

- Christian Seiler* Die Bedeutung des Schutzes von Ehe und Familie für den Lebensschutz, S. 34
- Reinhard Merkel* Grundrechtsschutz für den menschlichen Embryo?, S. 38
- Christian Hillgruber* Grundrechtsschutz für den menschlichen Embryo?,
Christoph Goos S. 43
- Rainer Beckmann* Patientenverfügungen zwischen Autonomie und Fürsorge, S. 49

Editorial

33 Auf schleichenden Sohlen

Thema*Prof. Dr. Christian Seiler, Erfurt*

34 Die Bedeutung des Schutzes von Ehe und Familie für den Lebensschutz

Prof. Dr. Reinhard Merkel, Hamburg

38 Grundrechtsschutz für den menschlichen Embryo?

*Prof. Dr. Christian Hillgruber**Wiss. Ass. Christoph Goos, Bonn*

43 Grundrechtsschutz für den menschlichen Embryo?

RiAG Rainer Beckmann, Würzburg

49 Patientenverfügungen – zwischen Autonomie und Fürsorge

Beitrag*VRiaVG a. D. Bernward Büchner, Freiburg*

56 Ethische Wanderdünen

Judikatur

58 BGH: Zur Heimtücke bei besinnungslosen Patienten

61 OLG München: Keine Haftung für den Unterhaltschaden bei pränatal nicht diagnostiziertem Fehlen eines Unterarms

Umschau

64 Suizidhilfe

Aus der JVL

64 Wiedergewählt

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 RedaktionWeißdornweg 1
97084 Würzburg
eMail: zfl@juristen-vereinigung-lebensrecht.de
Telefon: 09 31 / 35 99 490**Herausgeber**Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.
Postfach 50 13 30, D-50973 Köln
Telefon: 0221/13 44 78
Telefax: 0221/2 22 59 57www.juristen-vereinigung-lebensrecht.de
eMail: info@juristen-vereinigung-lebensrecht.de**Vorstand der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.**

Bernward Büchner, Vors. Richter am VG 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.

IBAN-Code: DE 38 3708 0040 0476 9600 00

BIC: DRESDEFF370

Bestellungen an den Herausgeber erbeten.

Hinweis

Die ZfL ist urheberrechtlich geschützt. Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Ansicht des Herausgebers wieder.

Die Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. ist interdisziplinär und nur dem Recht verpflichtet. Sie ist als gemeinnützig anerkannt.

Leserbriefe und Manuskripte ...

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

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

Herausgeberbeirat

Prof. Dr. iur. Gunnar Duttge, Göttingen
Prof. Dr. med. Hermann Hepp, München
Prof. Dr. iur. Christian Hillgruber, Bonn
Prof. Dr. iur. Eike von Hippel, Hamburg
Prof. Dr. phil. Rupert Hofmann, Regensburg
Prof. Dr. iur. Winfried Kluth, Halle
Prof. Dr. iur. Karl Lackner, Heidelberg
Prof. Dr. iur. Winrich Langer, Marburg
Prof. Dr. iur. Joseph Listl, Bonn

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Harro Otto, Bayreuth
Prof. Dr. med. Johannes Pechstein, Mainz
Prof. Dr. theol. Anton Rauscher, Augsburg
Prof. Dr. iur. Wolfgang Rüfner, Köln
Prof. Dr. phil. Manfred Spieker, Osnabrück
Prof. Dr. iur. Herbert Tröndle, Waldshut-Tiengen
Prof. Dr. iur. Dr. h. c. Wolfgang Waldstein, Salzburg
Prof. Dr. iur. Ralph Weber, Rostock
Prof. Dr. phil. Paul-Ludwig Weinacht, Würzburg
Prof. Dr. med. Hans-Bernhard Wuermeling, Erlangen

Auf schleichenden Sohlen

Die Entscheidung zur Verschiebung des Stichtags für die Verwendung und Einfuhr embryonaler Stammzellen ist ein Alarmsignal (s. *Büchner*, S. 56). Auch wenn immer wieder versichert wurde, dass damit der Grundsatz des Embryonenschutzes nicht aufgegeben werden solle, sind Angriffe auf das Embryonenschutzgesetz geradezu vorprogrammiert. Die Fortpflanzungsmediziner haben hierzu Vorschläge in der Schublade und werden versuchen, ihre Interessen zur Geltung zu bringen. Wo sich etwas „Bewegung“ zeigt, lässt sich vielleicht noch mehr „Bewegung“ in Gang setzen. Die dem Embryonenschutzgesetz zugrunde liegenden ethischen Überzeugungen stehen jedenfalls – ob beabsichtigt oder nicht – auf dem Prüfstand. Deshalb verdient die Grundsatzfrage nach dem Rechtsstatus des menschlichen Embryos weiterhin intensiver Erörterung (s. die Beiträge von *Merkel* und *Hillgruber*, S. 38 u. 43) – auch wenn vermeintlich schon alles hierzu gesagt ist.

Als nächstes Thema des Lebensschutzes, mit dem sich die Politik befassen wird, steht die gesetzliche Regelung von Patientenverfügungen an. Direkte Eingriffe in das *Recht* auf Leben sind in diesem Zusammenhang nicht zu erwarten, aber der *Schutz* des Lebens ist auf jeden Fall tangiert. Ob es dem Bundestag gelingt, die rechte Balance zwischen der Achtung der Patientenautonomie und der notwendigen Fürsorge zu wahren, ist ungewiss. Ein wesentlicher Unterschied zu anderen Lebensschutzthemen ist, dass es primär um freiwillige Entscheidungen der Betroffenen geht. Wer in diesem Zusammenhang mit einem schlichten „*volenti non fit iniuria*“ argumentiert, übersieht die Bedingtheit individueller Entscheidungen. Niemand lebt auf einer Insel und jedes soziale Geflecht hat seine Wirkungen – im Positiven wie im Negativen. Daher müssen die vorgegebenen gesellschaftlichen Umstände und die möglichen sozialen Auswirkungen des Gesetzesvorhabens unbedingt berücksichtigt werden (s. *Beckmann*, S. 49).

Ein Beispiel, wie aus der Summe individueller Entscheidungen ein gefährliches gesellschaftliches Klima entstehen kann, bietet die Pränataldiagnostik. Niemand ist wirklich verpflichtet, die PND wahrzunehmen, und niemand wird gezwungen, bei „auffälligem Befund“ eine Abtreibung vorzunehmen. Trotzdem sind die Überlebenschancen behinderter ungeborener Kinder sehr gering. Die individuell ermöglichte „Entscheidung gegen das Kind“ hat Wirkungen auf die gesamtgesellschaftliche Einstellung. Nicht selten bekommen Eltern behinderter Neugeborener zu hören, dass „so etwas“ heutzutage doch nicht mehr nötig sei. Da erscheint es geradezu als Lichtblick, wenn ein Gericht zu erkennen gibt, dass nicht jede Behinderung die Annahme einer „medizinischen Indikation“ gem. § 218 a Abs. 2 StGB rechtfertigt (s. *OLG München*, S. 61). Doch bei längerem Nachdenken fällt auf diesen „Lichtblick“ ein großer Schatten: Wenn bei einem ansonsten gesunden Kind das Fehlen eines Unterarms die Annahme einer „medizinischen Indikation“ nicht rechtfertigt, wie wäre dann z. B. das Fehlen beider Arme oder eine zusätzliche Behinderung intellektueller Art zu beurteilen? Wäre dann eine „medizinische Indikation“ zur Tötung des ungeborenen Kindes gegeben? Welches Menschenbild steckt eigentlich hinter einer solchen gesetzlichen Regelung? Offenbar gibt es doch so etwas wie „lebenswertes“ und „lebensunwertes“ Leben.

Die „Kultur des Todes“ bricht nicht wie ein tosender Sturm oder ein plötzliches Unwetter auf uns herein. Sie kommt auf schleichenden Sohlen daher.

Rainer Beckmann

Prof. Dr. Christian Seiler, Erfurt

Die Bedeutung des Schutzes von Ehe und Familie für den Lebensschutz¹

Das Grundgesetz verpflichtet den Staat, das ungeborene Leben von Beginn an wirksam zu schützen. Dieser Verfassungsauftrag wurzelt in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG und findet seine Entfaltung in der staatlichen Schutzpflicht für Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 GG.² Der Schutz von Ehe und Familie gemäß Art. 6 GG³ ist dagegen nicht unmittelbar einschlägig, weil die Ehe als grundsätzlich unauflösbare Gemeinschaft von Mann und Frau⁴ tatbestandlich auch ohne Kinder auskommt und weil die Familie als auf soziale Verbundenheit gegründete Lebensgemeinschaft von Eltern und Kindern⁵ das Vorhandensein bereits geborener Kinder voraussetzt, ohne dass die sie schützende Verfassungsgarantie Geburt und Leben dieser Kinder, also ihre Existenz als solche regeln könnte. Gleichwohl lassen sich gewisse mittelbare Bezüge zwischen beiden Themenkreisen feststellen, die die Frage veranlassen, inwiefern der Schutz von Ehe und Familie letztlich auch zum Schutz des ungeborenen Lebens beitragen kann. Aus diesem Grund gilt es – erstens – die Ausgangsbedingungen des derzeit geltenden verfassungs- und einfachrechtlichen Schutzkonzepts zugunsten des ungeborenen Kindes in Erinnerung zu rufen, um hiernach – zweitens – den Charakter der ehelichen und familiären Solidargemeinschaften als Ort und Anknüpfungspunkt des Lebensschutzes zu betrachten, bevor abschließend – drittens – die Eignung einzelner ehe- und familienbezogener staatlicher Maßnahmen zu ebendiesem Zweck untersucht werden soll.

