

- Johann-Christoph Student* Wie nützlich sind Patientenverfügungen?, S. 94
- Winfried Kluth* Der rechtliche Status des Menschen am Beginn
seines Seins, S. 100
- BVerwG* Förderung von Schwangerschaftsberatungs-
stellen, S. 110 (m. Anm. Reis)
- AG Oldenburg* „Liegenlassen“ eines neugeborenen Kindes
nach überlebter Spätabtreibung, S. 121
(m. Anm. Wiebe)

Editorial

93 Mutmaßungen über den Todeswillen

Thema

Prof. Dr. med. Johann-Christoph Student

94 Wie nützlich sind Patientenverfügungen?

Prof. Dr. Winfried Kluth

100 Der rechtliche Status des Menschen am Beginn seines Seins

106 Gegendarstellung

Beitrag

Katia Schier

107 Schwangerschaftsverhütung und -abbruch bei Minderjährigen

Judikatur

110 BVerwG: Förderung von Schwangerschaftsberatungsstellen
Urteil v. 15.07.2004, 3 C 48.03

Dr. Hans Reis

115 Anmerkung zum Urteil des BVerwG

117 AG Oldenburg: „Liegenlassen“ eines neugeborenen Kindes nach überlebter Spätabtreibung
Strafbefehl v. 29.03.2004, 46 Cs 137 Js 276/98 (83/04)

Knut Wiebe

118 Anmerkung zum Strafbefehl des AG Oldenburg

Rezensionen

121 Sterben in Würde

121 Selbstbestimmung und Einwilligungsfähigkeit

Umschau

122 Überlegungen zur Spätabtreibung

123 Selbstbestimmung am Lebensende

Aus der JVL

124 Herbert Tröndle 85 Jahre

III Trends**Impressum****Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)**

ISSN 0944-4521

Redaktion

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

Anschrift der Redaktion

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

Herausgeber

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

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

Vorstand der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.

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

Satz & Layout

Rehder & Partner Medienagentur, Aachen

Druck

Luthe Druck und Medienservice, Köln

Abonnement

Die ZfL erscheint viermal jährlich. Das 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 Rübner, Köln

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

Prof. Dr. phil. Manfred Spieker, Osnabrück

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

Prof. Dr. iur. Ralph Weber, Rostock

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

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

Mutmaßungen über den Todeswillen

Sterben ist „in“. Seit Jahrtausenden. In der Rechtspolitik ist das Thema „Sterben“ auch „in“. Seit Jahren. Aber erst seit wenigen Wochen liegt ein erster Gesetzentwurf vor: ein Referentenentwurf zur Regelung von Patientenverfügungen. Bundesjustizministerin Zypries folgt insoweit ohne Abstriche dem Votum der ministeriellen Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ vom Juni 2004. Der einmal erklärte und nicht widerrufenen Wille, in bestimmten Situationen lebensverlängernde Maßnahmen abzulehnen, soll künftig unmittelbar bindend sein. Ein Standpunkt, der umstritten ist, aber trotz mancher Bedenken tolerabel sein kann. Schließlich wird niemand gezwungen, eine entsprechende Patientenverfügung zu verfassen.

Gefährlicher erscheint dagegen ein anderer Aspekt des Gesetzentwurfs, der nicht so im Mittelpunkt des Interesses steht. Es geht um die Frage, was geschehen soll, wenn keine eindeutige Patientenverfügung vorliegt. Der Gesetzentwurf sieht in diesen Fällen vor, dass ein vom Patienten ausdrücklich bevollmächtigter Vertreter (Gesundheitsbevollmächtigter) allein und verbindlich den „mutmaßlichen Willen“ des Betroffenen ermitteln und durchsetzen können soll. Existiert ein Betreuer, dann soll dieser im Einvernehmen mit dem behandelnden Arzt ebenfalls den „mutmaßlichen Willen“ feststellen und anwenden können. Eine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle ist nur dann vorgesehen, wenn es zwischen Arzt und Betreuer zum Dissens kommt. In der Praxis käme eine solche Regelung der Einladung zum Missbrauch gleich. Die allgemeine Wunschvorstellung von einem „sanften“ und „natürlichen“ Tod, die jeder im Laufe seines Lebens mehr oder weniger deutlich zum Ausdruck bringt, kann über die Fiktion des „mutmaßlichen Willens“ leicht in den Wunsch nach Beendigung konkreter lebensverlängernder Maßnahmen umgedeutet werden - ohne dass hierfür eine reale Willensbasis vorhanden ist.

Das geplante Gesetz betrifft bei genauem Hinsehen nur teilweise den Bereich der Patientenverfügungen. Im Kern ermächtigt es in einer Vielzahl von Fällen eine oder zwei Personen zu Mutmaßungen über den Todeswillen - und das alles ohne nennenswerte Verfahrenssicherungen. Ob in der Öffentlichkeit dieses Problem unter der semantischen Zuckerkruste von „Selbstbestimmung“ und „Patientenautonomie“ erkannt wird? Es besteht reichlich Anlass zu Kritik und Diskussion (s. hierzu den Beitrag von Student, S. 94; ferner die Rezension S. 121). Noch ist etwas Zeit, die parlamentarische Beratung des Themas zu beeinflussen.

Ein ganz anderes Thema, das in dieser Zeitschrift auch wiederholt behandelt wurde, hat dagegen einen Abschluss gefunden: Die rechtliche Aufarbeitung des „Oldenburger Falles“. Nach langem Hin und Her ist das stundenlange „Liegenlassen“ des Babys Tim nach einer Spätabtreibung (Tatzeit 1997) nun endlich mit einem Strafbefehl gegen den verantwortlichen Arzt geahndet worden (s. S. 117). Auch wenn der Verfahrensablauf und die rechtliche Würdigung nicht zufrieden stellen können (s. Anm. Wiebe, S. 118, und Umschau, S. 122), signalisiert die rechtskräftige Verurteilung doch, dass auch zunächst „nicht zum Leben bestimmte“ Kinder nach der Trennung vom Mutterleib vollen Anspruch auf medizinische Unterstützung und Hilfe haben.

Rainer Beckmann

Prof. Dr. med. Johann-Christoph Student¹, Stuttgart

Wie nützlich sind Patientenverfügungen?

Zur aktuellen Diskussion um die Patientenautonomie

1. Der Wandel im Umgang mit Sterben, Tod und Trauer im 20. Jahrhundert

Der Mensch in der Jahrtausendwende hat es schwer, zu seinem eigenen Tod zu finden, denn der Tod ist uns im Laufe des 20. Jahrhunderts entfremdet worden. Dies hat vielfältige Ursachen. Der Kern liegt wohl darin, dass der Gedanke an den Tod uns Menschen stets Angst macht, wie sozialpsychologische Studien wiederholt in überzeugender Weise nachweisen konnten². Hiervon scheint es kaum Ausnahmen zu geben. Diese vorweggenommene Angst vor dem Tod ist Teil unseres Menschseins und unterscheidet uns vom Tier.

Diese Angst ist natürlich nicht neu und hat vermutlich Menschen zu allen Zeiten betroffen. In früheren Zeiten hatten die Menschen jedoch andere, offenbar hilfreiche Bewältigungsstrategien für diese Angst entwickelt. Zu diesen Bewältigungsstrategien gehörten vielfältige kulturelle Aktivitäten. Ganz besonders wirksam scheinen aber – meist religiös geprägte – Rituale gewesen zu sein, die den Menschen die Möglichkeit gaben, sich dem eigenen Sterben und Tod gegenüber sicherer zu fühlen. Solche Rituale sind gesellschaftlich vereinbarte Verhaltensweisen, die von der Gemeinschaft getragen wurden und somit in der Regel auch ein Element der Öffentlichkeit enthalten. Bezogen auf Sterben, Tod und Trauer bewirkte dies, dass Menschen sich schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt mit ihrer eigenen Sterblichkeit und dem Prozess des Sterbens auseinandersetzen konnten und mussten.

Diese Rituale als Bewältigungsstrategien sind uns im 20. Jahrhundert weitgehend verloren gegangen. Heute scheint der Hauptbewältigungsmechanismus der Angst vor dem Tod im Verheimlichen des Sterbens und im Verbergen sterbender Menschen zu liegen, wie es der französische Historiker Ariès³ beschrieben hat: Die Angst vor dem Sterben ist uns außer Kontrolle geraten und hat damit zu einer „Verwilderung“ im Umgang mit Sterben, Tod und Trauer geführt. Die Gründe für diesen Wandel sind vielfältig. Sie sind vor allem in gesellschaftlichen und medizinischen Entwicklungen des 20. Jahrhunderts zu suchen. Zwei Gründe sollen besonders herausgestellt werden:

- Durch medizinische Eingriffe wird vielfach eine Verlängerung des Sterbens bewirkt, wodurch diese Lebensphase als quälend lange hingezogen erlebt wird.
- Der Tod wird heute im Wesentlichen in Institutionen (Krankenhäusern und Pflegeheimen) verborgen. Starben noch im Anfang des 20. Jahrhunderts etwa 80

Prozent aller Menschen zu Hause, so sind es heute kaum noch 20 Prozent⁴ – und das, obgleich Umfragen zeigen, dass sich die meisten Menschen ein Leben in der Vertrautheit der eigenen vier Wände wünschen⁵.

Beide Faktoren verstärken sich gegenseitig. Die Folge hiervon ist, dass der Tod uns heute häufig überfallartig und meist unvorbereitet trifft. Dadurch wird die Unsicherheit im Umgang mit Sterben, Tod und Trauer verstärkt. Zugleich intensiviert diese neue Situation auch unsere Suche nach Sicherheit und Kontrolle über Sterben und Tod.

Nun lassen sich Lösungsstrategien früherer Epochen nicht einfach wieder beleben. Wenn wir heute versuchen wollen, dem Sterben wieder ein menschlicheres, weniger bedrohliches Gesicht zu geben, müssen wir neue hilfreiche Strategien und Rituale moderner Art entwickeln, um der Angst vor dem Sterben etwas entgegen zu setzen. Seit der Mitte des 20. Jahrhunderts sind in Deutschland insbesondere zwei Methoden in diesem Zusammenhang entwickelt worden, die zum Teil auch kombiniert werden:

- An erster Stelle ist die *Hospizarbeit*⁶ zu nennen. Durch die fürsorgliche Art der Hospize, den sterbenden Menschen und seine Angehörigen ins Zentrum zu stellen und durch psychosoziale und körperliche Entlastungen den Sterbeprozess erträglich zu gestalten, erhalten viele Menschen das Gefühl, in diesem Lebensbereich wieder mehr Wert, Sicherheit und Kontrolle zu haben.
- Die andere Sicherungsstrategie stammt aus dem rechtlichen Bereich: Es handelt sich dabei um die so genannten *Vorausverfügungen*. Unter dem Begriff „Patientenverfügung“ haben diese Vorausverfügungen ge-

1 Gesamtleiter des Hospiz Stuttgart. Adresse: Staffenbergstr. 22, 70184 Stuttgart, c.student@hospiz-stuttgart.de.

2 Vgl. Student, J.-C.: Angst. In: Sterben, Tod und Trauer – Handbuch für Begleitende, hrsg. von J.-C. Student, Freiburg 2004, Seite 36 ff.

3 Ariès, Ph.: Geschichte des Todes. Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1999.

4 Statistisches Bundesamt (Hrsg.): Das Statistische Jahrbuch 2003 für die Bundesrepublik Deutschland. Wiesbaden 2003.

5 Student, J.-C., Zippel, S.: AIDS und Sterben. In: AIDS - psychosoziale Betreuung von AIDS- und AIDS-Vorfeldpatienten, hrsg. von H. Jäger, Stuttgart 1987, S. 213.

Tausch, D.: Die Stuttgarter Untersuchung. Ergebnisse und Konsequenzen. In: Hospiz, Beiträge zur Diakonie, Heft 4, hrsg. von der Evangelischen Gesellschaft Stuttgart e.V., Stuttgart 1988.

6 Student, J.-C.: Das Hospiz-Buch. Lambertus, Freiburg 1999.

radezu eine gewisse Popularität erreicht⁷. Über die richtige Strategie, dieses rechtliche Instrumentarium auch zu nutzen, ist in der Öffentlichkeit viel zu wenig bekannt und so werden Patientenverfügungen zu einem durchaus dubiosen Instrument mit nicht geringem Gefahrenpotential.

2. Was nützen Patientenverfügungen?

Die Frage nach dem Nutzen, aber auch nach den Gefahren von Patientenverfügungen soll im Folgenden genauer beleuchtet werden.

Noch immer erleben es gerade schwerkranke Patientinnen und Patienten, dass ihre Wünsche nicht ausreichend respektiert werden. Oft genug wird auch heute noch über Patientinnen und Patienten und nicht *mit* ihnen gesprochen, erfahren Schwerkranke als letzte von der Aussichtslosigkeit einer Heilungsmöglichkeit. Vielleicht schwerwiegender ist es noch, dass kranke Menschen sich in der Maschinerie der Klinik so klein fühlen, dass sie selbst dann, wenn Raum für Fragen und Einwände vorhanden ist, diesen nur in ganz geringem Maße nutzen können.

Es fehlt manchen Patientinnen und Patienten die Basis für das erforderliche Vertrauen in die Ärzte und vielleicht sogar in die Schwestern, die es ihnen überhaupt erst ermöglicht, ein Ja oder Nein auszusprechen. Werde ich ernst genommen mit meinen Anliegen? Wird man meine Sorgen nicht belächeln? All dies gilt durchaus für den wachen, relativ kräftigen, in seinem Bewusstsein nicht eingeschränkten Kranken.

Daraus entsteht die Sorge mancher Patientinnen und Patienten, dass sie, sobald sie in einen hilflosen Zustand geraten, zum Objekt des Handelns werden, sich Maßnahmen gefallen lassen müssen, die sie eigentlich nicht wollen. Hieraus resultiert oftmals das Schreckensbild eines hilflosen Patienten, der, an zahllosen Schläuchen hängend, ein Leben führt, das keinen ausreichenden Respekt mehr erfährt. Kein Mensch möchte solche Erfahrungen machen. Wenn solche Bilder dann in der Presse oder in Filmen über das Krankenhaus auftauchen, schüren sie die vorweggenommenen Ängste vor einer möglichen Hilflosigkeit.

Vielen Menschen erscheint es deshalb sinnvoll, für die letzte Lebensphase eine rechtliche Absicherung zu suchen. Hierzu erscheinen ihnen Patientenverfügungen besonders geeignet. Die in Deutschland mittlerweile weit verbreiteten Patientenverfügungs-Formulare, auf denen man nur ankreuzen muss, was einem sinnvoll erscheint, haben sich allerdings in der Praxis als wenig tauglich erwiesen. Denn die Formulierungen, die in diesen Formularen gewählt werden, sind derart pauschal, dass sie eigentlich nie auf die konkrete Situation des Einzelnen anwendbar sind und deshalb von Medizinern verständlicher Weise oftmals unbeachtet bleiben;

das heißt, der Patienten wird womöglich am Leben erhalten, obwohl er lebensverlängernde Maßnahmen ablehnt. Bisweilen droht aber auch das Umgekehrte: bei einem Patienten, der eine pauschal formulierte Patientenverfügung bei sich trägt, wird im ungünstigsten Fall angenommen, dass er keinerlei medizinische Hilfen mehr möchte – unabhängig davon, was er sich in dieser konkreten Situation wünscht.

3. Versuche der Sicherung des Lebensendes durch gesetzliche Maßnahmen

3.1. Die Empfehlungen der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“

Sowohl seitens der Ärzteschaft⁸ als auch seitens des Gesetzgebers sind Versuche unternommen worden, die rechtlichen Dilemmata von Patientenverfügungen zu bewältigen. Am 10. Juni 2004 legte eine vom Bundesjustizministerium eingerichtete Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ ihren Abschlußbericht mit ethischen, rechtlichen und medizinischen Aspekten zur Bewertung von Patientenverfügungen vor⁹. Dieser Arbeitsgruppe gebührt deshalb besondere Aufmerksamkeit weil, die Bundesjustizministerin bereits bei der Vorstellung des Berichtes ankündigte, auf dieser Basis ein entsprechendes Gesetzesvorhaben auf den Weg bringen zu wollen¹⁰. Der Arbeitsgruppe gehörten Vertreter verschiedenster Interessengruppen an: u. a. Vertreter der freien Wohlfahrtspflege, der beiden großen Kirchen, der Bundesärztekammer, der Länderjustizministerien, der Palliativmedizin und der Hospizbewegung. Die Arbeitsgruppe hat sich offenkundig intensiv mit dem breiten Spektrum der Fragen um die Patientenverfügung auseinandergesetzt und dabei ein sehr faires Verfahren gewählt, indem sie selbst Minderheitenvoten Einzelner einen angemessenen Raum gab. Sie hat umfangreich begründete Vorschläge zur Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ebenso wie des Strafgesetzbuches (StGB) gemacht, in der Absicht, dem Willen und den Wünschen sterbenskranker Menschen Nachdruck zu verleihen. Neben ethisch konsensfähigen Aspekten enthält der Bericht jedoch vor allem auch äußerst problematische Bereiche, die im Folgenden kritisch erörtert werden sollen. Geht es dabei doch um nicht weniger als

7 Zuerst angegeben von Uhlenbruck, W.: Der Patientenbrief – die privatautonome Gestaltung des Rechtes auf einen menschenwürdigen Tod. NJW 1978, S. 566 ff.

8 Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung. Deutsches Ärzteblatt 101 (2004) 19, S. A-1298 f.

9 Patientenautonomie am Lebensende. Ethische, rechtliche und medizinische Aspekte zur Bewertung von Patientenverfügungen. Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ vom 10. Juni 2004 (im Internet unter: www.bmj.bund.de/media/archive/695.pdf).

10 Siehe Pressemitteilung des BMJ „Arbeitsgruppe ‚Patientenautonomie am Lebensende‘ übergibt Abschlussbericht“ vom 10. Juni 2004.

die Verwässerung des Verbotes der Tötung auf Verlangen (aktive Sterbehilfe bzw. aktive Euthanasie).

Vorschläge zur Veränderung des Betreuungsrechtes: Die hohe Bewertung des (mutmaßlichen) Willens

Die Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ hat den sehr sinnvollen Vorschlag gemacht, die Fragen der Patientenverfügung in erster Linie über eine Änderung des Betreuungsrechtes zu regeln. Zugleich weicht sie aber bei ihren Vorschlägen von den bisher geltenden Grundsätzen des Betreuungsrechtes entscheidend ab. Galt bisher, dass der Betreuer in erster Linie dem Wohl des Betreuten verpflichtet ist und auch dessen Wünsche zu respektieren hat¹¹, wird dieser Grundsatz nun umgekehrt: Der Betreuer soll in Sachen Patientenverfügung nahezu bedingungslos dem zu einem früheren Zeitpunkt geäußerten Willen des Betreuten folgen. Das Wohl des Kranken hat er erst dann zu berücksichtigen, wenn es keine klare Willensäußerung gibt.

In der Tat steht und fällt der Versuch einer Verrechtlichung von Wünschen und Bedürfnissen der Menschen am Lebensende (sofern sie in einen hilflosen Zustand geraten sind) wesentlich mit der Frage, ob ein zuvor geäußertes Wille auch noch im Zustand schwerer mentaler Beeinträchtigung oder weitgehender Bewusstlosigkeit Gültigkeit besitzt. Die Arbeitsgruppe hat sich sehr eindeutig für die Richtigkeit dieser Annahme ausgesprochen. Sie geht dabei so weit, dies nicht nur für eine Krankheit gelten zu lassen, deren Verlauf tödlich ist, sondern auch für andere, chronische Erkrankungen, ohne dass diese unmittelbar den Tod nach sich ziehen.

Dies erstaunt, weil diese Position zwar die Dinge rechtlich handhabbar macht, jedoch andererseits als lebensfremd gelten muss. Jede einschneidende Veränderung unseres mentalen Zustandes löst eine Krise bei uns Menschen aus. Aus der Begleitung von Menschen in Krisensituationen und auch aus der zugehörigen Forschung wissen wir heute recht genau, dass sich zu keinem Zeitpunkt unseres Lebens einschneidendere Einstellungsveränderungen vollziehen als in Krisen. Krisen und deren Bewältigung sind gerade gekennzeichnet durch solche Veränderungen¹². Da mag es schwer vorstellbar erscheinen, dass ausgerechnet die letzte Lebenskrise, nämlich die Begegnung mit dem eigenen Tod oder schwersten Einschränkungen der Bewusstseinstätigkeit, frei sein sollte von solchen Wandlungen.

Allerdings gab es in der Arbeitsgruppe hierzu wenigstens von einer Seite Widerspruch. Der Vertreter des AWO-Bundesverbandes, Gerd Schwonburg, hat entgegen dem Mehrheitsvotum formuliert: „Es gehört zur Willensfreiheit des Menschen, dass er seinen Willen re-

vidieren kann. Dieses Recht haben uneingeschränkt auch sterbende Menschen, die ihren Willen nicht mehr bekunden können. Deshalb können frühere Willensbekundungen (auch Patientenverfügungen) nur Indizien für eine Feststellung des Patientenwillens darstellen. Es sollen formlose Verfahren zur Feststellung des Willens geschaffen werden, durch die möglichst alle Indizien berücksichtigt werden können und die offen für Zweifel sind.“¹³

Diesem Votum ist aus ethischer und fachwissenschaftlicher Sicht von Hospizarbeit und Palliativmedizin ausdrücklich zuzustimmen. Aus der Hospizforschung war ja schon früher der Vorschlag gekommen, eher die *Vorsorgevollmacht* als Rechtsinstrument zu stärken¹⁴. Hierdurch würde eine Person des Vertrauens des betroffenen Menschen in die Lage versetzt werden, an seiner Stelle Entscheidungen in seinem Sinne zu treffen, indem er sowohl einen früher geäußerten Willen (z. B. niedergelegt in einer Patientenverfügung als gewichtigem Indiz) als auch die aktuelle Situation und die hieraus resultierenden Lebensäußerungen des Schwerkranken berücksichtigt. Dies würde die Möglichkeit eröffnen, dass eine Person des Vertrauens den kranken Menschen engmaschig in seinem Prozess begleitet und mit hoher Achtsamkeit auf Einstellungsveränderungen reagieren könnte – ohne ihn auf möglicherweise überholte frühere Äußerungen festzulegen. Im Bereich der Hospizarbeit wird ja immer wieder die Erfahrung gemacht, dass durch dieses intensive Mitgehen in der Regel der Rückgriff auf Patientenverfügungen gar nicht nötig wird, sondern dass das sensible Wahrnehmen von zarten Signalen des sterbenskranken Menschen ausreicht, um seinem Willen Geltung zu verschaffen.

Im Zusammenhang mit der Stärkung des (mutmaßlichen) Willens ist besonders zu kritisieren, dass die derzeit noch möglichen Kontrollverfahren in der entsprechenden Gesetzesvorlage der Arbeitsgruppe eher eingeschränkt worden sind. Geht es nach dem Willen der Arbeitsgruppe setzt gewissermaßen ein rechtlicher „Automatismus“ ein, der bedeutet, dass ein einmal geäußertes Wille nur bei relativ dramatischen Gegenäußerungen des Sterbenskranken (wobei die Frage ist, wie dies geschehen könnte) den Begleitenden die Möglichkeit gibt, von der einmal formulierten Willensbekundung des Kranken abzuweichen.

11 Siehe § 1901 BGB „Umfang der Betreuung, Pflichten des Betreuers“.

12 Vgl. Kast, V. und Talos, E.: Krisen des flexiblen Menschen. Wien 2004.

13 Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ (Anm. 9), S. 8.

14 Klie, Th. und Student, J.-C.: Die Patientenverfügung – was Sie tun können, um richtig vorzusorgen. 7. Aufl., Freiburg i. Br. 2004.

3.2. Die Empfehlungen der Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“

Während der Arbeitsphase der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ war auch ein Gremium des Deutschen Bundestages mit dem Thema der Patientenverfügung befasst: Die Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“. In ihrem Votum zu diesem Thema¹⁵ hat die Kommission indirekt Kritik an den Vorschlägen der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ geäußert und sich eindeutig für eine eingeschränkte Anwendung von Patientenverfügungen ausgesprochen. Demnach sollen Patientenverfügungen auf Fälle beschränkt bleiben, in denen die Krankheit des Patienten unumkehrbar ist und trotz medizinischer Behandlung zum Tode führen wird. Damit sollen Menschen mit bestimmten chronischen Erkrankungen, die nicht unmittelbar zum Tod führen (wie z. B. bei dementiellen Erkrankungen oder im Wachkoma) von solchen Voraussetzungen ausgenommen bleiben. Damit anerkennt die Enquete-Kommission, dass die genannten Erkrankungen einen derart andersartigen Seinszustand darstellen, dass sich der Gesunde hiervon keine geeignete Vorstellung machen kann. Hinzu kommt, dass sich Wachkoma¹⁶ und Demenz¹⁷ aus der subjektiven Innenschau des Kranken völlig anders darstellen als aus dem beunruhigten Blickwinkel von Außenstehenden.

