von Zygote einerseits und geborenem Menschen andererseits sei der Geistesgeschichte der letzten Jahrhunderte fremd und auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lasse sich nur auf Grundlage eines entwicklungsabhängigen Würdeschutzes widerspruchsfrei darstellen. Schließlich beziehe sich die Achtung der Menschenwürde meist auf das Subjekt zwischenmenschlicher Beziehungen. Diese seien aber in einem frühen Entwicklungsstadium nur schwer erlebbar, so dass eine Würdeverletzung zu diesem Zeitpunkt nur mit Zurückhaltung angenommen werden könne (65-67). Dieser Versuch, der Verfassung die Vorstellung einer im Ausmaß von der Entwicklung abhängigen Menschenwürde zu unterstellen, hätte sich auch in der Darstellung ausführlicher mit den Gegenargumenten auseinander setzen sollen. Der Hinweis auf die Geistesgeschichte erschöpft sich leider ohne jeden weiterführenden Hinweis auf die schlichte Behauptung, das Recht differenziere „seit jeher“ nach dem Stand der menschlichen Entwicklung. Abgesehen davon, dass *Herdegen* selbst an anderer Stelle die Relevanz der geistesgeschichtlichen Entwicklung für diesen Fragenkomplex relativiert (55), weist der 1. Teil, 1. Titel § 10 des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 in eine andere Richtung. In dieser Bestimmung, auf die auch das Bundesverfassungsgericht hinweist, ist festgelegt, dass „die allgemeinen Rechte der Menschheit ... auch den noch ungeborenen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängnis“ gebühren. Ebenso erweist sich *Herdegens* Annahme, nur auf der Grundlage eines gestuften Würdeschutzes lasse sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch konsistent darstellen, als nicht überzeugend. Das Bundesverfassungsgericht stellt im seinem Urteil vom 28. Mai 1993 eindeutig fest, dass sich „jegliche Differenzierungen der Schutzverpflichtung mit Blick auf Alter und *Entwicklungsstand*“ verbieten.⁵ Wie sich diese Feststellung „konsistent“ in das von *Herdegen* favorisierte Konzept einfügen soll, ist nicht ersichtlich.

Darüber hinaus ist das Verständnis eines „gestuften Schutzes“ der Menschenwürde nur schwer mit dem Wortlaut vereinbar. Der im Grundgesetz allein im Zusammenhang mit der Menschenwürde gebrauchte Begriff „unantastbar“ spricht eher dafür, dass diese im Hinblick auf den Schutzzumfang gerade nicht den bei anderen Grundrechten und Verfassungsprinzipien unvermeidlichen Differenzierungen und Abstufungen unterworfen werden sollte

Herdegen betont, dass es in einem System des gestuften Schutzes der Menschenwürde nicht nur ein Weniger, sondern durch spezielle Schutzvorkehrungen auch ein Mehr an Schutz geben könne (67). Leider wird die Anwendung dieses interessanten Gedankens auf den Schutz des Embryos in den folgenden Ausführungen aber an keiner Stelle in Erwägung gezogen. Es drängt sich aber die Frage auf, ob der Staat, der durch die Erlaubnis von In-vitro-Fertilisation und anderen medizinischen Verfahren Embryonen unnatürlichen Gefahren für ihre physische Existenz aussetzt, nicht gerade deshalb zu einem besonders effektiven Schutz dieser Embryonen verpflichtet sein könnte. Dafür spricht auch der Grundsatz der Verantwortlichkeit bei gefahrbezüglichen oder -erhöhenden Verhalten (Ingerenz).

Ein besonderes Anliegen *Herdegens*, das sich durch die gesamte Kommentierung zieht, liegt darin, die Menschenwürde vor einer Trivialisierung zu schützen. Das Verständnis der Unantastbarkeit der Menschenwürde als kategorisches Verletzungsverbot (70), das eine Rechtfertigung von Eingriffen selbst durch verfassungsimmanente Schranken ausschließt und darüber hinaus eine staatliche Pflicht zum Schutz vor Würdeverletzungen durch Private (74), bzw. eine unmittelbare Drittwirkung (70) statuiert, verlange eine restriktive Auslegung hinsichtlich des Schutzbereiches. Dem ist nachdrücklich zuzustimmen, denn andernfalls würde die Menschenwürde zum – wenn auch besonders gewichtigen – Faktor im abwägenden Tauziehen von Grund und Gegengrund, von „prima-facie-Würde“ und verfassungsrechtlicher Rechtfertigung eines Eingriffs herabsinken. *Herdegen* hat bemerkenswerte Beispiele aus Rechtsprechung und Literatur zusammengestellt, in denen die Menschenwürde zur „kleinen Münze“ des Verfassungsrechts (41) degeneriert (79, Fn. 1).

Herdegen hält an der Einzigartigkeit der Menschenwürde auch gegenüber dem Grundrecht fest, das wohl am engsten mit ihr verknüpft ist und vom Bundesverfassungsgericht als ihre „vitale Basis“ bezeichnet wird, dem Recht auf Leben gem. Art. 2 Abs. 2 GG (90, vgl. auch 22). Selbst die gezielte Zerstörung der physischen Existenz eines Menschen reiche allein nicht aus, um eine Würdeverletzung zu begründen. Dies ist folgerichtig, denn sonst könnte eine Tötung in Notwehr niemals gerechtfertigt sein und im Falle einer für die Mutter lebensbedrohlichen Schwangerschaft käme es zu einem unlösbaren Dilemma. Nach diesen grundlegenden Überlegungen untersucht *Herdegen* eine Fülle von Verfahren und Methoden auf ihre Vereinbarkeit mit der Menschenwürde.

⁵ BVerfGE 88, 203 (267).

IV. Vereinbarkeit einzelner biomedizinischer Verfahren mit der Menschenwürde

Aus dem engen Verständnis dessen, was durch die Menschenwürde uneingeschränkt garantiert wird, folgert *Herdegen*, dass *homologe und heterologe Insemination* (94), *künstliche Befruchtung* zur Erfüllung eines Kinderwunsches (95) und *Leih- und Tragemutterschaft* (97) nicht per se eine Verletzung der Menschenwürde begründen. Dass all diese Verfahren praktische, rechtliche und ethische Probleme aufwerfen, ändere nichts daran, dass es dem Gesetzgeber nicht durch Art. 1 Abs. 1 GG uneingeschränkt und möglicherweise „ewig“ (s. Art. 79 Abs. 3 GG) verboten sei, diese durch die moderne Fortpflanzungsmedizin eröffneten Möglichkeiten zuzulassen und gesetzlich zu reglementieren.

Die praktischen Konsequenzen der Vorstellung eines entwicklungsabhängigen Würdeschutzes zeigen sich besonders deutlich an *Herdegens* Ausführungen zum *Umgang mit „überzähligen“ Embryonen* (95, 107), also solchen, die bei einer künstlichen Befruchtung entstanden sind, dann aber nicht implantiert wurden. Zum Absterben verurteilt und ohne Entwicklungsperspektive werde die Würde dieser Embryonen nicht dadurch verletzt, dass sie für die Stammzellenforschung verwendet werden. In diesem Fall unterlaufe die Verzweckung menschlichen Lebens *in vitro* nicht die Garantie der Menschenwürde. An dieser Stelle zeigt sich, dass die Versicherung *Herdegens*, das Konzept eines gestuften Menschenwürdeschutzes sei nicht durch besondere Einschränkung gekennzeichnet, sondern zielen auf einen „angemessenen“ Schutzanspruch (67), unzureichend ist. Es ist zwar richtig, dass der Embryo keinen Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Ehre vor dem „bürgerlichen Tod“ benötigt. Dass es aber dem pränatalen Leben „angemessen“ ist, ihm einen geringeren Schutzanspruch vor Instrumentalisierung durch medizinische Forschung zu gewähren als anderen Menschen, ist nicht erkennbar.

Für die Möglichkeit der Adoption solcher „überzähliger Embryonen“ folgt für *Herdegen* aus der Menschenwürde der Eltern, dass diese abhängig sei von deren Einverständnis (95) – ein Hinweis, den man im Zusammenhang mit der Freigabe zu Forschungszwecken leider vergeblich sucht. Davon abgesehen hält der Autor die Möglichkeit einer Adoption für „recht weltfremd“ (95 m. Fn.3) und übersieht dabei, dass in den USA bereits mehrere Embryonen-Adoptionen vermittelt wurden und schon die ersten Kinder geboren sind.⁶

Anders als im therapeutischen Klonen sieht der Autor im *reproduktiven Klonen* eine evidente Verletzung der Menschenwürde. Zutreffend stellt er hier auf die Würde des geklonten Spenders ab und vermeidet damit die

konstruktiven Schwierigkeiten eines vorwirkenden Würdeschutzes des Klons. Durch die gezielte genetische Duplizierung werde der Spender seiner genetischen Identität beraubt. Ein solches Verfahren lasse sich auch nicht durch dessen Einverständnis rechtfertigen (98).

Ebenso sei die Erzeugung von *Chimären und Hybriden* nicht mit der Menschenwürde vereinbar (100). Betroffen werde die Menschenwürde des Individuums, das die verwendeten Keimzellen gespendet hat. Mit dieser Begründung kann auf die Konstruktion einer Menschenwürde für das „genum humanum“ verzichtet werden.

Eine Menschenwürdeverletzung durch *Keimbahntherapie* verneint *Herdegen* mit der pointierten Formulierung, die Menschenwürde begründe keinen „Bestandsschutz von Erbkrankheiten“, vergisst dabei aber nicht auf die gegenwärtig noch unbeherrschbaren Risiken dieser Technik hinzuweisen. Der gegenteiligen Meinung wirft er das Festhalten an „erstaunlich langlebigen Vorstellungen einer unveränderliche[n] „natürliche[n]“ Ordnung“ (101) vor. Diese Kritik verwundert, schließlich begründet *Herdegen* doch kurz zuvor seine Ablehnung des reproduktiven Klonens (98) selbst damit, dass dies ein Prozess sei, der sich „völlig von natürlichen Zeugungsbedingungen“ entferne und zeigt damit zugleich, dass es kein Anachronismus, sondern eine Notwendigkeit ist, bei der Definition oder Konkretisierung der Menschenwürde auch auf vorrechtliche Maßstäbe und Vorstellungen Bezug zu nehmen.

Sehr zurückhaltend ist *Herdegen* hinsichtlich der Frage, ob die Garantie der Menschenwürde ein Verbot der *Präimplantationsdiagnostik* erfordert. Dies hält er allenfalls für möglich wegen des „Selektionsdruck[s]“, der von der PID zu Gunsten einer erwünschten genetischen Ausstattung begründet wird (106).

Diskutiert wird schließlich auch das Problem der *Unterhaltungspflicht* des Arztes bei fehlgeschlagener Sterilisation oder unterlassenen Hinweisen auf eine mögliche Abtreibung wegen einer Behinderung, bekannt unter dem Stichwort *„Kind als Schaden“* (112). Die Beschreibung der Auseinandersetzung zwischen den beiden Senaten des Bundesverfassungsgerichts leidet daran, dass die beiden Auffassungen im Text verwechselt, in der erläuternden Fußnote aber korrekt zugeordnet werden und die Darstellung damit insgesamt schwer verständlich ist. *Herdegen* selbst schließt sich der Meinung des Ersten Senats an und kann in der Schadensersatzpflicht des Arztes keine Gefährdung des Achtungsanspruchs des geborenen Kindes erkennen.

⁶ Hingewiesen sei auf die Internet-Seite www.snowflakes.org; für eine Adoptionslösung jüngst *Hillgruber*, in: Festschrift Link 2003, S. 637 (640 ff.).

V. Fazit

Insgesamt ist es *Herdegen* hoch anzurechnen, dass er zu jeder angesprochenen Frage selbst klar Position bezieht und sich nicht auf den Beobachter-Status zurückzieht und lediglich den jeweiligen Meinungsstand darstellt. Dass er sich damit mancher Kritik aussetzt, ist unvermeidbar.