I. Das kombinierte Schutzkonzept: normative Maßstäbe und praktische Hilfen

Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes (Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und das Selbstbestimmungsrecht der werdenden Mutter (Art. 2 Abs. 1 GG) stehen regelmäßig nicht in einem Gegensatz, können aber im Fall einer ungewollten Schwangerschaft auch in einen dann unauflösbaren Widerstreit geraten. In einer solchen tatsächlichen oder jedenfalls gefühlten Konfliktsituation genießt das Fundamentalrecht auf Leben als unteilbarer Wert und faktische Bedingung aller anderen Rechte prinzipiellen Vorrang.⁶ Dieser klare und nicht differenzierungs-offene Rechtsmaßstab begegnet indes der praktischen Schwierigkeit, dass juristische Ge- und Verbote auf diesem Gebiet häufig nicht befolgt werden und dass die an sie anknüpfenden Sanktionen ebenso oft ins Leere greifen. Sie scheitern schon an der typischerweise fehlenden Kenntnis des Staates von der zu schützenden Schwangerschaft⁷ und lassen sich jeden-

falls in Zeiten offener Grenzen und großer Mobilität einfach umgehen. Das Ordnungsrecht verfehlt mithin seinen Zweck in nicht geringem Umfang und verlangt daher nach einer Ergänzung durch alternative, insbesondere kooperative Ansätze. Diese müssen neben einem klaren Bekenntnis zum Wert des Lebens zugleich der Erkenntnis Rechnung tragen, dass sich ein effektiver Lebensschutz kaum gegen, eher schon Hand in Hand mit der Mutter und – oft übersehen – möglichst auch mit dem Vater erreichen lässt.⁸ Neben die Sanktion, unter gewissen Umständen sogar an ihre Stelle sollte deshalb ein System effektiver Hilfen treten, die der betroffenen Frau „goldene Brücken“ bauen und nach Möglichkeit auch ihren Partner gewinnen wollen. Eine derart erweiterte Sichtweise berücksichtigt zudem, dass das zwangsläufig als indisponible Mutterpflicht⁹ wirkende Kindesrecht gleichzeitig eine besondere Schutzbedürftigkeit der schwangeren Frau auslöst. Für einen Ausschnitt der sich unmittelbar hieraus ergebenden Folgen gewährt Art. 6 Abs. 4 GG ihr einen Rechtsanspruch auf Schutz und Fürsorge nicht allein des Staates, sondern der ganzen staatlich verfassten Gemeinschaft.¹⁰ Aber auch darüber hinaus sollte eine Rechtsordnung, die den einen Grundrechtsträger zum Wohle eines anderen in Anspruch nimmt, darauf achten, ihn nicht mit

- 1 Vortrag gehalten am 2.5.2008 in Köln vor der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. - Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.
- 2 Grundlegend hierzu BVerfGE 39, 1 (36 ff.) (Schwangerschaftsabbruch); bestätigt und entfaltet durch BVerfGE 88, 203 (251 ff.) (Schwangerschaftsabbruch).
- 3 Grundlegend zu Art. 6 GG BVerfGE 6, 55 (71 ff.) (Haushaltsbesteuerung); zum Folgenden siehe auch *Christian Seiler*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008.
- 4 Zum Ehebegriff BVerfGE 10, 59 (66) (elterliche Gewalt); E 49, 286 (300) (Transsexuelle); E 53, 224 (245) (Ehescheidung); E 105, 313 (342 ff.) (Lebenspartnerschaft).
- 5 Dieser engere Familienbegriff entspricht dem für die meisten Fragestellungen maßgeblichen Zugang des Grundgesetzes; BVerfGE 10, 59 (66) (elterliche Gewalt); E 18, 97 (105 f.) (Haushaltsbesteuerung); E 24, 119 (135) (Adoption); E 48, 327 (339) (Familiennamen); E 59, 52 (63) (Jugendwohlfahrt); E 80, 81 (90) (Erwachsenenadoption). Für bestimmte Rechtsfragen ist daneben ein weiterer Familienbegriff zu wählen, der auch sonstige verwandtschaftliche Beziehungen (etwa unter Geschwistern, zwischen Erwachsenen und ihren hilfebedürftigen Eltern sowie im Verhältnis von Großeltern zu ihren Enkeln) einbezieht; vgl. BVerfGE 59, 52 (63) (Jugendwohlfahrt).
- 6 BVerfGE 39, 1 (36 ff.) (Schwangerschaftsabbruch); E 88, 203 (251 ff.) (Schwangerschaftsabbruch).
- 7 BVerfGE 88, 203 (263) (Schwangerschaftsabbruch): „Der Staat sieht sich vor die Aufgabe gestellt, Leben zu schützen, von dessen Vorhandensein er nichts weiß.“
- 8 Vgl. BVerfGE 88, 203 (265 ff.) (Schwangerschaftsabbruch).
- 9 BVerfGE 88, 203 (253) (Schwangerschaftsabbruch): Rechtspflicht der Mutter, das Kind auszutragen.
- 10 Vgl. BVerfGE 88, 203 (258 f.) (Schwangerschaftsabbruch).

den hieraus folgenden Lasten allein zu lassen. Dem Kindesrecht auch zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen, heißt nach alledem, zwei sich nicht immer spannungsfrei ergänzende Ziele gleichzeitig anzustreben, nämlich sowohl den Vorrang des Lebens unmissverständlich klarzustellen als auch faktische Konflikte widerstreitender Interessen abzumildern.

Vor diesem Hintergrund entfaltet das derzeit geltende Recht den Schutz des ungeborenen Lebens in einem zweistufigen Konzept, dessen genaue Gestalt zwar nicht als grundgesetzlich zwingend angesehen werden kann, das aber doch insgesamt den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts¹¹ entsprechen dürfte. Auf einer ersten Stufe erklärt § 218 StGB Schwangerschaftsabbrüche für grundsätzlich rechtswidrig. Das Strafgesetz normiert also ein prinzipielles Unrechtsurteil und ein zugehöriges Unterlassungsgebot, nicht zuletzt um auf diese Weise das Bewusstsein für den hohen Wert des Lebens und die besondere Verantwortung nicht allein, aber doch vor allem der werdenden Mutter aufrechtzuerhalten. Das Wissen um die an dieser Stelle nur begrenzte Leistungsfähigkeit des Rechts¹² hat den Gesetzgeber jedoch veranlasst, die damit an sich gegebene Strafbarkeit auf der zweiten Stufe ein Stück weit zugunsten einer eher präventiven Lösung zurückzunehmen. Kernbestandteil dieser gesetzlichen Konzeption ist eine Beratungspflicht, genauer eine Obliegenheit vorheriger Beratung¹³, deren Befolgung zwar keinen Schwangerschaftsabbruch rechtfertigt, aber doch zur Folge hat, dass der Tatbestand des Strafgesetzes gemäß § 218a Abs. 1 StGB als nicht erfüllt gilt.¹⁴ Der Gesetzgeber dürfte hierdurch aber keinesfalls über den Lebensschutz als Normzweck, sondern ausschließlich über die zweckdienlichen Mittel disponieren, mit deren Hilfe er einen im Ergebnis wirksamen¹⁵ Schutz des ungeborenen Lebens zu erzielen hat. § 219 Abs. 1 S. 2 StGB verpflichtet die geforderte Beratung demgemäß auf das Bemühen, „die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen“.¹⁶ Der Verzicht auf strafrechtliche Sanktionen erweist sich somit als Teil eines ergebnisorientierten Gesamtkonzepts, dessen Einzelelemente nur im Zusammenwirken beurteilt werden dürfen. Bewertungsmaßstab ist die (legislativ zu beobachtende) Wirksamkeit des insgesamt erreichten Lebensschutzes. Folgerichtig wird auch das Vorhandensein entsprechender „Perspektiven für ein Leben mit dem Kind“ zur systemtragenden Bedingung des ganzen Schutzkonzepts. Die Selbstbeschränkung des Rechts ist demnach nur dann vollständig, wenn sie gleichzeitig als Selbstverpflichtung des Staates verstanden wird, die entstandene normative Schutzlücke anderweitig zu schließen oder jedenfalls zu verkürzen. Diese Verknüpfung erzeugt eine Verfassungspflicht des Staates, möglichst effektive Hilfen für die Betroffenen bereitzustellen. Hieraus kann zwar keine Verpflichtung zu bestimmten Einzelmaßnahmen ab-

geleitet werden, erst recht kein einklagbarer Anspruch werdender Eltern auf konkrete Leistungen. Ein strukturelles Fehlen solcher Hilfsangebote würde jedoch umgekehrt den ausschlaggebenden Unterschied zur eindeutig grundgesetzwidrigen Fristenlösung aufheben¹⁷ und so die Verfassungsmäßigkeit des ganzen Schutzkonzepts in Zweifel ziehen.

II. Ehe und Familie als Faktoren eines effektiven Lebensschutzes

Die beiden je eigenständigen, aber sich ergänzenden¹⁸ Verfassungsgüter „Ehe“ und „Familie“ weisen mittelbare Bezüge zum Schutz des ungeborenen Lebens auf, vor allem soweit dieser auf staatliche Zwangsmaßnahmen verzichtet und stattdessen im Wege einer Kooperation speziell mit der Mutter, aber auch mit dem Vater angestrebt wird, soweit also die Beteiligten der erst zu gründenden Familie zwar noch nicht in ihrer familiären Verbundenheit, jedoch immerhin als parallel Betroffene angesprochen werden. Insofern treten der Lebensschutz nach Art. 2 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und der (spätere) besondere Schutz von Ehe und Familie gemäß Art. 6 Abs. 1 GG in ein sinnvolles Ergänzungsverhältnis.¹⁹ Vervollständigt wird es durch das Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG, das auf eine Überwindung typischer Nachteile von Frauen abzielt und damit auch die Bedingungen und Folgen der Mutterschaft einbezieht. Im Einzelnen können Ehe und Familie in zweierlei Hinsicht zum Schutz des ungebore-

11 BVerfGE 88, 203 (251 ff.) (Schwangerschaftsabbruch).

12 Vgl. BVerfGE 88, 203 (263) (Schwangerschaftsabbruch): Die Erfahrungen mit allen bisherigen strafrechtlichen Regelungen seien „wenig ermutigend“.

13 Einzelheiten dieser „Schwangerschaftskonfliktberatung“ regeln §§ 5 ff. des Gesetzes zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz).

14 Der Gesetzgeber darf zwar auf die tatbestandliche Strafandrohung als solche verzichten, nicht aber Schwangerschaftsabbrüche für gerechtfertigt (das heißt rechtmäßig) erklären; BVerfGE 88, 203 (273 ff.) (Schwangerschaftsabbruch).

15 Zur Wirksamkeit als Kernelement eines in seinen Mitteln flexiblen Lebensschutzes BVerfGE 88, 203 (254, 261 ff., 309) (Schwangerschaftsabbruch).

16 Wortlautgleich bereits BVerfGE 88, 203 (282) (Schwangerschaftsabbruch).

17 Vgl. BVerfGE 88, 203 (262) (Schwangerschaftsabbruch).

18 BVerfGE 76, 1 (51) (Familiennachzug); E 99, 145 (156) (gegenläufige Kindesentführungen): Die Ehe sei „alleinige Grundlage einer vollständigen Familien-gemeinschaft und als solche Voraussetzung für die bestmögliche körperliche, geistige und seelische Entwicklung von Kindern“. Vgl. auch jüngst BVerfG NJW 2007, S. 1343 (1344) (Kostenübernahme für künstliche Befruchtung nur bei Ehegatten): Der Gesetzgeber darf „in typisierender Betrachtung die Ehe wegen ihres besonderen rechtlichen Rahmens als eine Lebensbasis für ein Kind ansehen, die den Kindeswohlbelangen mehr Rechnung trägt als eine nichteheliche Partnerschaft“. Ausführlicher zum Fragenkreis *Friederike Gräfin Nesselrode*, Das Spannungsverhältnis zwischen Ehe und Familie in Artikel 6 des Grundgesetzes, 2007.