Diese Begrenzung der Reichweite von Patientenverfügungen erscheint dringend notwendig. Es könnte sich nämlich zeigen, dass andernfalls solche Voraussetzungen letztlich zu einer verdeckten Euthanasie führen könnten. Denken wir z. B. an Menschen mit schweren depressiven Episoden oder solchen mit wiederkehrenden schizophrenen Schüben. Hier kann es in schweren Krisen zu einer Unfähigkeit kommen, Nahrung und Flüssigkeit zu sich zu nehmen. Würden diese Menschen im gesunden Intervall verfügen können, dass bei ihnen keine künstliche Nahrungszufuhr erfolgen darf, wären Ärzte gezwungen, tatenlos zuzusehen, wie ihr Patient verhungert und verdurstet anstatt ihm beim Durchstehen der Krise beistehen zu dürfen und danach in die Genesung zu begleiten. – Schließlich könnte via Patientenverfügung sogar der Schutz von Menschen vor der eigenen Suizidalität aufgehoben werden. Immerhin empfiehlt die Arbeitsgruppe Patientenautonomie am Lebensende, dass der so genannte Bilanz-Suizid den Arzt nicht mehr zwingend zu Hilfemaßnahmen veranlassen sollte. Was der Arbeitsgruppe verborgen blieb: Die Psychiatrieforschung hat den „Bilanz-Suizid“ längst in das Reich der Mythen verwiesen. Denn kein Mensch ist in der Lage, sich selbst allein aufgrund rationaler Entscheidungen zu töten¹⁸.

Die Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“ empfiehlt zusätzlich, den Betreuer bzw. Bevollmächtigten in kritischen ethischen Entscheidun-

gen bei der Beendigung oder dem Unterlassen des Beginns lebenserhaltender Maßnahmen bei einem todkranken Menschen durch ein Konsil beraten zu lassen und dies auch durch das Vormundschaftsgericht überprüfen zu lassen. Auch empfiehlt die Kommission ausdrücklich die Kombination von Patientenverfügungen mit einer Betreuungs- bzw. Vorsorgevollmacht.

3.3. Der Entwurf des BMJ zur Patientenverfügung

Am 5. November 2004 veröffentlichte nun das Bundesjustizministerium seinen Referentenentwurf zur Patientenverfügung¹⁹. Wer gehofft hatte, dass das Ministerium sich von dem Votum der Enquete-Kommission beeindrucken ließ, sieht sich getäuscht. Der Entwurf des BMJ folgt exakt den Vorgaben der von ihm eingesetzten Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ und weist die oben genannten Vorschläge der Enquete-Kommission ausdrücklich zurück. Damit folgt sie dem von der Arbeitsgruppe Patientenautonomie vorgeschlagenen gefährlichen Automatismus eines einmal geäußerten Willens anstatt den Weg für eine menschengerechte und ethisch verantwortliche Entscheidungsfindung freizugeben.

Der Entwurf schreibt keine Beratung der Betroffenen vor und legt die Verfügenden nicht einmal auf die Schriftform fest. Auch zufällige, beiläufig gemachte Äußerungen können dann plötzlich großes Gewicht bekommen und von Böswilligen instrumentalisiert werden. Damit unterläuft der Gesetzentwurf im Grunde genommen das angestrebte Ziel der Patientenautonomie. Denn nur zeitnah aus der Situation getroffene, gut informierte Entscheidungen werden dem Selbstbestimmungsrecht des Bürgers gerecht. Stattdessen soll der Patient auf eine frühere, womöglich unter dubiosen Bedingungen erfolgte „Entscheidung“ festgelegt werden, ohne mögliche Entwicklungen auch nur berücksichtigen zu dürfen.

3.4. Konsequenzen für das Strafrecht: Die Verwässerung des Verbotes der Tötung auf Verlangen (aktive Sterbehilfe)

Nach Ansicht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ ziehen die Änderungen des BGB notwendig auch Änderungen des Strafrechtes nach sich. Bedenkt man, dass dieser Vorschlag vom Vorsitzenden

15 Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT-Drs. 15/3700 vom 13.09.2004

16 Zieger, A.: Koma, Wachkoma. In: Sterben Tod und Trauer, hrsg. von J.-C. Student, Freiburg i. Br. 2004, S. 126 ff.

17 Vgl. Wojnar, J.: Verwirrtheit, Demenz. In: Sterben Tod und Trauer, hrsg. von J.-C. Student, Freiburg i. Br. 2004, S. 242 ff.

18 Vgl. Dörner, K., Plog, U.: Irren ist Menschlich. Lehrbuch der Psychiatrie / Psychotherapie, Bonn 1996, S. 337 f. Mösgen, P.: Natürlicher Tod und Bilanzsuizid. Suizidprophylaxe 23 (1996) 1, S. 20 f.

19 Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechtes (Stand: 1.11.04).

der Arbeitsgruppe, dem erfahrenen Strafrechtler und Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof a. D. Klaus Kutzer kommt, wird man diesen Hinweis nicht einfach vom Tisch wischen können. Deshalb sollten die Vorschläge der Arbeitsgruppe zu Änderungen des StGB sehr ernst genommen werden, zumal sie die Problematik der geplanten Gesetzesänderungen ganz besonders deutlich machen.

Denn aus Sicht der Hospizpraxis und -forschung sind die Änderungen, die die Arbeitsgruppe ‚Patientenautonomie am Lebensende‘ ins Strafgesetzbuch schreiben möchte, von größter Brisanz. Es geht hierbei um den § 216 StGB („Tötung auf Verlangen“). Ginge es nach dem Willen der Arbeitsgruppe, so sollen in diesem Paragraphen in einem dritten Absatz die folgenden beiden Sätze eingefügt werden:

„(3) Nicht strafbar ist

1. die Anwendung einer medizinisch angezeigten Leid mindernden Maßnahme, die das Leben als nicht beabsichtigte Nebenwirkung verkürzt,
2. das Unterlassen oder Beenden einer lebenserhaltenden medizinischen Maßnahme, wenn dies dem Willen des Patienten entspricht.“

Zu Satz 1:

Im ersten Satz geht es um das Thema der *indirekten Sterbehilfe* bzw. indirekten Euthanasie, die im Hospizbereich weltweit außerordentlich kritisch diskutiert wird. Unter indirekter Sterbehilfe versteht man eine medizinische Maßnahme, die zwar nicht das Ziel hat, einen Menschen zu töten, wohl aber diese Möglichkeit in Kauf nimmt, wenn sie als unbeabsichtigte Nebenwirkung einer Beschwerden lindernden Maßnahme eintritt. Alles hängt hier an der Frage der „Absicht“ des Behandelnden. Diese ist jedoch nur schwer zu erkunden. Hinzu kommt, dass es gerade im Alltag der palliativen Medizin um solche Fragen kaum geht. Kann z. B. bei einem rheumakranken Menschen auf Grund der dort zu verwendenen nebenwirkungsreichen Schmerzmittel durchaus von einer Lebensverkürzung als Folge der Leid mindernden Therapie gesprochen werden, sind die Methoden, die in der terminalen Therapie angewandt werden, wesentlich milder. Insbesondere durch korrekt angewandtes Morphin kann der Tod eines Menschen keineswegs herbeigeführt werden – ganz im Gegenteil. Dies hat auch die Arbeitsgruppe so anerkannt.

Das Beispiel, das die Arbeitsgruppe hier einführt, ist die so genannte „terminale Sedierung“. Dabei geht es darum, in verzweifelten Einzelfällen dem Leiden eines Menschen dadurch Grenzen zu setzen, dass er medikamentös in einen bewusstlosen Zustand versetzt wird. Auch dieses Verfahren ist ethisch durchaus umstritten.

Es in dem Bereich der indirekten Sterbehilfe anzusiedeln, wirft einiges an Fragen auf. Denn tatsächlich wird die Methode der starken Sedierung im medizinischen Alltag ja vor allem in der Intensivmedizin häufig dann angewandt, wenn man versucht, auf diese Weise ein Leben zu erhalten und zu verlängern (z. B. nach einem schweren Verkehrsunfall). Warum sollte dies in der Palliativmedizin anders sein? Sachgerecht angewandt, wird die terminale Sedierung den Todeseintritt nicht beschleunigt herbeiführen. Was also soll das Beispiel hier?

Angeichts des in palliativmedizinischen Fragen äußerst dürftigen Bildungsstandes der deutschen Ärzteschaft, könnte allerdings ein Zustand bei vielen Ärztinnen und Ärzten allzu leicht erreicht sein, bei dem sie glauben, dass alle palliativmedizinischen Möglichkeiten erschöpft seien. Das heißt, sie werden, wenn diese Methode publik wird, viel zu häufig und dazu unkundig nach ihr greifen. Beim Einsatz durch Unerfahrene ist allerdings auch zu befürchten, dass die terminale Sedierung auf eine Weise eingesetzt wird, die durchaus das Leben des Kranken gefährden könnte. Dass solche Befürchtungen nicht völlig aus der Luft gegriffen sind, erhellt die Tatsache, dass der Zustand der deutschen Palliativmedizin immer noch entwicklungsbedürftig ist. Dies wird grundsätzlich auch von der deutschen Ärzteschaft nicht bestritten. Beim 106. Deutschen Ärztetag 2003, der das Thema Palliativmedizin ins Zentrum stellte, wurde die Aufnahme der Palliativmedizin als Querschnittsbereich in die Approbationsordnung für Ärzte und ihre Zulassung als Wahlfach für die abschließende ärztliche Prüfung gefordert und die Delegierten begrüßten auch die Aufnahme der Palliativmedizin in die (Muster-)Weiterbildungsordnung²⁰.

Ein Schlaglicht auf die mangelnde Qualität der Palliativmedizin in Deutschland wirft der Zustand der Schmerztherapie – einem wesentlichen Faktor der Palliativmedizin. Nach wie vor ist es so, dass kaum 20 Prozent aller schmerzkranken Menschen hierzulande eine ausreichende Schmerztherapie erfahren. Der Morphinverbrauch, der ein guter Indikator für die schmerztherapeutische Kompetenz in einem Land ist, dümpelt in Deutschland seit Jahren auf gleich bleibend niedrigem Niveau dahin. Dass sich hier durch gesetzgeberische Maßnahmen durchaus Abhilfe schaffen ließe, macht uns unser Nachbarland Frankreich vor. Dort hat man ganz wesentlich durch administrativ-rechtliche Maßnahmen eine dramatische Wende erzeugen können: Die Franzosen gehören heute zu den schmerztherapeutisch am besten versorgten Bevölkerungsgruppen Europas.

20 Bundesärztekammer (Hrsg.): Entschließungen des 106. Deutschen Ärztetages in Köln vom 20. bis zum 23. Mai 2003, S. 10 f.; Klinkhammer, G.: TOP III: Palliativmedizinische Versorgung in Deutschland – Eine Alternative zur aktiven Euthanasie. Deutsches Ärzteblatt 100 (2003) 22, S. A-1484 ff.

Zu Satz 2:

Satz 2 der Vorschläge zur Ergänzung des § 216 StGB spricht das Thema der *passiven Sterbehilfe* an: es geht dabei darum, der Krankheit, wenn Heilung nicht mehr möglich oder wünschenswert erscheint, ihren natürlichen Lauf zu lassen. Hierzu gehört es z. B. auch, dass der Schwerkranke entscheiden darf, ob er von Essen und Trinken noch profitiert, oder ob ihm dies nur noch eine Qual ist. So weit so gut, solange der Kranke noch eine freie Entscheidung in der aktuellen Situation fällen kann. Diese ist auch bisher ohne weiteres möglich und ihr Sinn ist in der Hospizarbeit unbestritten. Dies ist auch von der Rechtsprechung so anerkannt – weshalb also ein neues Gesetz verfassen? Das Problem entsteht erst wenn man bedenkt, dass die Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ hier den vorausverfügten Willen des Patienten als nahezu „unbedingt“ fort-dauernd ansieht. Aber kann man so etwas in gesunden Tagen wirklich vorherbestimmen? Ist es hier nicht zwingend erforderlich, minutiös den aktuellen Willen des Kranken zu erkunden, wie es die Enquete-Kommission richtiger Weise vorschlägt?

Die Kombination von Satz 1 und 2:

Ihre eigentliche Brisanz erhalten die Regelungsvorschläge der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ zur Ergänzung des § 216 StGB aber erst dann, wenn wir beide Sätze zusammen nehmen. Die Kombination dieser beiden Sätze ermöglicht – wie gleich zu zeigen sein wird – geradezu „perfekte“ Wege der aktiven Sterbehilfe (Euthanasie). Sollte dies Gesetz werden, wäre die als einmalig zu bezeichnende Situation geschaffen, dass das deutsche Strafgesetz nicht nur die Euthanasie weitestgehend frei gibt, sondern im Gesetzbuch gewissermaßen auch noch das *Handlungsrezept* für deren Durchführung steht. Hierzu ist folgendes zu bedenken:

- Nach Satz 1 wäre es möglich – wenn die Beschwerden eines Menschen überborden und die behandelnden Ärzte nicht mehr weiter wissen – den Kranken in einen Zustand tiefer Bewusstlosigkeit zu versetzen – nach Ansicht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ offenbar mit ungewissem Ausgang.
- Hat der Kranke zuvor in geeigneter Weise hinterlegt, dass er keinerlei aktive Behandlungsmaßnahmen und insbesondere auch keine Maßnahmen zur künstlichen Ernährung, auch keine wie auch immer applizierte Sondierung von Flüssigkeit und Nahrung in den Magen wünscht, müssen diese Maßnahmen nun alle unterbleiben. Dieses Vorgehen wäre dann rechtlich durch den 2. Satz der von der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Ergänzung gedeckt. Und dies bedeutet, dass den bewusstlosen Menschen in diesem Fall nur noch wenige Tage von seinem Tod trennen. In der Re-

gel dürfte der Tod bei fehlender Flüssigkeitszufuhr innerhalb von zwei bis drei Tagen eintreten.

Damit wäre eine Euthanasiemöglichkeit geschaffen, die der Perfektion der Niederländer nur noch hinsichtlich des zeitlichen Rahmens nachsteht (in Deutschland ginge es dann eben ein bisschen langsamer zu). Im Gegensatz zu der niederländischen oder auch der belgischen Lösung wären allerdings Ärzte hierzulande an keinerlei rechtliche Überprüfungsverfahren gebunden, sondern schlicht straffrei gestellt. Da schon die Kontrollen hinsichtlich der Überprüfung von Willenserklärungen (s. o.) durch die Vorschläge der Arbeitsgruppe stark eingeschränkt wären, würde auf diese Weise einer „wilden Euthanasie“ Tor und Tür geöffnet.

Diese Zusammenhänge sind zweifellos äußerst subtil und kompliziert. So mag es sein, dass sich die Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ möglicherweise in ihrem eigenen Denkgebäude gewissermaßen „verlaufen“ hat. Das Tragische an den geschilderten Fakten ist, dass die Arbeitsgruppe ausdrücklich unter der Vorgabe angetreten war, dass sie aktive Sterbehilfe in Deutschland vermeiden möchte. Dass sie es offenbar nun – ohne es zu bemerken – doch nicht getan hat, liegt vermutlich daran, dass sie die einzelnen Schritte ihrer Überlegungen immer nur getrennt voneinander gesehen hat und nicht im Kontext: Sie hat die gesetzlichen Änderungen zur Patientenverfügung (gemäß BGB) nicht zusammen gesehen mit der strafgesetzlichen Veränderungen (gemäß StGB). Und die beiden Zusätze zum § 216 StGB wurden (und dies lässt sich auch bei den Erläuterungen der Arbeitsgruppe so nachvollziehen) jeweils nur für sich diskutiert und sie sind für sich genommen auch vergleichsweise harmlos, weil sie im Grunde genommen nur geltendes Recht – wenn auch ein wenig zugespitzt – formulieren. Die Brisanz entsteht erst aus der Kombination der beiden Sätze.²¹

4. Zusammenfassung und Forderungen an den Gesetzgeber

Der Versuch, das Problem der Sicherheit am Lebensende durch gesetzgeberische Maßnahmen (mit Hilfe von Patientenverfügungen) zu fassen, gleicht der Quadratur des Kreises. Die Überlegung, einen zuvor formulierten Willen eines Menschen auch in den Zustand schwerster Krankheit hinein ohne ernsthafte Gegenprüfung zu verlängern, ist für die betroffenen Patientinnen und Patienten sogar riskant. Dieses Rechtskonstrukt gefährdet eher die Entscheidungsautonomie des Kranken anstatt sie zu sichern. Die Konsequenzen, die sich aus dem Gesetzentwurf des BMJ hinsichtlich der Veränderungen des Betreuungsrechtes auf Regelungen des StGB erge-

²¹ Die Vorschläge zur Änderung des Strafgesetzbuches wurden im Referentenentwurf des BMJ (noch) nicht übernommen.

ben, drohen in Deutschland darüber hinaus, den Weg in die aktive Euthanasie zu ebnen oder wenigstens zu so etwas wie dem „sozialverträglichen Frühableben“, von dem 1999 der damalige Ärztekammerpräsident Karsten Vilmar ironisch sprach.

Entgegen dem missglückten Ansatz der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ und dem nicht minder problematischen Formulierungen der ministeriellen Gesetzesvorlage ergeben sich aus dem zuvor diskutierten drei wichtige Forderungen an den Gesetzgeber:

- Die Automatik von einmal erklärtem Willen und dessen unkritische Verlängerung in den Zustand der reduzierten Fähigkeit zur Willensäußerung hinein darf so nicht weiter gesehen werden – schon gar nicht in solchen Fällen, in denen es sich nicht um die Endphase einer tödlich verlaufenden Krankheit handelt. Außerdem sind zusätzliche Sicherungsmaßnahmen zur Erkundung des aktuellen Willens der Betroffenen erforderlich, wie sie in den Vorschlägen der Bundestags Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“ ihren Niederschlag gefunden haben. Wünschenswert wäre insbesondere eine verstärkte Offenheit für „Verfahren zur Feststellung des Willens“, wie sie Schwonburg vorschlägt mit dem Ziel, sensibler die Reaktionen eines schwerstkranken Menschen auf Zeichen seines aktuellen Willens hin zu erkunden. Das Konzept eines Ethikkomitees bzw. Ethik-Konsils in solch schwierigen Entscheidungen stellt hier einen hilfreichen Ansatz dar.
- Die Ergänzungsvorschläge zu § 216 StGB müssen unverzüglich und ohne Abstriche vollständig zurückgenommen werden. Dazu gehören ebenso die sie bedin-

genden Veränderungen des Betreuungsrechtes. Die vorgeschlagenen Änderungen der Arbeitsgruppe gefährden das Leben hilfloser Patientinnen und Patienten. Dass sich Ärztinnen und Ärzte hier bisweilen mehr Rechtssicherheit wünschen, erscheint in diesem Zusammenhang unerheblich: Es geht nicht um die Sicherheit von Ärzten sondern um das Wohlergehen der sich ihnen anvertrauenden Patientinnen und Patienten.

- Stattdessen wäre es hilfreich, wenn der Gesetzgeber Maßnahmen plant, die Ärzte mit Strafe (z. B. wegen Körperverletzung) bedrohen, wenn sie palliativmedizinisch unzureichende Versorgung anbieten. Auf diesem Weg ließe sich der unzureichende Kenntnisstand der deutschen Mediziner auf dem Sektor der Palliativmedizin vermutlich schnell und wirkungsvoll verbessern – zum Wohle und zur Sicherheit von Patientinnen und Patienten.

Diese Diskussion macht letztlich deutlich, wo die Grenzen des gesetzlich Machbaren liegen und die Verantwortung des einzelnen Bürgers gefragt ist. Sicherheit am Lebensende lässt sich nicht verordnen. Die Sicherung des Einzelnen in seiner letzten Lebensphase hängt wesentlich davon ab, ob es ihm gelingt, sich für die letzte Lebenskrise ein Beziehungsnetz zu schaffen, das ihn auch dann trägt, wenn „alle Stränge reißen“. Was dem Gesetzgeber hier an Möglichkeiten der Unterstützung offen steht, ist allein dies: den mündigen Bürger auf seine lebenslange soziale Verantwortung zu verweisen und jene Strukturen zu stützen und zu fördern, die sich auch solcher Menschen annehmen, deren soziales Netz nicht tragfähig genug gestaltet ist. Hierbei geht es nicht zuletzt um den weiteren Ausbau der von der deutschen Hospizbewegung entwickelten Strukturen.

Prof. Dr. Winfried Kluth, Halle¹

Der rechtliche Status des Menschen am Beginn seines Seins

I. Zwanzig Jahre Lebensrechts-Diskussion

Als sich das Bundesverfassungsgericht am 25. Februar 1975 zum ersten Mal ausführlicher mit der Frage des rechtlichen Status des Menschen am Beginn seines Seins auseinandersetzen musste², konnte es sich auf eine vergleichsweise schmale Basis medizinisch-naturwissenschaftlicher Erkenntnisse stützen. Die rechtswissenschaftlichen Aussagen zur Thematik waren zwar etwas zahlreicher. Ihre Tragfähigkeit war aber durch manche Unsicherheit und Ungenauigkeit im Bereich der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse begrenzt. Fast dreißig Jahre später und zwanzig Jahre nach der Gründung der

Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. hat sich das Bild gewandelt. Vor allem durch die Arbeiten und Praktiken im Bereich der Reproduktionsmedizin wissen wir sehr genau, wie sich menschlichen Lebens in seinen frühesten Phasen entwickelt, welche Stadien es dabei durchläuft.³ Die größere Klarheit der medizinisch-naturwissenschaftlichen Erkenntnisbasis spiegelt sich indes nicht in einer größeren Klarheit oder Sicherheit der verfas-

1 Überarbeitete Fassung eines Vortrags auf dem Symposium „Der Schutz des Menschen am Beginn und am Ende seines Lebens“ der Juristen-Vereinigung Lebensrecht am 7. Mai 2004 in Köln.

2 BVerfGE 39, 1 ff.

3 Siehe dazu Rager, ZfL 2004, S. 66 ff.

sungsrechtlichen Bewertung wieder. Große Teile der Rechtswissenschaft sehen sich durch den naturwissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt nicht veranlasst, auch den verfassungsrechtlichen Lebensschutz von der Nidation, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zugrunde legt, auf frühere Stadien, insbesondere die „Verschmelzung“ von Ei- und Samenzelle, zu verlagern, wie es der bundesdeutsche Gesetzgeber in § 8 des Embryonenschutzgesetzes getan hat. Im Gegenteil: die jüngeren Entwicklungen im Bereich der Kommentarliteratur belegen einen eher gegenläufigen Trend. Sowohl der Schutzbereich des Grundrechts auf Leben gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als auch der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG sollen nicht bzw. nicht unbeschränkt zu diesem frühen Zeitpunkt ihre volle normative Wirkung entfalten. Spätere Zeitpunkte für den Beginn des rechtlichen Schutzes bzw. Konzeptionen eines abgestuften, graduell wachsenden Rechtsschutzes finden zunehmend Gefolgschaft.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung erscheint es geboten, die in der Diskussion verwendeten Argumente in den Blick zu nehmen und ihre Überzeugungskraft zu überprüfen. Zudem soll ein Blick auf die jüngeren Rechtsentwicklungen auf der europäischen Ebene geworfen werden. Dabei sollen das Urteil des EGHR in der Rechtssache *Vo v. France*⁴ und die Regelungen der EU-Grundrechte-Charta zum Grundrecht auf Leben untersucht werden.

II. Der Embryo als Träger des Grundrechts auf Leben

1. Die Aussagen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht als Letzt-Interpret und Hüter der Verfassung⁵ hat sich vor allem in seinen beiden Abtreibungs-Entscheidungen zu der Frage geäußert, ab wann dem Embryo das Recht auf Leben zusteht. Es liegt nahe, diese für den Gesetzgeber grundsätzlich bindenden Interpretationen an den Beginn der Überlegungen zu stellen.

Bereits in seiner ersten einschlägigen Entscheidung aus dem Jahr 1975 zur so genannten ersten Fristenregelung hat das Gericht – damals der 1. Senat – festgestellt, dass auch das „sich im Mutterleib entwickelnde Leben als selbständiges Rechtsgut“ durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt ist.⁶ Da die Begründung, die das Gericht für diese Position gibt, immer wieder als Bezugspunkt für die Argumentation gewählt wird, soll sie hier wörtlich und zusammenhängend wiedergegeben werden, bevor sie einer kritischen Analyse unterzogen wird:

„Leben im Sinne der geschichtlichen Existenz eines menschlichen Individuums besteht nach gesicherter biologisch-physiologi-

scher Erkenntnis jedenfalls vom 14. Tage nach der Empfängnis (Nidation, Individuation) an. ... Der damit begonnene Entwicklungsprozess ist ein kontinuierlicher Vorgang, der keine scharfen Einschnitte aufweist und eine genaue Abgrenzung der verschiedenen Entwicklungsstufen des menschlichen Lebens nicht zulässt. Er ist auch nicht mit der Geburt beendet; die für die menschliche Persönlichkeit spezifischen Bewusstseinsphänomene z. B. treten erst längere Zeit nach der Geburt auf. Deshalb kann der Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG weder auf den <fertigen> Menschen nach der Geburt noch auf den selbständig lebensfähigen nasciturus beschränkt werden. Das Recht auf Leben wird jedem gewährleistet, der <lebt>; zwischen einzelnen Abschnitten des sich entwickelnden Lebens vor der Geburt oder zwischen ungeborenem und geborenem Leben kann hier kein Unterschied gemacht werden. <Jeder> im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist <jeder Lebende>, anders ausgedrückt: jedes Leben besitzende menschliche Individuum; jeder ist daher auch das noch ungeborene menschliche Wesen.“⁷

Zur Begründung dieses Auslegungsergebnisses stützt sich das Bundesverfassungsgericht zum einen auf die Entstehungsgeschichte der Norm. Es weist darauf hin, dass der Verfassungsgeber mit der Aufnahme des in der Weimarer Reichsverfassung nicht geregelten Rechts auf Leben auf die lebensverachtende Grundhaltung und Praxis des Nationalsozialismus reagieren wollte.⁸ Weiterhin wird die teleologische Auslegung bemüht: Die gebotene effektive Sicherung der menschlichen Existenz „wäre unvollständig, wenn sie nicht auch die Vorstufe des <fertigen Lebens>, das ungeborene Leben, umfasse.“⁹

In seiner zweiten Abtreibungs-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht, diesmal der Zweite Senat, diese Aussagen bestätigt und in einigen wichtigen Punkten ergänzt.