Die Kommentierung beinhaltet eine nachweisreiche und umfassende Darstellung der Relevanz von Art. 1 Abs. 1 GG für die aktuelle bioethische Diskussion und bietet zudem einen unverzichtbaren Einblick in den in-

ternationalen Stand der Debatte. Damit wird der renommierte Grundgesetz-Kommentar von *Maunz/Dürig* in diesem Bereich auf den neuesten Stand gebracht. Bei manchen medizinischen Verfahren wird der effektive Schutz der Menschenwürde aber wohl nur durch restriktivere gesetzliche Regelungen gesichert werden können, als *Herdegen* sie verlangt.

Vor allem bleibt zu hoffen, dass das *Herdegen'sche* Konzept eines von der Entwicklung abhängigen, gestuften Schutzes der Menschenwürde keine ähnlich starke Prägekraft entfalten wird wie die eingangs zitierte Objektformel.

judikatur

BVerwG: Finanzierung von Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen

SchKG §§ 2, 3, 4, 6, 8, 9

Leitsatz:

Anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen, die zur Sicherstellung eines ausreichenden Angebots wohnortnaher pluraler Beratungsstellen erforderlich sind, haben nach § 4 Abs. 2 SchKG einen Rechtsanspruch auf Übernahme von mindestens 80 % ihrer notwendigen Personal- und Sachkosten durch den Staat.

Urteil vom 3. Juli 2003 - 3 C 26.02 (OVG Lüneburg 11 L 4042/0)

Zum Sachverhalt:

Für das Jahr 1996 bewilligte die beklagte Bezirksregierung dem klagenden Wohlfahrtsverband für seine vom Land anerkannte Beratungsstelle für Schwangerschaftsfragen und Schwangerschaftskonflikte in T. eine Zuwendung von 5 485,50 DM auf der Grundlage der Richtlinien über die Gewährung von Zuwendungen zum Betrieb von Beratungsstellen für Ehe-, Familien- und Schwangerschaftskonfliktberatung gemäß § 218 b Abs. 2 Nr. 1 StGB vom 19. Dezember 1985 (Nds. MBl 1986 S. 72) - Erllass 1986 -. Die Personal- und Sachkosten der Beratungsstelle beliefen sich in diesem Jahr auf 37.915,55 DM.

Für das Jahr 1997 beantragte der Kläger im März 1997 eine Zuwendung von 32.597,56 DM zu den mit insgesamt 65.195,14 DM veranschlagten Kosten. Die Steigerung der Kosten begründete er auf Nachfrage unter anderem damit, dass die Wochenstundenzahl der Beraterin von 10 auf 20 Stunden angehoben worden sei und sich außerdem die Miete erhöht habe.

Die Beklagte wies darauf hin, dass aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel höchstens eine Zuwendung in Höhe des Vorjahresbetrages in Betracht

komme und bat auf dieser Grundlage um Vorlage eines überarbeiteten ausgeglichenen Haushaltsplans. Dem kam der Kläger nicht nach. Daraufhin lehnte die Beklagte den Antrag mit Bescheid vom 17. November 1997 insgesamt mit der Begründung ab, unter Berücksichtigung des allenfalls in Betracht kommenden Zuwendungsbetrages von 5.485,50 DM sei die Gesamtfinanzierung des Vorhabens nicht gesichert.

Hiergegen erhob der Kläger Widerspruch mit der Begründung, nach § 4 Abs. 2 des Gesetzes zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz - SchKG) vom 27. Juli 1992 (BGBl I S. 1398) in der Fassung des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes vom 21. August 1995 (BGBl I S. 1050) habe er einen Rechtsanspruch auf Förderung in Höhe von 50 % der notwendigen Personal- und Sachkosten seiner Beratungsstelle. Dazu berief er sich auf ein Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 18. November 1997 (11 UE 315/97 - RiA 1998 S. 198). Die Beklagte wies den Widerspruch mit Bescheid vom 15. April 1998 zurück. Zur Begründung führte sie neben dem Verweis auf die Haushaltslage aus, auch nach der Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs, die ein anderes Förderungsmodell nach Fallpauschalen betreffe, stünden dem Kläger allenfalls Fördermittel in Höhe von 5.840 DM zu. Im Übrigen sei die vom Gesetz erwähnte öffentliche Förderung nicht nur durch das Land, sondern auch durch die Kommunen zu leisten. Bei der Förderungshöhe sei zudem zu berücksichtigen, dass es in Niedersachsen eine große Zahl von Beratungsstellen gebe, so dass der gesetzliche Auftrag zur Sicherstellung wohnortnaher und pluraler Versorgung mit Beratungsleistungen bereits erfüllt sei.

Daraufhin hat der Kläger Klage erhoben mit dem Begehren, die Beklagte zur Gewährung einer Zuwendung in Höhe von 32.597,56 DM und hilfsweise zur Neubescheidung zu verpflichten. Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 22. März 2000 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, für den vom Kläger geltend gemachten Anspruch gebe es keine Rechtsgrundlage. § 4 Abs. 2 SchKG scheidet insoweit aus, da Abs. 3 dieser Bestimmung ausdrücklich auf die nähere Rege-

lung durch das Landesrecht verweise. Schon die ausfüllungsbedürftige Offenheit des unbestimmten Rechtsbegriffes der angemessenen Förderung stehe im Übrigen der Ableitung eines konkreten Anspruchs aus dem Bundesrecht entgegen.

Auch im niedersächsischen Landesrecht gebe es keine Grundlage für das Begehren des Klägers.

Mit seiner Berufung hat der Kläger daran festgehalten, dass aus § 4 Abs. 2 SchKG ein unmittelbarer Rechtsanspruch auf angemessene Förderung gegen das Land Niedersachsen folge. Das Schwangerschaftskonfliktgesetz habe die Förderung von Schwangerschaftsberatungsstellen zu einer Pflichtaufgabe der Länder gemacht. Dies entspreche auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben für einen Schutz des ungeborenen Lebens durch Beratung statt durch Strafandrohung. Mit diesen Vorgaben sei die im Erlass 1986 vorgesehene Förderung als Fehlbedarfsfinanzierung mit einer Ermessensleistung im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel nicht zu vereinbaren. Das Land müsse vielmehr vorrangig einen eigenen Beitrag zur Gewährleistung der Schwangerschaftskonfliktberatung leisten. Das ergebe sich aus der dem Verfassungsrecht zu entnehmenden Garantienpflicht des Staates gegenüber dem ungeborenen Leben. Eine vorrangige Pflicht der Träger der Beratungseinrichtungen zur Eigenfinanzierung bestehe daher nicht.

Das Oberverwaltungsgericht hat die Beklagte durch Urteil vom 26. April 2001 verpflichtet, über den Antrag des Klägers auf Förderung für das Jahr 1997 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden. Die mit dem Hauptantrag verfolgte Verpflichtungsklage hat es abgewiesen. Dazu hat es ausgeführt, Rechtsgrundlage für das Begehren des Klägers sei § 4 Abs. 2 SchKG, der die Verpflichtung zu einer öffentlichen Förderung der zur Sicherstellung eines ausreichenden Angebotes nach den §§ 3 und 8 SchKG erforderlichen Beratungsstellen begründe. Art und Umfang dieser Förderung seien in Niedersachsen durch Erlass geregelt. Das sei nicht zu beanstanden. Der in § 4 Abs. 3 SchKG enthaltene Landesrechtsvorbehalt erfordere nicht zwingend eine Regelung durch Landesgesetz. Inhaltlich stelle der Erlass 1986 im Wesentlichen - nicht in allen Punkten - eine noch zureichende Konkretisierung der in § 4 Abs. 2 SchKG festgeschriebenen „angemessenen öffentlichen Förderung“ dar. Dabei sei davon auszugehen, dass es sich bei der Förderung von Schwangerenberatungsstellen um eine bundesgesetzlich festgelegte Pflichtaufgabe des Landes handele. Die Förderung der notwendigen Personal- und Sachkosten derartiger Einrichtungen stehe somit nicht im weiten politischen Ermessen des Zuwendungsgebers; es bestehe lediglich ein rechtliches Ermessen im Sinne des § 114 VwGO. Aus der zentralen Bedeutung der Beratung für einen wirksamen Schutz des ungeborenen Lebens als Gemeinwohl-aufgabe bzw. aus der verfassungsrechtlich festgelegten „Garantenstellung“ des Staates folge hinsichtlich der Förderungshöhe, dass sich diese nicht im unteren Bereich der Kosten bewegen dürfe. Vielmehr müssten die öffentlichen Zuschüsse in einem ausgewogenen Verhältnis zu den Finanzierungsbeiträgen der Träger stehen. Das Berufungsgericht halte insoweit neben etwaigen Förderungen durch Landkreise/kreisfreie Städte eine Förderung durch die Beklagte in Höhe von 50 % der (notwendigen) Kosten - vorbehaltlich eingesetzter Eigenmittel - für angemessen. Mit dieser Vorgabe sei der Erlass zu vereinbaren, der eine Förderung bis zu 50 % der Personal- und Sachkosten zulasse. Bei fehlenden Ei-

genmitteln verdichte sich diese Förderungsmöglichkeit zu einem entsprechenden Förderungsanspruch in Höhe von 50 % der notwendigen Kosten. Soweit in dem Erlass ein Förderungsanspruch ausgeschlossen werde, sei dies mit höherrangigem Recht nicht zu vereinbaren. Ebenso sei es unzulässig, dass die Förderung unter den Vorbehalt verfügbarer Haushaltsmittel gestellt werde.

Dagegen sei es nicht zu beanstanden, dass der Erlass 1986 als Förderungsgegenstand auf die „notwendigen“ Kosten verweise. Dieses Merkmal erfordere eine zweistufige Prüfung. Zunächst sei zu prüfen, ob das Land seinem aus §§ 3, 8 SchKG folgenden Sicherstellungsauftrag, d.h. seiner Pflicht zur Vorhaltung ausreichender Beratungsstellen nachgekommen sei. Dies sei der Fall, wenn die in § 4 Abs. 1 SchKG genannte Anforderung, dass pro 40 000 Einwohner eine Vollzeitberatungskraft oder eine entsprechende Zahl von Teilzeitkräften zur Verfügung stehe, erfüllt sei. Die Absätze 1 und 2 des § 4 SchKG könnten nicht getrennt von einander betrachtet werden.

Auf einer zweiten Stufe bleibe dann zu prüfen, ob die im Einzelfall für die konkrete Beratungsstelle geltend gemachten Kosten sich als notwendig erwiesen.

Auf dieser Grundlage seien die ablehnenden Bescheide der Beklagten rechtswidrig. Die Beklagte hätte sich nicht auf das Fehlen ausreichender Haushaltsmittel berufen dürfen. Auch der Hinweis, der Sicherstellungsauftrag sei erfüllt, da in Niedersachsen 1997 274 Beratungsstellen staatlich anerkannt gewesen seien, während nach dem Versorgungsschlüssel des § 4 Abs. 1 Satz 1 SchKG lediglich rund 196 Stellen vorgehalten werden müssten, trage die Ablehnung nicht. Es sei nämlich weder erkennbar, wie viele Vollzeitstellen in den Beratungsstellen existierten, noch in welchem Umfang diese von der Beklagten gefördert würden. Die wenigen von der Beklagten zur Verfügung gestellten Daten ließen die Erfüllung des Versorgungsauftrages als zweifelhaft erscheinen. Für die nach dem Versorgungsschlüssel notwendigen 196 Vollzeitstellen seien Kosten in Höhe von 27.300.000 DM in Ansatz zu bringen.

Bei einem Förderungsanteil des Landes von 50 % ergebe sich eine Haushaltsbelastung von 13.650.000 DM. Der Haushaltsplan für das Jahr 2000 weise aber nur einen Betrag von 4.700.000 DM aus.