19 Zum Zusammenhang von Lebensschutz, Schutz von Ehe und Familie und (hierzu sogleich) faktischer Gleichstellung BVerfGE 88, 203 (260) (Schwangerschaftsabbruch).

nen Lebens beitragen, indem sie entweder allgemein vorbeugend das Entstehen schwangerschaftsbedingter Konfliktlagen vermeiden helfen oder konkret therapierend Anknüpfungspunkt für eine wirkungsvolle Abhilfe im Sinne des geltenden Schutzkonzepts sein können. Zunächst ist der generell präventive Effekt innerfamiliärer Solidarität hervorzuheben, der allerdings in weitem Umfang außerhalb der Reichweite staatlichen Handelns bleibt. Ob und in welchem Maße eine ungewollte Schwangerschaft von der werdenden Mutter als reale Konfliktsituation empfunden wird, hängt nicht zuletzt von ihrer sozialen Einbindung in stabile und funktionierende Netzwerke ab. In den Mittelpunkt rücken an dieser Stelle die natürlichen Verantwortungsgemeinschaften Ehe und Familie als Orte gelebter Solidarität. Eheleute und enge Verwandte stehen sich im Normalfall wechselseitig bei und unterstützen einander in Alltagsbelangen ebenso wie in außerordentlichen Notfällen. Sie schaffen dadurch jenen verlässlichen und nachhaltigen Rückhalt, der die bevorstehenden Herausforderungen einer Elternschaft bewältigen hilft und dadurch schon im Vorfeld Ängste abbauen kann. Auch wenn die bedauerlich hohe Zahl von Abtreibungen verheirateter Mütter, die bereits Kinder haben, diesen Umstand nicht unerheblich relativiert, benennt das je unterschiedliche Maß an innerer Stabilität von Ehe und Familie doch einen von mehreren Faktoren, die gemeinsam darüber entscheiden, ob es überhaupt zu einer als Konfliktsituation empfundenen Problemlage kommt. Die Gründung von Ehen und Familien zu erleichtern und ihren inneren Zusammenhalt zu stärken, dient deshalb mittelbar, ohne dass man diese Wirkungszusammenhänge im Einzelfall genau belegen oder gar messen könnte, auch als allgemeine Vorsorge gegen Schwangerschaftsabbrüche. Namentlich die Familie bietet sich sodann auch als geeigneter Ansatzpunkt spezifischer Hilfsmaßnahmen zum Schutz des ungeborenen Lebens an. Denn die Mutter und möglichst auch den Vater zum Leben mit Kind, das heißt zur Gründung oder Erweiterung einer Familie zu ermutigen und ihnen die entsprechenden Perspektiven für ihre Zukunft zu eröffnen, verlangt in erster Linie, die tatsächlichen Folgelasten der familiären Verantwortung durch subsidiäre Hilfsangebote abzumildern, vor allem soweit Grund zur Sorge besteht, dass manche Menschen sich durch sie überfordert fühlen könnten. Als Antwort nicht nur, aber doch auch hierauf sollte der Staat generell darauf bedacht sein, auf eine kinderfreundliche Gesellschaft hinzuwirken und die Lebensbedingungen von Familien zu verbessern. Hilfestellungen aller Art, die es werdenden Eltern und insbesondere künftigen Müttern einfacher erscheinen lassen, die Verantwortung für das Kind zu übernehmen, die ökonomischen Folgen zu tragen und die eigene Ausbildung oder Berufstätigkeit fortzusetzen, bilden letztlich die praktisch wirksamsten Maßnahmen zum Schutz des ungeborenen Lebens. Das allgemeine Fördergebot aus

Art. 6 Abs. 1 GG²⁰, das den Familien materielle wie immaterielle Unterstützung verspricht, ohne ihre genaue Art und ihr konkretes Maß vorzugeben, und das in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG verbürgte Benachteiligungsverbot²¹, nach dem Familien nicht schlechter gestellt werden dürfen als Kinderlose, verbinden sich auf diese Weise mit dem Verfassungsgebot, das ungeborene Leben nicht nur normativ, sondern auch faktisch effektiv zu schützen.

III. Ansätze einer das ungeborene Leben schützenden Förderung von Ehe und Familie

Der zugleich mehrdimensionale wie mittelbare Charakter der Schutzwirkung ehe- und familienfreundlicher Maßnahmen zugunsten des ungeborenen Lebens erschwert die politische Auswahl konkreter Schutz- und Förderinstrumente. Einerseits lassen die Vielfalt der Lebenslagen und auch Lebensentwürfe der Betroffenen je verschiedene tatsächliche Hindernisse als ausschlaggebend erscheinen, fordern also ein Bündel unterschiedlicher Einzelantworten. Andererseits verhindert die fehlende Messbarkeit der genauen Auswirkungen bloßer Vorfeldmaßnahmen eine aussagekräftige Erfolgskontrolle. Die Familienpolitik kann das Kriterium des Lebensschutzes daher kaum sinnvoll zum selbständigen Ausgangspunkt ihrer Überlegungen nehmen. Stattdessen empfiehlt sich an dieser Stelle eine umgekehrte gedankliche Herangehensweise. Gefragt werden sollte zunächst allgemein, welche Hilfen junge Eltern heute benötigen, erst hiernach, inwiefern diese Maßnahmen zusätzlich dazu geeignet sind, speziell mögliche Ängste vor einer ungeplanten Elternschaft abzubauen. Die hiernach wünschenswerten, allerdings zu weiten Teilen verfassungsrechtlich nicht zwingenden Schritte hin zu einem künftig besseren Schutz der Ehe und vor allem der Familie lassen sich drei Themenkreisen zuordnen, der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, der monetären Situation von Familien und dem weiten Feld praktischer Lebenshilfen.

1. Vereinbarkeit von Familie und Beruf

Zum einen lassen sich Familie und Beruf noch immer nicht einfach vereinbaren.²² Gleiches gilt auch, vielleicht sogar in noch stärkerem Umfang für das Verhältnis von Elternschaft und vorberuflicher Ausbildung. Jeweils entstehen zeitliche Konkurrenzen, die die Ent-

20 Grundlegend BVerfGE 6, 55 (76) (Haushaltsbesteuerung); seither ständige Rspr.

21 Siehe BVerfGE 12, 151 (163) (Lastenausgleich); E 13, 290 (299) (Ehegatten-Arbeitsverhältnisse); E 28, 324 (346 f.) (Heiratsklausel); E 43, 108 (118 ff.) (Kinderfreibetrag); E 76, 1 (72 f.) (Familiennachzug); E 82, 60 (80 f., 86 ff.) (Familienleistungsausgleich); E 87, 1 (35 ff.) (Trümmerfrauen); E 99, 216 (232 f.) (Betreuungsbedarf); E 103, 242 (263 ff.) (Pflegeversicherung).

22 Hierzu BVerfGE 88, 203 (260 f.) (Schwangerschaftsabbruch); beständig BVerfGE 99, 216 (234) (Betreuungsbedarf).

scheidung für das Kind zum teils tatsächlichen, teils auch nur gefühlten Karrierehindernis werden lassen und die deshalb auch um des Lebensschutzes willen in beide Richtungen aufgelöst werden sollten. Auf der einen Seite müssen werdende Eltern auf hinreichende Freiräume für Arbeit oder Ausbildung vertrauen können. Gerade dieser Zusammenhang von Lebensschutz und Berufswelt bildet ein wichtiges, womöglich sogar das stärkste Argument für einen am tatsächlichen Bedarf ausgerichteten (nicht flächendeckenden) Ausbau des öffentlichen Kinderbetreuungsangebotes.²³ Auf der anderen Seite ist es mindestens ebenso bedeutsam, Arbeitgebern, Ausbildern und Hochschullehrern mehr Verständnis für die besonderen Herausforderungen einer Familiengründung abzuverlangen, um auf diese Weise überfordernde Kontinuitäts-, Flexibilitäts- und Mobilitätsforderungen der Wirtschaft abzubauen und eine gelegentlich gedankenlose Ausgestaltung des Lehrbetriebes verbessern zu können. Zum Teil wird dies durch Änderungen im Arbeitsrecht und den Studienordnungen gelingen, zum noch größeren Teil aber ein freiwilliges Umdenken der Verantwortlichen erfordern, das der Staat allenfalls durch informelle Maßnahmen anregen kann. Neben tatsächlichen Veränderungen ist bei alledem zugleich auf eine bessere Information der Betroffenen zu achten, die auf die zwar noch ungenügenden, aber doch auch durchaus schon vorhandenen Möglichkeiten hinweist, familiäre Verantwortung mit Beruf oder Ausbildung zu vereinbaren, um so übertriebene Sorgen insoweit noch unerfahrener werdender Eltern vorbeugend abzubauen zu können.

2. Finanzielle Familienhilfen

Zum zweiten dürften die monetären Rahmenbedingungen familiärer Verantwortung mit ausschlaggebend für den Mut sein, sich dieser Aufgabe zu stellen. Gegenwärtig führen kinderbedingter Mindererwerb und Mehraufwand zu erheblichen Wohlstandseinbußen von Eltern, die durch staatliche Hilfen nicht annähernd aufgefangen werden. Bei Hinzutreten weiterer Umstände kann die Geburt eines Kindes sogar zum Armutsrisiko werden, etwa wenn die Eltern noch sehr jung sind, falls sie nicht in gesicherten Verhältnissen leben oder sofern die Mutter ohne die Unterstützung des Vaters auskommen muss. Aber auch hiervon nicht betroffene Angehörige der gesellschaftlichen Mittelschicht können der Gefahr eines immerhin relativen sozialen Abstiegs begegnen, namentlich sofern sie bereits mehrere Kinder haben und der Schritt zur Großfamilie sie zu erheblichen Zusatzaufwendungen beispielsweise für eine neue Wohnung veranlassen würde.

Begrenzte Abhilfe hiergegen kann neben verbesserten Erwerbsmöglichkeiten für Eltern vor allem das staatliche Transfersystem schaffen.²⁴ Ohne den Eltern dabei alle ökonomischen Lasten abnehmen zu können oder zu müssen, sollte der Staat doch vor allem den finanzi-

ell schwächeren Familien in der für sie oft schwierigen ersten Lebensphase des Kindes helfen. Das hierfür vorrangig in Betracht kommende Instrument, das Elterngeld²⁶, eignet sich indes kaum für diese Aufgabe. Denn als je nach Höhe des letzten Einkommens berechnete Lohnersatzleistung übergeht es strukturell das bei Fürsorgemaßnahmen sachgerechte Differenzierungskriterium der Bedürftigkeit, das gerade für den präventiven Lebensschutz von besonderer Bedeutung sein dürfte. Abgesehen von der gleichheitsrechtlichen Problematik einer bevorzugenden Vergabe von Sozialleistungen an Besserverdiener hat die Einführung des Elterngeldes die Schwangerschaftskonfliktberatung und ihren in § 219 Abs. 1 S. 2 StGB formulierten Auftrag, der betroffenen Frau „Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen“, im Vergleich zum für bedürftige Familien großzügigeren früheren Erziehungsgeld deshalb eher erschwert als vereinfacht. Dieser Befund wird nicht durch die zutreffende Erkenntnis entkräftet, dass auch die mit dem Elterngeld angesprochene Mittelschicht finanzieller Entlastung bedarf. Bei Familien der gesellschaftlichen Mitte dürfte der Bezug monetärer Maßnahmen zum Lebensschutz in der Regel erst mit höherer Geburtenzahl einsetzen. Bei kinderreichen Familien hat jedoch nicht selten ein erziehender Elternteil ohnehin bereits auf ein Einkommen verzichtet, so dass diese Eltern durch eine Lohnersatzleistung nur noch bedingt erreicht werden können. Zu erwägen ist für diese gesellschaftliche Gruppe vielmehr ein dem Gemeinschaftscharakter von Familie Rechnung tragendes einkommensteuerrechtliches Familiensplitting (unter Einschluss der Ehegattenveranlagung)²⁷, das die Mehrzahl der Familien spürbar entlasten würde. Vorrangiger Normzweck einer solchen Familienbesteuerung bliebe indes die Steuergerechtigkeit, die nur um die Nebenwirkung ergänzt würde, gelegentlich auch mittelbar zum Schutze des ungeborenen Lebens beitragen zu können. Aus Gründen der Gerechtigkeit noch nachdrücklicher einzufordern, wegen der nur langfristigen Wirkungsweise aber womöglich kaum ausschlaggebend für den Lebensschutz bleibt sodann eine grundlegende Reform des irreführend „Generationenvertrag“ genannten Umlageverfahrens der gesetzlichen Renten- und Pflegever-

23 Zur Bedeutung speziell von Kinderbetreuungsangeboten für den Lebensschutz BVerfGE 97, 332 (347) (Kindergartengebühren); vgl. auch *Christian Seiler*, Verfassungsfragen zur staatlichen Unterstützung der elterlichen Erziehung, in: Essener Gespräche, 2008 (erscheint demnächst).