Die Zuerkennung des Lebensrechts ab dem 14. Tag der Schwangerschaft wird mit folgender vertiefenden Argumentation begründet:

„Jedenfalls in der so bestimmten Zeit der Schwangerschaft handelt es sich bei dem Ungeborenen um individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben, das im Prozess des Wachsens und Sich-Entfaltens sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt.“¹⁰

4 Urteil v. 08.07.2004, Application no. 53924/00.

5 Zu dieser Stellung des Bundesverfassungsgerichts und den damit verbundenen Folgen für die Grundrechtsinterpretation vgl. *Schupbert/Bunke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2001.

6 BVerfGE 39, 1 (36).

7 BVerfGE 39, 1 (36 ff.), bestätigt durch BVerfGE 88, 203 (251 ff.).

8 BVerfGE 39, 1 (36). Unter der Weimarer Reichsverfassung wurde das Lebensrecht nur einfachgesetzlich durch die entsprechenden Strafrechtsbestimmungen geschützt; vgl. auch *Leisner*, Das Lebensrecht, 1976, S. 12; *Fink*, Jura 2000, S. 210.

9 BVerfGE 39, 1 (37).

10 BVerfGE 88, 203 (251 f.).

An anderer Stelle wird zum Verbot einer nach dem Entwicklungsstand differenzierenden Betrachtungsweise ausgeführt:

„Liegt die Würde des Menschseins auch für das ungeborene Leben im Dasein um seiner selbst willen, so verbieten sich jegliche Differenzierungen der Schutzverpflichtung im Blick auf Alter und Entwicklungsstand dieses Lebens.“

Mit dieser Aussage wird zugleich das verfassungsrechtliche Interpretationskriterium noch einmal verdeutlicht: die möglichst willkürfreie und effektive Bestimmung des Schutzbereichs zur Sicherung des Vorrangs der Verfassung im Sinne der weiten Tatbestandslehre.¹²

Die Würdigung der Aussagen des Bundesverfassungsgerichts wirft vor allem in Bezug auf die Reichweite ihrer Maßgeblichkeit für die in-vitro erzeugten und existierenden Embryonen sowie die verschiedenen Formen des Klonens und der Stammzellenforschung Probleme auf, da alle diese Bereiche wegen der ausdrücklichen Beschränkung auf die Schwangerschaft „ab dem 14. Tag“ nicht direkt erfasst werden. Es verwundert deshalb nicht, dass deshalb in Bezug auf die Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für diesen Bereich ganz unterschiedliche Schlussfolgerungen gezogen werden. Sie sollen im Folgenden zunächst am Beispiel von exemplarischen Entscheidungen des deutschen Gesetzgebers verdeutlicht werden, bevor auf die internationale Rechtsetzung und den Meinungsstand in der wissenschaftlichen Literatur eingegangen wird.

2. Entscheidungen des deutschen Gesetzgebers

a) Regelung des Schwangerschaftsabbruchs

Der deutsche Gesetzgeber hat für den Bereich des vorgeburtlichen Lebensschutzes in Bezug auf die Schwangerschaft durch die §§ 218 ff. StGB die verfassungsrechtlichen Vorgaben, wie sie durch das Bundesverfassungsgericht in seinen beiden Entscheidungen konkretisiert wurden, umgesetzt. Dabei wird auf Grund der insoweit vollständigen Bindungswirkung der Entscheidungen vom Grundrechtsschutz des ungeborenen Menschen ausgegangen. Nach wie vor heftig umstritten ist allerdings, ob die maßgeblich auf soziale Schutzmaßnahmen und das Beratungskonzept abstellende Regelung einen wirksamen Schutz im Sinne des Untermaßverbots gewährleistet.¹³

b) Regelungen im Embryonenschutzgesetz

Anders als bei der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs, der heute weitgehend straffbefreit durchgeführt werden kann, hat der bundesdeutsche Gesetzgeber in Bezug auf die in-vitro gezeugten Embryonen in Gestalt des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) eine mit weitreichenden Strafdrohungen arbeitende Regelung erlas-

sen, die weltweit zu den strengsten Regelungen dieses Bereichs gerechnet wird.¹⁴ Dabei ist der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁵ davon ausgegangen, dass auch in diesem Bereich das Grundrecht auf Leben zu beachten ist, die künstlich erzeugten Embryonen also vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG erfasst werden. Nach § 8 Abs. 1 ESchG gilt als Embryo im Sinne des Gesetzes bereits die befruchtete, entwicklungsfähige Einzelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an.

Als offene Flanke des Gesetzes wird das trotz der strengen Beschränkung der Zahl der für eine Befruchtung herstellbaren Embryonen in § 2 ESchG unvermeidbare Entstehen von überzähligen Embryonen angesehen. In Bezug auf diese ist umstritten, inwieweit der Gesetzgeber von Verfassung wegen verpflichtet ist, die rechtlichen Voraussetzungen für ihre „Adoption“ zu schaffen, damit sie eine Überlebens- und Entwicklungschance besitzen¹⁶ oder ob es zulässig ist, ihrer Existenz durch eine verbrauchende, rein fremdnützige Forschung noch einen Sinn zu verleihen.¹⁷

c) Regelungen im Stammzellforschungsgesetz

Anknüpfend an die strengen Regelungen des ESchG hat der Deutsche Bundestag 2002 eine den gleichen Grundsätzen folgende Regelung zur Stammzellenforschung getroffen.¹⁸ Ziel des Stammzellforschungsgesetzes ist es sicherzustellen, dass mittels in Deutschland durchgeführter Forschungsvorhaben keine den deutschen Rechtsgrundsätzen widersprechende Erzeugung von Embryonen ausgelöst wird. Zu diesem Zweck wird nur die Forschung an Stammzelllinien erlaubt, die am gesetzlich festgelegten Stichtag bereits existierten.

d) Stellungnahmen der Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin des Deutschen Bundestages und des Nationalen Ethikrates

11 BVerfGE 88, 203 (267).

12 Siehe zu diesem Aspekt auch *Fink*, Jura 2000, 210 (212 f.).

13 Zu den Widersprüchen und Schwächen in der zweiten Abtreibungsentscheidung vgl. im einzelnen *Kluth*, FamRZ 1993, S. 1382 ff.

14 Der für das Gesetz zunächst aus Gründen der Gesetzgebungskompetenz gewählte strafrechtliche Regelungsansatz ist nicht besonders glücklich und erschwert die Anpassung der Vorschriften an neue Entwicklungen. Da die Gesetzgebungskompetenz des Bundes inzwischen durch Art. 74 Nr. 26 GG begründet ist, wird die Ablösung durch ein thematisch weiter gefasstes Fortpflanzungsmedizinengesetz gefordert. Entsprechende ministerielle Vorarbeiten sind bislang aber noch nicht bis zu einem Referentenentwurf gediehen.

15 BT-Drucks. 11/5460, S. 6 ff.

16 Dies fordert z. B. *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. 176 ff.

17 Dazu später im Text.

18 BGBl. I 2002, S. 3680.

Die Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin in der 14. Wahlperiode hat sich in zwei ausführlichen Berichten ebenfalls dafür ausgesprochen, den grundrechtlichen Schutz menschlichen Lebens mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzellen beginnen zu lassen. Entsprechende Stellungnahmen finden sich um einen im Schlussbericht der Kommission¹⁹ und zum anderen in der gesonderten Stellungnahme zur Stammzellforschung²⁰, in der auch auf die verschiedenen Gegenpositionen im Einzelnen eingegangen wird.

Der Nationale Ethikrat hat sich in seiner Stellungnahme „Genetisch Diagnostik vor und während der Schwangerschaft“ zwar nicht mit der gleichen Einmütigkeit, gleichwohl aber mehrheitlich ebenfalls für einen grundrechtlichen Schutz ab dem Zeitpunkt der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle ausgesprochen.²¹

e) Zusammenfassende Würdigung

Sowohl der Erst- als auch der Letztinterpret des Grundgesetzes haben sich damit für die Einbeziehung des Embryos in den Schutzbereich des Grundrechts auf Leben gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ausgesprochen. Dabei gehen die Festlegungen des Gesetzgebers weiter als die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts, insoweit sie auch den künstlich, außerhalb des Mutterleibs erzeugten Embryo betreffen.

3. Der Stand der rechtswissenschaftlichen Diskussion in Deutschland²²

a) Die herrschende Lehre im verfassungsrechtlichen Schrifttum

Die – nach wie vor – deutliche Mehrheit der Autoren im verfassungsrechtlichen Schrifttum geht davon aus, dass der Grundrechtsschutz nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle beginnt.²³ Dabei wird in der Regel ausdrücklich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und seine Begründungen Bezug genommen.

Auch im straf- und medizinrechtlichen Schrifttum geht die wohl überwiegende Zahl der Autoren von dieser Zuordnung aus²⁴, wobei eine genaue Bestimmung der Meinungsgewichtungen in diesem Bereich wegen der Vielzahl der Themen, innerhalb derer zu der Frage Stellung genommen wird, deutlich schwieriger ist. Hervorzuheben ist, dass die Strafrechtswissenschaft auf Grund der internen Systematik des Strafgesetzbuches zwischen dem (geborenen) Menschen und der Leibesfrucht bzw. dem Embryo als Schutzgut unterscheidet.²⁵ Verfassungsrechtlich ist dies jedoch ohne Bedeutung.

Autoren, die das Recht auf Leben an die Kernverschmelzung anknüpfen, sind trotz des gemeinsamen Ausgangspunktes in Bezug auf die dem Gesetzgeber nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG zustehenden Spielräume bei

der Zulassung von Eingriffen und ihrer Rechtfertigung sowie in Bezug auf die Anforderungen an einen effektiven Schutz der Embryonen keineswegs auch ein und derselben Ansicht. Vielmehr ist insoweit ein sehr weit gespanntes Meinungsspektrum anzutreffen, das zudem noch in den einzelnen Fallkonstellationen erhebliche Varianzen aufweist. Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, dazu alle Einzelheiten aufzuzeigen. Deshalb soll das Meinungsspektrum nur exemplarisch veranschaulicht werden.

Den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Umsetzung der grundrechtlichen Schutzpflicht und die begrenzte Fähigkeit des Rechts zur Lösung von Konfliktlagen bei ungewollten Schwangerschaften betonen die Richter *Mahrenholz* und *Sommer* in ihrer abweichenden Meinung zum zweiten Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts.²⁶ Nach ihrer Ansicht ist es dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht erlaubt, Abtreibungen mit Hilfe des Strafrechts zu untersagen. Zudem halten sie auch eine Rechtfertigung von solchen Abtreibungen für mit der Verfassung vereinbar.

Die weitreichende Bedeutung des Gesetzesvorbehalts in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG für die Regelung des Schwangerschaftsabbruchs und anderer Konfliktlagen betont *Helmut Schulze-Fielitz* in seiner Kommentierung des Art. 2

19 Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin, Schlussbericht, Zur Sache 2/2002, insbes. S. 35 ff.

20 Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin, Stammzellforschung und die Debatte des Deutschen Bundestages zum Import von menschlichen embryonalen Stammzellen, Zur Sache 1/2002, S. 72 ff.

21 Nationaler Ethikrat, Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft, Stellungnahme Januar 2003, S. 40 ff.

22 Das Meinungsspektrum in der deutschen rechtswissenschaftlichen Diskussion deckt weitgehend die auch in anderen Ländern vertretenen Positionen ab, so dass auf eine genaue Erhebung in diesem Bereich abgesehen werden kann. Für den Bereich des Schwangerschaftsabbruchs liegt die umfassende Studie von *Eser/Koch* (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 1: Europa, 1988; und Teil 2: Außereuropäische Länder, 1989; Teil 3: Rechtsvergleichender Querschnitt, 1999 vor.

23 Vgl. nur *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 2 II, Rdnr. 16; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 2, Rdnr. 49; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 2, Rdnr. 55; *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 2 Rdnr. 146; *Lorenz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, § 128, Rdnr. 10; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1989, S. 1057 f.; *Graf Vitzthum*, MedR 1985, 249 (252); *Fink*, Jura 2000, 210 (213 ff.); *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 124 f.; *Beckmann*, in: Beckmann/Löhr (Hrsg.), Der Status des Embryos, 2003, S. 169 ff.; *Höfling*, in: Thomas/Kluth (Hrsg.), Das zumutbare Kind, 1993, S. 119 (124); *Steiner*, Schutz des Lebens nach dem Grundgesetz, 1992, S. 11.

24 Zum Strafrecht: *Fischer/Tröndle*, StGB, 51. Aufl. 2003, Vor §§ 218 bis 219b, Rdnr. 2; einen eigenständigen Ansatz verfolgt *Gropp*, GA 2000, 1 ff. Zum Medizinrecht: *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 4, Rdnr. 24 ff.

25 Siehe dazu die Übersicht zur Rechtslage nach dem „neuen“, d.h. nach Änderung des § 217 StGB bestehenden Strafrecht bei *Küper*, GA 2001, 515 ff. m.w.N.

26 BVerfGE 88, 338 ff.

Abs. 2 GG. Nach ihm darf zwischen den verschiedenen zeitlichen Stadien des Lebens differenziert werden, wobei diese Differenzierung sich auch auf die Güterabwägung auswirken soll.²⁷

Einige Autoren halten die Nutzung von Embryonen, die aus Schwangerschaftsabbrüchen stammen oder überzählig sind, für wissenschaftliche Experimente für gerechtfertigt.²⁸ Der wissenschaftliche Beirat der Bundesärztekammer hält demgegenüber nur die Nutzung solcher fetaler Zellen für Maßnahmen im Interesse der Feten oder der Mutter für zulässig.²⁹ Das ist insoweit widersprüchlich, als er im Übrigen vom Lebensrecht der künstlich erzeugten Embryonen ausgeht. Dahinter steht unter anderem die Ansicht, dass auf diese Weise der Existenz überzähliger Embryonen noch ein Wert und Sinn beigemessen werden kann, so dass auch eine Verfügung über sie als „werthaft“ erscheint und grundrechtlich gerechtfertigt ist.

Damit zeigt sich, dass auch innerhalb der herrschenden Lehre jedenfalls bei der Bestimmung der Anforderungen an die Schutzpflicht und der Konkretisierung der Schranken bedeutsame Unterschiede anzutreffen sind. Darauf ist im Anschluss an die Analyse der abweichenden Standpunkte zurückzukommen.

b) Abweichende Standpunkte

Der – wie sich gezeigt hat in sich differenzierten – herrschenden Lehre steht ein weites Spektrum abweichender Standpunkte gegenüber, denen gemeinsam ist, dass sie das Recht auf Leben an anderen, später als die Verschmelzung von Ei- und Samenzelle eintretenden Entwicklungen anknüpfen wollen. Auch hier ist das Meinungsspektrum inzwischen so weit ausdifferenziert, dass nur die markantesten Positionen im Überblick angeführt werden können.

Besondere Aufmerksamkeit hat immer wieder der vor allem von Norbert Hoerster vertretene Standpunkt erlangt, wonach dem Menschen erst dann ein Lebensrecht zusteht, wenn er ein Selbstbewusstsein besitzt und eigene Interessen entwickeln kann. Dabei wird auf einen Zeitpunkt nach der Geburt abgestellt, der aus Gründen der Konvention und der Vereinfachung der Handhabung auf die Geburt vorverlagert wird.³⁰

Deutlich zugenommen hat in den letzten Jahren die Zahl der Autoren, die zwar die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts akzeptieren, deren beschränkte Reichweite aber zum Anlass nehmen, ein Lebensrecht vor der Nidation und damit für den in vitro erzeugten Embryo zu verneinen.³¹

Große Bedeutung kommt vor allem im politischen Bereich der Ansicht zu, nach der das Lebensrecht die Aufnahme in die soziale Gemeinschaft bzw. die Annahme durch die Mutter voraussetzt. Dieser Begründungsan-

satz wird auch in Bezug auf die Menschenwürde vertreten. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Position ausdrücklich abgelehnt.³²

Zunehmende Bedeutung gewinnt in den letzten Jahren auch die Ansicht eines dynamisch abgestuften Lebensrechts und Lebensschutzes.³³ Diese Ansicht knüpft letztlich auch an die wachsenden positiven Fähigkeiten des jungen menschlichen Lebens an und will diese Entwicklung als Referenzpunkt für die Erstarkung eines dynamisch verstandenen Lebensrechts und einer ebenfalls wachsenden Menschenwürde begreifen.³⁴

Es liegt auf der Hand, dass sich die abweichenden Standpunkte in der Frage der Zuerkennung des Lebensrechts auch bei der Frage der Schranken und den Anforderungen an die Schutzpflicht konsequent fortsetzen und zu deutlich weiteren Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers führen, als dies auf der Grundlage der herrschenden Meinung der Fall ist. Neben der Zulassung von (bzw. der Anerkennung eines Anspruchs auf) Schwangerschaftsabbrüchen, der verbrauchenden Embryonenforschung³⁵ und dem therapeutischen sowie reproduktiven Klonen wird auch eine zeitlich begrenzte Früheuthanasie bei entsprechender Deutung der Interessenlage³⁶ für zulässig gehalten.³⁷

4. Präzisierung der Streitfragen

Wie dieser knappe Überblick zeigt, ist bei der Beantwortung der Frage nach dem Lebensrecht von Embryonen weiterhin von einer herrschenden Meinung auszugehen, die als entscheidendes Kriterium die Vereinigung von Ei- und Samenzelle ansieht und ab diesem Zeitpunkt den Schutz des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zuspricht. Es hat sich aber auch gezeigt, dass die abweichenden

27 Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 2 II, Rdnr. 41.

28 Siehe dazu die Nachweise bei Picker, JZ 2000, S. 693 ff., der selbst die Auferlegung einer solidarischen Duldungspflicht zur Rechtfertigung von Forschungseingriffen für verfassungsrechtlich und ethisch vertretbar hält.

29 Zentrale Kommission der Bundesärztekammer zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Reproduktionsmedizin, Forschung an menschlichen Embryonen und Gentherapie: Richtlinien zur Verwendung fetaler Zellen und fetaler Gewebe.

30 Hoerster, JuS 1989, S. 172 (175 f.); ders., NJW 1997, S. 773 ff. sowie in zahlreichen weiteren Veröffentlichungen. Vgl. auch Rüpke, ZRP 1974, S. 73 (74).

31 So z. B. Heun, JZ 2002, S. 517 ff.; Ipsen, JZ 2001, S. 989 ff.; Spiekorkötter, Verfassungsfragen der Humangenetik, 1989, S. 40 f.; Hofmann, JZ 1986, S. 253 (258 f.); Coester-Waltjen, FamRZ 1984, S. 230 (235).

32 BVerfGE 88, 203 (251).

33 Lübke, ZfP 1989, S. 138 (148 f.); Ipsen, JZ 2001, S. 989 (991 ff.); Dreier, ZRP 2002, S. 377 ff.

34 Zur Übertragung dieses Ansatzes auf die Menschenwürde vgl. Herdegen, JZ 2001, S. 773 ff.

35 Der Anspruch auf Zulassung wird z. T. auch auf Art. 5 Abs. 3 GG gestützt.

36 Auf die grundrechtsdogmatische Problematik der Bestimmung vitaler Interessen durch Dritte sei an dieser Stelle lediglich hingewiesen.

37 Dazu eingehend Merkel, Früheuthanasie, 2001.

Standpunkte kontinuierlich zugenommen haben und dass auch auf der Basis der herrschenden Lehre unterschiedliche Ansichten darüber bestehen, welche Anforderungen sich daraus für die Reichweite und Intensität der staatlichen Schutzpflichten sowie die Beschränkung des Rechts auf Leben ableiten lassen. Auch auf der Grundlage der herrschenden Lehre wird zunehmend eine Verfügung über das Lebensrecht für möglich gehalten. Deshalb kommt der genauen Bestimmung der verfassungsrechtlichen Schranken des Rechts auf Leben in der aktuellen Diskussion eine besondere Bedeutung zu. Die dabei auftretenden Probleme können an dieser Stelle nicht behandelt, sondern nur angesprochen werden. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob im pränatalen und pränidativen Bereich die gleichen Anforderungen an die Rechtfertigungen von Eingriffen in das Lebensrecht gelten wie sie für geborenes menschliches Leben entwickelt wurden. Viel diskutiert wird zudem die Frage, inwieweit die gesetzgeberischen Wertungen zum Schwangerschaftsabbruch auf den pränidativen Bereich übertragen werden können. Dies spielt vor allem bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Präimplantationsdiagnostik eine gewichtige Rolle.

III. Die neuere Entwicklung auf europäischer Ebene

1. Die Entscheidung Vo v. France des EGHR

Die deutsche Verfassungsrechtslage wird nur in einer überschaubaren Zahl der Mitgliedstaaten des Europarates und der Europäischen Union uneingeschränkt geteilt. Vor allem in Frankreich, Großbritannien und den Niederlanden, denen für die deutsche Debatte eine besondere Bedeutung zukommt, wird ein verfassungsrechtlicher Schutz zumindest für pränidatives menschliches Leben abgelehnt. Diese Divergenzen spiegeln sich in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vom 8. Juli 2004 in der Rechtssache Vo v. France wieder. In dieser Entscheidung hat der EGHR die Einbeziehung von Föten in den Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 2 EGMR mit der Begründung abgelehnt, dass sich in dieser Frage in den Rechtsordnungen und Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten keine übereinstimmende Überzeugung feststellen lässt und deshalb den Staaten insoweit ein Regelungsfreiraum erhalten bleiben soll. Im Einzelnen heißt es zu diesem Aspekt:

„1. As is apparent from the above recapitulation of the case-law, the interpretation of Article 2 in this connection has been informed by a clear desire to strike a balance, and the Convention institutions' position in relation to the legal, medical, philosophical, ethical or religious dimensions of defining the human being has taken into account the various approaches to the matter at national level. This has been reflected in the consideration given to the diversity of views on the point at which life begins, of

legal cultures and of national standards of protection, and the State has been left with considerable discretion in the matter, as the opinion of the European Group on Ethics at Community level appositely puts it: "the ... Community authorities have to address these ethical questions taking into account the moral and philosophical differences, reflected by the extreme diversity of legal rules applicable to human embryo research ... It is not only legally difficult to seek harmonisation of national laws at Community level, but because of lack of consensus, it would be inappropriate to impose one exclusive moral code" (see paragraph 40 above).

It follows that the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention, a "living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions" (see Tyrer v. the United Kingdom, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, § 31, and subsequent case-law). The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular; where it is the subject of debate (see paragraph 83 below) and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life (see paragraph 84 below).“

Dass dieser Standpunkt bei der Interpretation von Art. 2 Abs. 1 EMRK nicht zwingend ist, hat der deutsche Richter Ress in seinem abweichenden Votum deutlich gemacht. Die Entscheidung hat für die deutsche Rechtsordnung keine unmittelbaren Auswirkungen. Sie zwingt insbesondere nicht zu einem Nachvollzug der durch den EGHR getroffenen Entscheidung.

2. Die Regelungen der EU Grundrechte-Charta

Anders verhält es sich bei der EU Grundrechte-Charta, die als zweiter Teil in die geplante Verfassung der Europäischen Union übernommen werden soll. In dieser Charta, die die Mitgliedstaaten gem. Art. 51 Abs. 1 nur bei der Durchführung des Rechts der Union bindet, finden sich insbesondere in Art. 1 bis 3 Regelungen, die für den verfassungsrechtlichen Schutz des frühen menschlichen Lebens von besonderer Bedeutung sind. Praktische Relevanz kann diesen Vorschriften vor allem als Maßstab für EU-Aktivitäten im Bereich der Forschungsförderung zukommen.

Die Vorschriften haben folgenden Wortlaut:

Art. 1: Würde des Menschen

Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen.

38 Siehe dazu u. a. Beckmann, MedR 2001, S. 169 ff.; Eibach, MedR 2003, S. 441 ff.; zur Gegenposition Hufen, MedR 2001, S. 440 ff.