Dem Hauptantrag des Klägers könne aber nicht entsprochen werden, weil zureichende Anhaltspunkte dafür, dass dem Kläger nur in der von ihm begehrten Höhe ein Förderungsanspruch zustehe, nicht gegeben seien.

Die auf Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils gerichtete Revision der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

II. Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Zwar ist das angefochtene Urteil in einigen Punkten mit dem Bundesrecht nicht vereinbar. Dadurch ist die Beklagte jedoch nicht beschwert, denn die Verstöße beschränken nur die Rechte des Klägers und gehen daher allein zu seinen Lasten. Da der Kläger keine Revision eingelegt hat, kommt eine Änderung des Berufungsurteils zu seinen Gunsten nicht in Betracht. Mithin muss es bei der Verpflichtung der Beklagten zur Neubescheidung bleiben. Dabei wird die Beklagte allerdings die Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts zu beachten haben.

1. Grundlage des Bescheidungsanspruchs ist die Annahme des Berufungsgerichts, grundsätzlich stehe die Entscheidung über die Förderung von Schwangeren- und Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörden. Andererseits konstatiert das Berufungsgericht, dass sich die Förderungsmöglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen zu einem Förderungsanspruch in Höhe von 50 % der notwendigen Kosten verdichten könne. Außerdem erklärt das Berufungsgericht, soweit in dem Erlass 1986 ein Rechtsanspruch auf die Gewährung der Zuwendung ausgeschlossen werde, sei dies mit höherrangigem Recht nicht zu vereinbaren. Gegen diese beiden Aussagen wendet sich die Revision.

Der Angriff der Beklagten ist unberechtigt, denn ihr steht bei der Entscheidung über die Förderung überhaupt kein Ermessen zu. Die Beratungsstellen haben vielmehr unter den im Schwangerschaftskonfliktgesetz festgelegten Voraussetzungen einen strikten Rechtsanspruch auf öffentliche Förderung.

Grundlage dieses Anspruchs ist § 4 Abs. 2 SchKG. Danach haben die zur Sicherstellung eines ausreichenden Angebotes nach §§ 3 und 8 SchKG erforderlichen Beratungsstellen Anspruch auf eine angemessene öffentliche Förderung der Personal- und Sachkosten. Der Wortlaut dieser Bestimmung lässt keinen Raum für die Annahme, die Gewährung der Förderung sei eine im Ermessen der Behörden stehende Leistung. Hat der Gesetzgeber ausdrücklich einen Anspruch begründet, steht dies der Annahme von Ermessen entgegen.

Das Verwaltungsgericht hat angenommen, die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs. 2 SchKG seien derart undeutlich, dass daraus eine unmittelbare rechtliche Bindung - sei es in der Form des Rechtsanspruchs oder des Anspruchs auf fehlerfreie Ermessensausübung - nicht entnommen werden könne. Dies trifft nicht zu. Die Merkmale der Erforderlichkeit einer Beratungsstelle und der angemessenen öffentlichen Förderung sind durch unbestimmte Rechtsbegriffe umschrieben, die einer gerichtlichen Auslegung durchaus zugänglich sind und keinen Beurteilungsspielraum eröffnen.

Darüber hinaus hat das Verwaltungsgericht auf den Landesrechtsvorbehalt in § 4 Abs. 3 SchKG abgestellt. Dieser Vorbehalt könnte einen nach § 4 Abs. 2 SchKG gegebenen Rechtsanspruch aber nur dann ausschließen, wenn er ohne konkretisierende landesrechtliche Regelung nicht realisierbar wäre. Das ist zum einen, wie noch zu zeigen sein wird, nicht der Fall, und wäre zum anderen aus verfassungsrechtlichen Gründen auch nicht hinnehmbar.

Die Regelung des § 4 Abs. 2 SchKG ist, wie die ausdrückliche Bezugnahme auf die Sicherstellung eines ausreichenden Angebotes von Beratungsstellen nach den §§ 3 und 8 SchKG belegt, wesentlicher Teil des Konzepts zur Sicherstellung einer ausreichenden Beratungsmöglichkeit durch die Länder. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Ersetzung der Strafdrohung für die Abtreibung durch eine Beratungslösung mit der staatlichen Schutzpflicht für das werdende Leben nur vereinbar, wenn eine kompetente dem Lebensschutz verpflichtete und quantitativ ausreichende Beratung gewährleistet ist. Hierfür trägt der Staat die umfassende Verantwortung (vgl. BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 - 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 - BVerfGE 88, 203, 286 ff.). Die grundlegende Umgestaltung der Strafvorschriften über den Schwangerschaftsabbruch, wie sie durch das Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27. Juli 1992 (BGBl I S. 1398) und das

Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21. August 1995 (BGBl I S. 1050) erfolgt ist, konnte daher von Verfassungen wegen nur Bestand haben, wenn schon die bundesrechtlichen Regelungen die Gewähr dafür boten, dass die Sicherstellung der notwendigen Beratung gewährleistet sei.

Eine Ablösung der alten Strafdrohungen ohne die Gewähr einer ausreichenden pluralen Beratungskapazität hätte der Garantenstellung des Staates für das werdende menschliche Leben widersprochen. Mit dieser Vorgabe wäre es unvereinbar, einen wesentlichen Bestandteil des Sicherstellungsauftrages in seiner Wirksamkeit davon abhängig zu machen, dass die Länder entsprechende Regelungen erlassen.

Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Im Urteil vom 27. Oktober 1998 (1 BvR 2306/97 u.a. - BVerfGE 98, 265, 304) hat es ausgeführt, das Konzept des Bundesgesetzgebers gehe davon aus, dass der Schutz der Leibesfrucht nur im Zusammenwirken mit der Frau und unter Einbindung anderer Berufsgruppen, nämlich der Ärzte und der Beratungsstellen, erreicht werden könne. Allerdings habe es der Staat nicht in der Hand, sämtliche Rahmenbedingungen selbst festzulegen. Die Gewissensfreiheit der Ärzte, die Bereitschaft kirchlicher Stellen, an der Beratung mitzuwirken, oder die Entscheidungen von Krankenhausträgern würden Unsicherheiten bei der Organisation einer ausreichenden Beratung und Versorgung bergen. Angesichts dieser unvermeidbaren Schwächen hänge die Verwirklichung des Konzepts im Sinne größtmöglichen Lebensschutzes davon ab, dass wenigstens die rechtlich festlegbaren Bedingungen im ganzen Bundesgebiet nicht verändert würden.

Mit dem in Niedersachsen nicht verwirklichten Regelungsvorbehalt des § 4 Abs. 3 SchKG lässt sich hiernach das Bestehen eines Rechtsanspruchs nach § 4 Abs. 2 SchKG nicht verneinen.

2. Bei der Erörterung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 4 Abs. 2 SchKG wendet sich die Revision vor allem dagegen, dass das Berufungsgericht - ebenso wie der Hessische Verwaltungsgerichtshof in einem Urteil vom 18. November 1997 (11 UE 315/97 - RiA 1998 S. 198) - die zur Sicherstellung eines ausreichenden Angebotes nach den §§ 3 und 8 SchKG erforderlichen Beratungsstellen entscheidend nach dem Versorgungsschlüssel des § 4 Abs. 1 SchKG bestimmt hat. Nach dieser Regelung tragen die Länder dafür Sorge, dass den Beratungsstellen nach den §§ 3 und 8 SchKG für je 40.000 Einwohner mindestens eine Beraterin oder ein Berater vollzeitbeschäftigt oder eine entsprechende Zahl von Teilzeitbeschäftigten zur Verfügung steht. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass ein Versorgungsangebot, das hinter diesem Schlüssel zurückbleibt, dem Sicherstellungsauftrag nicht genügt und dass deshalb bis zu der genannten Grenze Beratungsstellen nach den §§ 3 und 8 SchKG erforderlich sind. Dagegen wendet die Beklagte ein, der Versorgungsschlüssel des § 4 Abs. 1 SchKG sei lediglich eine Auflage an die Länder zur Konkretisierung ihres Sicherstellungsauftrages, habe aber mit dem Förderungsanspruch nach § 4 Abs. 2 SchKG nichts zu tun. Diese Argumentation überzeugt schon wegen der direkten Aufeinanderfolge der beiden Bestimmungen und ihrer teilweise wörtlichen Übereinstimmung nicht.

Auch inhaltlich drängt sich auf, dass bei der Frage der Erforderlichkeit von Beratungsstellen ein vom Gesetzgeber selbst genannter Schlüssel von entscheidender Be-

deutung ist. Vor allem aber steht der gesamte § 4 SchKG einschließlich des Abs. 1 unter der Überschrift „Öffentliche Förderung der Beratungsstellen“. Damit hat der Gesetzgeber die Relevanz des Versorgungsschlüssels in § 4 Abs. 1 SchKG für die Bemessung der zu gewährenden Förderung unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Der Angriff der Revision gegen die Relevanz des Versorgungsschlüssels für das Förderungsbegehren geht mithin fehl. Wenn ein Land - wie es die Beklagte vorträgt - der Meinung ist, die in § 4 Abs. 1 SchKG genannte Zahl von einer Vollzeitbeschäftigten auf 40.000 Einwohner sei völlig übersetzt, muss es den Weg der Gesetzesänderung beschreiten. Es kann sich aber nicht unter Berufung auf einen angeblich fehlenden Bedarf seiner gesetzlichen Sicherstellungsverpflichtung entziehen.

3. Das Berufungsgericht hat angenommen, die in § 4 Abs. 2 SchKG vorgesehene „angemessene öffentliche Förderung“ belaufe sich bei Fehlen entsprechender Eigenmittel auf 50 % der notwendigen Personal- und Sachkosten der Beratungsstellen. Da dies allein von der Beklagten angegriffen wird, kommt im konkreten Fall der Zuspruch eines höheren Förderungsanteils nicht in Betracht, zumal das Begehren des Klägers ohnehin nur auf die Erstattung der Hälfte der von ihm angegebene Personal- und Sachkosten gerichtet ist. Das entbindet das Revisionsgericht aber nicht davon, die in Rede stehenden Begriffe eigenständig auszulegen und die sich aus der Norm ergebenden objektiven Grenzen zu bestimmen. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass das Gesetz den Beratungsstellen eine „Förderung“ zuspricht. Eine Förderung beinhaltet im allgemeinen juristischen Sprachgebrauch keine volle Kostenübernahme. Einen Teil der Kosten muss vielmehr der Einrichtungsträger aus eigenen Mitteln oder aus Fremdmitteln, die er beispielsweise aus Benutzerentgelten gewinnt, bestreiten. Dies entspricht ersichtlich auch der Absicht des Gesetzgebers. Der von einer Vielzahl von Abgeordneten eingebrachte Gesetzentwurf BT-Drucks 12/2605 <neu>, der weitgehend dem später beschlossenen Gesetz entspricht, hatte in § 4 Abs. 2 SchKG noch die Bestimmung vorgesehen, nach diesem Gesetz anerkannte Beratungsstellen hätten Anspruch auf Erstattung der notwendigen Personal- und Sachkosten (vgl. BT-Drucks 12/2605 <neu> S. 9, 20). Der Sonderausschuss „Schutz des ungeborenen Lebens“ änderte dies dahin, dass ein Anspruch auf eine angemessene öffentliche Förderung eingeräumt wurde (vgl. BT-Drucks 12/2875 S. 77). Daraus geht hervor, dass der Gesetzgeber keine volle Kostenerstattung anordnen wollte.

Das Gesetz schreibt eine „öffentliche“ Förderung vor. Es benennt damit keinen bestimmten Anspruchsgegner. Das Bayerische Schwangerenberatungsgesetz - BaySchwBerG - vom 9. August 1996 (GVBl 1996 S. 320) bestimmt auf dieser Grundlage, dass das Land von den notwendigen Personal- und Sachkosten 50 % und die beteiligten Landkreise und kreisfreien Städte 30 % zu tragen haben. Das Fehlen einer solchen konkretisierenden Landesregelung beeinträchtigt aber nicht die Umsetzungsfähigkeit des § 4 Abs. 2 SchKG. Da die Länder nach Art. 83 GG die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit ausführen, sind sie selbst auch zur Kostentragung verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist.