24 Siehe zum Folgenden auch *Christian Seiler*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 71 ff.

25 Vgl. BVerfGE 40, 121 (132) (Waisenrente); E 43, 108 (121) (Kinderfreibetrag); E 82, 60 (81) (Familienleistungsausgleich); E 87, 1 (34) (Trümmerfrauen).

26 Hierzu *Christian Seiler*, NVwZ 2007, S. 129 ff.

27 Hierzu *Christian Seiler*, Besteuerung von Einkommen – Aufgaben, Wirkungen und europäische Herausforderungen, Gutachten F für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. 31 ff.

sicherung.²⁸ Ein Vorsorgesystem, in dem man Ansprüche allein durch monetäre Beiträge erwirbt, im Alter dann aber von den Kindern anderer Leute ernährt wird, lässt Kinderlasten und -nutzen zum Vorteil der Kinderlosen auseinanderfallen und senkt so das Eigeninteresse, Kinder in die Welt zu setzen. Ein gerechteres Rentensystem könnte daher durchaus zu einer Erhöhung der Geburtenrate beitragen. Ob sich jedoch gerade jene jungen Frauen, die ihre Schwangerschaft als aktuelle, das heißt sie heute bedrängende Konfliktsituation empfinden, von derart vorausschauenden Erwägungen leiten lassen, darf bezweifelt werden.

3. Praktische Hilfen

Zum dritten benötigen werdende ebenso wie gewordene Eltern praktische Hilfen verschiedener Art, die oft auch immaterieller und informeller Natur sein können. Eine besondere Bedeutung erlangen insofern bedarfsgerechte Beratungsangebote. Diese sollten sich nicht auf die engere Schwangerschaftskonfliktberatung im Vorfeld einer Geburt beschränken, sondern deren Gegenstand und Umfang in sachlicher wie zeitlicher Hinsicht erweitern. Unter anderem kann es im Fall einer gestörten Elternbeziehung, die nicht selten zum Anlass eines Schwangerschaftsabbruchs werden kann, zum Schutz des Kindes sinnvoll sein, die Konfliktberatung mit einer Ehe- oder Partnerschaftsberatung zu vernetzen. Auch empfiehlt es sich, verunsicherten Eltern eine längerfristige Begleitung in Aussicht zu stellen, um ihnen von vornherein das beruhigende Gefühl zu vermitteln, im weiteren Verlauf der Kindheit nicht allein gelassen zu werden. Ein gutes Beispiel für informelle Maßnahmen bieten ferner sogenannte Familienhebammen, deren Primäranliegen zwar darin liegt, Gefahren für neugeborene Kinder frühzeitig zu erkennen, die damit aber auch Eltern in schwierigen Lebenslagen ein niederschwelliges, Berührungssängste vermeidendes Angebot machen, das zu kennen womöglich schon auf die vorausgehende Phase der Schwangerschaft ausstrahlen kann. Schließlich sollte sich der Staat, auch wenn dies nur bedingt in seiner Macht steht, doch zumindest bemühen, die Eigenkräfte von Familien zu stärken, also versuchen, den ehelichen und familiären Zusammenhalt zu festigen und die Familien zur Selbsthilfe wie zur gemeinschaftlichen Beteiligung am gesellschaftlichen Leben zu aktivieren, um auf diese Weise zum Aufbau jener sozialen Netzwerke beizutragen, deren innere Solidarität Konfliktsituationen vorbeugend vermeiden helfen kann. Diesem Zweck können insbesondere verschiedenartige Maßnahmen der Familienbildung und Familienhilfe (einschließlich der Hilfsangebote im Sinne von § 16 SGB VIII) dienen.

Mit alledem ist jedoch der vielleicht wichtigste Schritt hin zu einer gesamtgesellschaftlichen Stärkung von Ehe und Familie, die wiederum mittelbar auf den Schutz des

ungeborenen Lebens zurückwirken dürfte, noch nicht angesprochen. Es geht darum, das Thema Familie künftig wieder positiv zu besetzen. Wir müssen uns von einer Diskussion befreien, die Kinder ausschließlich negativ behaftet als Erwerbshindernis und Armutrisiko versteht und die auf diese Weise mehr Angst als Mut macht. Auch sollten wir übermäßig skandalorientierten Darstellungen in den Medien entgegentreten, die gelegentlich den Eindruck vermitteln, heutige Eltern seien ihrer Erziehungsaufgabe durchgängig nicht mehr gewachsen. Stattdessen müssen wir die Bedeutung familiärer Bindungen wieder stärker in das allgemeine Bewusstsein rücken und auf die Lösbarkeit durchaus bestehender Probleme hinweisen, auch durch zur Nachahmung geeignete Vorbilder. Vor allem aber - und hierin liegt vielleicht die wichtigste Aufgabe der Gegenwart - müssen wir uns daran erinnern, dass Ehe und Familie kein Gegensatz zur individuellen Selbstverwirklichung, sondern eine ihrer wichtigsten Ausdrucksformen sind. Denn erst wenn unsere Gesellschaft das Leben mit Kindern wieder generell als erstrebenswert ansieht, wird es uns besser gelingen, werdenden Eltern in schwierigen Lebenslagen glaubhaft den nötigen Mut zur Zukunft zu vermitteln.

28 Grundlegend hierzu BVerfGE 103, 242 (263 ff.) (Pflegeversicherung); vgl. auch zuvor BVerfGE 87, 1 (34 ff.) (Trümmerfrauen); E 88, 203 (261) (Schwangerschaftsabbruch) E 94, 241 (263 f.) (Kindererziehungszeiten).

Prof. Dr. Reinhard Merkel, Hamburg

Grundrechtsschutz für den menschlichen Embryo?*

Lassen sie mich am Anfang meines Vortrags ganz knapp die Quellen der für unser Thema grundlegenden gesellschaftlichen Normen in Erinnerung rufen: das Recht und die Ethik. Im Recht unterscheiden wir die Verfassung und das einfache Gesetz. In der Ethik mag man unterscheiden zwischen der Sozialethik und einer Individualethik. Wie immer man Letztere genau definiert, sie ist, in dem Sinne wie ich sie verstehe, für unsere Diskussion jedenfalls irrelevant. Was immer wir an ethischen Grundlagen zur Titelfrage heranziehen können, es muss in irgendeinem Modus verallgemeinerbar sein. Bezüglich der Verfassung differenziere ich weiter in den Text des Grundgesetzes und die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Ob Letztere genuin Verfassungsrecht sind oder einfach Anwendung des Grundgesetzes möchte ich hier nicht diskutieren. In der Sache

* Vortrag auf der Tagung der Juristen-Vereinigung Lebensrecht am 2. Mai 2008 in Köln. Die Abschrift der Tonaufzeichnung des Vortrages wurde geringfügig überarbeitet. S. zum gleichen Thema auch den folgenden Beitrag von Hillgruber/Goos, S. 43 ff.

folge ich dem berühmten Rechtsphilosophen Hans Kelsen, der das sehr deutlich und klar gemacht hat, dass die Entscheidungen eines Verfassungsgerichts anhand eines so dünnen Normenkodex wie der 146 Artikel des Grundgesetzes auch genuin Recht schaffendes Verfassungsrecht sind.

Im Hinblick auf den Schutzstatus des Embryos bleibt der Text des Grundgesetzes stumm. Wir haben zwei Entscheidungen des Verfassungsgerichts, die beiden Abtreibungsurteile von 1975 und 1993. Auf der Ebene des einfachen Gesetzes haben wir die §§ 218 ff. des StGB und das Embryonenschutzgesetz als die Kernbereiche der Schutznormen. Zwischen beiden Sphären - Grundgesetz und einfache Gesetze - besteht, und Juristen muss ich das nicht eigens sagen, ein Rangverhältnis, jedenfalls für die Frage der gesellschaftlich verbindlichen Normen. Vorrangig zu klären ist die Frage des Verfassungsrechts. Gibt es eine verbindliche, verfassungsrechtliche Grundlage für den Lebensschutz des Embryos, dann mag die Ethik und mögen Moralphilosophen in ihren Seminaren postulieren, was sie will bzw. was sie wollen. Die verfassungsrechtliche Grundlage ist die Verbindliche. Der Vorrang des Rechts vor der Ethik in unserer Debatte stammt nicht daher, dass das Recht etwa die tiefere oder genuinere Ressource für Normen wäre - im Gegenteil, es dürfte eher umgekehrt sein -, sondern daher, dass das Recht zwangsverbindlich mit staatlicher Gewalt durchgesetzt wird und die Ethik nicht.

Ich beginne also mit der Analyse dessen, was ich für die Rechtslage halte. Lassen Sie mich am Anfang ein Bekenntnis formulieren, das ein bestimmtes, nahe liegendes, mir immer wieder begegnendes Missverständnis ausschließen soll. Wenn ein Individuum Rechtsperson ist, also Inhaber eines genuinen Rechts auf Leben, dann darf dieses Individuum unter keinen Umständen allein für die Zwecke anderer geopfert und getötet werden. Das Individuen, die Rechtspersonen sind, in bestimmten Sondersituationen getötet werden dürfen, ist trivial, die Notwehr ist das bestbekannte Beispiel dafür. Aber allein für die Zwecke anderer - das kommt unter keinen Umständen in Betracht. Was das bedeutet? Wenn also der Embryo Inhaber eines solchen Grundrechts auf Leben ist, so ist seine Tötung zu Forschungs- oder zu Lebensoptimierungszwecken, etwa für Schwangere, jeder Art und jeden Wertes für andere kategorisch ausgeschlossen. Keine Ethik des Heilens, und dieses Stichwort geistert durch die Debatte in der Embryonenforschung, könnte diesen Status als Rechtsperson überspielen. Sie sehen ich bin dezidiert Antiutilitarist, denn Grundrechte sind auch antiutilitaristisch. Wäre es anders, so wären sie keine Grundrechte.