*Art. 2: Recht auf Leben**(1) Jeder Mensch hat das Recht auf Leben.**(2) Niemand darf zur Todesstrafe verurteilt oder hingerichtet werden.**Art. 3: Recht auf Unversehrtheit**(1) Jeder Mensch hat das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit.**(2) Im Rahmen der Medizin und der Biologie muss insbesondere Folgendes beachtet werden:*

- die freie Einwilligung der betroffenen Person nach vorheriger Aufklärung entsprechend den gesetzlich festgelegten Modalitäten,
- das Verbot eugenischer Praktiken, insbesondere derjenigen, welche die Selektion von Personen zum Ziel haben,
- das Verbot, den menschlichen Körper und Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen,
- das Verbot des reproduktiven Klonens von Menschen.

Die Besonderheit dieser Regelung besteht vor allem in den konkreten Vorgaben des Art. 3 Abs. 2, die einige zentrale Probleme der modernen Medizin einschließlich der Reproduktionsmedizin mit expliziten Geboten und Verboten belegt. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die konkreten Regelungen in Art. 3 Abs. 2 nicht darüber hinweg täuschen dürfen, dass im Rahmen der Beratungen zu Art. 1 und 2 die Streitfragen zur Anwendung beider Vorschriften auf pränatales und pränidative menschliches Leben offen blieben.³⁹ Die entsprechenden Diskussionen sind deshalb auf der EU-Ebene ebenso zu führen wie auf der mitgliedstaatlichen Ebene. Es ist deshalb von besonderer Bedeutung auch für die zukünftige Arbeit der Juristen-Vereinigung Lebensrecht, dazu einen gewichtigen Beitrag zu leisten.

³⁹ Siehe dazu Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, Art. 1, Rdnr. 37 und Art. 2, Rdnr. 30.

Gegendarstellung

In seinem Aufsatz „Der Beginn des menschlichen Lebens“ (ZfL 2004, S. 64) behauptet Robert Spaemann: „Norbert Hoerster z. B., einer der ehrlichen Vertreter seiner Richtung, hat konsequenterweise vorgeschlagen, den Begriff der Menschenrechte abzuschaffen und durch den Begriff „Personenrechte“ zu ersetzen. Denn nicht alle Menschen seien Personen.“

Wahr ist das Gegenteil: Ich behaupte, dass es, was den Lebensschutz des Embryos betrifft, gerade „das gemäß Artikel 2 unserer Verfassung jedem Menschen zustehende „Recht auf Leben“ ist, an dem wir uns „orientieren müssen“, und erkläre ganz ausdrücklich den Personbegriff „als ethisches Kriterium“ für „ungeeignet“ (N. Hoerster, Ethik des Embryonenschutzes, Stuttgart 2002, S. 26 bzw. 108).

4.10.2004

Prof. Dr. Dr. Norbert Hoerster, Reichenberg

Anmerkung der Redaktion

Prof. Dr. Dr. h.c. Robert Spaemann hat auf Anfrage der Redaktion erklärt, dass er aus zeitlichen Gründen nicht zu dem in der Gegendarstellung erhobenen Vorwurf Stellung nehmen könne. Jedenfalls entspreche die von

Hoerster ins Zentrum der Argumentation gerückte Fähigkeit, eine Überlebensinteresse haben zu können, funktional dem Personbegriff – definiert durch bestimmte Fähigkeiten - wie er auch bei diversen anderen Autoren Verwendung finde.

Die Redaktion weist ergänzend auf folgendes hin:

Hoerster hat mehrfach in Aufsätzen die Einräumung eines Lebensrechts nicht allein vom Menschsein, sondern vom Vorhandensein bestimmter Eigenschaften abhängig gemacht, die er auch als „Personalität“ bezeichnet. So schreibt er z. B. in JuS 1991, S. 191: „Welche Eigenschaft, die lebende Wesen haben können, macht die Einräumung eines Lebensrechtes einsichtig? Die einzige empirisch feststellbare Eigenschaft, auf die dies zutrifft, ist jene Eigenschaft, die man mit dem Ausdruck „Personalität“ bezeichnen kann. Und zwar sind als Elemente der Personalität in diesem Zusammenhang vor allem Verstand und Ichbewusstsein relevant“. In GA 1992, S. 245 ff., wendet sich Hoerster gegen die These, dass jedem menschlichen Wesen ein Recht auf Leben zustehe (vgl. a.a.O., S. 245) und beschreibt seine eigene Auffassung folgendermaßen: „Nach meiner ethischen Position kann der fundamentale Grund für die Zuerkennung eines Lebensrechts gegenüber einem Wesen nur davon abhängen, ob dieses Wesen in dem ganz spezifischen Sinn eine „Person“ ist, dass es ein Überlebensinteresse besitzt“ (a.a.O., S. 249). (be)

Katia Schier, Bonn

Schwangerschaftsverhütung und -abbruch bei Minderjährigen

I. Einführung

Die Schwangerschaftsverhütung und der Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen bereiten Rechtsprobleme, die Rechtsprechung und Literatur seit Jahren beschäftigen und spalten. Zuletzt hat im November des letzten Jahres das OLG Naumburg eine Entscheidung zur Frage des Schwangerschaftsabbruchs bei Minderjährigen gefällt.¹

Die Thematik wirft mehrere Fragen auf. Auf der einen Seite geht es um die Wirksamkeit des Arztvertrages, auf der anderen Seite darum, inwieweit die Minderjährige in den Eingriff selbst einwilligen kann. Im Vorfeld bereits liegt das Problem, ob und unter welchen Voraussetzungen die Verschreibung empfängnisverhütender Mittel (Kontrazeptiva) an Minderjährige zulässig ist.

II. Einwilligung in den Schwangerschaftsabbruch und „Verlangen“ der Schwangeren

Der (straflose) Schwangerschaftsabbruch bedarf im Fall des § 218a Abs. 2, 3 StGB (Indikationen) der Einwilligung der Schwangeren, ein Abbruch nach Abs. 1 Nr. 1 StGB (Abtreibung nach Beratung) muss sogar auf ihr „Verlangen“ hin erfolgen.

Das „Verlangen“ bedarf über die bloße Einwilligung hinaus einer *eigenen* Letztentscheidung der Schwangeren, ein bloßes Dulden des Eingriffs genügt nicht.² Bezüglich der Voraussetzungen eines wirksamen Verlangens gelten aber dieselben Regeln für die Einsichtsfähigkeit wie für die Einwilligung in den Schwangerschaftsabbruch.³

Die Einwilligung ist im strafrechtlichen Sinn zu verstehen und setzt daher nicht die volle Geschäftsfähigkeit der Schwangeren, sondern lediglich ihre Einsichts- und Urteilsfähigkeit voraus.⁴ Voraussetzung für eine Einwilligung ist die individuelle Reife der Betroffenen, die neben der Fähigkeit zur Erkenntnis der Tatsachen und Kausalverläufe die Fähigkeit zu deren sachgemäßer Bewertung und zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung erfordert.⁵ Problematisch ist dies insbesondere bei minderjährigen Schwangeren. Einigkeit besteht lediglich insoweit, dass ein Schwangerschaftsabbruch auf Verlangen der Sorgeberechtigten, aber gegen den Willen der Schwangeren, nicht zulässig ist.⁶ Eine Ausnahme kann lediglich dann gelten, wenn die Abtreibung medizinisch indiziert ist.⁷ Schwieriger sind jedoch Fallgestaltungen zu beurteilen, in denen die Minderjährige die Abtreibung verlangt, die Sorgeberechtigten aber nicht zustim-

men. Teilweise wird vorgeschlagen, ab einem Alter von 16 Jahren das Vorliegen der nötigen Einsichtsfähigkeit zu vermuten, die Zustimmung der Sorgeberechtigten sei dann nicht erforderlich.⁸ Nach anderer Auffassung hingegen ist die Entscheidung über den Schwangerschaftsabbruch derart gravierend, dass eine wirksame Einwilligung einen „Entwicklungsstand und ein Erfahrungswissen voraus[setzt], wie sie im Regelfall für abzuwickelnde vermögensrechtliche Angelegenheiten jedenfalls vom Gesetzgeber erst von einem Menschen im Alter ab vollendetem 18. Lebensjahr erwartet werden“.⁹ Ähnlich verlangt das OLG Hamm¹⁰ bei Minderjährigen stets die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter für den Schwangerschaftsabbruch. Dies folge aus dem den Eltern zustehenden Personensorgerecht (§§ 1626, 1631 BGB).¹¹

Pauschalierungen, ab welchem Alter die Einwilligungsfähigkeit der Schwangeren anzunehmen sei, sind jedoch nicht sinnvoll, vielmehr muss die Einwilligungsfähigkeit in jedem Einzelfall festgestellt werden.¹²

Der Vergleich der Entscheidungsfähigkeit über die Abtreibung mit der Sorge für vermögensrechtliche Angelegenheiten kann nicht überzeugen. Im privatrechtlichen Bereich ist eine feste Altersgrenze unverzichtbar, um Rechtssicherheit für den Vertragspartner herzustellen. Auf diesen Bereich ist die Altersgrenze des § 2 BGB aber auch beschränkt, für eine Ausweitung kann dem Gesetz nichts entnommen werden. In den anderen Bereichen kommt es daher nur auf die individuellen Fähigkeiten an.¹³ Dies führt natürlich dazu, dass für den Arzt stets die Unsicherheit besteht, ob die Schwangere tatsächlich einwilligungsfähig ist. Dieses Risiko besteht grundsätz-

1 Entscheidung vom 19. November 2003 – AZ 8 WF 152/03.

2 Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 218a Rdnr. 9; Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. 2004, § 218a Rdnr. 12, 16.

3 Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 218a Rdnr. 9; Tröndle/Fischer (Fn. 2), § 218a Rdnr. 12, 16a.

4 BGHSt 12, 379 (382); BGH, NJW 1959, 811; NJW 1972, 335 (337); OLG Celle, MDR 1960, 136; LG Berlin, FamRZ 1980, 285 (286); LG München I, NJW 1980, 646.

5 Amelung, ZStW 104 (1992), 525 (551-556); Belling/Eberl, FuR 1995, 287 (294).

6 OLG Celle, MDR 1960, 136 (137); ebenso Belling/Eberl, FuR 1995, 287 (293); Hilgendorf, JuS 1993, 99 (100, Fn. 62) Kern, NJW 1994, 753; Mittenzwei, MedR 1988, 44; Tröndle/Fischer (Fn. 2), § 218a Rdnr. 16a.

7 Mittenzwei, MedR 1988, 44; Tröndle/Fischer (Fn. 2), § 218a Rdnr. 16a; a. A. Hilgendorf, JuS 1993, 99 (100, Fn. 62).

8 Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 218a Rdnr. 61; Spickhoff, in: Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 539; Tröndle/Fischer (Fn. 2), § 218a Rdnr. 16a; Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruch, Hdb. d. Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 143, Rdnr. 29; vgl. auch LG München I, NJW 1980, 646; AG Schlüchtern, NJW 1998, 832 f; wohl ebenso Schlund, JR 1999, 334 (335).

9 AG Celle, NJW 1987, 2307 (2308); vgl. auch Scherer, FamRZ 1997, 589 (592).

10 NJW 1998, 3424 (mit abl. Anm. Schlund, JR 1999, 334); ebenso Diederichsen, in: Palandt, BGB, 63. Aufl. 2004, § 1626 Rdnr. 13.

11 OLG Hamm, NJW 1998, 3424.

12 So auch LG München, NJW 1980, 646; AG Schlüchtern, NJW 1998, 832; Belling/Eberl, FuR 1995, 287 (293); Schwerdtner, NJW 1999, 1525 (1526).

lich auch bei Volljährigen, wegen der Unterschiedlichkeit der psychischen Entwicklung besonders aber bei minderjährigen Schwangeren. In diesem Fall läuft der Arzt Gefahr, sich zumindest nach § 229 StGB strafbar zu machen.¹⁴ Dieses Risiko für den Arzt und dessen Bedürfnis nach Rechtssicherheit müssen aber hinter den höchstpersönlichen Rechtsgütern der Gesundheit der Schwangeren und des Lebens des ungeborenen Kindes zurücktreten. Unabhängig vom Alter der Schwangeren – sei sie minder- oder volljährig – darf ein derart schwerwiegender Eingriff wie ein Schwangerschaftsabbruch nur vorgenommen werden, wenn die Schwangere voll einsichtsfähig ist und begreift und einschätzen kann, was geschehen wird. Sie muss verstehen, welche Folgen der Schwangerschaftsabbruch hat, für sie selbst, aber auch für das ungeborene Kind. Ist der Arzt unsicher, kann er die Einwilligung der Sorgeberechtigten verlangen; verweigern diese die Einwilligung, so ist es Sache der Schwangeren, feststellen zu lassen, dass die Einwilligung nicht erforderlich ist, oder diese rechtlich über das Vormundschaftsgericht zu erzwingen. Ist die Minderjährige aber ebenso wie eine Erwachsene in der Lage, die Situation zu bewerten und einzuschätzen, so besteht kein Grund, warum sie nicht befugt sein sollte, über den Abbruch der Schwangerschaft „letztverantwortlich“ im Sinne des *BVerfG* zu entscheiden.

III. Wirksamkeit des Vertrags über den Schwangerschaftsabbruch

Unabhängig davon, ob die Minderjährige strafrechtlich gesehen in die mit dem Schwangerschaftsabbruch verbundene Körperverletzung einwilligen kann, stellt sich die weitere Frage, ob sie wirksam einen auf den Abbruch gerichteten Behandlungsvertrag mit dem Arzt schließen kann.

Die Minderjährige ist gemäß § 106 BGB nur beschränkt geschäftsfähig; schließt sie einen Vertrag, der für sie nicht nur rechtlich vorteilhaft ist, so bedarf sie dafür der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters (§§ 107, 108 BGB).¹⁵ Der Arztvertrag – auch über einen Schwangerschaftsabbruch – ist ein Dienstvertrag (wenn auch mit werkvertraglichem Einschlag)¹⁶, somit auf Austausch von Dienstleistung (durch den Dienstverpflichteten) und Vergütung (durch den Dienstberechtigten) gerichtet.¹⁷ Damit ist er auch für den Dienstberechtigten nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.v. § 107 BGB, die Minderjährige bedarf insoweit der Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter. Die Notwendigkeit der Zustimmung der Eltern zum Arztvertrag entfällt nicht allein deshalb, weil die Minderjährige in den Schwangerschaftsabbruch selbst gemäß § 218a StGB wirksam einwilligen kann.¹⁸ Das Erfordernis einer Einwilligung kann aber entfallen, wenn die Minderjährige nicht zur Gegenleistung verpflichtet ist, sondern die Vergütung von einer dritten

Stelle übernommen wird. Nach dem Urteil des *BVerfG*¹⁹ ist die Kostentragung für eine rechtswidrige Abtreibung durch den Staat bzw. die Leistungsverpflichtung der Krankenkassen unzulässig; jedoch darf der Staat bei Bedürftigkeit der Schwangeren die Kosten der Abtreibung auch weiterhin übernehmen.²⁰ Dann entfällt der rechtliche Nachteil (die Verpflichtung zur Vergütung) und damit auch das Einwilligungserfordernis nach § 106 BGB.²¹

Eine weitere Ausnahme vom Erfordernis der Einwilligung der Sorgeberechtigten gilt, wenn die Minderjährige die vertragsgemäße Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihr zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung von ihrem rechtlichen Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind (§ 110 BGB). Dies kann jedoch bei einem Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmefällen angenommen werden.²² In den übrigen Fällen bleibt es dabei, dass für den Abschluss des Arztvertrages die Einwilligung der Eltern erforderlich ist. Versagen die Eltern die Einwilligung missbräuchlich, so kann diese aber gemäß § 1666 Abs. 3 BGB vom Gericht ersetzt werden. Die Zustimmungsverweigerung gegen eine Abtreibung nach Beratung (§ 218 a Abs. 1 StGB) wird aber in der Regel nicht missbräuchlich sein; trotz der Straflosigkeit bleibt der Schwangerschaftsabbruch rechtswidrig²³, die Schwangere ist grundsätzlich zur Austragung des Kindes verpflichtet. Erteilt der Sorgeberechtigte in dieser Situation nicht sein Einverständnis, so unterbindet er damit nur eine rechtswidrige Tat; dies aber kann nur in Ausnahmefällen ein Missbrauch des Sorgerechts sein.²⁴

IV. Die „Pille“ an Minderjährige?

Um eine Schwangerschaft bereits von vornherein zu verhindern, werden Verhütungsmittel bereits von sehr jungen Mädchen angewandt. In der juristischen Literatur wird erwogen, ob sich der Arzt, der an eine Jugendliche,

13 *Belling/Eberl*, FuR 1995, 287 (293).

14 Vgl. in diesem Zusammenhang *Tröndle/Fischer* (Fn. 2), § 218 Rdnr. 12.

15 *LG Berlin*, FamRZ 1980, 285 (286); *LG München I*, NJW 1980, 646.

16 *OLG München*, NJW 1981, 2012 (2013); *Müller-Glöge*, in: *Münch-Komm/BGB*, 3. Aufl. 1997, § 611 Rdnr. 48; *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 8), § 39, Rdnr. 46.

17 *Putzo*, in: *Palandt* (Fn. 10), Einf. vor § 611, Rdnr. 1.

18 *LG München I*, NJW 1980, 646.

19 *BVerfGE* 88, 203 (315, 321); dazu *Hillgruber*, ZfL 2003, 38, 43 f.

20 *BVerfGE* 88, 203 (321 f.); dazu zu Recht kritisch *Hillgruber*, ZfL 2003, 44. Vgl. dazu jetzt § 1 des Gesetzes zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen i.d.F. vom 21. August 1995; zu beachten bleibt aber, dass nur die in § 24b Abs. 4 SGB V genannten Leistungen übernommen werden, darüber hinausgehende Leistungen muss die Schwangere auch bei Bedürftigkeit selbst tragen.

21 *AG Celle*, NJW 1987, 2307 (2308).

22 *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 8), § 39 Rdnr. 52.

23 *BVerfGE* 88, 203 (255); *Hillgruber*, ZfL 2003, 38, 42.

24 *OLG Hamm*, NJW 1998, 3424 (3425); *OLG Naumburg*, Entsch. v. 19. November 2003 – AZ 8 WF 152/03.

die noch nicht vierzehn Jahre alt ist, Verhütungsmittel abgibt, wegen Beihilfe zum sexuellen Missbrauch von Kindern gemäß § 176 Abs. 1, § 27 StGB strafbar macht; denn dadurch werde der Sexualverkehr der Minderjährigen zumindest gefördert.²⁵ Für den Arzt ist das Verschreiben von Medikamenten allerdings zunächst einmal eine neutrale berufstypische Handlung. Als Gehilfe kann er daher nur bestraft werden, wenn er von der deliktischen Verwendung seines Beitrags ausgeht, nicht aber, wenn er von dieser nichts weiß oder sie lediglich für möglich hält.²⁶ Lässt sich ein Mädchen Verhütungsmittel verschreiben, so folgt daraus aber nicht zwangsläufig, dass sie Geschlechtsverkehr haben wird, vor allem hormonelle Verhütungsmittel (die „Pille“) werden zum Teil auch aus anderen Gründen eingenommen, die von Gruppenzwang unter Mädchen bis zur Behandlung von Akne reichen. Eine Strafbarkeit des Arztes nach §§ 176, 27 StGB scheidet daher aus, wenn der Arzt nicht weiß, dass das Mädchen Geschlechtsverkehr haben wird.

Auch eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung (§ 223 StGB) wird wegen der Auswirkungen der Verhütungsmittel auf den Organismus der Jugendlichen erwogen.²⁷ Verlangt die Jugendliche aber die Verschreibung von Verhütungsmitteln, so stellt sich auch hier das Problem der Einwilligung in die Körperverletzung, die wiederum von der Einsichtsfähigkeit der Minderjährigen abhängig ist. An die Einsichtsfähigkeit werden hier aber geringere Anforderungen zu stellen sein als beim Schwangerschaftsabbruch, der einen wesentlich gravierenderen Eingriff darstellt und zudem einen Dritten betrifft: das ungeborene Kind, das getötet werden soll.

V. Fazit

Festzuhalten bleibt, dass im Bereich von Schwangerschaftsverhütung und -abbruch die Einwilligungsfähigkeit nicht von einer festen Altersgrenze abhängig gemacht werden kann, vielmehr kommt es auf die individuelle Einsichtsfähigkeit der Betroffenen an. Anders ist es bei der Frage der Wirksamkeit des Arztvertrages; hier ist, soweit die Kosten nicht von der Krankenversicherung übernommen werden, die Zustimmung der Sorgeberechtigten erforderlich. Hierdurch kommt zum Ausdruck, dass die Minderjährige zur selbständigen Teilnahme am Geschäftsverkehr wegen §§ 2, 106 BGB nicht berechtigt ist. Geht es jedoch um ihre höchstpersönlichen Rechtsgüter, so ist ein Schutz des Rechtsverkehrs durch Rechtssicherheit nicht notwendig, hier kann sie – in den Grenzen ihrer Einsichtsfähigkeit – selbst über sich bestimmen. Dass sie dabei zugleich über die Existenz eines Dritten letztverantwortlich bestimmt – wenn auch nicht mit rechtfertigender Wirkung – ist hochproblematisch, liegt aber in der Konsequenz der Entscheidung des BVerfG und ist im Übrigen auch kein spezifisches Problem der Minderjährigkeit der Schwangeren.

- 25 *Tröndle*, MedR 1992, 320 (321); anders *Laufs*, Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht, 1992, 123 f.; ders., Arztrecht, 5. Auflage 1993, 200 f.
- 26 *BGHSt* 46, 107 (112 f.); BGH, NJW 2003, 2996 (2999); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 26, Rdnr. 241; *Tröndle/Fischer* (Fn. 2), § 27 Rdnr. 2b.
- 27 *Tröndle*, MedR 1992, 320 (321); anders wohl *Laufs* (Fn. 25), 112 f.

Hinweis der Redaktion zum Beitrag „Kind als Schaden“ von Prof. Dr. Ralph Weber in ZfL 3/2004 (2004, S. 74 ff.):

Herr Prof. Weber hat bei der Sachverhaltsdarstellung auf eine Ausarbeitung von Frau Rechtsanwältin Ulrike Riedel zurückgegriffen, die ihm als Skript vorlag und die später als Buch veröffentlicht wurde. Durch einen Computerfehler sind kurz nach der Erstellung des Beitrages die Anmerkungen verloren gegangen. Daher konnte Prof. Weber den Beitrag nicht – wie ursprünglich vorgesehen – der ZfL bereits im Sommer 2003 zum Abdruck zur Verfügung stellen. Erst nach längerer Zeit hat Prof. Weber den Beitrag wieder vervollständigt und mit Fußnoten versehen. Dabei hat er es versäumt, aus der Arbeit von Frau Riedel übernommene Passagen als Zitate kenntlich zu machen. Prof. Weber bedauert dies.

Das Buch von Frau RAin Riedel ist unter dem Titel: „*Kind als Schaden*“. *Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Arzthaftung für den Kindesunterhalt bei unerwünschter Geburt eines gesunden, kranken oder behinderten Kindes*, im Jahr 2003 im Mabuse-Verlag, Frankfurt a. M., erschienen (ISBN 3-935964-13-7). Rezension in ZfL 2003, S. 142.

(be)

BVerwG: Förderung von Schwangerschaftsberatungsstellen

SchKG §§ 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9; SFHG 1992 §§ 3, 4

Leitsätze:

1. Auch Beratungsstellen, die die allgemeine Beratung nach § 2 des Schwangerschaftskonfliktgesetzes (SchKG) erbringen, ohne sich an der Schwangerschaftskonfliktberatung zu beteiligen und den Beratungsschein auszustellen, haben Anspruch auf öffentliche Förderung nach § 4 Abs. 2 SchKG.
2. Der Fördersatz beträgt wie bei Konfliktberatungsstellen 80 Prozent der notwendigen Personal- und Sachkosten.
3. Geht das in den Beratungsstellen nach §§ 3 und 8 SchKG tätige Personal über den Versorgungsschlüssel des § 4 Abs. 1 Satz 1 SchKG hinaus, so rechtfertigt dies nur die Ablehnung der Förderung wegen fehlender Erforderlichkeit, wenn der Landesgesetzgeber die Kriterien für die Auswahl unter den Beratungsstellen festgelegt hat.