Das Gesetz verlangt schließlich eine „angemessene“ Förderung. Das Berufungsgericht sieht die Grenze der Angemessenheit bei 50 % der notwendigen Kosten einer Beratungsstelle. Dieser Satz bleibt jedoch weit hinter dem Gebotenen zurück. Es ist zu berücksichtigen, dass

die Sicherstellung des Beratungsangebotes eine Pflichtaufgabe der Länder ist. Soweit sie diese Aufgabe durch eigene Stellen - beispielsweise durch Gesundheits- und Jugendämter - wahrnehmen, fallen ihnen die vollen Kosten zur Last. Zumindest für den Bereich der Schwangerschaftskonfliktberatung behalten die Länder darüber hinaus auch bei Einschaltung freier Beratungsträger die volle Verantwortung für das Beratungsgeschehen (vgl. BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 a.a.O. S. 286). Der Versorgungsschlüssel in § 4 Abs. 1 SchKG stellt zwar auf eine gemeinsame Richtgröße für die allgemeine Schwangerenberatung nach § 3 SchKG und die Konfliktberatung nach § 8 SchKG ab. Die Schwangerschaftskonfliktberatung ist in diesem Kontext aber ein besonders wichtiger Teil des Gesetzes, der bei einer zusammenfassenden Betrachtung, wie sie § 4 Abs. 1 SchKG vornimmt, entscheidendes Gewicht hat. Außerdem hat die in § 2 SchKG vorgesehene Aufklärung insbesondere bei Jugendlichen eine große Bedeutung für die Prävention von Schwangerschaftsabbrüchen.

Es kommt hinzu, dass die Konfliktberatung nach § 6 Abs. 4 SchKG unentgeltlich stattfindet, die freien Träger von Beratungsstellen also keine Möglichkeit haben, anderweitig Kostenersatz zu erlangen. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass das Gesetz eine plurale Vielfalt von Beratungseinrichtungen vorschreibt. Da bei vielen in Betracht kommenden Trägern nur sehr beschränkt Eigenmittel zur Verfügung stehen, gefährdet die Ansetzung eines hohen Anteils an Eigenmitteln bei der Bestimmung des angemessenen Förderungsbetrages diese Vielfalt und damit die Erfüllung des Sicherstellungsauftrages des Gesetzes. Es liegt nahe, dass nichtstaatliche Beratungsträger bei einer solchen Vorgabe aus der Beratung ausscheiden müssten oder gar nicht erst in sie eintreten könnten. Dadurch geriete das gesamte Konzept einer auf Akzeptanz durch die Schwangeren angelegten Beratung in Gefahr.

Aus all dem ergibt sich, dass angesichts der originären staatlichen Verantwortung für die Beratung ein ganz überwiegender Anteil der dadurch entstehenden Kosten vom Staat getragen werden muss. Zur Verhinderung von Missbrauch und wegen des eigenständigen Interesses der Träger an der Beratung kann indes ein spürbarer Eigenanteil von bis zu 20 % gefordert werden.

4. Der Begriff der angemessenen Förderung beinhaltet, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, die Einschränkung, dass lediglich die notwendigen Personal- und Sachkosten zu tragen sind. Der Maßstab der Notwendigkeit wird konkretisiert durch § 9 Nr. 1 SchKG. Danach darf eine Beratungsstelle nur anerkannt werden, wenn sie unter anderem über hinreichend persönlich und fachlich qualifiziertes und der Zahl nach ausreichendes Personal verfügt. Überschreitet das in einer Beratungsstelle vorhandene Personal der Zahl nach diese Grenze, braucht der Staat dafür nicht aufzukommen. Es liegt auf der Hand, dass der Umfang des erforderlichen Personals ferner durch den Umfang der anfallenden Beratungstätigkeit bestimmt wird. Zu Recht hat das Berufungsgericht aber auch auf die umfassende Vorhaltpflicht des Staates hingewiesen, die sich aus dem Sicherstellungsauftrag der §§ 3 und 8 SchKG in Verbindung mit dem Versorgungsschlüssel des § 4 Abs. 1 SchKG ergibt. Die Vorhaltung eines dem § 9 Nr. 1 SchKG entsprechenden Personalbestandes einer erforderlichen Beratungsstelle muss der Staat daher selbst dann fördern, wenn wegen unzureichender Nach-

frage aus welchen Gründen auch immer die Beratungskapazitäten nicht ausgeschöpft werden. Erweist sich eine solche Entwicklung über längere Zeit als stabil, kann sich sowohl die Frage nach der Erforderlichkeit der Beratungsstelle als auch nach ihrer personellen Überbesetzung stellen. Das rechtfertigt es aber nicht, von vornherein das Risiko einer unzureichenden Auslastung der Beratungsstelle auf den Träger zu verlagern.

5. Zusammenfassend ergibt sich damit, dass anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen, die zur Sicherstellung eines ausreichenden Angebots wohnortnaher pluraler Beratungsstellen erforderlich sind, nach § 4 Abs. 2 SchKG einen Rechtsanspruch auf Übernahme von mindestens 80 % ihrer notwendigen Personal- und Sachkosten durch den Staat - gegebenenfalls im Verein mit anderen von ihm gesetzlich dazu verpflichteten öffentlichen Stellen wie etwa Kommunen - haben. Die Angriffe der Revision gegen das dahinter deutlich zurückbleibende Berufungsurteil gehen sämtlich fehl.

BGH: Sachverständigengutachten bei medizinischer Indikation

BGB § 249; StGB § 218 a Abs. 2

Leitsatz:

Für die Prüfung der Voraussetzungen einer medizinischen Indikation im Sinne des § 218a Abs. 2 StGB für einen rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch macht die „nach ärztlicher Erkenntnis“ gebotene Prognose regelmäßig die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich.

Urteil vom 15. Juli 2003 - VI ZR 203/02 - (KG Berlin)

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin ist die Mutter einer am 10. September 1997 mit einer schweren Fehlbildung - einer offenen Wirbelsäule (Spina bifida) im lumbosacralen Bereich - geborenen Tochter. Sie nimmt den beklagten Arzt auf Schmerzensgeld sowie auf Unterhalt für ihre Tochter mit der Begründung in Anspruch, dieser habe bei den von ihm seit dem 6. Mai 1997 ab der 19. Schwangerschaftswoche durchgeführten Sonographien pflichtwidrig die Fehlbildung des Kindes nicht erkannt, weshalb eine Abtreibung unterblieben sei. Diese wäre gerechtfertigt gewesen, um die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung insbesondere des seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren wegen behandlungsbedürftiger Depressionen abzuwenden.

Das Landgericht hat der Klage unter Klageabweisung im übrigen teilweise stattgegeben und den Beklagten zur Zahlung von Schmerzensgeld, Unterhaltsbedarf und Betreuungsaufwand verurteilt sowie festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin sämtlichen zukünftigen Unterhaltsaufwand infolge der Geburt ihrer Tochter zu ersetzen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Kammergericht die Klage unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils vollständig abgewiesen und die Anschlussberufung der Klägerin zurückgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin wurde das Urteil des Kammergerichts aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, ein Anspruch der Klägerin auf Schmerzensgeld sei nicht begründet, da die insoweit darlegungspflichtige Klägerin nicht hinreichend vorgetragen habe, dass nach der geltenden Fassung des § 218a StGB ein Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig gewesen wäre. Da der Gesetzgeber bei der Neuregelung der Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs die embryopathische Indikation aus dem Gesetz gestrichen habe, hätte die Klägerin einen Schwangerschaftsabbruch lediglich aus medizinischen Gründen zum Schutz der Mutter gemäß § 218a Abs. 2 StGB rechtmäßig vornehmen lassen können. Die Darlegung der Klägerin lasse jedoch eine Beurteilung, ob die damals zu befürchtenden Depressionen und die jetzt eingetretenen Folgen, die zumindest indiziell zu berücksichtigen seien, eine hinreichend schwerwiegende Gefahr für ihre Gesundheit bedeutet hätten bzw. bedeuteten, nicht zu. Die Unzumutbarkeit der Schwangerschaft bzw. die Voraussetzungen für einen die Opfergrenze für die Schwangere überschreitenden Ausnahmetatbestand seien damit nicht hinreichend dargelegt. Das Ausmaß sowie die Behandlung der Depressionen seien nicht näher ausgeführt worden. Bei der Abwägung der Rechtsgüter, also einerseits der Gesundheit der Mutter und andererseits des Lebens des Kindes, sei sicherlich auch maßgebend, ob und in welchem Umfang die Beeinträchtigungen der Gesundheit der Mutter mit Erfolg behandelbar seien. Hinsichtlich der konkreten sekundären Folgen gebe es auch im Arzthaftungsprozess keine Erleichterungen für die Darlegungslast der Patientin. Hier fehle es nicht nur an einer nachvollziehbaren medizinischen Einordnung. Auch die Darlegung zur psychotherapeutischen Behandlung ohne näheren Vortrag zu Art, Umfang und Erfolg der Behandlung genügten nicht und seien - selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass in diesem Bereich eine Offenlegung durch den Behandelnden gegenüber der Patientin nur im begrenzten Maß vertretbar sein mögen - zu pauschal erfolgt. Ein Anspruch auf Ersatz des entstandenen und entstehenden Unterhaltsaufwandes für ihr behindertes Kind stehe der Klägerin schon dem Grunde nach nicht zu. Schutzzweck des Behandlungsvertrages bei der medizinischen Indikation sei - auch bei erkennbarer Behinderung des ungeborenen Kindes - ausschließlich die Gesundheit der Mutter. Der wirtschaftliche Aspekt der Unterhaltsbelastung für das behinderte Kind sei bei der medizinischen Indikation nicht ansatzweise als Reflex des Behandlungsvertrages ableitbar.

II. Das Urteil des Berufungsgerichts hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Die Erwägungen des Berufungsgerichts zum Schutzzweck des Behandlungsvertrages bei der medizinischen Indikation im Sinne des § 218a Abs. 2 StGB stehen nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats. Der Senat hat in seinem Urteil vom 18. Juni 2002 - VI ZR 136/01 - (VersR 2002, 1148, demnächst BGHZ 151, 133 ff.), welches das Berufungsgericht zum Zeitpunkt seiner Entscheidung freilich noch nicht kennen konnte, entschieden, dass das auf einem

ärztlichen Behandlungsfehler beruhende Unterbleiben eines nach den Grundsätzen der medizinischen Indikation gemäß § 218a Abs. 2 StGB rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruchs die Pflicht des Arztes auslösen kann, den Eltern den Unterhaltsaufwand für ein Kind zu ersetzen, das mit schweren Behinderungen zur Welt kommt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts diente im vorliegenden Fall die vom Beklagten durchgeführte Feinsonographie der Suche nach Fehlbildungen; die Klägerin hatte ihn zu diesem Zweck aufgesucht. Die vom Beklagten nach dem ärztlichen Standard durchzuführende Diagnostik sollte demnach die Klägerin in die Lage versetzen, das ihr vom Gesetzgeber zugebilligte Recht auszuüben, sich für einen rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch zu entscheiden, wenn nach Feststellung einer schweren Fehlbildung des Kindes der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt gewesen wäre, um eine Gefahr für ihr Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere, für sie zumutbare Weise hätte abgewendet werden können. Drohen die schwerwiegenden Gefahren für die Mutter, die zur Erfüllung der Voraussetzungen der Indikation des § 218a Abs. 2 StGB führen, gerade auch für die Zeit nach der Geburt und ist dem gemäß der vertragliche Schutzzweck auch auf die Vermeidung dieser Gefahren durch das „Haben“ des Kindes gerichtet, so erstreckt sich die aus der Vertragsverletzung resultierende Ersatzpflicht auch auf den Ausgleich der durch die Unterhaltsbelastung verursachten vermögensrechtlichen Schadenspositionen. Eine dahingehende Bestimmung des vertraglichen Schutzzumfangs, die bei derartigen Sachverhalten unter Geltung der früheren „embryopathischen Indikation“ in der Rechtsprechung anerkannt war (vgl. z.B. Senatsurteil BGHZ 86, 240, 247; Senatsurteile vom 4. März 1997 - VI ZR 354/95 - VersR 1997, 698, 699 und vom 4. Dezember 2001 - VI ZR 213/00 - VersR 2002, 233, 234), nunmehr auch für entsprechende Fallgestaltungen im Rahmen der nach der geltenden Rechtslage maßgeblichen medizinischen Indikation entspricht der gesetzgeberischen Lösung, die bisher von § 218a Abs. 3 StGB a.F. erfassten Fallkonstellationen jetzt in die Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB einzubeziehen (vgl. Senatsurteil vom 18. Juni 2002 - VI ZR 136/01 - aaO; zustimmend Deutsch, NJW 2003, 26, 28).