Das Grundgesetz schweigt

Nun lassen Sie mich zu meiner ersten These kommen, zum Schweigen des Grundgesetzes zu unserem Pro-

blem. Die Texte sind bekannt: Art. 1 Abs. 1 „Die Würde des Menschen ist unantastbar“; Art. 2 Abs. 2 „Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit“. „Mensch“ und „jeder“ in diesen Artikeln sind wie alle gesetzlichen Begriffe normativ, nicht biologisch auszulegen. Ob sie den Embryo einschließen oder nicht, wird daher nicht von dem völlig richtigen Hinweis entschieden, dass der Embryo ein individuelles Mitglied der Spezies homo sapiens ist. Es muss viel mehr normativ entschieden werden - und wie, dazu sagt das Grundgesetz nichts. Ich darf beiläufig sagen, in allen anderen Rechtsnormen, soweit ich das übersehe, die wir überhaupt in der Rechtsordnung haben, in der „Mensch“ oder „jeder“ oder „Person“ oder ein Synonym hierfür verwendet wird, ist immer nur der geborene Mensch gemeint. Meint das Gesetz den pränatalen Menschen, so spricht es vom Ungeborenen wie das StGB oder vom Embryo, wie das Embryonenschutzgesetz und macht das ganz klar. Aus diesem Umstand folgt methodisch nicht, dass die Verfassung das ebenfalls so sehen müsste. Die Verfassung ist das grundsätzliche Normenfundament unserer gesamten Rechtsordnung. Sie kann sehr wohl „inklusive“ sein, als die einzelnen Gesetze, die den Embryo mit solchen Formulierungen wie Mensch jeder etc. nicht einschließen. Alles, was ich sagen will mit Blick auf das Grundgesetz, ist: Alleine die biologische Kenntnis, dass der Embryo ein individuelles Mitglied unserer Spezies ist, entscheidet diese Frage nicht. Das Grundgesetz bleibt stumm.

Es gehört zu den Defekten - es gibt mehrere -, aber es gehört zu den für mich eher unangenehmen Defekten der ersten Abtreibungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes 1975, dass behauptet wird, die Protokolle des parlamentarischen Rats während der Beratung der Grundgesetznormen seien nicht ganz klar, aber deuteten darauf hin, dass die Väter und Mütter des Grundgesetzes den Embryo in diese Formulierungen hätten einschließen wollen. Das ist nicht richtig. Wer das nachliest, sieht ganz deutlich, dass diese Beratungen auf das Gegenteil deuten. Ich weiß nicht, warum das Verfassungsgericht eine solche offensichtlich nicht richtige Behauptung in die Entscheidung geschrieben hat.

Widersprüchliche Entscheidungen des Verfassungsgerichts

Nun lassen Sie mich zu der letzteren und für uns heute maßgeblichen Entscheidung des BVerfG kommen. Der Embryo sagt das BVerfG in seinen Leitsätzen - und zwar mehrmals - sei Träger der Menschenwürde. Er habe ein Grundrecht auf Leben, jeder individuelle Embryo. Der Staat sei verpflichtet, das Leben jedes einzelnen Embryos zu schützen. Abtreibung sei daher grundsätzlich unrecht und rechtlich verboten. Jenseits des schlichten Normtextes von Artikel 1 und Artikel 2 Abs. 2 nennt der Senat keinen besonderen Grund für diese den Embryo

einschließende Interpretation, außer dem eben Genannten, der irrig ist, dass das von den Vätern und Müttern des Grundgesetzes so gemeint gewesen sei.

Die Lösung des Senats für das Problem der nicht indizierten Abtreibung, lautet bekanntlich, diese sei zwar straffrei, müsse aber rechtswidrig bleiben. Danach trifft der Senat die folgenden, für alle staatlichen Institutionen – einschließlich des Parlaments – verbindlichen Anordnungen:

- Der Abtreibungsvertrag zwischen Arzt und Schwangere ist zivilrechtlich wirksam.
- Jede Nothilfe zugunsten des rechtswidrig zu tötenden Embryos wird verboten.
- Die Schwangere hat für die Zeit der Abtreibung einen Anspruch auf Lohnfortzahlung.
- Der Staat wird zur flächendeckenden Organisation von Einrichtungen verpflichtet, das ist ein Zitat, „in denen die Möglichkeit von Abtreibungen in großer Zahl gesichert“ wird. Sie müssen das lesen im Lichte der Leitsätze und lassen Sie mich das so formulieren, das ist kein Zynismus, sondern eine logische Folgerung: Der Staat wird zur flächendeckenden Organisation von Einrichtungen verpflichtet, in denen die Möglichkeit der rechtswidrigen Tötung grundrechtsgeschützter Personen in großer Zahl gesichert wird!
- Urteil von 27.10.1998: die ärztliche Tätigkeit des angeblich rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruchs, steht unter Grundrechtsschutz, nämlich des Art. 12 Grundgesetz, Berufsfreiheit. Ein rechtswidriges Töten grundrechtsgeschützter Personen steht unter Grundrechtsschutz, sagt das BVerfG.

Lassen Sie mich die vierte Anordnung herausgreifen. Keine dieser Anordnungen ist konsistent mit dem Leitsatz des Urteils vereinbar, dass nicht indizierte Abtreibungen rechtswidrig sind. Ich nehme an, da wird kaum jemand von Ihnen widersprechen. Das wird vor allem evident an der vierten Anordnung. Wenn Abtreibungen rechtswidrig sind, dann ist es auch die Beihilfe dazu. Wohl gibt es in bestimmten Sonderkonstellationen rechtmäßige Beihilfe zu rechtswidrigen Taten. Das ist konstruierbar. Aber nicht konstruierbar zu rechtswidrigen Tötungen. Jede Beihilfe zu einer rechtswidrigen Tötung ist ihrerseits rechtswidrig. Da aber andererseits der Staat nach der zwingenden Anordnung des Gerichts zur flächendeckenden Organisation von Abtreibungsmöglichkeiten – und eine direktere unmittelbare Form von Beihilfe ist kaum denkbar – verpflichtet ist, statuiert diese vierte Anordnung den logischen Widerspruch, dass der Staat von Rechts wegen zum Unrecht verpflichtet ist. Deshalb kann aus logischen Gründen nur eine der beiden Regelungen gültig sein. Entweder Abtreibungen sind rechtswidrig oder der Staat ist zu ihrer Unterstützung verpflichtet.

Geltung von Rechtsnormen

Die Frage lautet: Welche Regelung gilt und welche nicht? Und nun meine These: das ist keine Angelegenheit der Verfassungsdogmatik. Das entscheiden uns nicht die Verfassungsrichter und ich möchte Ihnen zeigen, warum. Es geht nämlich um die Begriffe der Geltung einer Norm und die Begriffe der Normgeltung sind eine Frage der Zuständigkeit der Rechtstheorie oder Rechtsphilosophie, nicht irgendeiner Dogmatik der Rechtsordnung. Wir unterscheiden drei Begriffe, ich skizziere das knapp, den soziologischen, den ethischen und rechtlichen Begriff der Geltung von Normen.

„Soziologisch“ meint rein empirisch den Blick auf das faktische Wirksamsein einer Norm. Die Voraussetzung für die soziologische Wirksamkeit ist deshalb eine gewisse soziale Wirksamkeit de facto. Die Norm mag noch so verwerflich sein, soziologisch ist sie wirksam, gilt also in dieser rein empirischen Betrachtung. Ethisch mag sie absolut ungültig sein, rechtlich lass ich es offen, ich komme gleich dazu. Soziale Wirksamkeit heißt: Entweder die Norm wird grosso modo befolgt. Normen werden auch gebrochen, aber für den Fall des Bruchs setzt der Staat die Geltung der Norm mit Sanktionen durch. Das müssen nicht Strafen sein – die allermeisten rechtswidrigen Handlungen dürften nicht strafbar sein –, aber die Geltung der Norm wird durchgesetzt, mit irgendeiner Form von Reaktion.

„Ethische Geltung“ heißt einfach eine Norm ist moralisch gerechtfertigt.

Und die rechtliche Geltung macht – anders als die beiden ersten, die in einem gewissen Sinn autark sind – Anleihen bei den beiden anderen. Sie hat drei notwendige Voraussetzungen. Unstreitig liegt eine Rechtsnorm nur vor, wenn sie formell ordnungsgemäß gesetzt worden ist. Streitig ist, ob Rechtsnormen extrem verwerflich sein können, das ist der uralte Streit zwischen Rechtspositivismus und im weitesten Sinne Naturrechtslehren. In diesen Streit steige ich nicht ein. Ich hänge einer der moderaten, nicht positivistischen Lehren an, die Robert Alexy in Kiel sehr plausibel entwickelt hat. Die nicht positivistischen Lehren machen eine gewisse Anleihe am moralischen, am ethischen Geltungsbegriff. Extrem unethische Normen können keine Rechtsnormen sein. Wir dürfen das für unsere Frage, meine ich, offen lassen. Unstreitig ist wieder, dass eine Rechtsnorm nur existiert, wenn sie ein Minimum an sozialer Wirksamkeit hat. Eine Norm, die irgendwo gedruckt ist und null Wirksamkeit hat, existiert nicht, sie gilt nicht als Rechtsnorm. Daher machen Rechtsnormen eine deutliche Anleihe am soziologischen Geltungsbegriff, ein Minimum an Wirksamkeit. Sonst werden sie „derogiert“ genannt. So etwas kommt vor im Recht, dass Normen nicht mehr angewendet werden. Bis 1995 war in Österreich der Ehebruch strafbar, 50 Jahre davor stand schon in allen

Strafrechtslehrbüchern, die Strafdrohung gegen den Ehebruch sei derogiert, sie stand aber weiter im StGB.