BVerwG, Urteil des 3. Senats vom 15. Juli 2004 - BVerwG 3 C 48.03

I. VG Braunschweig vom 29.10.2002 - Az.: VG 5 A 127/02 - II. OVG Lüneburg vom 30.10.2003 - Az.: OVG 11 LC 18/03

Zum Sachverhalt:

Der Kläger, eine juristisch selbständige Ortsgruppe des Gesamtvereins „Sozialdienst katholischer Frauen“, begehrt eine öffentliche Förderung der Personal- und Sachkosten seiner Schwangerenberatungsstelle in B. für das Jahr 2001. Seine Beratungsstelle war seit dem 1. Januar 1995 als Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle anerkannt und wurde bis zum Jahr 2000 staatlich gefördert. Unter dem 26. September 2000 wurden die „Bischöflichen Richtlinien für katholische Schwangerschaftsberatungsstellen“ bekannt gegeben, die auszugsweise folgenden Inhalt haben:

„Nach einem jahrelangen Prozess des Ringens um den kirchlichen Beratungsdienst im Rahmen der staatlichen Gesetze haben die deutschen Bischöfe, nicht zuletzt auf Weisung von Papst Johannes Paul II., entschieden, die Schwangerschaftsberatung weiter intensiv fortzusetzen, Beratungsbescheinigungen, die eine der Voraussetzungen für straffreie Abtreibungen sind, jedoch nicht mehr auszustellen. (...) Für katholische Schwangerschaftsberatungsstellen gelten folgende Richtlinien: (...)“

§ 4 Grenzen der Beratung

Es ist mit dem Schutzkonzept der Beratung nicht vereinbar,

- Ratsuchende auf Einrichtungen hinzuweisen, die Beratungsbescheinigungen ausstellen, die eine der Voraussetzungen für eine straffreie Abtreibung sind,

- Ratsuchende auf Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen hinzuweisen, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen,
- Anträge zur Finanzierung von Schwangerschaftsabbrüchen ausulegen, auszufüllen oder dabei unterstützend mitzuwirken,
- sich durch Gutachten, Stellungnahmen oder Erteilung von Auskünften an einer ärztlichen Indikationsfeststellung oder deren Vorbereitung zu beteiligen.“

In Ergänzung hierzu gab der Ständige Rat der deutschen Bischofskonferenz mit Beschluss vom 20. November 2000 folgende „authentische Interpretation zu § 4 erster Spiegelstrich“ der bischöflichen Richtlinien bekannt:

„– Am Beginn jeder Beratung muss der hilfesuchenden Frau ein klarer Hinweis auf die Freiwilligkeit der Inanspruchnahme des Beratungsangebotes und auf die Tatsache gegeben werden, dass die katholische Schwangerschaftsberatungsstelle keine Bescheinigung nach § 7 SchKG ausstellt. In diesem Zusammenhang ist eine Information über andere Beratungsstellen, die Schwangerschaftskonfliktberatung im Sinne von §§ 5 - 7 SchKG durchführen, nicht ausgeschlossen.“

- Innerhalb der Beratung ist eine Weiterleitung der Frau an Einrichtungen, die Beratungsbescheinigungen ausstellen, die eine Voraussetzung für die straffreie Abtreibung sind, nicht zulässig.“

Zum 1. Januar 2001 widerrief die Beklagte die Anerkennung der Beratungsstelle des Klägers als Konfliktberatungsstelle. Den Antrag des Klägers auf Förderung für das Jahr 2001 lehnte sie durch Bescheid vom 5. April 2001 mit der Begründung ab, die geltenden Förderrichtlinien ließen nur die Förderung von Beratungsstellen zu, die als Konfliktberatungsstellen anerkannt seien. Hiergegen erhob der Kläger Widerspruch mit der Begründung, dass ein Anspruch auf Förderung von Beratungsstellen, die zwar keine Schwangerschaftskonfliktberatung, jedoch die allgemeine Schwangerschaftsberatung im Sinne von § 2 des Schwangerschaftskonfliktgesetzes – SchKG – durchführten, unmittelbar aus § 4 SchKG folge. Die Beklagte wies den Widerspruch mit Bescheid vom 13. März 2003 zurück und führte darin aus: Für die Förderung auch der allgemeinen Beratung sei nach der Richtlinie des Landes über die Gewährung von Zuwendungen zum Betrieb von Schwangeren- und Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen vom 15. Dezember 1999 (Nds. MBl 2000, S. 113) eine Anerkennung als Konfliktberatungsstelle erforderlich. Der Gesetzgeber habe kein doppeltes Beratungsnetz schaffen wollen. Beratungsstellen seien nur dann förderungswürdig, wenn sie den Beratungsauftrag des Schwangerschaftskonfliktgesetzes in Gänze erfüllten. Außerdem sei der Beratungsstelle des Klägers nicht einmal eine

vollständige Beratung im Sinne von § 2 SchKG möglich, da keine Informationen darüber erteilt würden, wo eine Beratungsbescheinigung ausgestellt werde. Die Förderung der Beratungsstelle des Klägers sei auch nicht erforderlich, da mit den zehn im Land geförderten Beratungsstellen der katholischen Laienorganisation „Domum vitae“ bereits ein plurales Beratungsangebot sichergestellt sei.

Mit der daraufhin erhobenen Klage hat der Kläger einen Förderanspruch von mindestens 50 % der entstandenen Personal- und Sachkosten seiner Beratungsstelle geltend gemacht. In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht hat er diese Kosten mit 91.537,57 DM (= 46.802,42 EUR) und sein Klagebegehren mit 23.401,21 EUR beziffert.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 29. Oktober 2002 im Hauptantrag abgewiesen und die Beklagte auf den Hilfsantrag hin verpflichtet, über den Förderantrag des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Zur Begründung hat es ausgeführt, dem Kläger stehe unmittelbar nach § 4 Abs. 2 SchKG dem Grunde nach ein Förderanspruch zu. Die genaue Höhe des Förderanspruchs liege jedoch im Ermessen des Landes und könne daher vom Gericht nicht näher beziffert werden.

Gegen das Urteil haben beide Beteiligten die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt. Der Kläger hat sein Begehren auf Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer bestimmten Fördersumme weiter verfolgt und dieses auf einen Betrag von 37.441,95 EUR entsprechend 80 % der geltend gemachten Personal- und Sachkosten erweitert. Zur Begründung hat er vorgetragen, der Rechtsstreit sei auch im Hinblick auf die geltend gemachte Fördersumme entscheidungsreif. Aus dem Wortlaut und der Gesetzesbegründung zu § 4 Abs. 2 SchKG folge, dass Beratungsstellen nach § 3 SchKG dem Grunde und der Höhe nach in gleichem Umfang zu fördern seien wie Konfliktberatungsstellen nach § 8 SchKG, denen nach der Rechtsprechung ein Förderanspruch von mindestens 80 % zustehe.

Die Beklagte hat am Ziel der vollständigen Klageabweisung festgehalten und vorgetragen, Voraussetzung jeder Förderung von allgemeiner Schwangerschaftsberatung nach § 4 Abs. 2 SchKG sei eine Anerkennung als Konfliktberatungsstelle. Des Weiteren bestehe ein Förderungsanspruch auch deshalb nicht, weil die Beratungsstelle des Klägers nicht umfassend im Sinne von § 2 Abs. 1 SchKG berate.

Mit Urteil vom 30. Oktober 2003 hat das Niedersächsische Obergericht auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Verwaltungsgerichts geändert und die Klage in vollem Umfang abgewiesen sowie die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Aufgrund der zugelassenen Revision des Klägers wurde dieses Urteil auf-

gehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Niedersächsische Obergericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Das angefochtene Urteil verletzt Bundesrecht. Die Auffassung, § 4 Abs. 2 des Gesetzes zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz – SchKG) i.d.F. vom 21. August 1995 (BGBl I S. 1050) gewähre Schwangerenberatungsstellen nur dann einen Anspruch auf öffentliche Förderung, wenn sie nach § 9 SchKG als Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen anerkannt seien, geht fehl. Da die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils für eine abschließende Entscheidung des Rechtsstreits nicht ausreichen, ist die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

1. Grundlage des klägerischen Begehrens ist § 4 Abs. 2 SchKG. Danach haben die zur Sicherstellung eines ausreichenden Angebotes nach den §§ 3 und 8 SchKG erforderlichen Beratungsstellen Anspruch auf eine angemessene öffentliche Förderung der Personal- und Sachkosten. Diese Bestimmung gibt, wie der Senat in seinem Urteil vom 3. Juli 2003 (BVerwG 3 C 26.02 - BVerwGE 117, 289, 291) festgestellt hat, bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen einen strikten Rechtsanspruch auf öffentliche Förderung. Diese Entscheidung betraf zwar die Förderung einer Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle. Der eindeutige Wortlaut der Bestimmung lässt aber keinen Raum für die Annahme, dass sie etwa für einen Teil ihres Anwendungsbereichs die Gewährung von Förderung in das Ermessen der Behörden stelle. Soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind, ist vielmehr unmittelbar durch Bundesrecht ein Anspruch auf die Förderung begründet. Dieser Anspruch ist nicht davon abhängig, ob das jeweilige Land von dem Vorbehalt des § 4 Abs. 3 SchKG Gebrauch gemacht hat, Näheres durch Landesrecht zu regeln. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung im Land Niedersachsen ist daher insoweit nicht relevant.

2. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, der Förderungsanspruch einer Beratungsstelle nach § 4 Abs. 2 SchKG sei davon abhängig, dass es sich um eine anerkannte Konfliktberatungsstelle handele. Richtig ist allerdings, dass der Wortlaut der Norm im Hinblick auf diese Frage nicht eindeutig ist. Wenn dort von einem ausreichenden Angebot nach den §§ 3 und 8 SchKG die Rede ist, kann damit sowohl die Kumulation der in den beiden Vorschriften geregelten Beratungsarten in einer Beratungsstelle als auch ihre jeweils selbständige Berücksichtigungsfähigkeit gemeint sein.

Gegen die Auslegung des Berufungsgerichts spricht aber zunächst die Systematik des Schwangerschaftskonfliktgesetzes. Dieses sieht für die allgemeine Beratung nach § 2 SchKG und die Konfliktberatung nach § 5 SchKG jeweils Beratungsstellen mit unterschiedlichem Profil, unterschiedlichen - wenn auch sich teilweise überschneidenden - Aufgaben und unterschiedlichen Zulassungsvoraussetzungen vor. § 2 Abs. 1 SchKG räumt jeder Frau und jedem Mann das Recht ein, sich in Fragen der Sexualaufklärung, der Verhütung und Familienplanung sowie in allen eine Schwangerschaft unmittelbar oder mittelbar berührenden Fragen von einer hierfür vorgesehenen Beratungsstelle informieren und beraten zu lassen. Der Kreis der Berechtigten ist hiernach umfassend und unabhängig vom Vorliegen einer Schwangerschaft. Für die Erfüllung dieser Aufgabe ist den Ländern in § 3 Satz 1 SchKG ausdrücklich ein Sicherstellungsauftrag erteilt. Die Schwangerschaftskonfliktberatung nach § 5 SchKG richtet sich hingegen nur an schwangere Frauen, die die Möglichkeit einer Abtreibung zumindest in Erwägung ziehen. Inhaltlich umfasst die Konfliktberatung nach § 5 Abs. 2 SchKG zwar eine Reihe von Informationen, die nach § 2 Abs. 2 SchKG auch Gegenstand der allgemeinen Beratung sind. Geprägt ist die Konfliktberatung aber durch den akuten Entscheidungszwang der schwangeren Frau und die sich aus den Grundrechten des im Mutterleib heranwachsenden Menschen ergebende Verpflichtung des Staates, durch eine umfassende qualifizierte ermutigende Beratung alles in seinen Kräften Stehende zum Schutz des werdenden menschlichen Lebens zu tun. Zur Gewährleistung dieser Anforderungen verlangt § 8 Satz 2 SchKG für Beratungsstellen, die eine Schwangerschaftskonfliktberatung nach den §§ 5 und 6 SchKG durchführen, eine staatliche Anerkennung. § 9 SchKG stellt für die Erteilung der Anerkennung bestimmte Qualitätsstandards auf. Für Inhalt und Ablauf machen die §§ 5, 6 und 7 SchKG verbindliche Vorgaben, die eine sachgerechte Beratung ermöglichen sollen, ohne das Entscheidungsrecht der schwangeren Frau zu beeinträchtigen oder gar zu hintertreiben. All diesen Bindungen unterliegt die Beratungsstelle, die nur die allgemeine Beratung nach § 2 SchKG anbietet, nach Bundesrecht nicht. Dementsprechend ist in § 3 Satz 1 SchKG von „Beratungsstellen für die Beratung nach § 2“ die Rede, während § 8 Satz 1 SchKG eigenständig von Beratungsstellen für die Beratung nach den §§ 5 und 6 SchKG spricht. Für letztere ist in § 8 Satz 1 SchKG ein selbständiger Sicherstellungsauftrag an die Länder erteilt.

Das Konzept unterschiedlicher Beratungsarten mit jeweils dafür zuständigen Beratungsstellen wird in § 4 Abs. 2 SchKG aufgenommen. Wenn dort von der Sicherstellung eines ausreichenden Angebots nach den §§ 3 und 8 SchKG erforderlicher Beratungsstellen die Rede ist, muss in Rechnung gestellt werden, dass in den im Bezug

genannten Vorschriften jeweils eigenständige Sicherstellungsaufträge erteilt sind. Da die finanzielle Förderung ein zentrales Element zur Erfüllung des Sicherstellungsauftrages ist, kann dies nur bedeuten, dass der Gesetzgeber der jeweiligen Kategorie von Beratungsstellen die Förderung unabhängig voneinander zukommen lassen wollte. Dies kommt auch in § 3 Satz 2 SchKG zum Ausdruck. Dort heißt es im Anschluss an die Sicherstellungsverpflichtung im Hinblick auf „Beratungsstellen für die Beratung nach § 2“, dass dabei auch Beratungsstellen freier Träger gefördert werden. Der Gesetzgeber spricht mithin ausdrücklich von der Förderung von Beratungsstellen für die Beratung nach § 2. Das wäre sinnlos, wenn ohnehin nur anerkannte Konfliktberatungsstellen einen Förderungsanspruch hätten.

Bestätigt wird diese Auslegung durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Das Schwangeren- und Familienhilfegesetz (SFHG) vom 27. Juli 1992 (BGBl I S. 1398) kannte in seinem § 3 noch nicht die Unterscheidung zwischen allgemeinen Beratungsstellen und Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen. In seinem § 4 Abs. 2 räumte es den zur Sicherstellung eines ausreichenden Angebotes im Sinne des § 3 Abs. 1 erforderlichen Beratungsstellen einen Anspruch auf eine angemessene öffentliche Förderung der Personal- und Sachkosten ein. Die Neufassung dieser Vorschrift durch das Schwangerschaftskonfliktgesetz wurde sowohl in der Begründung zum Gesetzentwurf (BTDrucks 13/285 S. 11) als auch im Bericht des zuständigen Bundestagsausschusses (BTDrucks 13/1850 S. 20) dahin erläutert, durch eine redaktionelle Anpassung werde klargestellt, dass sich die bisherigen Vorschriften über die öffentliche Förderung sowohl auf die als Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen anerkannten Stellen als auch auf etwaige weitere Beratungsstellen erstrecke, die den Beratungsanspruch des § 2 SchKG erfüllen. Der Gesetzgeber hat mithin bewusst die Förderung nicht auf anerkannte Konfliktberatungsstellen beschränkt, sondern sie auch den allgemeinen Beratungsstellen nach § 3 SchKG zugesprochen.

Entscheidendes Gewicht kommt schließlich der Feststellung zu, dass auch Sinn und Zweck des Gesetzes für die Einbeziehung allgemeiner Beratungsstellen, die keinen Beratungsschein ausstellen und damit im Rechtssinne keine Schwangerschaftskonfliktberatung betreiben, in die öffentliche Förderung sprechen. Die Förderung von Beratungsstellen nach § 4 Abs. 2 SchKG dient der Umsetzung der staatlichen Schutzpflicht für das ungeborene Leben. Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts genügt der Staat seiner Schutzpflicht nur dann, wenn er sowohl Gefahren für das ungeborene Leben bei einem konkreten Schwangerschaftskonflikt entgegentritt als auch denjenigen Gefahren, die in den sozialen Lebensverhältnissen der Frau und ihrer Familien begründet liegen und der Bereitschaft der Frau zum Austragen des Kindes entgegenstehen können (vgl. BVerfGE 88, 203 <258>, LS 9). Letzterem Ziel dient die Bera-

tung nach § 2 SchKG, die insbesondere Informationen über bestehende familienfördernde Leistungen und Hilfen für Kinder und Familien, soziale und wirtschaftliche Hilfen für Schwangere, Hilfen bei der Suche nach einem Arbeits- und Ausbildungsplatz sowie die Nachbetreuung nach der Geburt des Kindes umfasst (vgl. § 3 Abs. 2 Nrn. 2 und 4, Abs. 3 SchKG). Darüber hinaus macht schon die Überschrift des Gesetzes deutlich, dass es den Schutz des ungeborenen Lebens insbesondere auch durch Vermeidung von Schwangerschaftskonflikten bezweckt. In diesem Rahmen spielt die Beratung in Fragen der Sexualität, der Empfängnisverhütung und der Familienplanung eine ebenso wichtige Rolle wie die Information über bestehende familienfördernde Leistungen und Hilfen für Kinder und Familien einschließlich der besonderen Rechte im Arbeitsleben. Beides ist nach § 2 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SchKG Aufgabe der allgemeinen Beratung. Diese Beratung ist hiernach im Schutzkonzept des Gesetzgebers von großer Bedeutung. Es kann daher nicht bezweifelt werden, dass gerade auch die Beratung nach § 2 SchKG, wie sie der Kläger durchführt, uneingeschränkt dem Lebensschutz verpflichtet ist und dazu Wesentliches beiträgt.

Dies wird bestätigt durch die Tatsache, dass anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen die volle Förderung auch für die Beratungstätigkeit erhalten, die sie im Rahmen des § 2 SchKG leisten. Das zeigt, dass – auch – diese Tätigkeit dem vom Gesetz verfolgten Zweck des Lebensschutzes dient und daher förderungswürdig ist. Ihr Wert wird nicht dadurch gemindert, dass Beratungsstellen sich auf diese Beratung beschränken und keine Schwangerschaftskonfliktberatung anbieten, die den Weg zur straffreien Abtreibung eröffnet.

Gegenüber diesen Überlegungen vermögen die Gründe, die das Berufungsgericht für seine Auslegung anführt, nicht zu überzeugen. Das gilt zunächst für den Versorgungsschlüssel des § 4 Abs. 1 Satz 1 SchKG. Danach 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. Im Hinblick auf diesen Versorgungsschlüssel bereitet die Einbeziehung von Beratungsstellen, die nur die allgemeine Beratung nach § 2 SchKG anbieten, prinzipiell keine Schwierigkeiten. Das Gesetz geht ohnehin davon aus, dass in einer Stadt oder einer Region Beratungsstellen unterschiedlicher Träger nebeneinander bestehen. Anders ließe sich die Möglichkeit, zwischen Beratungsstellen unterschiedlicher weltanschaulicher Ausrichtung zu wählen (§ 3 Satz 3 SchKG), bzw. ein ausreichendes plurales Angebot (§ 8 Abs. 1 Satz 1 SchKG) nicht verwirklichen. Der Versorgungsschlüssel von einer Vollzeitbeschäftigten auf 40 000 Einwohner bildet daher lediglich den Maßstab dafür, ob das Land in einem bestimmten – u. a. durch das Merkmal der Wohnortnähe geprägten –

Bereich seinem Sicherstellungsauftrag gerecht geworden ist. Dagegen besagt er nicht, dass jeweils 40 000 Einwohnern eine bestimmte Beratungskraft oder eine bestimmte Beratungsstelle zuzuordnen wäre. Die Einbeziehung der allgemeinen Beratungsstellen ohne Konfliktberatung vergrößert damit das Feld der nach § 4 Abs. 1 Satz 1 SchKG zu berücksichtigenden Anbieter.

Schwierigkeiten könnten lediglich dann entstehen, wenn der tatsächliche Bestand an Beratungskräften in einem bestimmten Bereich den Versorgungsschlüssel überschreitet. Von Bundesrechts wegen sind die Länder zur Förderung eines solchen überschießenden Angebots nicht verpflichtet. Allerdings haben in einem solchen Fall die Behörden der Länder nicht von sich aus das Recht, Auswahlkriterien aufzustellen und einzelne Anbieter von der Förderung auszuschließen. Nach § 4 Abs. 3 SchKG ist es vielmehr Aufgabe der Landesgesetzgeber, insoweit das Nähere zu bestimmen und dafür zu sorgen, dass das geförderte Angebot den Prinzipien der Wohnortnähe und der weltanschaulichen Vielfalt gerecht wird.

Ebenso wenig überzeugt das Argument des Berufungsgerichts, angesichts des engen Zeitrahmens für eine straffreie Abtreibung sei es der Schwangeren nicht zumutbar, nach der Beratungsstelle nach § 3 SchKG noch eine andere als Konfliktberatungsstelle anerkannte Einrichtung aufzusuchen, wenn sie sich während oder nach der allgemeinen Beratung zu einem Schwangerschaftsabbruch entschließen. Dabei wird übersehen, dass Frauen, die ernsthaft einen Schwangerschaftsabbruch in Erwägung ziehen, kaum eine von der katholischen Kirche getragene Beratungsstelle aufsuchen werden, da der Ausstieg der Kirche aus der Konfliktberatung in der Öffentlichkeit allgemein bekannt ist. Außerdem wird die Schwangere zu Beginn des Gesprächs entsprechend den Vorgaben der authentischen Interpretation zu den bischöflichen Beratungsrichtlinien ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Beratungsstellen wie die des Klägers keinen Beratungsschein ausstellen. Wer unter diesen Umständen die Beratung in Anspruch nimmt, weiß, worauf er sich einlässt. Zieht die Schwangere später eine Abtreibung doch in Erwägung, so ist sie in zeitlicher Hinsicht keinem anderen Druck ausgesetzt als jede andere Frau, die zunächst eine solche Möglichkeit nicht ins Auge fasst und erst einige Zeit verstreichen lässt, bevor sie die Konfliktberatung in Anspruch nimmt.

3. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Klägers auf Förderung auch deshalb verneint, weil er keine Beratungsstelle nach § 3 SchKG betreibe; in der Beratungsstelle des Klägers werde nicht das volle in § 2 SchKG vorgesehene Beratungsprogramm angeboten. Auch mit dieser Begründung kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

Das Berufungsgericht meint, die in § 2 Abs. 1 SchKG vorgeschriebene Beratung in „allen eine Schwanger-

schaft unmittelbar oder mittelbar berührenden Fragen“ setze voraus, dass eine ratsuchende Frau auf das Bestehen einer zusätzlichen Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle ausdrücklich hingewiesen werde. Ein derartiger Hinweis sei bei dem Kläger nicht gesichert. Die Formulierung der authentischen Interpretation der bischöflichen Beratungsrichtlinien, eine entsprechende Information vor der Beratung sei „nicht ausgeschlossen“, zeige, dass nicht mit Gewissheit in allen Beratungsstellen ein derartiger Hinweis auch erfolgen müsse. Es ist nicht ohne weiteres erkennbar, welches Defizit das Berufungsgericht dem Kläger damit konkret zur Last legt. Sollte mit dem verlangten Hinweis auf das „Bestehen einer zusätzlichen Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle“ die Information gemeint sein, dass es Beratungsstellen gibt, die – anders als der Kläger – die Beratungsbescheinigung ausstellen, so ginge das Urteil offenkundig an den Vorgaben der authentischen Interpretation vorbei. Wenn es dort heißt, am Beginn jeder Beratung müsse die hilfesuchende Frau darauf hingewiesen werden, dass die katholische Schwangerschaftsberatungsstelle keine Bescheinigung nach § 7 SchKG ausstelle, so beinhaltet dies im Umkehrschluss zwingend die Aussage, dass es andere Stellen gibt, die die für den Schwangerschaftsabbruch erforderliche Beratungsbescheinigung erteilen.

Dem Berufungsgericht kann aber auch dann nicht gefolgt werden, wenn seine Ausführungen dahin zu verstehen sein sollten, dass die Beratungsstelle in jedem Falle Hinweise auf konkrete in Betracht kommende Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen geben müsse. Die Forderung des Berufungsgerichts, in allen Beratungsstellen müsse mit Gewissheit ein derartiger Hinweis erfolgen, überspannt in mehrfacher Hinsicht die aus § 2 Abs. 1 SchKG sich ergebenden Anforderungen.

Dies liegt auf der Hand, soweit die Förderung des Klägers davon abhängen soll, dass die Hinweispflicht in allen (katholischen) Beratungsstellen gleichermaßen erfüllt wird. Ob der Kläger eine Beratungsstelle nach § 3 SchKG betreibt, hängt vom Beratungsangebot dieser Einrichtung und nicht von dem Verhalten anderer Einrichtungen in katholischer Trägerschaft ab. Die authentische Interpretation der bischöflichen Beratungsrichtlinien bietet für die generalisierende Sicht des Berufungsgerichts schon deshalb keine Grundlage, weil sie Informationen über andere Beratungsstellen, die Schwangerschaftskonfliktberatung durchführen, ausdrücklich zulässt.