2. Eine auf der - hier revisionsrechtlich zu unterstellenden - Verletzung des Behandlungsvertrages beruhende Vereitelung eines möglichen Schwangerschaftsabbruchs kann allerdings - wovon das Berufungsgericht mit Recht ausgegangen ist - nur dann Ansatz dafür sein, die Eltern im Rahmen eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs gegen den Arzt auf der vermögensmäßigen Ebene von der Unterhaltsbelastung für das Kind freizustellen und der Klägerin ein Schmerzensgeld zuzuerkennen, wenn der Abbruch rechtmäßig gewesen wäre, also der Rechtsordnung entsprochen hätte und von ihr nicht missbilligt worden wäre (st. Rspr.: vgl. insbesondere BGHZ 129, 178, 185 = VersR 1995, 964, 966; Senatsurteile vom 4. Dezember 2001 - VI ZR 213/00 - aaO; vom 19. Februar 2002 - VI ZR 190/01 - VersR 2002, 767, 768 und vom 18. Juni 2002 - VI ZR 136/01 - aaO, S. 1149). Aufgrund der gesetzlichen Neufassung des § 218a Abs. 2 StGB in der Fassung des Schwangeren- und Familienhilfänderungsgesetzes vom 21. August 1995 (BGBl. I

1050) ist der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch dann nicht rechtswidrig, wenn er unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder das Risiko einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden und die Gefahr nicht auf andere, für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann. Bei Fallgestaltungen, die nach der früheren rechtlichen Regelung der „embryopathischen Indikation“ unterfielen, ist nunmehr im Rahmen des § 218a Abs. 2 StGB zu prüfen, ob sich für die Mutter aus der Geburt des schwerbehinderten Kindes und der hieraus resultierenden besonderen Lebenssituation Belastungen ergeben, die sie in ihrer Konstitution überfordern und die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres insbesondere auch seelischen Gesundheitszustandes als so bedrohend erscheinen lassen, dass bei der gebotenen Güterabwägung das Lebensrecht des Ungeborenen dahinter zurückzutreten hat (vgl. Senatsurteil vom 18. Juni 2002 - VI ZR 136/01 - aaO, S. 1150). Das Berufungsgericht ist zwar hiervon im rechtlichen Ansatzpunkt zutreffend ausgegangen, hat jedoch bei seiner Beurteilung die Anforderungen an die Darlegungslast der Klägerin überspannt und in diesem Zusammenhang - wie die Revision mit Recht geltend macht - erheblichen Sachvortrag und Beweisangebote der Klägerin übergangen.

3. Zwar muss die Mutter im Schadensersatzprozess grundsätzlich nach allgemeinen Grundsätzen darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch wegen medizinischer Indikation bei fehlerfreier Diagnose des untersuchenden Arztes vorgelegen hätten. Bei den Anforderungen an die Darlegungslast sind jedoch auch die gerade durch den - hier revisionsrechtlich zu unterstellenden - Behandlungsfehler verursachten Schwierigkeiten zu berücksichtigen, welche die Darlegung der Voraussetzungen einer nachträglichen, auf den Zeitpunkt des denkbaren Abbruchs der Schwangerschaft bezogenen Prognose bereitet. Durch das Vorenthalten der richtigen Diagnose über die voraussichtliche schwere Behinderung ihres Kindes ist die Klägerin nämlich gar nicht in die Lage versetzt worden, diese Mitteilung im maßgeblichen Zeitpunkt, in dem sie sich noch für einen Schwangerschaftsabbruch hätte entscheiden können, auf sich wirken zu lassen. Deshalb können aus der tatsächlichen späteren Entwicklung nur mittelbar Rückschlüsse darauf gezogen werden, wie diese Diagnose sich auf ihren Gesundheitszustand ausgewirkt hätte. Hinzu kommt, dass auch allgemein an die Substantiierungspflichten der Parteien im Arzthaftungsprozess maßvolle und verständige Anforderungen zu stellen sind, weil vom Patienten regelmäßig keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden kann (vgl. Senatsurteil vom 19. Mai 1981 - VI ZR 220/79 - VersR 1981, 752). Entsprechende Fragen sind, wie dies im Arzthaftungsprozess ganz allgemein zu fordern ist, grundsätzlich nicht ohne sachverständige Beratung zu entscheiden (vgl. Senatsurteil, BGHZ 98, 368, 373). Dies gilt umso mehr für die Prüfung der Voraussetzungen einer medizinischen Indikation im Sinne des § 218a Abs. 2 StGB, bei der die „nach ärztlicher Erkenntnis“ gebotene Prognose schon im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut regelmäßig die Ein-

holung eines Sachverständigengutachtens erforderlich macht (vgl. Müller, NJW 2003, 697, 703).

Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht im vorliegenden Fall nicht beachtet. Die Klägerin hat nicht nur vorgetragen, dass sie unter schweren Depressionen leide, sondern hat dies auch in das Zeugnis der behandelnden Psychologin gestellt. Eine medizinische Einordnung ihrer psychischen Störungen konnte von ihr entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts aus den dargelegten Gründen ebenso wenig verlangt werden wie Vortrag zu Art, Umfang und Erfolgsaussicht der Behandlung. Daneben hat die Klägerin auch körperliche Beeinträchtigungen geltend gemacht, insbesondere einen Bruch von zwei Wirbeln im Jahr 1994, aufgrund dessen sie keine schweren Lasten tragen dürfe. Dass durch das ständige Tragen des schwerbehinderten Kindes bereits eine Verschlechterung eingetreten sei und eine Operation erforderlich werde, hat sie unter Beweis durch ein orthopädisches Sachverständigengutachten gestellt.

4. Das Berufungsgericht wird dem entsprechenden Vortrag der Klägerin nachzugehen haben, um sich nach Einholung sachkundigen Rates die erforderliche tatrichterliche Überzeugung davon zu verschaffen, ob die gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Klägerin bei rückwirkender Betrachtung für eine medizinische Indikation ausgereicht hätten.

LG Essen: Illegaler Schwangerschaftsabbruch; Berufsverbot

StGB §§ 218 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 2, 70

Leitsatz der Redaktion:

1. Die Durchführung eines illegalen Schwangerschaftsabbruchs unter gravierender Missachtung der Regeln zum Schutz des Lebens und der Gesundheit der Schwangeren, die zu einer Uterusperforation mit Harnblasen- und Darmverletzungen führt, erfüllt das Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB.

2. Zu den Voraussetzungen eines lebenslangen Berufsverbots.

Urteil v. 30. Juli 2003 - 66 Js 92/02

Zum Sachverhalt:*

Im Jahr 2001 kam Frau S in die Praxis des Angeklagten in G, um einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen. S wusste dabei aufgrund der vorangegangenen Konsultation eines anderen Frauenarztes, dass es sich bereits um eine fortgeschrittene Schwangerschaft - ihr gegenüber war die 21./22. Schwangerschaftswoche genannt worden - handelte.

Der Angeklagte führte bei S eine Ultraschalluntersuchung durch und gelangte nach Auswertung des Ultraschallbildes, das lediglich unscharfe, bestimmten Organen nicht zuzuordnende Strukturen zeigt und auf dem

der linke Endpunkt einer Messlinie sogar außerhalb des Bildsektors im Piktogramm „abdominaler Ultraschall“ liegt, so dass das Bild keinerlei Aussagen über das Alter der bestehenden Schwangerschaft zulässt, in Verkennung eben dieses Umstandes zu einer Schwangerschaft um die 20. Schwangerschaftswoche. Nach Vereinbarung eines Honorars von 1.000,00 DM für die gewünschte illegale Abtreibung bestellte der Angeklagte S an einem anderen Termin nach Praxisschluss ein, um den Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen.

Als S am vereinbarten Tag etwa gegen 12.30 Uhr in der Praxis des Angeklagten in G erschien und der Angeklagte absprachegemäß 1.000,00 DM erhalten hatte, verabreichte er in Kenntnis der weit fortgeschrittenen Schwangerschaft S ein vaginales Zäpfchen mit dem Medikament Prostaglandin, welches den Muttermund öffnen und wehentreibend sein sollte. Nachdem die Wirkung auch nach ca. fünf Stunden noch nicht eingetreten war, gab der Angeklagte der Schwangeren ein weiteres Zäpfchen Prostaglandin, infolge dessen sich der Muttermund gegen 21.00 Uhr schließlich um 2-3 cm geöffnet hatte. Da ein spontaner Ausstoß des Kindes zu diesem Zeitpunkt nicht mehr zu erwarten war und die Schwangere bereits über Schmerzen klagte, entschloss sich der Angeklagte nunmehr zu einer sogenannten instrumentellen Ausräumung und verabreichte zu diesem Zweck die Medikamente Dormicum, Disoprivan und Ultiva per Infusion. Sodann versuchte er mittels einer sogenannten Fasszange den Fötus herauszuziehen. Er musste jedoch immer wieder nachfassen, da es ihm nur gelang, Teile des Fötusses zu entfernen. Auf diese Weise wurde der Fötus noch im Muttermund zerstückelt, in dem auch Teile, insbesondere der Wirbelsäule, zurückblieben. Durch den Eingriff entstand bei S eine starke Blutung; der Hämoglobinwert sank stark ab. Der Angeklagte entschloss sich daraufhin, die Interruptio abbrechen und forderte über die Taxinotrufzentrale einen Krankenwagen an. Gleichzeitig verständigte er das Hospital in G und informierte den dort diensthabenden Oberarzt darüber, dass alsbald eine Notfallpatientin eintreffen werde. Im Hospital wurde S schließlich bei ihrem Eintreffen notfallmäßig versorgt.

Es wurde eine massive Uterusperforation mit Harnblasen- und Sigmaverletzung festgestellt, wobei die linksseitige Arteria uterina vom Uterus abgerissen und die Verbindungen zwischen Corpus und Zervix lediglich nur noch durch einen ca. 1 cm im Durchmesser großen Gewebestiel aufrechterhalten wurden. Im Bauchraum der Schwangeren befanden sich noch ca. 3-4 cm lange Wirbelsäulenabschnitte des Fötusses. Die Patientin drohte zu verbluten. Nachdem S sich außer Lebensgefahr befand, wandte sich ein Freund derselben an den Angeklagten und erklärte diesem gegenüber, Frau S werde wegen der Interruptio und den damit aufgetretenen schweren Verletzungen „keine Probleme“ mehr machen, wenn eine entsprechende Summe gezahlt würde. Der Angeklagte erklärte sich mit einer Schmerzensgeld- und Schadensersatzzahlung in Höhe von insgesamt 40.000 Euro einverstanden, auf die er bis zu seiner Festnahme Zahlungen in Höhe von 15.720 Euro leistete.

...

* Gegenstand des Verfahrens war auch ein in Tateinheit stehendes Vergehen der fahrlässigen Körperverletzung. Vom Abdruck wurde insoweit abgesehen.