„Letztverantwortung“: Kennzeichen fehlenden Grundrechtsschutzes

Nun lassen Sie mich die Konsequenzen, die ich aus der Analyse der Geltungsbegriffe ziehe, auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Abtreibung anwenden. Da nach dem Urteil des BVerfG jeder, der an einer Abtreibung beteiligt ist, einschließlich des Staates, diese als rechtmäßig behandeln muss, hat der angebliche Rechtssatz, sie sei aber dennoch rechtswidrig, keinerlei Wirksamkeit. Deshalb gilt er nicht als rechtliche Norm und das heißt, er existiert nicht als Rechtssatz. Daher sind Abtreibungen in Deutschland rechtmäßig. Dass weiterhin auch die beratene Abtreibung rechtswidrig genannt werden, ist ein *falsa demonstratio* und vollkommen belanglos. Das Gericht selber, das BVerfG, bestätigt das inkonsistent und wohl ohne hinreichendes Problembewusstsein mit der Anordnung, die Letztverantwortung für die Abtreibung müsse die Schwangere haben. Das steht mehrmals in dem Urteil auch im abweichenden Votum von Herrn Böckenförde. Wenn aber das Recht eine Privatperson mit der Letztverantwortung für eine bestimmte Handlung betraut, dann ist diese Handlung Privatsache, das heißt, sie ist *per Definition* im Recht. Über rechtswidrige Handlungen vertraut das Recht niemals einer Privatperson die Letztverantwortung an, sondern sagt im Gegenteil, „das ist rechtswidrig, tu das nicht“. Die Letztverantwortung für diese Entscheidung hat die Rechtsordnung selber, sonst ist die Handlung rechtmäßig. Zur Illustration: die angebliche Norm, so genannte beratene Abtreibungen seien rechtswidrig, sagt einer Schwangeren, die eine Abtreibung erwägt, salopp formuliert dies: Das ist rechtswidrig, also verboten, das darfst du nicht tun. Daran schließt das BVerfG die Bestimmung, die Letztverantwortung für die Entscheidung über den Abbruch habe die Schwangere. Nun lautet der Normbefehl so: Das ist rechtswidrig, das darfst du nicht tun, es sei denn, du willst es doch tun. Eine angebliche rechtliche Verbotsnorm, die ihre Befolgung ausdrücklich von der entsprechenden Bereitschaft der Rechtsunterworfenen abhängig macht, ist keine Rechtsnorm, sie ist bestenfalls ein moralischer Appell.

Aber selbst dann, wenn der Grundrechtsschutz des Embryos in der Verfassung stünde, würde diese Norm nicht gelten. Das BVerfG kann zwar Normen als verfassungswidrig verwerfen und andere bekräftigen. Die Kriterien der Geltung von Rechtsnormen stehen dem BVerfG so wenig zur Entscheidung zu, wie die Geltung der Kriterien der Logik. Aus dem Umstand, dass der Embryo bei nicht indiziertem Schwangerschaftsabbruch rechtens getötet wird, folgt nach fundamentalen Rechtsprinzipien, dass ihm von unserer Rechtsordnung der Status als Inhaber der Grundrechte auf Leben und Schutz der Menschenwürde nicht gewährt wird.

Es gibt allerdings rechtmäßige Tötungen von Rechtspersonen. Der Embryo ist aber nicht in einer solchen Lage und ich will Ihnen knapp zeigen, warum. Dass er nicht ein Angreifer im Sinne der Notwehr ist, muss ich nicht unterstreichen. Aber er ist auch nicht die zuständige Quelle einer Notstandslage gegenüber der Schwangeren, wie das oft etwas unsauber formuliert wird. Denn er darf zur Lösung eines Konfliktes getötet werden, für den er schlechterdings nichts kann. Der Embryo ist in dem biologischen Konflikt im Uterus der Schwangeren, wenn Sie so wollen, zwangsinvolviert worden. Die Schwangere in aller Regel nicht. Also wäre gerade die über seinen Tod letztentscheidende andere Konfliktpartei die zuständige Quelle des Konfliktes. Das verhält sich anders, wenn die Schwangerschaft der Schwangeren aufgezwungen wurde, durch Vergewaltigung etwa. Dann sind beide gleich unzuständig für die Entstehung des Konfliktes. Dann hat nach meiner festen Überzeugung die Schwangere ein Defensivnotstandsrecht gegen den Embryo und darf ihn, ich bitte um Vergebung für die saloppe Formulierung, aus ihrem Uterus rausschmeißen, aber nicht, wenn sie dafür zuständig ist, im Verhältnis zum Embryo, dass er in ihrem Uterus ist.

Da dem Embryo in diesem Konflikt keine Grundrechte gewährt werden, hat er sie nirgends. Es gibt keine halben Grundrechte, die nur da gelten und dort nicht, oder nur zu bestimmten Zeiten und zu anderen nicht. So etwas gibt es nicht.

Schwache Solidaritätspflicht zugunsten von Embryonen

Nun lassen Sie mich zur Ethik kommen. Ich nenne die Quellen unserer wichtigsten rechtsethischen Pflichten, über die man streiten kann, aber das ist meine Sicht der Dinge. Wir haben als primäres Fundament jeder vernünftigen Ethik das Verletzungsverbot „*neminem laedere*“. Das ist die Primärpflicht aller Ethik und jeder Ethik aller Zeiten und Kulturen. Wir haben sekundäre Pflichten, die ich im weitesten Sinne Solidaritätspflichten nenne, Hilfspflichten gegenüber Hilfsbedürftigen. Der Normgeber selbst hat sozusagen den Kontext dieser Pflichten genau zu beachten. Salopp und knapp formuliert: bei der Tötung von Embryonen geht es um Tötung menschlichen Lebens, das ist ein hochsensibler Bereich. Das betrifft symbolisch immer irgendwie auch uns alle. Daher ist dieser Bereich anders zu handhaben als der Verbrauch von Mausembryonen oder ähnliches. Das ist etwas, was ich Terziärpflicht des Normgebers nenne, besonders genau hinzugucken, wenn es um menschliches Leben geht.

Diese drei Normquellen von Fundamentalpflichten setzen auf Seiten des geschützten Subjekts unterschiedliches voraus. Das Verletzungsverbot als Primärpflicht setzt voraus, dass ein Subjekt, das davon geschützt ist, verletzbar ist. Wer nicht verletzbar ist, kann nicht ver-

letzt werden. Dem gegenüber gilt kein Verletzungsverbot, wie etwa gegenüber Pflanzen oder Gegenständen. Dieses Pult hier kann ich zerstören, verletzen kann ich es nicht in dem Sinne wie verletzen ethisch relevant ist. Solidaritätspflichten setzen aktuelle Verletzbarkeit nicht voraus. Die Solidarität mag sie auf die Gewährung einer Zukunft erstrecken, sie setzen daher potentielle Verletzbarkeit und wie ich gleich noch zeigen werde, potentielle Erlebensfähigkeit voraus. Und das, was ich Normenschutz nenne, setzt einen der beiden vorgenannten Schutzpositionen voraus und verstärkt sie signifikant, weil es um menschliches Leben geht.

Etwas apodiktisch gesagt: Das normative Fundament ist das Verletzungsverbot für echte subjektive Grundrechte. Die Solidaritätspflichten begründen einen objektiven und grundsätzlich abwägbaren Schutz, also keinen echten Grundrechtsschutz. Und der Normenschutz bewirkt eine Intensivierung dieses Schutzes soweit es um menschliches Leben geht. Wenn Sie den Embryo einordnen wollen, dann ist der Embryo in seinem frühen Stadium, wo er nicht erlebensfähig ist, nicht aktuell verletzbar. Was ihm genommen werden kann, ist seine Zukunft. Und wir sollten das prima facie nicht tun. Wir können ihn aber aktuell nicht verletzen, er kann nichts erleben. Das heißt nicht, wie gesagt, dass wir keine Pflichten gegenüber Embryonen hätten.

Grundvoraussetzung: Erlebensfähigkeit

Lassen Sie mich diesen Zusammenhang, der vielen von Ihnen nicht einleuchtet wird, knapp noch mal illustrieren. Der Begriff eines subjektiven moralischen Rechts, auch eines subjektiven rechtlichen juristischen Rechts ist analytisch logisch verbunden mit dem Begriff des Schutzes. Genau dafür sind subjektive Rechte da: Schutz zu gewähren. Schutz wiederum ist analytisch verbunden mit dem Begriff Verletzung: genau dagegen wird Schutz gewährt, gegen Verletzungen. Verletzung – zum dritten mal analytisch – setzt die Verletzbarkeit des geschützten Wesens voraus. Wer in bestimmter Hinsicht nicht verletzbar ist, der kann trivialerweise in dieser Hinsicht nicht verletzt werden. Verletzbarkeit setzt – zum letzten Mal analytisch – Empfindungsfähigkeit, ein Minimum an Erlebensfähigkeit voraus, die Fähigkeit, wenigstens irgendetwas subjektiv erleben zu können. Das kann der frühe Embryo, wie wir heute aus der Embryologie wissen, der Embryo bis zur zwölften Schwangerschaftswoche ebenfalls ganz sicher nicht. Ich weiß, dass das auf Ihren Widerspruch stößt, aber das ist die These, die ich Ihnen hier vortrage.

Lassen Sie mich das illustrieren, mit einem Beispiel, für das ich viel Prügel bezogen habe. Das habe ich mal öffentlich in der „Zeit“ kundgetan. Ein Beispiel, das illustrieren und nicht begründen soll, was ich soeben versucht habe zu begründen. Dass das, was ich jetzt mit meinen Argumenten versucht habe, zu entwickeln, un-

ser aller und auch Ihren Intuitionen entspricht:

In einem reproduktionsmedizinischen Labor bricht ein Feuer aus. In dem Labor befinden sich in der einen Ecke zehn am Vortag fertilisierte Eizellen, das sind Embryonen. In der anderen Ecke befindet sich der sechs Monate alte Sohn der Laborassistentin, der vom Rauch bereits tief bewusstlos ist. Sie sehen, ich möchte Schmerzempfindungen etc. aus der Überlegung heraushalten. Ein Retter, der in letzter Sekunde in das Labor eindringt, erkennt sofort und zutreffend, dass er nur entweder den Säugling oder die Embryonen retten kann. Wen soll er retten?

Die Antwort ist evident. Er muss unter allen denkbaren Umständen den Säugling retten, selbst wenn er der biologische Vater der zehn Embryonen sein sollte. Ich behaupte, das deutsche Strafgesetzbuch stützt das mit einer Strafdrohung, wenn er die zehn Embryonen rettet und nicht den Säugling. Das will ich jetzt im Weiteren nicht ausführen.

Kein Grundrechtsstatus für den Embryo

Die zweite Frage ist, wenn er in allen denkbaren Fällen stets das Kind retten soll, wie wäre das mit einem moralisch und rechtlich gleichen Grundrechtstatus der Embryonen zu vereinbaren? Die Antwort ist evident: überhaupt nicht. Es gibt hier keinen gleichen Grundrechtstatus. Der Embryo ist zwar keine Sache und darf nicht wie eine solche behandelt werden, er ist aber auch keine Rechtsperson mit Grundrechten. In keinem direkten Konflikt mit geborenen Menschen, die unbestreitbar Grundrechtsträger sind, behandeln wir den Embryo als Wesen mit auch nur annähernd gleichen Rechten. Das zeigt sich in vielen Zusammenhängen, nicht nur in meinem Laborbeispiel und nicht nur im Schwangerschaftsabbruch, auch in Kontexten wo in der Geburt Lebensgefahren für beide entstehen. Ich möchte den Gynäkologen sehen, der den Mut hat, die Schwangere zu töten um das in der Geburt befindliche Menschenkind zu retten. Es gibt auch keine guten ethischen Gründe, ihm den gleichen Schutz wie geborenen Menschen zu gewähren. Im Gegenteil: Wir desavouieren – und das ist eine Warnung, die ich nachdrücklich formulieren will – wir desavouieren unsere fundamentalen Normen der Verfassung selber, wenn wir sie erst großzügig zuteilen, wie das BVerfG es gemacht hat, und dann sämtliche Hintertüren aufmachen, um jede Konsequenz daraus zu vermeiden. Das führt Grundrechte zweiter, oder besser gesagt dritter Klasse ein. Das sollten wir den Grundrechten nicht antun.