Fehlerhaft ist aber auch die Forderung des Berufungsgerichts, die Beratungsstelle des Klägers müsse auf Konfliktberatungsstellen „hinweisen“. Ein Hinweis ist begrifflich eine nicht erfragte Erklärung. Der Hinweisende tut etwas kund ohne Rücksicht darauf, ob der Adressat dies wissen will oder nicht. Demgegenüber räumt § 2 Abs. 1 SchKG Männern und Frauen das Recht ein, sich „in Fragen“ der dort genannten Bereiche informieren

und beraten zu lassen. Die Informationspflicht der Beratungsstelle korrespondiert danach mit dem Beratungsbedarf des Hilfesuchenden, mit den sich für ihn stellenden Fragen. Zwar ist dem Berufungsgericht darin zuzustimmen, dass auch die Frage, wo eine Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle zu finden ist, zu den in § 2 Abs. 1 SchKG angesprochenen eine Schwangerschaft unmittelbar oder mittelbar berührenden Fragen gehört. Gerade unter den bereits erwähnten Besonderheiten von Schwangerenberatungsstellen in katholischer Trägerschaft braucht diese Frage aber nur beantwortet zu werden, wenn sie gestellt wird. Für diejenigen, die eine solche Beratungsstelle aufsuchen, ist die Schwangerschaftsunterbrechung im Regelfall keine ernsthafte Option. Diesen Hilfesuchenden gleichwohl die Mitteilung aufzudrängen, wo sie gegebenenfalls einen Beratungsschein erhalten können, würde von vielen als Beleidigung empfunden. Nur dann, wenn eine Schwangere auf den obligatorischen Hinweis, dass in Einrichtungen des Klägers kein Beratungsschein ausgestellt wird, nach in Betracht kommenden Konfliktberatungsstellen fragt, ergibt sich ein entsprechender Auskunftsbedarf. Das Berufungsurteil bietet keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass in der Beratungsstelle des Klägers auf Anfrage die entsprechenden Auskünfte nicht erteilt würden. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Vertreter des Klägers ebenso wie die Kläger der zugleich verhandelten Parallelverfahren unwidersprochen erklärt, es sei selbstverständlich, dass der Schwangeren auf Wunsch entsprechende Auskünfte erteilt würden.

Die Beklagte hat dem Kläger die Erfüllung der Beratungspflichten nach § 2 SchKG auch deshalb abgesprochen, weil er keine Auskünfte darüber gebe, welche Ärzte und Krankenhäuser Abtreibungen durchführten. Das ist schon deshalb ungerechtfertigt, weil diese Frage unmittelbar in den Kontext des akuten Schwangerschaftskonflikts gehört und damit der speziell darauf bezogenen Schwangerschaftskonfliktberatung zugeordnet ist. Sie gehört nicht zum Beratungsangebot nach § 2 SchKG.

4. Der Revision kann nicht deshalb der Erfolg versagt werden, weil sich das angefochtene Urteil aus anderen Gründen als richtig erwiese (§ 144 Abs. 4 VwGO). Die von der Beklagten in den angefochtenen Bescheiden und im Rechtsstreit vorgetragene weiteren Gründe für die Verneinung des klägerischen Anspruchs greifen nicht durch.

4.1 Die Beklagte hat die Erforderlichkeit der klägerischen Beratungsstelle mit der Begründung verneint, der entsprechende Beratungsbedarf sei bereits durch die vom Land Niedersachsen geförderten Beratungsstellen des Vereins Donum Vitae gedeckt und damit der Sicherstellungsauftrag des Landes erfüllt. Dies verletzt das

Gebot des § 3 Satz 3 SchKG, dass die Ratsuchenden zwischen Beratungsstellen unterschiedlicher weltanschaulicher Ausrichtung auswählen können. Im Sinne dieser Vorschrift haben die von der katholischen Kirche getragenen Beratungsstellen und der Verein Donum Vitae nicht dieselbe weltanschauliche Ausrichtung. Zwar ist der Verein 1999 von Katholiken gegründet worden. Er setzt sich wie die katholische Kirche vorbehaltlos für den Schutz des ungeborenen Lebens ein. Im Gegensatz zur Amtskirche sieht er aber die Teilnahme an der Schwangerschaftskonfliktberatung einschließlich der Ausstellung des Beratungsscheins als einen wichtigen und Erfolg versprechenden Weg des Lebensschutzes an. Er ist gegründet worden als Reaktion auf den Ausstieg der katholischen Kirche aus der Schwangerschaftskonfliktberatung. Zwischen der Kirche und dem Verein Donum Vitae besteht daher ein tief greifender Dissens darüber, wie der Schutz des ungeborenen Lebens auf der Grundlage des katholischen Glaubens zu verwirklichen ist. Das schließt es aus, die jeweiligen Beratungsstellen im Rahmen des § 3 Satz 3 SchKG als gleichgerichtet zu behandeln und sie gegeneinander auszuspielen.

4.2 Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Versorgungsschlüssel des § 4 Abs. 1 Satz 1 SchKG im Land Niedersachsen oder auch in der hier betroffenen Region ausgeschöpft sein könnte und dass deshalb die Erforderlichkeit der klägerischen Beratungsstelle nach § 4 Abs. 2 SchKG zu verneinen wäre. Im Übrigen fehlt, wie ausgeführt, ein Landesgesetz, das für diesen Fall die Kriterien für die Auswahl zwischen den konkurrierenden Beratungsstellen festlegen würde. Solange dieser Zustand andauert, muss das Land gegebenenfalls auch für ein den Versorgungsschlüssel überschreitendes Beratungsangebot eintreten, denn § 4 Abs. 1 Satz 1 SchKG bezeichnet die Bereitstellung von einer Vollzeitkraft für 40 000 Einwohner ausdrücklich als Mindestausstattung.

5. Das Klagebegehren erweist sich auch nicht insoweit als abweisungsreif, als der Kläger eine Förderung in Höhe von 80 % der Personal- und Sachkosten seiner Beratungsstelle begehrt. Denn § 4 Abs. 2 SchKG gewährt einen Anspruch auf eine angemessene öffentliche Förderung der Personal- und Sachkosten. Im Urteil vom 3. Juli 2003 (BVerwG 3 C 26.02 - a.a.O.) hat der Senat ausgesprochen, dass eine angemessene Förderung für anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen 80 % der notwendigen Personal- und Sachkosten der Beratungsstelle decken muss. Dieser Fördersatz muss auch für allgemeine Schwangerenberatungsstellen nach § 3 SchKG als angemessen betrachtet werden. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass anerkannte Konfliktberatungsstellen den vollen Fördersatz auch für ihre Tätigkeit auf dem Gebiet der allgemeinen Beratung nach § 2 SchKG erhalten. Es gibt aber keinen

Grund, der es rechtfertigen könnte, dieselbe Tätigkeit unterschiedlich im Hinblick darauf zu fördern, ob die Beratungsstelle zusätzlich eine weitere ihrerseits förderungsfähige Aufgabe wahrnimmt oder nicht.

Ein solcher Grund kann insbesondere nicht darin gesehen werden, dass die Konfliktberatung nach § 6 Abs. 4 SchKG unentgeltlich ist. Zwar gibt es für die allgemeine Beratung eine entsprechende Vorschrift nicht. Dies gilt aber gleichermaßen für die allgemeine Beratung durch die Konfliktberatungsstelle wie durch die allgemeine Beratungsstelle. Der Hinweis, dass die allgemeine Beratungsstelle für ihre Beratung ein Entgelt verlangen könnte, träfe mithin ebenso auf die Konfliktberatungsstelle zu.

Ebenso geht der Hinweis fehl, dass Konfliktberatungsstellen durch die strengen Anforderungen an Ausstattung und Verfahren kostenaufwendiger seien als allgemeine Beratungsstellen, die entsprechenden Anforderungen nicht unterliegen. Bei einer prozentualen Bestimmung des Fördersatzes führt eine Reduzierung der Kostenlast automatisch zu einer Verringerung der Fördersumme. Damit wird der unterschiedlichen Kostenbelastung von allgemeinen Beratungsstellen und Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen Rechnung getragen. Für eine zusätzliche Reduzierung durch Herabsetzung des Fördersatzes gibt es keine Rechtfertigung.

6. Gleichwohl sieht sich der Senat zu einer abschließenden Entscheidung in der Sache zugunsten des Klägers nicht in der Lage. Zwar ist nicht zu erkennen, woran der geltend gemachte Anspruch angesichts der vorstehenden Ausführungen dem Grunde nach scheitern könnte. Die Feststellungen des Berufungsgerichts geben aber keine Grundlage für eine Beurteilung der Höhe des geltend gemachten Anspruchs. Der Kläger hat eine Aufstellung der entstandenen Personal- und Sachkosten in der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung vorgelegt. Eine Erörterung hierzu hat weder zwischen den Beteiligten noch im angefochtenen Urteil stattgefunden. Damit ist die Frage, ob die geltend gemachten Kosten tatsächlich entstanden sind, ebenso offen wie die weitere Frage, ob es sich um notwendige Kosten der Beratungsstelle handelt. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um die insoweit notwendigen Klärungen herbeizuführen.

Anmerkung

Nachdem der Ständige Rat der Deutschen Bischofskonferenz, ermahnt von Papst und Römischer Kurie, am 23. November 1999 beschlossen hatte, dass die katholischen Schwangerenberatungsstellen zwar weiterhin gemäß § 2 SchKG in allen eine Schwangerschaft unmittelbar oder mittelbar berührenden Fragen informieren und beraten, fortan jedoch nicht mehr die zur Vornahme eines

straffreien Schwangerschaftsabbruchs berechtigende Bescheinigung nach § 7 SchKG ausstellen sollen, hielt das Zentralkomitee der deutschen Katholiken (ZdK) den Zeitpunkt für gekommen, von der verfassten Kirche unabhängige Beratungsstellen einzurichten, wie dies bereits bei früherer Gelegenheit (vgl. ZdK-Mitteilungen Nr. 479/98 vom 27. Januar 1998) angekündigt worden war. Tatsächlich hatten die Mitglieder des ZdK-Präsidiums kurz zuvor, und zwar am 24. September 1999, den Verein „Donum Vitae“ gegründet, der seinerseits den Anspruch erhebt, eine katholisch geprägte Beratung anzubieten, entgegen den Weisungen des Papstes und der Bischöfe aber weiterhin die von diesen missbilligten Bescheinigungen erteilt. Der Verein erfreut sich deshalb in keiner Weise kirchlicher Anerkennung, und es ist den kirchlichen Mitarbeitern sogar verboten, mit ihm in irgendeiner Weise zusammenzuarbeiten. Insbesondere kann er sich nicht, wie dies zuweilen versucht wird, auf c. 215 CIC berufen, weil das danach anerkannte Recht der Gläubigen, Vereinigungen zum Zwecke der Caritas oder der Frömmigkeit oder zur Förderung der christlichen Berufung in der Welt frei zu gründen und zu leiten, gemäß Nr. 19 Abs. 4 des Dekrets „Apostolicam actuositatem“ des Zweiten Vatikanischen Konzils über das Apostolat der Laien unter dem ausdrücklichen Vorbehalt steht, dass es nur unter Wahrung der erforderlichen Verbundenheit mit der kirchlichen Autorität ausgeübt werden kann.

Um die Beratungsstellen des Vereins „Donum Vitae“ auch finanziell abzusichern, zielte das Zentralkomitee der deutschen Katholiken, das einstmals (1868) als Instrument zur Verteidigung katholisch-kirchlicher Belange im politischen Raum ins Leben gerufen worden war, heute jedoch seinerseits weitgehend von den im Deutschen Bundestag vertretenen politischen Parteien beherrscht wird, von vornherein darauf ab, dass die bis dahin den kirchlichen Beratungsstellen gewährten staatlichen Fördermittel diesen entzogen und auf den Verein „Donum Vitae“ umgeleitet würden. In diesem Sinne erklärte z. B. der Vizepräsident des ZdK, der Vorsitzende Richter am Oberlandesgericht München Walter Bayerlein, bereits anlässlich der Gründung eines bayerischen Landesverbandes des Vereins „Donum Vitae“ am 26. November 1999, es sei zu hoffen, dass die freiwerdenden öffentlichen Fördermittel nach einem Ausstieg der katholischen Beratungsstellen aus dem staatlichen System nunmehr dem Verein „Donum Vitae“ zugute kämen. Tatsächlich schien dieser Plan zunächst auch Erfolg zu haben, indem die meisten Länder, allen voran der Freistaat Bayern, der eine entsprechende Regelung sogar in einem Landesgesetz (vgl. Artikel 18 des Bayerischen Schwangerenberatungsgesetzes vom 9. April 1996, BayGVBl. S. 320) festgeschrieben hat, bestimmten, dass staatliche Zuschüsse nur solche Beratungsstellen erhalten sollen, die sowohl die allgemeine Schwangerenberatung gemäß § 2 SchKG als auch die Konfliktberatung im

Sinne der §§ 5 und 6 SchKG anbieten und damit auch Beratungsbescheinigungen gemäß § 7 SchKG erteilen. Eine rühmliche Ausnahme bildete dabei das Land Mecklenburg-Vorpommern, in dessen Richtlinien für die Förderung von Schwangerschaftsberatungsstellen (Nr. 4.4) vom 20. Februar 2001 (AmtsBl. M.V. S. 420) es ausdrücklich heißt, auch die Durchführung der Beratung nach § 2 SchKG durch Schwangerschaftsberatungsstellen, die nicht die in § 7 SchKG vorgesehene Bescheinigung erteilen, könne ausnahmsweise gefördert werden, wenn dies zur Gewährleistung der unterschiedlichen weltanschaulichen Ausrichtungen nach § 3 SchKG von Verfassungen wegen erforderlich ist. Der Grund für diese kirchenfreundliche Regelung muss wohl darin gesehen werden, dass Mecklenburg-Vorpommern von einer Koalition aus SPD und PDS regiert wird und das Sozialministerium derzeit einer Ministerin anvertraut ist, die der PDS angehört. Diese nämlich ist die einzige politische Partei, die nicht auch im Zentralkomitee der deutschen Katholiken vertreten ist und deshalb politisch nicht von diesem Gremium beeinflusst wird.

Glücklicherweise hat sich die katholische Kirche jedoch nicht überall so, wie das z. B. im Freistaat Bayern leider geschehen ist, von den politischen Parteien, darunter auch von jenen, die sich als „christlich“ bezeichnen, einschüchtern lassen und sich damit abgefunden, dass ihre Beratungsstellen vom Staat nicht mehr finanziell gefördert werden. Nachdem nämlich bereits der Hessische Verwaltungsgerichtshof in zwei Urteilen vom 18. November 1997 (Text u.a. bei Hans Reis, Um der Klarheit des Zeugnisses willen, Bittenwiesen 2001, S. 101-119) festgestellt hatte, dass neben der Schwangerschaftskonfliktberatung, die die Erteilung der Beratungsbescheinigung einschließt, auch die allgemeine Beratung in Fragen der Schwangerschaft mit staatlichen Mitteln zu fördern sei, kam es in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen erneut zu Klagen vor den Verwaltungsgerichten. Dabei entschied das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen mit Urteil vom 2. Oktober 2003 (ZfL 2004, 11), dass auch Beratungsstellen, die keine Beratungsbescheinigungen erteilen, Anspruch auf finanzielle Förderung hätten, während das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht in einem Urteil vom 30. Oktober 2003 (ZfL 2004, 16) die gegenteilige Auffassung vertrat.

Auf die in beiden Verfahren zugelassene Revision hat nun das Bundesverwaltungsgericht mit Urteilen vom 15. Juli 2004, von denen eines hier erstmals veröffentlicht ist, für sämtliche Länder verbindlich entschieden, dass die katholischen Beratungsstellen auch dann finanziell gefördert werden müssen, wenn sie keine Beratungsbescheinigungen erteilen, und zwar – ebenso wie auch die übrigen Beratungsstellen nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Juli 2003 (ZfL 2003, 134) – mit Zuschüssen in Höhe von mindestens 80 Prozent der notwendigen Personal- und Sachkosten.

Unbeschadet der Tatsache, dass im Freistaat Bayern eine entgegenstehende gesetzliche Regelung ergangen ist, gilt dieses Urteil auch dort; denn, wie das Gericht ausdrücklich bemerkt, ist der Anspruch auf Förderung unmittelbar durch Bundesrecht begründet und kann deshalb nicht davon abhängig gemacht werden, ob das jeweilige Land von dem Vorbehalt des § 4 Abs. 3 SchKG Gebrauch gemacht hat, Näheres durch Landesrecht zu regeln.

Eingehend geprüft hat das Bundesverwaltungsgericht auch, ob, wie das Land Niedersachsen als Beklagter gemeint hatte, ein entsprechender Beratungsbedarf durch die Beratungsstellen des Vereins „Donum Vitae“ bereits gedeckt und damit der Sicherstellungsauftrag des Landes erfüllt sei. Das Gericht hat dies mit aller Entschiedenheit verneint und die Ansicht vertreten, eine solche Argumentation verletze das Gebot des § 3 Satz 3 SchKG, wonach die Ratsuchenden die Möglichkeit haben sollen, zwischen Beratungsstellen unterschiedlicher weltanschaulicher Ausrichtung wählen zu können. Unmissverständlich hat das Gericht festgestellt, die Beratungsstellen der katholischen Kirche und jene des Vereins „Donum Vitae“ hätten nicht die gleiche weltanschauliche Ausrichtung. Zwischen der Kirche und dem Verein „Donum Vitae“ bestehe vielmehr ein tiefgreifender Dissens darüber, wie der Schutz des ungeborenen Kindes auf der Grundlage der katholischen Glaubens- und Sittenlehre zu verwirklichen sei. Im politischen Raum wird man das sicherlich nicht ohne weiteres hinzunehmen bereit sein, aber man kann nur hoffen, dass die kirchlichen Stellen jetzt entschlossen auf ihr Recht pochen und darauf drängen werden, dass dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts auch Rechnung getragen wird.

Ein kleiner Schönheitsfehler der Entscheidung könnte darin gesehen werden, dass dort sehr pointiert auf die so gen. Authentische Interpretation verwiesen wird, die der Ständige Rat der Deutschen Bischofskonferenz in seiner Sitzung am 21. November 2001 (Text bei Hans Reis, a.a.O., S. 99) zu § 4 der Bischöflichen Richtlinien für katholische Schwangerschaftsberatungsstellen vom 26. September 2000 (Text *ibid.* S. 91-98) hat verlautbaren lassen. Der Authentischen Interpretation mag vielleicht eine gewisse Inkonsequenz innewohnen, aber wenn sie der Preis dafür ist, dass auch den kirchlichen Beratungsstellen 80 Prozent der notwendigen Personal- und Sachkosten ersetzt werden, so wird man das wohl hinnehmen können.

Schließlich enthält das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts noch eine weitere sehr bedeutsame Aussage, die dem Schutz der ungeborenen Kinder förderlich ist: Wenn dort nämlich unter Abschnitt II Nr. 2 im zweiten Absatz im Zusammenhang mit dem Inhalt der Konfliktberatung nach § 5 Abs. 2 SchKG von „den Grundrechten des im Mutterleib heranwachsenden Menschen“ die Rede ist, so wird damit erstmalig höchstrichterlich aner-

kannt, dass auch das ungeborene Kind bereits Träger eigener Grundrechte ist. Das Bundesverfassungsgericht war in seinem ersten Fristenregelungsurteil vom 25. Februar 1975 (BVerfGE 39, 1 [41]) einer Entscheidung zu dieser Frage ganz bewusst ausgewichen, indem es dort lediglich formulierte: „Hingegen braucht die im vorliegenden Verfahren wie auch in der Rechtsprechung und im wissenschaftlichen Schrifttum umstrittene Frage nicht entschieden zu werden, ob der nasciturus selbst Grundrechtsträger ist oder aber wegen mangelnder Rechts- und Grundrechtsfähigkeit „nur“ von den objektiven Normen der Verfassung in seinem Recht auf Leben geschützt ist.“

Die jetzige Aussage in dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vermag die Frage der Grundrechtsfähigkeit ungeborener Kinder vielleicht noch nicht endgültig zu klären, aber sie ist doch ein entscheidender Schritt in diese Richtung, der es den Vertretern der Gegenmeinung erschweren wird, ihre Auffassung weiterhin aufrecht zu erhalten. Auch für die zur Zeit anstehenden Fragen der Zulässigkeit der Forschung mit embryonalen Stammzellen sowie der Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik und des therapeutischen Klonens wird diese Feststellung von erheblicher Bedeutung sein.

Insgesamt kann von dem Urteil gesagt werden: *Il y a des juges à Leipsic.*

Rechtsanwalt Dr. Hans Reis, Berlin

AG Oldenburg: „Liegenlassen“ eines neugeborenen Kindes nach überlebter Spätabtreibung

StGB §§ 223, 223 a.F

Leitsatz d. Red.:

Das Nichtversorgen eines neugeborenen Kindes, das seine Spätabtreibung und auch sein anschließendes „Liegenlassen“ überlebt, erfüllt den Tatbestand der Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

Amtsgericht Oldenburg, Strafbefehl vom 29. März 2004 - 46 Cs 137 Js 276/98 (83/04)

Zum Strafbefehl:

Das Amtsgericht hat dem verantwortlichen Arzt zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen verurteilt und ihm sein Verhalten vom 6. Juli 1997 wie folgt zur Last gelegt:

Zum Zwecke des Abbruchs in der 26. Schwangerschaftswoche der Schwangerschaft der K. aus F. entwickelten

Sie nach mindestens 17-stündigem Dienst um 01.05 Uhr als verantwortlicher Arzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe in der geburtshilflich-gynäkologischen Abteilung der Städtischen Kliniken aus einer Beckenendlage einen 690 g schweren lebenden Jungen. Das Kind erholte sich aus einer schweren postnatalen Kreislaufdepression langsam über mehrere Stunden hinweg. Sie wartete in dieser Zeit ab und ließen das Kind unzureichend unter Wärmen mit warmen Tüchern und Absaugen der Atemwege durch das Personal des Kreißsaales versorgen. Dadurch kühlte die Körperkerntemperatur des Kindes bis gegen 10.00 Uhr auf ca. 28 Grad ab. Das führte, wie Sie wussten, zu einer Ansäuerung und einem Sauerstoffmangel sowie insgesamt einer Verlangsamung der Stoffwechselfprozesse. Dadurch wurde zwar das Überleben des Kindes in den ersten Stunden seines Lebens gesichert. Das Abkühlen stellte jedoch, wie Ihnen bewusst war, gleichzeitig einen nicht unerheblichen Risikofaktor in der langfristigen Mortalität eines Frühgeborenen dar und war deshalb geeignet, das Leben des Kindes in Gefahr zu bringen. Dieser Gefahr hätten Sie spätestens nach etwa 2-stündigem Zuwarten durch das Herbeiholen eines in der neonatologischen Intensivmedizin erfahrenen Arztes zur Versorgung des Kindes mit suffizienter Wärmebehandlung, Beatmung und Schmerztherapie – wie Ihnen bewusst war – begegnen müssen. Erst als sich das Kind in der Zeit von 06.00 Uhr an zunehmend spontan erholte, ließen Sie es gegen 10.00 Uhr mit einer Körperkerntemperatur von ca. 28 Grad jedoch mit stabilen Vitalfunktionen der neonatologischen Intensivstation der Kinderklinik der städtischen Kliniken Oldenburg zur erfolgreichen Weiterbehandlung ohne nachweisbare Folgeschäden des an einem Down-Syndrom leidenden Kindes zuführen.

Vergehen, strafbar nach den §§ 223, 223a StGB in der bis zum 03.03.1998 gültigen Fassung (6. Gesetz zur Reform des Strafrechts - 6. StrRG -)

Anmerkung:

Mit dem rechtskräftig gewordenen Strafbefehl ist die strafrechtliche Aufarbeitung der unter dem Begriff „Oldenburger Baby“ bekannt gewordenen Spätabtreibung abgeschlossen. Die Verurteilung des Arztes macht – über den Einzelfall hinaus – deutlich, dass der Arzt auch für das Geschehen nach einer überlebten Spätabtreibung verantwortlich ist. Die rechtliche Bewertung des Geschehens allein als Körperverletzung ist allerdings fehlerhaft: in dem Verhalten des Arztes liegt zugleich und primär ein versuchter Totschlag durch Unterlassen.

1. Von einer Spätabtreibung spricht man, wenn die Schwangerschaft im Zeitpunkt ihres Abbruchs schon so weit fortgeschritten ist, dass das Kind außerhalb des Mutterleibes mit medizinischer (neonatologischer) Un-

terstützung bereits eine reale Überlebenschance hat. Die Medizin nimmt diesen Zeitpunkt überwiegend mit der 22. Schwangerschaftswoche an. Spätabtreibungen sind unter den Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB (medizinisch-soziale Indikation) nicht strafbar, nicht einmal rechtswidrig, sondern nach der – durchaus umstrittenen – gesetzlichen Regelung gerechtfertigt.

Die Spätabtreibung wird wie eine Frühgeburt durchgeführt. Allerdings wird, anders als bei Frühgeburten, deren Ziel es ist, ein lebendes Kind zur Welt zu bringen, keine Rücksicht auf die Gesundheit des Kindes genommen. Aus diesem Grunde, aber auch im Hinblick auf die noch nicht gegebene Geburtsreife verstirbt das Kind im allgemeinen vor oder während seiner vaginalen oder operativen Entwicklung und kommt als Totgeburt zur Welt. Die Zahl solcher Spätabtreibungen in Deutschland wird auf jährlich rund 800 geschätzt. Hiervon überleben etwa 100 Kinder, die meisten für kurze Zeit, einige auch dauerhaft. Kinder, die ihre Spätabtreibung überleben, werden in der Regel, vom Wickeln in Wärmetücher und gelegentlichem Absaugen der Atemwege abgesehen, zunächst unversorgt im Kreißaal abgelegt und liegengelassen. Dies kann seinen Grund darin haben, dass diese Kinder nach den Strapazen des vergeblichen Abtreibungsversuchs nicht weiterleben können oder aber, da als Totgeburt erwartet, nicht weiterleben sollen. Mit dem „Liegenlassen“ jedenfalls ist die Erwartung verbunden, der Tod werde alsbald eintreten, wie es zumeist auch geschieht.