Aus den Gründen:

IV. Der Angeklagte hat sich ... hinsichtlich des Tatgeschehens im Jahr 2001 eines Schwangerschaftsabbruches gem. § 218 Abs. 2 Nr. 2 StGB schuldig gemacht. Insoweit hat der Sachverständige Prof. Dr. M, dessen nachvollziehbare und in sich schlüssige Ausführungen sich die Kammer zu eigen macht, dargelegt, dass bereits die grundsätzlich für eine in der 18. bis 22. Schwangerschaftswoche als *lege artis* anzusehende medikamentöse Abtreibung, wie sie der Angeklagte zunächst durch Verabreichung wehenindizierender und gebärmutterweiternder Medikamente durchführen wollte, kaum für eine Praxis geeignet sei. Um möglichen Komplikationen gerecht werden zu können, eine ständige Kreislaufkontrolle zu gewährleisten und insbesondere auch eine schmerzlindernde Behandlung zu sichern, sei ein derartiger Schwangerschaftsabbruch regelmäßig in einer Klinik vorzunehmen. Jedenfalls aber der Abbruch der medikamentösen Abtreibung und der sich anschließende Versuch der instrumentellen Ausschabung durch den Angeklagten, bei dem der Fötus nur stückweise extrahiert werden konnte, sei als dilettantisch und grober ärztlicher Fehler zu werten: Die Durchführung einer instrumentellen Ausräumung jenseits der 14. bis 16. Schwangerschaftswoche entspreche wegen der bekannten Risiken in Form der Verletzung der Gebärmutter und anderer Organe, die sich vorliegend ja auch realisiert hätten, keinesfalls dem ärztlichen Standard.

Hat der Angeklagte demnach aber in besonders gravierender Weise gegen ärztliche Grundsätze verstoßen und bestehende Regeln zum Schutz des Lebens und der Gesundheit der Schwangeren missachtet, so trifft ihn der Vorwurf, S als Folge des Einsatzes der Faszange und der dadurch bewirkten Uterusperforation mit Harnblasen- und Sigmaverletzungen „leichtfertig“ in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung gebracht zu haben.

V. (*Hier folgen zunächst Ausführungen zur Strafzumessung.*) Ein Berufsverbot nach § 70 StGB war neben der ausgerichteten Strafe anzuordnen, da andernfalls davon auszugehen ist, dass der Angeklagte bei weiterer Ausübung seines Berufes als Gynäkologe weiterhin erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.

Bei beiden abzuurteilenden Taten hat der Angeklagte - wie die Sachverständigengutachten belegen - in eklatanter Weise gegen Grundregeln der ärztlichen Kunst verstoßen, indem er den Patientinnen durch unzureichende Behandlungen und unzutreffende Diagnosen erhebliche Schmerzen zufügte oder sie durch eine *contra legem* durchgeführte Behandlungsmethode in die Gefahr der schweren Körperverletzung oder des Todes brachte.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Angeklagte sich bereits 1995 wegen unzureichender Behandlung zu verantworten hatte und die damalige Patientin verstarb, weil die behandelnden Ärzte, zu denen u.a. der Angeklagte gehörte, wichtige allgemeine bzw. spezifische diagnostische Maßnahmen unterließen, ist daher nach Ansicht der Kammer davon auszugehen, dass sich der Angeklagte zukünftig bei weiterer Ausübung seines Berufes erneut gegen eklatante Grundsätze der ärztlichen Kunst hinwegsetzen wird und es hierdurch zu gravierenden Schäden potentieller Patientinnen kommen könnte. Dieser Gefahr kann nach Ansicht der Kammer auch nur wirksam durch die Anordnung eines lebenslangen und nicht nur eines zeitlich befristeten Berufsverbotes begegnet werden.

Denn die jetzt abzuurteilenden Taten zeigen zum einen, dass der Angeklagte sich das Verfahren von 1995 keinesfalls zur Warnung hat dienen lassen, sondern seine Untersuchungs- und Behandlungsmethoden (nach wie vor) nicht mit Grundsätzen des Ärztestandes in Einklang stehen. Zum anderen sind die dem Angeklagten anzulastenden Berufsverstöße jeweils gravierender Natur und haben nachhaltige Konsequenzen für die betroffenen Patientinnen.

 rezensionen

Mensch und Person

Roland Kipke

Mensch und Person. Der Begriff der Person in der Bioethik und das Lebensrecht aller Menschen

Logos-Verlag, 2. Auflage, Berlin 2003

118 S., 11,70 EUR

Die vielfältigen bioethischen Debatten kreisen um wenige zentrale Fragen. Eine davon ist diejenige nach dem Personsein des Menschen. Die Literatur dazu ist umfangreich, und vielfach werden altbekannte Argumente wiederholt. Auch das nun in zweiter Auflage erschienene Buch „Mensch und Person“ von Roland Kipke ist da zunächst keine Ausnahme. Der junge Philosoph aus Berlin setzt sich mit den Argumentationslinien anderer Autoren auseinander, ohne eine eigene Position darzulegen. Die Kritik an den üblichen Sichtweisen mündet

aber am Ende doch in einem neuen Ansatz, der interessant ist, jedoch noch der Entwicklung bedarf.

Kipke macht in der bioethischen Debatte - bei allen Differenzierungen im Einzelnen - zwei große theoretische Argumentationsstränge aus: diejenige Auffassung, nach der allen Menschen Personalität und damit Lebensrecht zukommt, und diejenige, für die nicht alle Menschen Personen sind. Kipke nennt sie die „Inklusions-“ und die „Exklusionstheorie“. Er konzentriert sich auf die Schlüssigkeit der beiden Ansatzpunkte, ohne deren jeweilige ethischen Grundlagen aufzuarbeiten. Wer insoweit eine intensivere Darstellung erwartet, wird nicht auf seine Kosten kommen und die zitierten Quellen selbst zu Rate ziehen müssen. Andererseits entsteht gerade durch das Weglassen geistesgeschichtlicher Entwicklungslinien eine dichte Darstellung der wesentlichen heute vertretenen persontheoretischen Argumente. Vor allem gelingt es Kipke dabei, auf die unausge-

sprochenen anthropologischen Prämissen aufmerksam zu machen, die den jeweiligen Personkonzepten zugrunde liegen und häufig in der je eigenen Begrifflichkeit der einzelnen Autoren unentdeckt bleiben. Deutlich wird, in welchem hohem Maße die ethische Position von einem bestimmten Menschenbild abhängt.

Obwohl Kipke im Schlussteil anklingen lässt, dass er wohl zu einer inklusionistischen Theorie des Personseins neigt, kommen die Exklusionstheoretiker im Hauptteil des Buches „besser weg“, als die Autoren, die von einer Identität von Personsein und Menschsein ausgehen. Er sieht zwar auch in dem exklusionistischen Ansatz einige theoretische Probleme, doch gesteht er ihm durchaus argumentative Stringenz zu. Bei den meisten Vertretern der inklusionistischen Position hingegen erkennt er gravierende Widersprüche zwischen den anthropologischen Prämissen und den ethischen Standpunkten: Die Personalität und damit das Lebensrecht wird auch bei ihnen häufig an Eigenschaften (wie Selbstbewusstsein) geknüpft, obwohl diese Eigenschaften bei den als schutzwürdig bezeichneten menschlichen Wesen, z. B. menschlichen Embryonen, nicht vorhanden sind. Damit entstehe die Notwendigkeit, den Status der Personalität mittels theoretischer Hilfskonstruktionen auf Menschen ohne personale Eigenschaften zu übertragen, etwa durch die Argumente der Potentialität, Kontinuität und Identität. Kipke beurteilt diese Versuche als letztlich nicht überzeugend. Stringenz und damit Überzeugungskraft gewinne die inklusionistische Position nur, wenn sie sich ausdrücklich von einem materialistischen Menschenbild verabschiede. Mit der Andeutung einer Skizze für einen solchen Weg schließt Kipke sein Buch.

Dass die Lektüre des schmalen Bändchens Gewinn bringt, zeigt die Beurteilung Robert Spaemanns: „... eine ungewöhnlich gute, gründliche, wohldurchdachte Arbeit, aus der ich noch manches gelernt habe ...“. (rb)

Ethik des Embryonenschutzes

Norbert Hoerster
Ethik des Embryonenschutzes.
Ein rechtsphilosophischer Essay
 Reclam, Stuttgart 2002
 144 S., 3,60 EUR

Norbert Hoerster hat sich nach den Themen Abtreibung (1991) und Sterbehilfe (1998) nun auch in der ihm eigenen Art und Weise dem Embryonenschutz zugewandt. Wer seine Argumentation zur Abtreibung kennt, die er auch in zahlreichen Aufsätzen in juristischen Zeitschriften publiziert hat, wird vom Ergebnis seiner neuen Überlegungen zum Embryonenschutz nicht überrascht sein: Der Embryo werde vom Menschenrecht auf Leben nicht erfasst.

Grund ist wiederum die spezielle Begründung des Lebensrechts (S. 65 ff.), wie sie Hoerster seit Jahren vertritt. Entscheidend sei eine interessenorientierte Sichtweise. Der Embryo habe noch kein Überlebensinteresse. Dies schließe es aber nicht aus, aus guten Gründen „dem Embryo durch Normen außerhalb der Verfassung einen gewissen schlichten Lebensschutz zu gewähren“ (S. 109). Dass der Embryo gegenüber den Heilungsverprechen der Stammzellforschung mit einer solchen „schlichten“ Rechtsposition ins Hintertreffen geraten muss, liegt auf der Hand.

Der Wert der Büchleins liegt zum einen darin, dass Hoerster sich mit zahlreichen Einwänden gegen seine Position auseinandersetzt, und zum anderen in der Konsequenz der Darlegung. Unumwunden gesteht er auch zu, dass die Anerkennung eines Rechts auf Leben ab Befruchtung zwingend zu einer Unzulässigkeit der geltenden Abtreibungsregelung führen müsste. Er berührt hier den wunden Punkt allerer, die zwar einen konsequenten Embryonenschutz bejahen, die Abtreibungsgesetzgebung aber glauben verteidigen zu können. Auch wenn zwischen beiden Bereichen durchaus Unterschiede auszumachen sind, kann doch die fundamental unterschiedliche Behandlung von Embryonen in vitro und in vivo schwerlich konsistent begründet werden. Das gilt insbesondere für die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zur „Beratungsregelung“, die Hoerster eingehend und durchaus zutreffend kritisiert (S. 45 ff.).

Zurecht betont Hoerster im Schlusswort, dass die Frage nach dem Beginn des Rechts auf Leben keine akademische Frage, sondern auch in praktischer Hinsicht von zentraler Bedeutung sei. Es zeuge von „Unredlichkeit oder Oberflächlichkeit, dieser Frage auszuweichen, sie zu verwischen oder sie von Fall zu Fall je nach gewünschtem Ergebnis unterschiedlich zu beantworten“ (S. 134). Wer für einen konsequenten und ausnahmslosen Schutz des Menschenlebens in allen seinen Entwicklungsphasen eintritt, darf sich vom Autor - auch wenn dieser zu ganz anderen Ergebnissen kommt - bestätigt fühlen. (rb)

„Kind als Schaden“

Ulrike Riedel
„Kind als Schaden“. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Arzthaftung für den Kindesunterhalt bei unerwünschter Geburt eines gesunden, kranken oder behinderten Kindes.
 Mabuse-Verlag, Frankfurt a.M. 2003
 160 S., 14,90 EUR

Im Juni 2002 erging eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (s. ZfL 2002, 74), die die Diskussion über das Thema „Kind als Schaden“ neu belebt hat. Das Ur-

teil wurde in der Öffentlichkeit heftig kritisiert. Es wurde befürchtet, es könne wie die bisherige Rechtsprechung zu diesem Problemkreis einen Beitrag zur Ausuferung der Pränataldiagnostik leisten. Wohl aus genau dieser Befürchtung heraus hat das von den Behindertenverbänden getragene Institut Mensch, Ethik und Wissenschaft (IMEW) die Rechtsanwältin Ulrike Riedel damit beauftragt, die höchstrichterliche Rechtsprechung der vergangenen Jahre zur Arzthaftung für unerwünscht geborene Kinder zu untersuchen. Das hieraus entstandene Gutachten liegt nun als Buch vor.