Was wir ihm schulden, dem Embryo, ist eine rechtsschwache Pflicht zur Solidarität. Diese Pflicht ist gegen andere Belange vielfach abwägbare. Und was wir uns schulden, im Umgang mit ihm, ist die Bewahrung der wesentlichen Konturen unseres Menschenbildes. Auch diese Pflicht ist gegen gewichtige andere Belange ab-

wägbar. Grundrechte sind das nicht. Wir sollten, meine ich, endlich aufhören, mit der kollektiven Selbsttäuschung, der offenen Unehrllichkeit, der Embryo genieße in Deutschland den Schutz des Lebensgrundrechts und der Menschenwürde. Wem will man das eigentlich – im Ausland etwa – plausibel machen, dass der Embryo bei uns Schutz der Menschenwürde und seines Grundrechts auf Leben genießt? Wir haben aber mindestens 200.000 Abtreibungen ohne Indikationen jedes Jahr auf Grund der Letztentscheidung einer Privatperson. Wem will man das plausibel machen?

Unser Menschenbild wird davon nicht im Mindesten negativ berührt. Im Gegenteil, es kennt intuitiv sehr genau den normativen Unterschied zwischen der Tötung eines pränatalen, seiner selbst und der Welt noch gänzlich unbewussten Lebens einerseits und dem Herausreißen eines bereits bewusst erlebten, wenn Sie so wollen, eines autographischen Menschenlebens andererseits. Und es hat darin Recht.

Prof. Dr. Christian Hillgruber
Wiss. Ass. Christoph Goos, Bonn

Grundrechtsschutz für den menschlichen Embryo?

I. Einleitung und Bestandsaufnahme

Ist der menschliche Embryo „Forschungsobjekt“¹ oder ein Mensch, dessen Würde unantastbar ist und dem deshalb Grundrechtsschutz, insbesondere der Schutz des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit, zukommt? Das ist die Frage, um die es in diesem „Streitgespräch“ gehen soll², und sie ist nicht leicht zu beantworten. Denn in der Tat³: Weder der Wortlaut des Grundgesetzes noch die Entstehungsgeschichte noch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch die einfach-gesetzlichen Regelungen sind eindeutig.

Ist der Embryo ein „Mensch“ im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG und umfasst das „Jeder“ des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch den Embryo? Der Wortlaut ist für eine solche Deutung offen, die genannten Vorschriften könnten sich aber auch nur auf bereits geborene Menschen beziehen⁴. Der von *Hans-Christoph Seebohm* gestellte Antrag, den Satz „Das keimende Leben wird geschützt.“ in das Grundgesetz aufzunehmen, wurde im Hauptausschuss des Parlamentarischen Rates mit 11 gegen 7 Stimmen abgelehnt⁵. *Hermann von Mangoldt* schreibt in seinem Bericht an das Plenum allerdings, dass der Antrag nur deshalb abgelehnt worden sei, „weil nach der im Ausschuss vorherrschenden Auffassung das zu schützende

Gut bereits durch die gegenwärtige Fassung [„Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ...“⁶] gesichert“ gewesen sei⁷. „[N]achgerade abwegig“, wie *Reinhard Merkel* meint⁸, ist diese Deutung zwar nicht, restlos überzeugend aber eben auch nicht – das hat *Martin Kriele* dem Bundesverfassungsgericht, das *von Mangoldts* Deutung in der ersten Abtreibungsentscheidung für plausibler als die gegenteilige Auffassung befand⁹, schon 1975 entgegengehalten¹⁰.

Die Widersprüche und Ungereimtheiten, die sich in der zweiten Abtreibungsentscheidung¹¹, im (noch) geltenden und schon aus Kompetenzgründen verfassungswidrigen Stammzellgesetz¹², zwischen den Regelungen über „beratene“ Schwangerschaftsabbrüche im Strafbuch einerseits und den außerordentlich strengen Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes andererseits

1 Vgl. *Merkel*, Forschungsobjekt Embryo (2002).

2 Der vorliegende Beitrag ist die schriftliche Fassung des Eingangsstaments von *Christian Hillgruber* zu einem Streitgespräch mit *Reinhard Merkel* über die Frage nach dem „Grundrechtsschutz für den menschlichen Embryo“ im Rahmen eines Symposiums der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. am 2. Mai 2008 in Köln.

3 *Merkel* (Fn. 1), 22ff.

4 So – für Art. 1 Abs. 1 GG – etwa *Dederer*, AöR 127 (2002), 1 (10ff.), der die Würde des Menschen allerdings in bestimmten Fällen mit Hilfe einer „Brückenkonstruktion“ auf den sich als Mensch entwickelnden Embryo „rückerstrecken“ will; für Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG statt aller *Enders*, ZRph 2003, 126 (133ff.), der Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zwar eine „vorgreifende abwehrrechtliche Position des Lebensschutzes“, nicht jedoch eine Schutzpflicht entnehmen will (ebd., 135).

5 42. Sitzung vom 18.01.1949, in: *Parlamentarischer Rat. Verhandlungen des Hauptausschusses* (1948/49), 535.

6 Vgl. *Parlamentarischer Rat. Verhandlungen des Hauptausschusses* (1948/49), 533.

7 Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Drs. Nr. 850, 854, Anlage zum stenografischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949, 7.

8 *Merkel* (Fn. 1), 30.

9 BVerfGE 39, 1 (38ff.). Das Gericht kommt zum Ergebnis (ebd., 40): „Die Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG legt es somit nahe, dass die Formulierung ›jeder hat das Recht auf Leben‹ auch das ›keimende‹ Leben einschließen sollte. Jedenfalls kann aus den Materialien noch weniger für die gegenteilige Ansicht abgeleitet werden. Andererseits ergibt sich aus ihr kein Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage, ob das ungeborene Leben strafrechtlich geschützt werden muss.“

10 *Ders.*, JZ 1975, 222 (225): „Im Hauptausschuss des Parlamentarischen Rates waren sich zwar die Vertreter von CDU/CSU und DP darin einig, dass der heutige Art. 2 II das keimende Leben mit umfassen solle, aber der Vertreter der SPD widersprach dem ›für die sehr große Mehrzahl‹ seiner Fraktion. Es kam also in dieser Frage kein Konsens zustande. Der schriftliche Bericht des Hauptausschusses referierte demgemäß auch nur die ›im Ausschuss vorherrschende Meinung‹. Dass dennoch ein Konsens entstanden sei – diese Behauptung leitet das BVerfG ausschließlich daraus ab, dass die SPD ihren Widerspruch im Plenum gegenüber der wiederholten Meinungsbekundung der Vertreter von CDU/CSU und DP nicht auch noch einmal ausdrücklich wiederholt hat. Dass Schweigen im Gesetzgebungsverfahren als Zustimmung zu gelten habe – dieser Lehrsatz ist neu.“

11 BVerfGE 88, 203ff.

12 S. dazu näher *Hillgruber*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung „Änderung des Stammzellgesetzes“ des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung des Deutschen Bundestages am 3. März 2008, A-Drs. 16(18)336a, abrufbar unter <http://www.bundestag.de/ausschusse/a18/an-hoerungen/stammzellgesetz/stellungnahme_hillgruber.pdf> (15.05.2008).

finden, sind unübersehbar; *Merkel*¹³ und andere haben sie schonungslos offengelegt. Europa- oder völkerrechtliche Vorgaben, die in die eine oder in die andere Richtung weisen, gibt es nicht, das verfassungsrechtliche Schrifttum zu dieser Frage ist ebenso uferlos wie heillos zerstritten¹⁴, und professionelle Verfassungsrechtler sehen sich, wie *Josef Isensee* einmal bemerkt hat, in der nach *Peter Häberle* auch für alle Bürger und Gruppen „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“¹⁵ „an die Wand gedrückt von den vielen, die aus dem Grundgesetz praktische Richtlinien für die humangenetische Forschung ableiten“¹⁶.

Die Lage ist also denkbar unübersichtlich - das heißt jedoch nicht, dass die Frage nach dem Status des menschlichen Embryos verfassungsrechtlich nicht beantwortet werden kann und dass der Weg frei ist für ethische Erwägungen, wie *Merkel* meint.¹⁷

II. Ziel der Auslegung: Rekonstruktion der Regelungabsicht der Väter und Mütter des Grundgesetzes

Wer nach allen Seiten offen ist, kann nicht ganz dicht sein, hat *Kurt Tuscholsky* einmal scharfzünftig bemerkt, und das gilt im übertragenen Sinne auch für das Grundgesetz. Zwar sind viele seiner Bestimmungen in hohem Maße deutungs offen, aber das Grundgesetz ist nicht offen für jede beliebige Deutung, denn dann wären seine befriedende Funktion, seine steuernde Kraft, seine Geltung dahin und die strengen Vorschriften des Art. 79 GG über die Grenzen und den Modus seiner Abänderbarkeit überflüssig. Ausweislich des Vorspruchs und der Präambel alter Fassung hat das deutsche Volk „kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt“ „dieses Grundgesetz“ – also „das am 8. Mai des Jahres 1949 vom Parlamentarischen Rat beschlossene Grundgesetz“ – beschlossen, „um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben“.¹⁸ Das Grundgesetz – de facto von vornherein als Vollverfassung angelegt und längst als solche, nicht nur als Provisorium anerkannt und akzeptiert – will also kraft der verfassungsgebenden Gewalt des Deutschen Volkes gelten – das ist schon angesichts der Besatzungssituation eine Fiktion¹⁹ –, und es gilt – das wiederum ist real und rekonstruierbar, jedenfalls annäherungsweise – mit dem Inhalt, den die im Parlamentarischen Rat versammelten „Väter und Mütter des Grundgesetzes“ ihm geben wollten.

Wer den Sinngehalt der Vorschriften des Grundgesetzes freilegen will, kommt folglich nicht umhin, neben dem Text des Grundgesetzes, der die Grenzen zulässiger Auslegung markiert²⁰, auch die Materialien heranzuziehen und den Gang der Beratungen zu rekonstruieren und zu analysieren, was ein höchst anspruchsvolles Unterfangen ist, da es historisches Gespür voraussetzt. Organe wie der Parlamentarische Rat und seine Ausschüsse können weder einen Willen bilden noch haben noch

äußern. Die entscheidende Frage, das Ziel der Auslegung, lautet folglich: Was wollten die Personen, die sich im konkreten Fall durchgesetzt haben, mit der fraglichen Vorschrift regeln?²¹

III. Die „Würde des Menschen“ und die „nachfolgenden Grundrechte“

Schlüsselbegriff des Grundgesetzes ist die „Würde des Menschen“. Um ihretwillen bekennt sich das Deutsche Volk „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten“. Um sie zu achten und zu schützen, gewährleistet das Grundgesetz die „nachfolgenden Grundrechte“, denn, so *Hermann von Mangoldt* in seinem Bericht an das Plenum, „ohne Anerkennung von Freiheitsrechten ist echte Achtung vor der Menschenwürde undenkbar“²². Dieser Zusammenhang ist dogmatisch unauflöslich, und er ist für unsere Frage von entscheidender Bedeutung: Wenn der menschliche Embryo in vitro ein „Mensch“ im Sinne des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG ist und das hat, was das Grundgesetz „Würde“ nennt, dann ist er auch Träger der nachfolgenden Grundrechte. „Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit“ (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) bedeutet: „Jeder Mensch im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit“. Es gibt also keinen „Menschen“, der zwar ein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, aber keine Würde hat, und das gilt umgekehrt ganz genauso. Und es gibt auch keinen „Menschen“, der nur in den Genuss der objektiven Abwehr- und Schutzwirkungen des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit kommt, aber nicht Inhaber, Träger dieses Rechts ist.