Das „Oldenburger Baby“ gehört zu den Kindern, die nicht nur ihre Spätabtreibung, sondern auch ihr unversorgtes „Liegenlassen“ dauerhaft überlebt haben. Ob und wie sich der diensthabende Klinikarzt hierbei strafbar gemacht hat, hatte nun das Amtsgericht Oldenburg zu beurteilen.

2. Das Strafverfahren hat sich fast sieben Jahre hingezogen. Dies erklärt sich zum einen daraus, dass das Verfahren von der Staatsanwaltschaft zweimal, zunächst im Mai 1999 (NSStZ 1999, 461, m. Anm. Tröndle) und dann nochmals im Mai 2003 (ZfL 2003, 99) jeweils mit der Begründung eingestellt worden war, die Ermittlungen hätten keinen für die Erhebung einer Anklage (oder die Beantragung eines Strafbefehls) genügenden Tatverdacht ergeben (§ 170 Abs. 2 StPO). Beide Einstellungsverfügungen wurden im Beschwerdeverfahren aufgehoben. Zum anderen wurden im Zuge der wieder aufgenommenen Ermittlungen weitere medizinische Gutachten in Auftrag gegeben, was erhebliche Zeit in Anspruch nahm. Nach Eingang des zuletzt erstellten Gutachtens sah die Staatsanwaltschaft die Voraussetzungen für ein strafbares Verhalten des Arztes doch als gegeben an und erwirkte einen Strafbefehl. Dieser steht seit seiner Rechtskraft einem rechtskräftigen Strafurteil gleich (§ 410 StPO).

3. Der Strafbefehl legt dem Arzt eine Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung gemäß den §§ 223, 223a StGB a. F. zur Last. Angesichts der Tatzeit vom 6.7.1997 ist die bis zum 3.3.1998 geltende Fassung der Strafvorschriften zugrunde gelegt worden. Dies alles ist zutreffend, erschöpft aber den Sachverhalt aus dem Strafbefehl nicht. Dessen Überprüfung ergibt vielmehr, dass der Arzt – tateinheitlich mit der im Strafbefehl genannten Körperverletzung – wegen eines versuchten Totschlags durch Unterlassen hätte verurteilt werden müssen (§§ 212, 13, 22, 23, 49, 223, 223a a.F., 52 StGB). Die korrekte Verurteilung hätte die Verhängung einer Geldstrafe ausgeschlossen; wegen des unter höherer Strafandrohung stehenden Tötungsversuchs hätte eine Freiheitsstrafe verhängt werden müssen. Hierfür wäre allerdings nicht das Amtsgericht zuständig gewesen, sondern das übergeordnete Landgericht, dort die große Strafkammer als Schwurgericht (§ 74 Abs. 2 Ziff. 5 GVG).

Nachdem das Abtreibungsgeschehen mit der Lebendgeburt des Kindes abgeschlossen war, ist strafrechtlich zunächst ohne Belang, ob der Arzt einen Entschluss zur Tötung des Kindes gefasst hatte oder nicht. Denn der Arzt konnte – hiervon muss gemäß dem Rechtssatz „in dubio pro reo“ ausgegangen werden – unmittelbar nach der Geburt aufgrund der „schweren postnatalen Kreislaufdepression“ annehmen, das Kind werde ohnehin sterben, also auch bei Maßnahmen, die über Wickeln in Wärmetücher und Absaugen der Atemwege hinausgehen. Deshalb ist es strafrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Arzt, worauf Foth (JR 2004, 369) unter dem Stichwort „Früheuthanasie“ schon hingewiesen hat, es zunächst bei den angeordneten Maßnahmen (Wärmetücher und Absaugen) belassen und die weitere Entwicklung abgewartet hat. Dies hat sogar, wie es im Strafbefehl heißt, in Verbindung mit der abgesunkenen Körpertemperatur zum Überleben des Kindes in den ersten Stunden nach der Geburt beigetragen. Allerdings war dieser Umstand auch geeignet, das Leben des Kindes in Gefahr zu bringen. Deshalb hätte der Arzt spätestens nach zwei Stunden des Zuwartens, so der Strafbefehl weiter, einen „in der neonatologischen Intensivmedizin“ erfahrenen Kollegen zur weiteren Versorgung des Kindes hinzuziehen müssen. Dass sich der Zustand des Kindes in diesen zwei Stunden gebessert hatte und der Arzt gerade zu diesem Zeitpunkt annehmen musste, das Kind habe nunmehr – mit Hilfe eines neonatologischen Intensivmediziners – eine Überlebenschance, lässt sich dem Strafbefehl hingegen nicht, jedenfalls nicht eindeutig entnehmen. Damit kann – in dubio pro reo – auch für diesen Zeitpunkt (zwei Stunden nach der Geburt, also etwa 3.00 Uhr) nicht zwingend davon ausgegangen werden, der Arzt habe die Einschaltung eines Neonatologen unterlassen, um das mit der Spätabtreibung verfolgte Ziel doch noch zu erreichen.

4. Eine ganz andere Situation ergab sich für den Arzt aber um 6.00 Uhr. Denn jetzt trat, wie es im Strafbefehl heißt, eine spontane Erholung des Kindes ein, die sich auch fortsetzte. Diese um 6.00 Uhr zu erkennende Besserung im Zustand des Kindes musste dem Arzt Anzeichen dafür sein, dass das Kind nunmehr – anders als zuvor – doch eine Chance hatte, zu überleben. Spätestens jetzt also hätte der Arzt das Kind der Neonatologie übergeben müssen (so auch Foth, JR 2004, 369). Wenn der Arzt es aber auch jetzt noch unter dieser geänderten medizinischen Situation unterließ, einen Neonatologen hinzuzuziehen, dann nahm er jedenfalls ab diesem Zeitpunkt den möglicherweise abzuwendenden Tod des Kindes zumindest billigend in Kauf. Eine andere Deutung lässt sein Verhalten nicht zu. Spätestens zu diesem Zeitpunkt (vgl. Foth, a.a.O.) fasste der Arzt also den – zumindest bedingten – Vorsatz, das Kind durch ungenügende medizinische Versorgung dem Tode zu überantworten. Dies macht auch der lange Zeitraum von knapp vier (weiteren) Stunden deutlich, den der Arzt verstreichen ließ, bis er das Kind schließlich gegen 10.00 Uhr der neonatologischen Intensivstation der städtischen Kinderklinik zuführen ließ.

Auch Tröndle (NStZ 99, 464) hat schon darauf hingewiesen, dass der Arzt sich - zumindest bedingt vorsätzlich - des versuchten Totschlags durch Unterlassen schuldig gemacht haben könnte. Tröndle fragt, wie die Staatsanwaltschaft wohl ein gleichgelagertes Arztverhalten beurteilt hätte, wenn das frühgeborene Kind „zum Leben“ bestimmt gewesen wäre. Foth (JR 2004, 368) geht ebenfalls auf diese Fragestellung ein und verweist auf ein bereits 1998 eingeholtes Gutachten (erwähnt in StA Oldenburg, ZfL 2003, 100), in dem es heißt, dass dann, wenn das Kind hätte „überleben“ sollen, „ganz andere Wärmemaßnahmen“ angezeigt gewesen wären, wie z. B. „die rasche Aufnahme in einen Inkubator“. Eben dies ergibt sich auch aus dem Strafbefehl. Dort ist eindeutig festgehalten, dass die vom Arzt veranlassenen Maßnahmen (Wickeln in Wärmetücher und gelegentliches Absaugen der Atemwege) „unzureichend“ waren.

Für die Tötungsabsicht des Arztes gibt es zudem ein Tatmotiv: die Vermeidung einer eventuellen zivilrechtlichen Haftung. Diese wiederum folgt aus dem von der Rechtsprechung als rechtswirksam eingestuften Abtreibungsvertrag zwischen Arzt und Schwangerer. Erfüllt der Arzt den Vertrag, mit dem er den Tod des Kindes durch Abtreibung herbeiführen soll, nicht lege artis, so ist er nach der Rechtsprechung zum Schadensersatz verpflichtet. Dabei wird der – nicht unerhebliche – Schaden im anfallenden Kindesunterhalt gesehen (Kind als Schaden- Rechtsprechung; vgl. Weber, ZfL 2004, 74; Müller NJW 2003, 696). Tatsächlich ist aufgrund des Vorfalls die Erhebung einer Schadensersatzklage gegen die Klinik, an der der Arzt seinen Dienst versah, an-

gekündigt worden (vgl. Tröndle, NStZ 1999, 463). Über den Ausgang dieses Verfahrens ist allerdings nichts bekannt.

5. Dass der Arzt im Sinne des § 13 StGB eine rechtliche Verpflichtung hatte, für die Gesundheit des Kindes und damit für sein Überleben zu sorgen, nachdem es den Abtreibungseingriff überlebt hatte und sein weiteres Überleben – spätestens – ab 6.00 Uhr möglich erschien, steht außer Frage. Wer als Arzt eine Spätabtreibung vornimmt, die das Kind überlebt, wird dessen ärztlicher Garant. Damit schuldet der Arzt nach einer „missglückten“ Spätabtreibung dem Kind, zu dessen vorgeburtlicher Tötung er soeben noch vertraglich verpflichtet war, nunmehr Lebenshilfe oder wenigstens Leidhilfe, falls das Kind nicht überlebensfähig ist (vgl. Tröndle/Fischer, 52. Auflage 2004, Rn. 22 zu § 218a StGB).

Indem der Arzt es unterließ, das jedenfalls ab 6.00 Uhr möglicherweise überlebensfähige Kind der neonatologischen Versorgung zuzuführen, und so den Tod des Kindes zumindest in Kauf nahm, hat er sich des versuchten Totschlags durch Unterlassen schuldig gemacht. Dabei hat er, wie schon erwähnt, zugleich (tateinheitlich) die im Strafbefehl ausgewiesene und ebenfalls in Kauf genommene Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung zum Nachteil des Kindes begangen (vgl. Tröndle/Fischer, a.a.O., Rn. 12 zu § 212 StGB).

6. Ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch des Totschlags durch Unterlassen gemäß § 24 StGB scheidet aus, da es am Tatbestandsmerkmal der Freiwilligkeit fehlt. Nach vier Stunden verweigerter Lebenshilfe war das Kind, wie im Strafbefehl mitgeteilt, „bei stabilen Vitalfunktionen“. Das Kind hatte also überlebt, der Tötungsversuch war fehlgeschlagen. Auch hierauf hat Foth bereits hingewiesen (JR 2004, 369).

7. Die gesetzliche Regelung für Spätabtreibungen ist insgesamt verfehlt. Bei „missglückten“ Spätabtreibungen wird dies besonders deutlich, wie der Strafbefehl des Amtsgerichts Oldenburg zeigt. Dabei ist das „Oldenburger Baby“ kein Einzelfall. Mindestens ein Kind überlebte genauso wie das „Oldenburger Baby“ (vgl. StA Oldenburg, ZfL 2004, 100). Der Fall aus Oldenburg ist lediglich, soweit ersichtlich, bislang der einzige Fall, der strafrechtlich geahndet worden ist.

Um das „Überlebensrisiko“ einer Spätabtreibung und die damit verbundenen Konsequenzen (Garantenstellung, Haftungsrisiko) zu meiden, gehen Abtreibungsärzte mehr und mehr zum direkten Fetozid über. In diesen Fällen wird die Tötung des Kindes im Mutterleib noch vor Einleitung der Geburt herbeigeführt. Hierzu wurde früher die tödliche Kalium-Chlorid-Spritze von außen – ultraschallunterstützt – durch den Mutterleib

direkt ins Herz des Kindes gesetzt; heute wird die tödliche Substanz über die Nabelschnur dem Kind injiziert (Merkel, Nomos-Kommentar, Rn 111 zu § 218a StGB, Stand: 30.11.2003). Hierdurch wird indes keine einzige Spätabtreibung vermieden. Einzig und allein werden Spätabtreibungen dadurch „sicherer“; zugleich wird das damit verbundene Unrecht unsichtbarer.

Der Grundfehler liegt darin, dass der Gesetzgeber die Spätabtreibung unter den Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 StGB als rechtmäßig behandelt. Hinzu kommt, dass das BVerfG einer solchen Lösung in seinem zweiten Abtreibungsurteil (BVerfG NJW 1993, 1751 ff.) nicht entgegengetreten ist, obwohl es, wie schon in seinem ersten Abtreibungsurteil (BVerfG NJW 1975, 573 ff.) entschieden hat, dass auch der Embryo und zwar von Beginn seiner Entwicklung an Anteil an der Menschenwürde hat und deshalb unter dem Schutz des Grundgesetzes steht. Dies führt zu der nicht nachvollziehbaren Situation, dass eine vorgeburtliche Tötung bis zum Einsetzen der Geburtswehen straffrei möglich ist, während unmittelbar danach (bei der Schnittentbindung: ab der Eröffnung des Uterus, vgl. Tröndle/Fischer, a.a.O., Rn 2 vor § 211 StGB) die Tötung desselben Kindes als Mord oder zumindest als Totschlag strafbewehrtes Unrecht ist (hierzu BGH ZfL 2003, 83 (m. Anm. Wiebe) und LG Görlitz ZfL 2003, 87). Um diesen Widerspruch aufzuheben genügt es nicht, Spätabtreibungen unter strengere Zulässigkeitsvoraussetzungen zu stellen. Erforderlich ist vielmehr, jedwede (Früh- oder Spät-) Abtreibung von Rechts wegen zu ächten und jedes ungeborene Leben vom Beginn seines Entstehens an, auch unter Strafandrohung zu schützen. Denn die bisherigen Reformen (Indikationen, Beratungsregelung) vermochten mit ihrer strafrechtlichen Liberalisierung keinen Rückgang der Abtreibungen oder gar einen besseren Lebensschutz zu bewirken. Das seit einiger Zeit vertretene „abgestufte“ oder „wachsende“ Lebensrecht (vgl. Dreier ZRP 2002, 377; Beckmann ZRP 2003, 97; Hufen JZ 2004, 313) ist ebenfalls keine Lösung, auch wenn damit Spätabtreibungen zurückgedrängt werden könnten. Nicht zu übersehen ist aber, dass das „abgestufte Lebensrecht“ letztlich nur zu einem „abgestuften Tötungsrecht“ führt.

Früh- und Spätabtreibungen sind ethisch gleichermaßen verwerflich. Ganz gleich in welchem vor- oder nachgeburtlichen Entwicklungsstadium der Mensch sich befindet: er bewahrt seine Identität als Mensch. Widerspruchsfrei ist es daher nur, wenn der Mensch in jeder seiner Entwicklungsphasen den Schutz der Rechtsgemeinschaft erfährt. Dies ist letztlich eine Konsequenz aus der unantastbaren Würde des Menschen (Art. 1 GG).

Sterben in Würde

Rainer Beckmann/Mechthild Löhr/Julia Schätzle (Hg.)
Sterben in Würde. Beiträge zur Debatte über Sterbehilfe
 Sinus-Verlag GmbH, Krefeld 2004
 303 Seiten, 14,90 EUR

Geburt und Tod, Leben und Sterben gehören zusammen. So ist es nur folgerichtig, dass die Herausgeber des Buches: *Der Status des Embryos* (Beckmann/Löhr; Rezension ZfL 2003, 54), in dem sich Beiträge zum Beginn des menschlichen Lebens und den damit zusammenhängenden Fragen finden, jetzt ein weiteres Buch, zusammen mit Schätzle, herausgegeben haben, in dem es um das Ende des menschlichen Lebens geht. „Sterben in Würde“ enthält zum einen die Vorträge, die auf dem gleichnamigen Symposium vom 29. Januar 2004 in Berlin, veranstaltet von der CDL (Christdemokraten für das Leben e.V., Meschede) in Zusammenarbeit mit der Konrad-Adenauer-Stiftung, gehalten wurden. Zum anderen wurden die Vortragsaufsätze thematisch ergänzt durch einige weitere Beiträge.

So wie die Würde dem Menschen von Beginn seiner (frühesten) embryonalen Entwicklung (Befruchtung) an innewohnt, ohne dass sie gewährt oder genommen, wohl aber verletzt werden kann, erfordert dieselbe Menschenwürde auch ein unangetastetes Sterben, eben: ein Sterben in Würde. Was darunter im einzelnen zu verstehen ist, ist in der aktuellen Diskussion höchst umstritten. Um sich hierin zurecht zu finden, insbesondere um abschätzen zu können, welche Argumente der Menschenwürde dienen und welche sich der Menschenwürde lediglich bedienen, um letztlich andere Zwecke zu verfolgen, ist eine genaue und gründliche Befassung mit der Materie unerlässlich. Schon der Begriff „Sterbehilfe“ ist vieldeutig. Meint er Hilfe zur Herbeiführung des Todes, aus welchen Gründen auch immer, oder meint er eine Begleitung beim Sterben im Sinne einer helfenden Beistandsleistung? Die Thematik ist schwieriger und umfänglicher als gemeinhin angenommen wird. So ist zu begrüßen, dass die – sämtlich wissenschaftlich ausgewiesenen – Autoren der Buchbeiträge alle sorgfältig abwägen und argumentieren. Aus dem Blickwinkel verschiedener Disziplinen – Gesellschaft und Politik, Medizin und Arztethik, Philosophie und Theologie sowie Sozialethik und Recht – werden Fragen zur Euthanasie, zur Menschenwürde und Sterbehilfe in ihren unterschiedlichen Gestaltungen, zum Hospizdienst, zur Palliativmedizin wie auch zum Sinn und zur Wirksamkeit von Patientenverfügungen erörtert. Weiter wird der Frage nachgegangen, ob es überhaupt ein Recht auf einen selbstbestimmten Tod oder einen Anspruch auf Beihilfe zur Selbsttötung gibt.

Bei allen Erörterungen dringt durch, dass es beim Sterben nur um den Sterbenden und seinen natürlichen, weder von ihm selbst noch von Dritten herbeige-

fürten Tod gehen kann. Am Ende des Buches erfolgt ein Blick auf die Länder, in denen gesetzliche Regelungen zur Sterbehilfe im Sinne von vorzeitiger Beendigung des Lebens bereits bestehen (Niederlande und Belgien) oder besonders intensiv diskutiert werden (Schweiz). Zum besseren Verständnis schließlich findet der Leser im Anhang neben einigen gesetzlichen Vorschriften die aktuellen Verlautbarungen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung wie auch zum Umgang mit Patientenverfügungen und ein Glossar, das die erörterungsbedürftigen Fachbegriffe kurz und treffend erklärt.

Damit ist das Buch ein verlässlicher – und preiswerter – Wegweiser durch eine Debatte, in der verschiedentlich eine unwürdige Menschenbeseitigung mit einer vorgeblich aus der Menschenwürde abgeleiteten Sterbehilfe verwechselt wird. (kw)

Selbstbestimmung und Einwilligungsfähigkeit

Oliver Tolmein

Selbstbestimmungsrecht und Einwilligungsfähigkeit.

Der Abbruch der künstlichen Ernährung bei Patienten im vegetative state in rechtsvergleichender Sicht: Der Kemptener Fall und die Verfahren Cruzan und Bland
 Mabuse-Verlag, Frankfurt a. M. 2004

312 S., 32 EUR

In der aktuellen Debatte um Sterbehilfe und Patientenautonomie am Lebensende wird häufig betont, dass das Selbstbestimmungsrecht der Patienten gestärkt werden müsse. Diese Fixierung auf das Selbstbestimmungsrecht kann aber auch in die Irre führen. Gerade bei so gen. Wachkoma-Patienten greift dieser Ansatz zu kurz und kann fatale Konsequenzen haben.

Dies wird von Oliver Tolmein in seinem Buch „Selbstbestimmungsrecht und Einwilligungsfähigkeit“ aufgezeigt. Der Autor, bekannt durch seine journalistischen Beiträge u.a. für die FAZ, analysiert drei juristisch aufgearbeitete Fälle aus Deutschland, den USA und Großbritannien, die die Diskussion über die Zulässigkeit von „Sterbehilfe“ in Form des Abbruchs der künstlichen Ernährung maßgeblich geprägt haben und weiter prägen. Während in Deutschland seit der Entscheidung des so gen. „Kemptener Falles“ (BGHSt. 40, 257) die „mutmaßliche Einwilligung“ von größter Bedeutung ist, wird in den USA das Prinzip des „substituted judgement“ (Fall Cruzan) und in Großbritannien der „best-interest standard“ (Fall Bland) angewendet.

Das Buch von Tolmein ist in der anstehenden Debatte über den Gesetzentwurf des Bundesjustizministeriums zur Regelung von Patientenverfügungen von besonderer Bedeutung. Der Gesetzentwurf baut wesent-

lich auf der Annahme auf, dass sich ein „mutmaßlicher Wille“ des Patienten häufig und relativ einfach (nämlich durch den Bevollmächtigten allein oder durch Arzt und Betreuer) ermitteln lasse. Wie zweifelhaft in Theorie und Praxis die Entscheidung zum Kemptener Fall war, zeigt der Autor deutlich auf. Nicht nur die vom BGH aufgestellten Kriterien zur Ermittlung des „mutmaßlichen Willens“ seien unzureichend. Sie führten auch im konkreten Fall zu einem praktisch unzureichenden Ergebnis. So habe die 2. Strafkammer des LG Kempten nach dem Urteil des BGH aufgrund von einigen recht allgemein gehaltenen Zeugenaussagen eine „mutmaßliche Einwilligung“ in den Abbruch der künstlichen Ernährung „ermittelt“, obwohl weder nach entgegenstehenden Äußerungen gefragt worden war, noch eine kritische Gesamtwürdigung in Bezug auf die konkrete Entscheidungssituation erfolgt sei (S. 52 f.).

Tolmein lehnt im Ergebnis auch das Prinzip des amerikanischen „substituted judgement“ und den britischen „best interest standard“ zur Lösung des Problems des Behandlungsabbruchs bei Wachkoma-Patienten ab. Stattdessen favorisiert er – mit nachvollziehbaren Erwägungen – einen „bedürfnisorientierten Standard“, der verhindern soll, dass einerseits nicht entscheidungsfähigen

Patienten ein „mutmaßlicher Wille“ quasi „untergeschoben“ wird und andererseits auch nicht nur noch als Objekt fremder Entscheidungen wahrgenommen werden. Inwieweit sich eine solche „Bedürfnisorientierung“ rechtlich handhabbar formulieren und gesetzlich verankern lässt, steht auf einem anderen Blatt. Letztlich würde sie wohl zu einem nicht unerheblichen Ermessensspielraum in der Praxis führen, der auch eine wirksame prozedurale Absicherung erfordert.

Dem Autor schwebt insoweit eine an das Abtreibungsstrafrecht angelehnte Lösung vor, wonach die passive Sterbehilfe „nach Einhalten des dafür vorgesehenen, de lege ferenda ... zu regelnden betreuungsrechtlichen Verfahrens“ gerechtfertigt sein solle. Eine parallele Regelung sei „angesichts des vergleichbaren hohen Rechtsgutes und der ebenfalls vergleichbar hohen Schutzbedürftigkeit von dessen Trägern angemessen“ (S. 291 f.). Dieser Vorschlag kann – vorsichtig ausgedrückt – nur als wenig durchdacht bezeichnet werden. Wenn der Schutz schwer kranker und sterbender Menschen auf dem gleichen Niveau stattfinden soll, wie der Schutz ungeborener Kinder, dann werden sich nicht die Bedürfnisse der Patienten, sondern die Interessen der Angehörigen und der Krankenkassen rücksichtslos durchsetzen. (be)

umschau

Überlegungen zur Spätabtreibung

In der **Juristischen Rundschau 2004, 367**, greift **Dr. Eberhard Foth, Richter am BGH a.D.**, die in NStZ 1999, 462 (mit Anm. Tröndle) und in ZfL 2003, 99 veröffentlichten Verfügungen der Staatsanwaltschaft Oldenburg auf, mit denen das Ermittlungsverfahren im Fall des „Oldenburger Babys“ gemäß § 170 II StPO eingestellt worden war. Das Kind Tim hatte nicht nur die in der 26. Schwangerschaftswoche durchgeführte (Spät-)Abtreibung überlebt, sondern auch die anschließende Nichtversorgung durch den verantwortlichen Gynäkologen – vom Ablegen in gewärmte Tücher und Freimachen der Atemwege abgesehen. Der Zustand des Kindes hatte sich langsam und zunächst nur geringfügig gebessert. Nach etwa fünf Stunden konnte von einer offensichtlichen Lebensunfähigkeit jedenfalls nicht mehr ausgegangen werden. Erst als das Kind nach rund neun Stunden immer noch lebte, wurde es der neonatologischen Abteilung des Krankenhauses übergeben. Inzwischen ist Tim sieben Jahre alt und lebt bei einer Pflegefamilie. Der Autor nimmt das Geschehen und die in den Einstellungsbescheiden geäußerte Auffassung der Staatsanwaltschaft, das Verhalten des Arztes sei nicht strafbar, zum Anlass, mit „**Überlegungen zur Spätabtreibung**“ die Einstellung des Ermittlungsverfahrens zu beanstanden und zugleich den „heillosen Zustand unseres Abtrei-

bungsrechts und unserer Abtreibungswirklichkeit“ aufzuzeigen.