Die Autorin stellt ausführlich und verständlich die Entwicklungslinien der Rechtsprechung dar und setzt sich auch mit ihren gesellschaftlichen Konsequenzen auseinander. Zurecht weist sie darauf hin, dass nach der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs im Jahr 1995 von den Gerichten tendenziell strengere Maßstäbe angelegt werden, wenn es gilt, einen Schadensersatzanspruch auf das Vorliegen einer medizinischen Indikation zu stützen. Zwar werden nach wie vor im Grunde embryopathisch motivierte Abtreibungen - jetzt im Rahmen der medizinischen Indikation - durchgeführt. Die Bindung des vertraglichen Schadensersatzanspruchs an den Schutzzweck des Vertrages führt jedoch dazu, dass nicht automatisch der Kindesunterhalt auf den Arzt bei Fehlverhalten abgewälzt werden kann.

Ferner begründet die Autorin nachvollziehbar, dass Ärzte nicht verpflichtet seien, schwangere Frauen zur Pränataldiagnostik zu drängen oder „im Zweifel“ zur Abtreibung eines behinderten Kindes zu raten, um einer drohenden Unterhaltspflicht zu entgehen. Das mag in der Theorie richtig sein, dürfte aber in der Praxis größtenteils Wunschenken bleiben. Denn auf der Grundlage des geltenden Rechts wäre nur dann mit ei-

ner Beschränkung der Pränataldiagnostik und deren Folgen zu rechnen, wenn die Ärztinnen und Ärzte von sich aus auf eine restriktive Handhabung Wert legen würden. Davon kann aber gerade nicht ausgegangen werden. Im Gegenteil: der wachsende Konkurrenzkampf auf dem Markt der medizinischen Dienstleistungen wird zu einer Ausweitung der Diagnostik führen, so dass an Schadensersatzklagen auch in Zukunft kein Mangel herrschen wird.

Vor allem scheint auch der BGH die „Kind-als-Schaden“-Rechtsprechung nicht allzu sehr einschränken zu wollen, wenn er die Instanzgerichte mahnt, bei der Feststellung der medizinischen Indikation die Anforderungen an die Darlegungslast nicht zu überspannen und Erwägungen darüber anstellt, wie die Mitteilung der Behinderung des Kindes auf den seelischen Gesundheitszustand der Mutter zum Zeitpunkt einer möglichen Abtreibungsentscheidung gewirkt hätte und der tatsächlichen Entwicklung nur untergeordnete Bedeutung beimisst (s. das Ur. des BGH in diesem Heft, S. 138). Unter diesen Voraussetzungen dürfte es nicht schwer fallen, hypothetisch eine schwerwiegende Beeinträchtigung des seelischen Gesundheitszustandes im Nachhinein darzulegen und gutachtlich bestätigt zu bekommen.

Unabhängig davon ist es - gerade für Ärzte, die sich in einem ethischen Dilemma sehen - nutzbringend, die Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung anhand der vorliegenden Untersuchung nachzuvollziehen und ihre maßgeblichen Grundlinien zu verstehen. Nur auf der Grundlage dieser Faktenkenntnis ist es möglich, in der Schwangerenbetreuung einerseits den vertraglichen Pflichten nachzukommen und andererseits mittelbare Gefährdungen des ungeborenen Kindes zu vermeiden. (rb)

umschau

Spätabtreibung – Auto-Genozid

Vor kurzem hat die Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG) auf das Problem „Spätabtreibungen“, d.h. auf Abtreibungen nach Eintritt der extrauterinen Lebensfähigkeit (etwa ab der 22. Schwangerschaftswoche) aufmerksam gemacht und ein gesetzliches Verbot solcher Abtreibungen angemahnt (ZfL 2003, 28). Unabhängig hiervon fordert der frühere Direktor der Klinik für Neonatologie der Medizinischen Universität zu Lübeck, **Prof. Dr. med. Axel Fenner**, die gesetzliche Abtreibungsregelung als Ganzes noch einmal zu überprüfen. Unter der Überschrift: „**Schwangerschaftsabbruch – Embryo-Fetozid – drohender Auto-Genozid?**“ erinnert **Fenner** in der **Deutschen Medizinischen Wochenschrift 2003, 1788** an den Eid des Hippokrates. Hiernach ist es Ärzten untersagt, einer Frau ein Abtrei-

bungsmittel zu reichen. Es gebe ausgesprochen wenige schwierige Situationen, in denen die Fortsetzung der Schwangerschaft die Gesundheit oder das Leben der Mutter so erheblich gefährde, dass eine Abwägung und letztlich ein Abbruch der Schwangerschaft erlaubt sei. Mit der Liberalisierung der Sexualität habe sich aber ein gesellschaftlicher Wandel, auch mit einer geänderten Einstellung zur Abtreibung vollzogen. Diesem Wandel habe der Gesetzgeber mit der Einführung der strafrei möglichen Abtreibung Rechnung getragen, was die Abtreibung weithin als erlaubt erscheinen lasse. Danach habe allgemein, angesichts der hohen Zahl der verlangten Abtreibungen auch unter Ärzten ein Abstumpfungsprozess eingesetzt. Eigentlich hätten die Ärzte aufschreiben müssen, anstatt sich zu Erfüllungsgehilfen dieses Systems machen zu lassen. Dass namentlich auch eine „so-

ziale Notlage“ als Grund für einen Schwangerschaftsabbruch angesehen werden konnte, bewiese die Schiefelage des Sozialsystems. Zudem verharmlose der Begriff „Schwangerschaftsabbruch“ das Geschehen: in Wirklichkeit werde ein ungeborenes Kind getötet. Korrekterweise müsse man in der Medizin von Embryozid bzw. Fetozid und in der Laiensprache von Ungeborenentötung sprechen. Die große Zahl dieser Tötungen verhindere auf Dauer das Nachwachsen einer - ausreichend großen - neuen Generation. Angesichts der - so die offizielle Statistik ohne Dunkelziffer - mindestens fünf Millionen Kinder, die auf diese Art und Weise in den letzten drei Jahrzehnten getötet wurden, spricht **Fenner** von einem schleichenden „Auto-Genozid“. (kw)

Pränataler Hilfefonds

Wie schon *Prof. Dr. Ralf Weber* (Universität Rostock) auf der öffentlichen Tagung der JVL am 3. Mai 2003 in Würzburg schlägt auch **Ruth Schimmelpfeng-Schütte**, Vorsitzende Richterin am LSG Celle, in **MedR 2003, 401** als Alternative vor: „Pränataler Hilfefonds“ statt „Schadensfall Kind“. Die Autorin kritisiert die Entscheidung des BSG (ZfL 2002, 118), das nach erfolgter Inzestbeziehung über einen Schadensersatzanspruch nach dem Opferentschädigungsgesetz (OEG) zu befinden hatte. Hiernach konnte die Klage des aus dieser Beziehung hervorgegangen gesundheitlich schwer geschädigten Kindes nur Erfolg haben, wenn sein Gesundheitsschaden auf einem gewaltsamen Geschehen beruhte. Dann aber sei das gesundheitlich geschädigte Leben selbst der Schaden, der zum Schadensersatz berechtige. Die Autorin verweist darauf, dass dies so noch nicht gesagt worden sei; bislang sei, auch vom BGH, betont worden, nicht das unerwünschte Kind, sondern (nur) die Unterhaltsbelastung für dieses Kind sei der Schaden. Dass aber auch diese Unterscheidung abzulehnen ist, zeigt die Autorin sodann überzeugend mit ausgesuchten Beispielfällen auf. Ungerecht sei, dass diejenige Schwangere begünstigt werde, die behauptet, sie hätte abtreiben wollen. Die Frau aber, die etwa aus Gewissensgründen eine Abtreibung nicht in Betracht ziehe, gehe leer aus. Letztlich entscheide also die innere Haltung der Frau zum Schwangerschaftsabbruch, ob sie Unterhalt für ihr Kind bekomme oder nicht. Dies sei kein sachbezogener Grund für eine Differenzierung. Alle diese Ungereimtheiten ließen sich durch die Einrichtung eines „Pränatalen Hilfefonds“ vermeiden. Unterstützt würden dann diejenigen, die die Betreuung für ein schwerstbehindertes Kind übernehmen und zwar unabhängig von einem ärztlichen Beratungs- oder Behandlungsfehler oder einem unterbliebenen Schwangerschaftsabbruch. Damit würde dann nicht nur die unwürdige Diskussion um ein „Kind als Schaden“ beendet, sondern auch deutlich, dass die Würde eines jeden Menschen tatsächlich das höchste Gut in unserer Gesellschaft ist. (kw)

Menschenwürde als normatives Prinzip

Prof. Dr. Ernst-Wolfgang Böckenförde befasst sich in der **JZ 2003, 809 ff** mit der „Menschenwürde als normatives Prinzip – Die Grundrechte in der bioethischen Debatte“ und fragt, ob Art. 1 GG angesichts der Entwicklung in Biomedizin und Gentechnik noch Orientierung geben könne. Der Autor, einer der Richter, die 1993 am zweiten Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts (NJW 1993, 1751 ff) mitgewirkt haben, tritt für eine strenge Beachtung der Menschenwürde im Bereich des Ungeborenschutzes ein. Dabei betont er, dass Art. 1 GG neben der Menschenwürde als Proklamation (Würdegebot) auch deren Unantastbarkeit (Unantastbarkeitsgebot) und die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt enthalte, die Menschenwürde zu achten und zu schützen (Achtungs- und Schutzgebot). Also beinhalte Art. 1 GG ein verbindliches normatives Prinzip. Umstritten sei allerdings, ob sich Art. 1 GG nur auf geborene oder auch auf ungeborene Menschen beziehe. Dies lasse sich jedoch bei richtiger methodischer Vorgehensweise zweifelsfrei klären: auch der Embryo besitze Menschenwürde. Denn die Würde, die jedem Menschen zukomme, lasse sich nicht von seiner eigenen Entwicklung trennen, sondern müsse sie mit umfassen und zwar von Anfang an. In diesem Zusammenhang tritt **Böckenförde** allen Versuchen entgegen, die darauf hinauslaufen, den Würdeschutz als einen Entwicklungsprozess mit steigender Intensität anzusehen. Er weist im Einzelnen nach, dass der Beginn des menschlichen Lebens in der Befruchtung, der Zusammenfügung zweier Chromosomensätze liege; allein hierdurch entstehe ein neues individuell gekennzeichnetes biologisches Fundament für diesen einen Menschen. Sei das Leben einmal entstanden, gebe es kein Zurück mehr. Dem ist zuzustimmen, denn Nidation und Geburt erfolgen nur, weil menschliches Leben bereits vorhanden ist. Beides, Geburt wie Nidation sind damit lediglich Teil der sich von der Befruchtung an kontinuierlich fortsetzenden Entwicklung des menschlichen Lebens. Aus dieser Perspektive kommt **Böckenförde** zu dem Ergebnis, dass alle Embryonalforschungen, die zum Tod des Embryos führen oder führen können (verbrauchende Embryonenforschung), die Einfuhr von embryonalen Stammzellen (aus Gründen der Glaubwürdigkeit), die Präimplantationsdiagnostik und das therapeutische Klonen abzulehnen seien. Den Ausführungen von **Böckenförde** ist in allen Punkten zuzustimmen. Allerdings fragt sich, warum er das Thema Schwangerschaftsabbruch ausspart. Auch dieses Thema hängt eng mit der Menschenwürde zusammen. Das unter Mitwirkung von **Böckenförde** zustande gekommene Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur so genannten „Beratungsregelung“ im Jahr 1993 lässt in seinen wesentlichen praktischen Auswirkungen jedenfalls nicht erkennen, dass auch dem ungeborenen Kind der Schutzanspruch der Menschenwürde zusteht. (kw)

UN-Konvention gescheitert: Forscher können weiter klonen

Das Abstimmungsverhalten der Bundesregierung bei der Entscheidung der Vereinten Nationen über ein weltweites Klon-Verbot ist auf heftige Kritik gestoßen. Mit 80 zu 79 Stimmen waren in New York am 6. November die Verhandlungen über den Entwurf einer Konvention der Vereinten Nationen um zwei weitere Jahre verschoben worden. Für die Vertagung der Verhandlungen, über die auf Antrag des Iran im Namen von 47 islamischen Staaten abgestimmt wurde, votierte auch die deutsche Delegation.

US-Gesundheitsminister Tommy Thompson kritisierte, dass der deutsche Vertreter bei den Vereinten Nationen für eine Verschiebung gestimmt habe, obwohl der Konventionsentwurf, der ein umfassendes Klonverbot vorsah, nicht annähernd so umfassend und weitreichend gewesen sei wie das deutsche Embryonenschutzgesetz.

Auch zahlreiche deutsche Politiker griffen die Bundesregierung nach der Abstimmung scharf an. Die Grünen-Politikerin Christa Nickels sprach gegenüber dem „Tagesspiegel“ von einem „Desaster“. Das Außenministerium unter Joschka Fischer habe nicht nur die deutsche Gesetzeslage und den mehrfach geäußerten Willen des Parlaments, sondern auch „23 Jahre grüner Arbeit global konterkariert“, so Nickels. Hätte sich Deutschland von Anfang an für den Antrag Costa Ricas eingesetzt, der ein totales Klonverbot forderte und den 63 Staaten mittrugen, hätte man die unentschiedenen Länder überzeugen und eine große Mehrheit für das Verbot gewinnen können. Stattdessen hätten sich die deutschen Verhandlungsführer als „Ghostwriter für das Gegenteil stark gemacht“. Laut Nickels liege dies auf der Linie SPD-geführter Ministerien, die versucht hätten, „die

Rechtslage anzubohren und aufzuweichen.“ Nickels wertete es als einen „massiven Angriff auf die Gewaltenteilung“, dass man „vom Ausland aus versucht, den Willen des Gesetzgebers sturmreif zu schießen.“

Die stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU im Bundestag, Maria Böhmer, bezeichnete die Verschiebung gegenüber der „Frankfurter Allgemeinen Zeitung“ als „eine politische und diplomatische Bankrotterklärung“. Man habe „starke Partner wie Amerika damit im Stich“ gelassen, obwohl das therapeutische Klonen in Deutschland verboten sei. Der CDU-Politiker Hubert Hüppe sprach gegenüber der „Süddeutschen Zeitung“ von einer „Beerdigung dritter Klasse für ein echtes Klonverbot“. „Entsetzt“ zeigte sich auch der SPD-Gesundheitspolitiker Wolfgang Wodarg über die lange Dauer der Vertagung. „Wer klonen will, hat jetzt die Chance, ordentlich loszulegen und Tatsachen zu schaffen“, zitiert der Tagesspiegel den Abgeordneten.

Kampf um Verbot von „partial-birth-abortion“

Nur kurz nach Inkrafttreten des Verbots der „partial-birth abortion“ (Teilgeburts-Abtreibung) haben drei Bundesrichter in den USA das neue Gesetz blockiert. Als Begründung gaben die Richter an, es gebe Anhaltspunkte, dass das Verbot verfassungswidrig sei, da das Gesetz keine Ausnahmefälle bei Gefahr für das Leben der Mutter vorsehe. Zugleich kündigte das us-amerikanische Justizministerium an, das von Präsident Georg W. Bush am 5. November unterzeichnete Gesetz werde mit allen juristischen Mitteln verteidigt.

Bei der „partial-birth abortion“ wird zunächst die Geburt des Kindes eingeleitet. Im Verlauf des Geburtsvorgangs wird der Kopf des Kindes punktiert und das Gehirn abgesaugt. Der Unterzeichnung des Gesetzes war ein jahrelanger Streit vorausgegangen, bis schließlich sowohl das Re-

präsidentenhaus als auch der Senat einem Verbot dieser Spätabtreibungsmethode zustimmte.

In New Yorker setzte ein Bundesrichter das Verbot für rund die Hälfte aller Ärzte aus, welche diese Methode der Spätabtreibung praktizieren. Ein weiterer Richter in San Francisco verfügte, dass sich die rund 900 Abtreibungskliniken, die die Organisation „Planned Parenthood“ unterhält, vorerst nicht an das neue Gesetz zu halten hätten. Auch ein Richter in Nebraska setzte das Verbot für mehrere Ärzte aus, die zuvor Klage gegen das Gesetz eingereicht hatten. Es wird nun erwartet, dass der Streit vom Obersten US-Gericht entschieden werden muss.

Stimmungswandel in USA Jugendliche sind „pro life“

In den USA wächst eine neue Generation von Lebensschützern heran. Das meldet der katholische Nachrichtendienst „kath.net“ unter Berufung auf eine Gallup-Umfrage Ende November. Danach sind Jugendliche in den USA häufiger „pro life“ eingestellt als ihre Eltern. Der Umfrage zufolge halten über zwei Drittel (72 Prozent) der Befragten zwischen 13 und 17 Jahren Abtreibung für moralisch nicht akzeptabel. Von ihnen sind 32 Prozent der Ansicht, Abtreibung müsse unter allen Umständen verboten werden. 47 Prozent plädierten dafür, Abtreibung nur unter bestimmten Umständen zu erlauben. Lediglich 19 Prozent befürworteten, dass Abtreibung unter allen Umständen legal sein müsse. Eine frühere Gallup-Umfrage hatte Ende Oktober ergeben, dass in den USA nur 17 Prozent der Erwachsenen die Ansicht teilen, Abtreibung müsse unter allen Umständen verboten sein. 55 Prozent sind der Überzeugung, dass Abtreibung unter bestimmten Umständen legal sein sollte. Für eine totale Freigabe der Abtreibung haben sich 26 Prozent der Erwachsenen ausgesprochen.

Europarat verschiebt Debatte um aktive Sterbehilfe

Der Europarat hat die Debatte um eine mögliche Legalisierung der Euthanasie verschoben. Im zuständigen Sozialausschuss hatten am 21. November wichtige Mitglieder gefehlt, so die Begründung aus Strassburg. Nun werde voraussichtlich am 16. Januar über den Bericht des Schweizers Dick Marty beraten. Laut Marty habe niemand das Recht, Sterbende zum Weiterleben zu zwingen. Marty will die aktive Sterbehilfe europaweit nach dem Vorbild der Gesetze in den Niederlanden und in Belgien legalisieren. Allerdings gebe es große Widerstände. Auch die modifizierte „mildere“ Form seines Vorschlags stosse auf Gegenwehr, namentlich aus Ländern wie Polen, Frankreich und Italien, sagte Marty in einem Zeitungsinterview. Die heute geltende Situation bezeichnete er als scheinheilig. So belegten Studien, dass aktive Sterbehilfe bereits praktiziert werde. Dennoch sei die Euthanasie in den meisten Mitgliedsländern der EU immer noch strafbar.

Unterdessen warnten mehrere Mediziner von der langsamen Gewöhnung an das Töten von Menschen. In der „Süddeutsche Zeitung“ wies der Palliativmediziner Christof Müller-Busch von der Humboldt-Universität Berlin darauf hin, dass sich Niederländer mittlerweile Patiententestamente zulegten, in denen sie jede Form der Euthanasie ablehnten, aus Angst getötet zu werden. Mit dem Gesetz wachse der Druck enorm, die Entscheidung auch herbeizuführen, so Müller-Busch. Niemand wage die Frage zu verneinen, dass dieser Druck ökonomische Gründe habe, da die Gesundheitssysteme immer schwerer zu finanzieren seien. Der Sozialpsychiater Klaus Dörner sprach gegenüber derselben Zeitung provozierend davon, dass mit der aktiven Sterbehilfe das Leben sozialverträglich verkürzt werden solle.

„Vorhandene embryonale Stammzellen reichen aus“

Mehrere prominente Stammzellforscher haben betont, dass die vorhandenen embryonalen Stammzelllinien zumindest für die kommenden Jahre völlig ausreichen. So erklärte der österreichische Wissenschaftler Hannes Strasser vor dem Europaparlament in Brüssel Mitte November: „Es ist nicht nötig, neue Zelllinien herzustellen“. Auch Thorsten Trapp vom Institut für Transplantationsdiagnostik und Zelltherapie der Universität Düsseldorf unterstrich, dass die vorhandenen Stammzelllinien ausreichen, da die meisten Experimente auch an Tieren durchgeführt werden könnten.

Unterdessen warnte die französische Forscherin Marie Lousie Labat vor den Gesundheitsgefahren gewarnt, die bei der Transplantation embryonaler Stammzellen in den menschlichen Organismus bestünden. Anlass für diese Einschätzungen war eine Expertenanhörung im Europäischen Parlament, zu der der deutsche CDU-Abgeordnete Peter Liese geladen hatte.

Forscher melden Heilungserfolge mit adulten Stammzellen

Adulte Stammzellen erleben insbesondere in der Therapie von Herzinfarkten einen besonderen Boom. Das berichten die „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ und das „Deutsche Ärzteblatt“ sowie die „Ärzte Zeitung“. Auf der Tagung der „American Heart Association“ hatten zahlreiche Forscher über neue, erstaunliche Erfolge bei der zellulären Reparatur des kranken Herzens berichtet. So habe der Düsseldorfer Wissenschaftler Bodo Strauer die Ergebnisse seiner vor zwei Jahren begonnenen Experimente mit Knochenmarkszellen vorgestellt, melden die Zeitungen. Das Team um Strauer habe zwanzig Herzinfarkt-Patienten mehrmals hintereinander in die infarktgeschädigte

und zuvor mit einem Ballonkatheter erweiterte Arterie eine Lösung mit Stammzellen gespritzt, die tags zuvor aus dem Knochenmark der Patienten gewonnen worden seien. Nach Angaben Strauers habe sich das Ausmaß des geschädigten Herzgewebes innerhalb von drei Monaten halbiert, zugleich habe sich die Kontraktion des Herzens beschleunigt und das ausgestoßene Blutvolumen um bis zu 65 Prozent erhöht. Dies seien Indizien, dass bei den mit adulten Stammzellen behandelten Patienten neue Herzmuskelzellen und Blutgefäße am Herzen gebildet würden.

Ähnliche Ergebnisse hatten auch Perin Emerson vom Baylor College und seine Kollegen vom Texas Heart Center in Houston an elf Patienten erzielt. Das Team isolierte bestimmte Zellen aus dem Knochenmark (mononukleare Stammzellen) und injizierte diese dann gezielt in die geschädigten Bereiche der linken Herzkammer. Nach zwei und sechs Monaten hätte man feststellen können, dass sich vor allem das Herzgewebe regeneriert habe, dessen Blutgefäße durch den Infarkt beschädigt worden seien. In Leistungstests am Ergometer hätten alle mit adulten Stammzellen behandelten Patienten deutlich besser abgeschnitten als die neun konventionell behandelten Infarkt-Patienten der Kontrollgruppe.

Neue Studie belegt: Klonen ein wissenschaftlicher Reifall

Das Klonen wird von der Wissenschaft nicht als Erfolg angesehen, da nur zwei Prozent der Klone überleben und selbst sie fallweise nicht gesund sind. Das melden mehrere Zeitungen unter Berufung auf eine demnächst im Fachmagazin „Developmental Biology“ erscheinende Studie. Wissenschaftler der Temple University School of Medicine hätten darin die frühesten Entwicklungsstadien der Entwicklung normaler und geklonter Embryonen untersucht.