Zunächst legt Foth im einzelnen dar, dass der von der Staatsanwaltschaft in ihren Einstellungsverfügungen mitgeteilte Sachverhalt eine versuchte Tötung beinhalte. Überlebe ein Kind seine (Spät-)Abtreibung, so sei der Arzt, wenn das Kind eine Überlebenschance habe, verpflichtet, eine intensiv-neonatologische Versorgung des Kindes in die Wege zu leiten. Dies habe der Arzt hier unterlassen. Zudem stehe in einem der medizinischen Gutachten, die von der Staatsanwaltschaft angefordert worden waren, dass dann, wenn das Kind hätte „überleben sollen“, ganz andere (nämlich weitaus effektivere) als die hier veranlassten Maßnahmen nötig gewesen wären. Damit hätte Anklage wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen erhoben werden müssen. Warum die Staatsanwaltschaft stattdessen das Verfahren eingestellt habe, sei unklar. Ein strafbefreiender Rücktritt liege nicht vor, denn der Tötungsversuch sei, als das Kind der Neonatologie übergeben wurde, bereits fehlgeschlagen gewesen. Auch eine sogenannte „Frühheutanasie“ scheide aus, weil sich schon Stunden vor der Einschaltung der Neonatologie gezeigt habe, dass das Kind überleben könne.

Sodann wendet sich der Autor kritisch der Rechtsprechung des BVerfG zu. Das Gericht habe die Ursache für den nicht nachvollziehbaren Rechtszustand und seine

Folgen gesetzt. Einerseits habe das BVerfG entschieden, dass der Mensch sich als Mensch entwickle und ihm daher auch als Embryo Menschenwürde zukomme. Dann aber hätte das BVerfG andererseits unter keinerlei Voraussetzungen zulassen dürfen, dass der Embryo in den ersten zwölf Wochen zur freien Disposition seiner – ergebnisoffen beratenen – Mutter stehen und, wenn auch als rechtswidrig missbilligt, abgetrieben werden könne. Da der Staat für die gesetzlich geregelte Schwangerschaftskonfliktberatung die „volle Verantwortung“ trage, nehme er auch selbst an diesen rechtswidrigen Tötungen teil. Ebenso wenig sei zu verstehen sei das Zutrauen, das das BVerfG den – letztlich auf dem Kriterium der Unzumutbarkeit beruhenden - Indikationen entgegenbringe. Die wenig griffigen Tatbestandsvoraussetzungen böten in Verbindung mit der Feststellung nach „ärztlicher Erkenntnis“ wenig Gewähr für eine „einigermaßen einheitliche und richtige Handhabung“ der Indikationen. Trotzdem könne der Arzt, der unmittelbar vor der Geburt ein Kind – rechtmäßig - töte, auch noch ein besseres Gewissen haben als derjenige, der diese Abtreibung z. B. in der fünften Woche - rechtswidrig, aber nach Beratung – durchführe. Überdies werde die Zahl der Spätabtreibungen (ab der 23. Woche) von derzeit bis zu 800 im Jahr eher noch steigen. Die Pränataldiagnostik verbessere sich ebenso wie die Möglichkeit, Frühgeborene am Leben zu erhalten. Damit spitze sich das Problem der Spätabtreibungen weiter zu und bedürfe der erneuten Erörterung und Regelung.

Bleibt nur aus dem aktuellen Tagesgeschehen zu ergänzen: Genau hierauf konnten sich die Fraktionen des Bundestages Anfang November 2004 nicht verständigen. Ein Antrag der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, gewisse Einschränkungen in Bezug auf Spätabtreibungen einzuführen, wurde im Bundestag von den Koalitionsfraktionen vehement kritisiert und – mit der sicheren Aussicht auf spätere Ablehnung – in die Ausschüsse verwiesen. Dabei sollte das Abtreibungsrecht als solches gar nicht geändert werden (vgl. BT-Drs. 15/3948; Plenarprot. 15/138, S. 12610 ff.). (kw)

Hinweis der Redaktion: Zu der inzwischen nach erneuter Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgten Verurteilung des Arztes s. AG Oldenburg, ZfL 2004, S. 117 (in diesem Heft).

Selbstbestimmung am Lebensende

Der Beschluss des BGH vom 17.3.2003 (ZfL 2003, 50) bleibt in der Diskussion. Es geht um die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Betreuer das Vormundschaftsgericht einschalten muss, um für seinen Betreuten die Beendigung einer lebenserhaltenden oder -verlängernden Maßnahme zu erreichen. Nicht nur Juristen, auch Mediziner befassen sich hiermit. So diskutie-

ren *Strätling* u.a. die Entscheidung im Hinblick auf deren mittelbare Folgen (Medizinrecht 2004, 433 mit vielen Nachweisen) und zeigen in einer interdisziplinären Analyse den nun zu erwartenden weiteren Diskussions- und Regelungsbedarf auf, nachdem sie den Beschluss zuvor schon, etwas anders gelagert, unter dem Titel: Entscheidungen am Lebensende in Deutschland (Medizinethische Materialien des Zentrums für medizinische Ethik, Heft 144, Bochum) erörtert hatten.

Durch den in Wiesbaden tätigen Arzt **Dr. med. Stephan Sahn** wird die Rechtsprechung des BGH nunmehr in: **Ethik in der Medizin, Heft 2/2004, S. 133 ff.** einer kritischen Würdigung unterzogen. *Sahn* überschreibt seine Ausführungen mit „**Selbstbestimmung am Lebensende im Spannungsfeld zwischen Medizin, Ethik und Recht**“ und legt das Schwergewicht auf das der Entscheidung zugrundeliegende Krankheitsbild und eine medizinethische Analyse. Mit Bezug auf ein umfangreiches Literaturverzeichnis, das *Sahn* seiner Abhandlung beigelegt hat, geht er zugleich auf das unterschiedliche Echo ein, das die BGH-Entscheidung in der juristischen und medizinischen Literatur gefunden hat. Er beanstandet insbesondere, dass der BGH sich zur Einordnung des im Streitfall gegebenen Krankheitsbildes auf die medizinisch überholten Grundsätze der Bundesärztekammer (BÄK) zur Sterbebegleitung von 1993 gestützt habe, anstatt insoweit die neueren, im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Grundsätze der BÄK von 1998 (NJW 1998, 3406) heranzuziehen (zwischenzeitlich sind die Grundsätze der BÄK zur Sterbebegleitung nochmals neu gefasst worden, s. ZfL 2004, 57). Dies habe zur Folge, dass der BGH das seinem Fall zugrundeliegende Wachkoma medizinisch unzutreffend als eine irreversibel tödliche Erkrankung angesehen habe. Die gleiche Fehleinschätzung sei auch *Strätling* u.a. (s.o.) unterlaufen.

Zudem sei es ein Widerspruch, wenn der BGH für den einwilligungsunfähigen Patienten einerseits entschieden habe, dass lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen unterbleiben müssen, wenn dies dem zuvor geäußerten Willen des Patienten entspreche, andererseits aber die Behandlungsführung oder deren Beendigung von medizinischen Voraussetzungen abhängig mache, nämlich von einem irreversiblen Grundleiden mit tödlichem Verlauf. Dies bedeute, dass objektive medizinische Voraussetzungen gegeben sein müssen, wenn von einem Stellvertreter (Betreuer) die Unterlassung oder Beendigung lebensverlängernder oder -erhaltender Maßnahmen gefordert werde. Dadurch wiederum würden die Patientenautonomie und die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen eingeschränkt, was der BGH an sich nicht gewollt habe. Aus diesem Grunde bedürfe die Entscheidung des BGH, so sind die Ausführungen von *Sahn* zusammenzufassen, in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht einer Korrektur. (kw)

Herbert Tröndle 85 Jahre

Am 24. August konnte Professor Dr. Herbert Tröndle, Mitgründer, zwanzig Jahre lang stellvertretender Vorsitzender und inzwischen Ehrevorsitzender der Juristen-Vereinigung Lebensrecht, seinen 85. Geburtstag feiern – im Kreis seiner Großfamilie und seiner engsten Freunde. Bei der ganz privaten Feier blieb es allerdings auch diesmal nicht. Das Landgericht Waldshut erinnerte sich zwanzig Jahre nach dessen Eintritt in den Ruhestand seines früheren Präsidenten, um ihm im Rahmen eines kleinen Festaktes zu gratulieren. Diese ganz unübliche Geste zeigt, welche Wertschätzung der Jubilar an seiner ehemaligen Wirkungsstätte noch immer genießt.

Das hohe Ansehen Herbert Tröndles reicht freilich über seine persönliche und zuletzt auch berufliche Heimat weit hinaus. Anlässlich seiner runden Geburtstage wurde dies besonders deutlich. Zum Siebzigsten wurde ihm eine umfängliche Festschrift gewidmet, in deren Autorenliste führende Repräsentanten der Strafrechtswissenschaft und anderer Disziplinen zu finden sind. Zum Achtzigsten war erneut ein großer Kreis namhafter Gratulanten aus Wissenschaft, Justiz, Anwaltschaft und Politik um ihn versammelt. Im Verlag C. H. Beck erschien zu diesem Anlass eine vom früheren Präsidenten des Bundesgerichtshofs Walter Odersky unter dem Titel „Antworten auf Grundfragen“ herausgegebene Auswahl wissenschaftlicher Beiträge zu den verschiedensten Themen, die Tröndle während dreier Jahrzehnte veröffentlicht hatte. Im Vorwort bemerkt der Herausgeber treffend: „Die wissenschaftlichen Veröffentlichungen weisen Herbert Tröndle als einen unermüdlichen, hervorragenden Juristen aus, voller Einfälle und mit der Gabe einer glänzenden, ausdrucksstarken Darstellungskraft. Mehr als einmal kann man an seinen farbigen, nicht selten humorvollen, ebenso oft auch ironischen und kräftig zupackenden Formulierungen sein intellektuelles Vergnügen haben.“

Das Hauptwerk des Jubilars ist der gebräuchlichste und deshalb auch auflagenstärkste Kommentar zum Strafgesetzbuch und seinen Nebengesetzen, den er 1978 als „Dreher/Tröndle“ übernommen und bis zur 49. Auflage 1999 des „Tröndle/Fischer“ in 12 Auflagen, fast 20 Jahre lang alleinverantwortlich, bearbeitet hat. Nur wer eine ungefähre Vorstellung hat von der Fülle ständig neuer einschlägiger Publikationen, gerichtlicher Entscheidungen und Gesetzesänderungen vermag annähernd zu ermessen, welch immenses Arbeitspensum sich der Autor mit diesem Erläuterungswerk bis ins achtzigste Lebensjahr zugemutet hat. So ausführlich und gründlich wie sonst nirgendwo sind darin die Abtreibungsparagrafen kommentiert. Zu dem, was Tröndle hier und in zahlreichen anderen Beiträgen zur Abtreibungsproblematik geschrieben hat, bemerkte der bekannte Strafrechtler Karl Lackner, selbst Herausgeber

eines StGB-Kommentars: „Seiner immer wieder mit großem Einsatz vorgetragenen Überzeugung, dass das geltende Recht keine reale Chance biete, den Schutz der Ungeborenen signifikant zu verbessern, und dass es durch schwere innere Widersprüche belastet sei, wird niemand ernstlich widersprechen können“ (NJW 1999, 2488). Diese Überzeugung teilen vielmehr sogar Autoren wie Norbert Hoerster und Reinhard Merkel, obgleich sie dem menschlichen Embryo die Menschenwürde und das Lebensrecht nicht zuerkennen und der Position Tröndles insoweit schon im Ansatz nicht folgen.

Herbert Tröndle hat sich wiederholt auch mit anderen Fragen des Lebensschutzes auseinander gesetzt, mit dem Embryonenschutz, der Sterbehilfe oder dem Hirntod als Voraussetzung einer Organentnahme. Hauptthema war und ist für ihn jedoch das vom Bundesverfassungsgericht 1993 prinzipiell gebilligte und später Gesetz gewordene „Beratungsschutzkonzept“. Hiergegen artikulierte er mehrfach grundsätzliche Einwände. Besonders gegen die Mitwirkung kirchlicher Beratungsstellen im staatlichen System erhob er frühzeitig und wiederholt schwerwiegende Bedenken. Hätten sich die deutschen Bischöfe – mit Ausnahme von Erzbischof Dyba – seinen Argumenten nicht verschlossen, wäre ihnen die lange Auseinandersetzung mit Rom erspart geblieben.

Mit gesunder Empörung reagierte der Jubilar auf das Verhalten von Ärzten und Staatsanwaltschaft im „Oldenburger Fall“. Der kleine Tim kam in einer Oldenburger Klinik bei einer Spätabtreibung in der 26. Schwangerschaftswoche lebend zur Welt und wurde anschließend, lediglich in gewärmte Tücher gewickelt, 9 Stunden lang unversorgt liegen gelassen. Die Staatsanwaltschaft Oldenburg fand an dem Verhalten der verantwortlichen Ärzte nichts Strafbares und verfügte die Einstellung des Verfahrens. In einer hierzu veröffentlichten Anmerkung kritisierte Tröndle diese Entscheidung als „evident fehlerhaft“ (NSStZ 1999, 462). Aufgrund des Gewichts seiner Argumente musste die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen wieder aufnehmen. Nach erneuter Verfahrenseinstellung kam es aufgrund einer Dienstaufsichtsbeschwerde letztlich zur inzwischen rechtskräftigen Verurteilung des verantwortlichen Arztes durch einen rechtskräftigen Strafbefehl wegen gefährlicher Körperverletzung.

Gerade am Beispiel dieses Falles bewies Herbert Tröndle einmal mehr die ihm von Berufenen zugeschriebenen Charakterzüge: Starkmut, Standfestigkeit, Entschiedenheit und Geradlinigkeit. Für die Mitglieder der Juristen-Vereinigung Lebensrecht und alle um den Rechtsschutz der ungeborenen Kinder besorgten Menschen ist und bleibt er stets ein leuchtendes Vorbild.

Bernward Büchner, Vorsitzender der JVL

UN-Klonkonvention erneut gescheitert

New York. Die Bemühungen um eine internationale Klonverbots-Konvention der Vereinten Nationen sind erneut gescheitert. Der Rechtsausschuss der Vereinten Nationen hatte sich Mitte November nur darauf einigen können, der Generalversammlung eine völkerrechtlich nicht bindende Deklaration gegen das Klonen zur Abstimmung vorzulegen. Darin sollen die Länder aufgefordert werden, das Klonen zu unterbinden.

Ursprünglich hatte der Rechtsausschuss der Vollversammlung eine Konvention vorlegen wollen. Die USA und mehr als 60 weitere Staaten, wollten darin ein umfassendes Klonverbot festschreiben, das auch das Klonen zu Forschungszwecken eingeschlossen hätte. Ein entsprechender Entwurf war von Costa Rica eingereicht worden, konnte jedoch unter den 191 Staaten die erforderliche Zwei-Drittel-Mehrheit nicht erreichen. Nicht durchsetzen konnten sich allerdings auch die Befürworter einer Konvention, die zwar das reproduktive Klonen untersagt, jedoch das Klonen zu Forschungszwecken ermöglicht hätte. Der von Belgien eingebrachte Entwurf, der von rund 30 Staaten darunter Großbritannien, China und Singapur, scheiterte ebenfalls an der Zwei-Drittel-Mehrheit.

Die USA drängen nun darauf, dass der Text der Deklaration zum Verbot des Klonens „menschlichen Lebens“ aufruft. Dagegen verlangt die Gruppe um Belgien, dass im Text nur vom Verbot des Klonens „menschlicher Wesen“ gesprochen wird. Die Verhandlungen über die endgültige Formulierung sollen im Februar 2005 fortgesetzt werden. Einig sind sich die Staaten darüber, dass die Erklärung dazu aufrufen soll, dass bei der Forschung „die menschliche Würde unter allen Umständen respektiert“ wird.

Unterdessen hat die Staatsministerin im Auswärtigen Amt Kerstin Müller (Bündnis 90/ Die Grünen) das Scheitern einer internationalen Klonkonvention bedauert: „Der derzeitige Entwurf bleibt hinter unserem Ziel zurück, eine weltweite Verbotskonvention zu erarbeiten.“ Die Staatsministerin betonte, in den bevorstehenden Beratungen der Arbeitsgruppe werde sich die Bundesregierung dafür einsetzen, die Forderung nach einer weltweiten Konvention zum Verbot des Klonens in der Erklärung zu verankern. Im vergangenen Jahr war die Verabschiedung einer Klonverbots-Konvention an der Stimme Deutschlands gescheitert.

USA: Fördermittel künftig für Pro-Life-Gesundheitsdienstleister

Washington. In den USA haben sich Repräsentantenhaus und Senat darauf geeinigt, künftig öffentliche Mittel auch an solche Dienstleister im Gesundheitswesen zu bewilligen, die sich weigern, an Abtreibungen mitzuwirken. Das berichtete die „New York Times“ in einem ausführlichen Beitrag auf der Titelseite. Bisher habe es eine solche Klausel nur für Ärzte gegeben, jetzt solle dieses Weigerungsrecht auch auf andere Institutionen wie etwa Krankenhäuser und Krankenversicherungen ausgedehnt werden. Ein Sprecher des „National Right to Life Committees“, Douglas Johnson, habe erklärt, die jetzige Entscheidung sei die Antwort auf eine inszenierte Kampagne von Abtreibungsbefürwortern, die Dienstleistungsunternehmen im Gesundheitswesen per Regierungsbeschluss zwingen wollten, an Abtreibungen teilzunehmen.

Irin will vor EuGH „Recht auf Abtreibung“ einklagen

Dublin. Eine Irin will vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg das so genannte Recht auf Abtreibung einkla-

gen. Laut der österreichischen Tageszeitung „Der Standard“ hat die Frau Klage gegen die Republik Irland eingereicht, da es ihrer Auffassung nach eine Verletzung der Menschenrechte sei, dass in Irland vorgeburtliche Kindstötungen nur bei Lebensgefahr oder Selbstmordgefahr der Mutter erlaubt sind. Wie „Der Standard“ weiter berichtet, war die „D“ genannte Frau mit Zwillingen schwanger, von denen eines bereits im Mutterleib starb und das andere behindert war. Für die Abtreibung sei sie nach Großbritannien gefahren. In ihrer Klage beruft sich „D“ der Zeitung zufolge auf Artikel 3 und 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Artikel 3 schreibt vor, dass „niemand der Folter der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden darf“. Artikel 8 besagt, dass jede Person „das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens“ durch die Behörden hat.

Österreich: Abtreibung künftig auch in Landeskliniken

Salzburg. In Salzburg sollen ab Anfang 2005 Abtreibungen auch in den Landeskliniken vorgenommen werden dürfen. Die SPÖ-Landeshauptfrau Gabi Burgstaller erklärte Ende November, ein entsprechendes Konzept der Landeskliniken läge bereits vor. Wer allerdings die Abtreibungen durchführen sollte, teilte sie noch nicht mit. Konkrete Pläne sollen jedoch bis Ende des Jahres vorgestellt werden. „Wir haben intern schon festgelegt, mit wem wir kooperieren wollen“, wird Burgstaller in den Medien zitiert. „Mir ist wichtig, dass bei den Abtreibungen auch eine entsprechende Schulung stattfindet. Ich will einfach, dass die Frauen keinem Risiko ausgesetzt sind. Wir wollen von den besten Erfahrungen aus den anderen Bundesländern lernen.“

Vorausgegangen war ein monatelanger Streit, nachdem sich die ÖVP, Koalitionspartner der SPÖ in Salzburg, gegen den Plan Burgstallers

trends

ausgesprochen hatte. Landeshauptmann-Stellvertreter Wilfried Haslauer (ÖVP) hatte sogar mit dem Ende der Koalition gedroht. Bisher hat sich der ÖVP-Politiker zu Burgstallers Ankündigung noch nicht geäußert.

Versicherer machen Front gegen Gendiagnostikgesetz

Berlin. Die privaten Versicherer wollen Gentests zur Einschätzung ihrer Kunden weiter nutzen können und deshalb das geplante Gendiagnostikgesetz verhindern. Wie Achim Regenauer vom Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) erklärte, sprächen sich die Versicherungsgesellschaften „eindeutig gegen ein gesetzliches Verbot aus.“ Künftig sei vielleicht die Veranlagung für Volkskrankheiten wie Diabetes, Infarkt oder Schlaganfall zu testen. Solche Tests seien relevant für die Risikoprüfung, die vor Abschluss einer Police fällig ist. Gerade Menschen mit Gesundheitsrisiken würden mit diesem Wissen Versicherungen abschließen. „Dann gerät die Prämie unter Druck. Wir bekommen ein extremes Problem, wenn wir mögliche Tests für Volkskrankheiten nicht nutzen könnten“, sagte Regenauer der „Financial Times Deutschland“.

Wie die Zeitung weiter berichtet, wird das Gendiagnostikgesetz nach einem Entwurf aus dem Gesundheitsministerium zurzeit im Bundestag erarbeitet. Es soll festlegen, welche Krankheiten Gegenstand von Gentests sein dürfen und wer die Ergebnisse der Tests erfahren darf.

Dagegen hat die Bundesärztekammer (BÄK) betont, der Gesetzgeber dürfe es nicht zulassen, dass Kranken- und Lebensversicherungen den Anspruch erheben, Gentest-Ergebnisse ihrer Kunden zu erhalten. Der Präsident der Bundesärztekammer, Jörg-Dietrich Hoppe, sagte in Berlin, „eine anders geartete Regelung hätte zwangsläufig zur Folge, dass aus

Angst vor versicherungsrechtlichen Nachteilen diese wichtige Diagnostik unterbliebe.

Forschungspreis: Steuergelder für Dolly-Schöpfer

Frankfurt. Ian Wilmut, Schöpfer des Klon-Schafs „Dolly“, erhält den mit 100.000 Euro dotierten Paul-Ehrlich und Ludwig Darmstaedter-Preis 2005. Wie die Paul-Ehrlich-Stiftung mitgeteilt, werde der britische Wissenschaftler für seine „bahnbrechenden Experimente“ ausgezeichnet, die zum ersten Klonen eines Säugetiers geführt hätten. „Diese wissenschaftlichen Versuche haben die Visionen in der Embryologie grundlegend verändert“. Die Geburt von „Dolly“ habe neue Fragen aufgeworfen, die besonders für die Krebsforschung interessant seien. Wie die Zeitungen weiter berichten, wird der international renommierte Preis am 14. März in der Frankfurter Paulskirche übergeben. Das Preisgeld stammt je zur Hälfte aus Spenden von Unternehmen und vom Bundesgesundheitsministerium.

Wilmut, wurde berühmt, als er 1997 das geklonte Schaf „Dolly“ vorstellte. Im September 2004 hat der Forscher eine Lizenz zum Klonen menschlicher Embryonen beantragt. Zugleich versicherte er, er wolle die geklonten Embryonen nach sechs Tagen wieder töten.

Unterdessen hat der Stellvertretende Vorsitzende der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ Hubert Hüppe (CDU), die Ankündigung der Stiftung heftig kritisiert. In Berlin erklärte er, die Entscheidung der Paul-Ehrlich-Stiftung sei ein „unverständlicher Affront“. Sie ehre mit Wilmut jemanden, dessen Klonexperimente mit Embryonen in Deutschland strafbare Handlungen wären. „Die Herstellung menschlicher Embryonen durch Klonen ist, so die Beschlusslage des Deutschen Bundestages, mit der Menschenwürde unvereinbar.“ Besonders scharf verurteilte Hüppe, dass die Hälfte des Wilmut zugedachten Preisgeldes von

100.000 Euro aus dem Bundesgesundheitsministerium kommt. „Damit bezuschusst der deutsche Steuerzahler das Klonen und die Vernichtung menschlicher Embryonen zu Forschungszwecken.“ Hüppe forderte die Bundesregierung auf, „sich einer der Rechtslage und der demokratisch legitimierten Haltung der deutschen Parlamente diametral entgegen gesetzten Preisverleihung“ zu widersetzen.

Biopatentrichtlinie: SPD und Grüne mit Zypries einig

Berlin. Bundesjustizministerin Brigitte Zypries (SPD) und die Regierungsfractionen haben sich auf Einschränkungen bei der Patentierung von menschlichen Genen geeinigt und damit die letzten Hindernisse für eine Verabschiedung des Biopatentgesetzes beseitigt. Mitte November erklärten die stellvertretenden Fraktionsvorsitzenden Hans-Joachim Hacker (SPD) und Reinhard Loske (Bündnis 90/Die Grünen), gegenüber dem ursprünglichen Gesetzentwurf sei eine Einschränkung des Stoffpatents bei menschlichen Genen vereinbart worden. Belohnt würden in Zukunft über das Patentrecht nur solche Neuerungen im Bereich der Biotechnologie, die echte Erfindungen darstellten.

Wie die „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ berichtet, bedeutet die Einigung, dass Patente, die sich auf menschliche Gene beziehen, in Zukunft auf eine konkrete Verwendung eingeschränkt seien. Sie dürften sich also nicht auf eine unbekannte Nutzung beziehen. Darüber hinaus werde auch klargestellt, dass menschliche Ei- und Samenzellen nicht patentierbar seien. In einem das Gesetz begleitenden Entschliessungsantrag würden die Koalitionsfractionen die Bundesregierung auffordern, sich in Brüssel für die Verbesserung und Präzisierung der Biopatent-Richtlinie einzusetzen.