In der Literatur sehen das bekanntlich einige anders, etwa *Horst Dreier*, der schon Mitte der 1990er Jahre ausdrücklich dazu aufgerufen hat, „die verfassungsrechtliche Diskussion über die Regelung des Schwangerschaftsabbruchs von der schweren Bürde des Art. 1 Abs.

13 Neben dem in Fn. 1 genannten Werk u. a. in *ders.*, Die Zeit Nr. 5 v. 25.01.2001, 38f.

14 Umfassend und mit umfangreichen Nachweisen statt aller *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens (2007); *Hartleb*, Grundrechtsschutz in der Petrischale (2006).

15 *Häberle*, JZ 1975, 297ff.

16 *Isensee*, in: *Höffe/Honnfelder/ders./Kirchhof*, Gentechnik und Menschenwürde (2002), 37 (41).

17 Vgl. *Merkel* (Fn. 1), 267.

18 Die Präambel wurde durch Art. 4 Nr. 1 Einigungsvertrags-Gesetz vom 23.09.1990 (BGBl. II S. 885, 890) neu gefasst; zu dieser Änderung etwa *Hopfauf*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/ders.* (Hrsg.), GG (11/2008), Präambel Rn. 14ff.

19 Dazu näher *Hillgruber*, VVDStRL 67 (2008), 7 (20ff.).

Zu den damit zusammenhängenden Problemen näher *Deppenheuer*, Der Wortlaut als Grenze (1988) und *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze (2004).

20 Dazu näher *Reimer*, Verfassungsprinzipien (2001), 138 und passim.

22 v. *Mangoldt* (Fn. 7), 6; ausf. zum „logische[n] Dreischritt des Art. 1 GG“, der alle diskutierten Fassungen der Vorschrift prägt *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung (1997), 414ff.

1 GG zu befreien und auf der Basis des Art. 2 Abs. 2 GG konsistente, gestufte Lösungen zu suchen“²³ oder *Jörn Ipsen*, der genau umgekehrt zugunsten des Embryos nur die Menschenwürde, allerdings „nicht als subjektives Recht, sondern [nur] als objektive[n] Wertmaßstab“ berücksichtigen will²⁴. Das Bundesverfassungsgericht wollte in seiner ersten Abtreibungsentscheidung die Frage, „ob der nasciturus selbst Grundrechtsträger ist oder aber wegen mangelnder Grundrechtsfähigkeit ›nur‹ von den objektiven Normen der Verfassung in seinem Recht auf Leben geschützt werde“, nicht entscheiden²⁵ (wobei die Rede von einem „Recht auf Leben“, das vielleicht gar keines ist, zugegebenermaßen irritiert²⁶), rang sich aber immerhin zu der Formulierung durch, dass der nasciturus „ein selbständiges menschliches Wesen“ sei, das „unter dem Schutz der Verfassung“ stehe²⁷. Die zweite Abtreibungsentscheidung²⁸ lässt dann aber keinen Zweifel mehr daran, dass der nasciturus nach Auffassung des Gerichts „ein Recht auf Leben gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und gemäß Art. 1 Abs. 1 GG Anspruch auf Achtung der Würde, die jedem menschlichen Leben zukommt“, hat – so jedenfalls Frau *Grafhof*, die es wissen muss, weil sie als Richterin an dem Urteil mitgewirkt hat: „[E]instimmig“ habe der Senat den nasciturus so qualifiziert.²⁹ *Merkel* hat also Recht: „Argumente, die dem Urteil eine andere Meinung des Gerichts entnehen oder unterschieben wollen, sind aussichtslos.“³⁰

IV. „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu“ – Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Nicht entschieden ist damit die Frage nach dem Status des Embryo in vitro.³¹ „Handlungen, deren Wirkung vor Abschluss der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt, gelten nicht als Schwangerschaftsabbruch im Sinne dieses Gesetzes.“ – diese Vorschrift hat das Bundesverfassungsgericht in einem obiter dictum der zweiten Abtreibungsentscheidung für „verfassungsrechtlich unbedenklich“ erklärt. Die Aussage beziehe sich allerdings – so noch einmal Frau *Grafhof*, gewissermaßen als „authentische Interpretin“ des Urteils – „nur darauf, dass der Staat im Stadium zwischen Verschmelzung und Nidation nicht zum Schutz durch Strafe verpflichtet ist“.³² Die verfassungsgerichtlich gebilligte Straflosigkeit des Einsatzes nidationshemmender Verhütungsmittel spricht auch keineswegs – so *Merkel* mit Recht – für die Zulässigkeit der aktiven Tötung von Embryonen, da sich der Einsatz von Nidationshemmern normativ als bloße Unterlassung darstellt, genau wie der Besitzer einer Berghütte sich nur wegen eines Unterlassens zu verantworten hat, wenn er einem Wanderer, der im Schneesturm umherirrt, den lebensrettenden Zutritt verweigert und die Tür verrammelt.³⁴

„Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu“, hat das Bundesverfassungsgericht 1975

formuliert³⁵, und in der Entscheidung aus dem Jahr 1993 wird hinzugefügt, dass es „im vorliegenden Verfahren keiner Entscheidung [bedürfe], ob, wie es Erkenntnisse der medizinischen Anthropologie naheleg[t]en, menschliches Leben bereits mit der Verschmelzung von Ei und Samenzelle entsteh[e]“³⁶. Eine sinnvolle Unterscheidung zwischen prä- und postnidativer Phase lässt diese Argumentation in der Tat nicht zu; dass der Embryo vor Nidation ausgeklammert bleibt, hat rein verfahrensrechtliche Gründe. Die tragenden Argumente, die das Gericht für den Würdeschutz und das Lebensrecht des nasciturus anführt und die hier nicht im Einzelnen benannt werden sollen, beziehen sich „eindeutig auch auf ihn“, den Embryo vor Nidation.³⁷ In seiner Luftsicherheitsgesetz-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG das Recht auf Leben „als Freiheitsrecht“ gewährleiste und dass „[m]it diesem Recht [...] die biologisch-physische Existenz jedes Menschen vom Zeitpunkt ihres Entstehens an bis zum Eintritt des Todes unabhängig von den Lebensumständen des Einzelnen, seiner körperlichen und seelischen Befindlichkeit, gegen staatliche Eingriffe geschützt“ werde.³⁸

„Vom Zeitpunkt ihres Entstehens an“ – was heißt das? In der Literatur wird – auch von Herrn *Merkel* – mit Recht darauf hingewiesen, dass die genetische Einzigartigkeit des Embryos schon vor der sog. Verschmelzung, nämlich mit dem Abschluss der zweiten Reifeteilung und dem Ausstoßen des zweiten Polkörpers³⁹, festgelegt und der Prozess zum biologisch-heteronomen und dann biologisch-autonomen Embryo unter normalen Bedingungen unumkehrbar angestoßen ist.⁴⁰ Es gibt daher gute Gründe, bereits das Ende der zweiten Reifeteilung – das so gen. Pronukleusstadium – als den Anfang des neuen Menschen, sein „Entstehen“ zu bezeichnen.⁴¹ Diese Entität kann sich – die richtigen Rahmenbedingungen vorausgesetzt, zu denen auch die Einnistung in der Gebärmutter gehört – ohne weiteres Dazutun zu einem er-

23 *Dreier*, DÖV 1995, 1036 (1040).

24 *Ipsen*, DVBl. 2004, 1381 (1384); krit. zu solchen „Entkoppelungsversuchen“ *Merkel* (Fn. 1), 110f.

25 BVerfGE 39, 1 (41).

26 *Merkel* (Fn. 1), 46.

27 BVerfGE 39, 1 (42).

28 BVerfGE 88, 203ff.; dazu nur *Hillgruber*, ZfL 2003, 38ff.

29 *Grafhof*, Archives of Gynecology and Obstetrics 257 (1995), 372.

30 *Merkel* (Fn. 1), 54.

31 Allg. Ansicht, vgl. nur *Merkel* (Fn. 1), 55; *Grafhof* (Fn. 29), 372.

32 § 218 Abs. 1 S. 2 StGB, BVerfGE 88, 203 (251).

33 *Grafhof* (Fn. 29), 372.

34 *Merkel* (Fn. 1), 59ff.

35 BVerfGE 39, 1 (41).

36 BVerfGE 88, 203 (251).

37 *Merkel* (Fn. 1), 56.

38 BVerfGE 115, 118 (139).

39 *Rager*, ZfL 2004, 66 (67).

40 *Damschen/Schönecker*, in: dies. (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen (2003), 187 (243).

41 So bereits *Bodden-Heinrich/Cremer/Decker/Hepp/Jäger/Rager/Wickler*, in: *Rager* (Hrsg.), Beginn, Persönlichkeit und Würde des Menschen (2/1998), 15 (152).

wachsenen Menschen entwickeln; sie hat die aktive Potentialität dazu.⁴² Legt man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, wonach durch das Recht auf Leben „die biologisch-physische Existenz jedes Menschen vom Zeitpunkt ihres Entstehens an“⁴³ geschützt ist, genießt auch der Embryo in vitro diesen Schutz: Der „Zellhaufen“ in der Petrischale ist der Körper eines Menschen, der ein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit hat und dessen Würde unantastbar ist.⁴⁴

V. Die Defizite des geltenden Rechts und der Vorrang der Verfassung

Nun sagt Merkel: Schön und gut, aber geltendes Recht ist das nicht, denn „der Schwangerschaftsabbruch nach Beratung wird in Deutschland von niemandem als rechtswidrig“, sondern „von allen Beteiligten, sämtliche staatlichen Stellen eingeschlossen, als rechtmäßig behandelt“ und sei daher „genau das – rechtmäßig.“⁴⁵ Daraus wiederum folge, „dass der Embryo bei seiner Tötung im Schwangerschaftskonflikt nicht als Rechtsperson behandelt, sondern aus dem Bereich der Grundrechte exkludiert“ werde. Und das bedeute „zugleich, dass er nach geltendem Recht nirgendwo Inhaber der Grundrechte auf Leben und Achtung seiner Menschenwürde sein“ könne.⁴⁶

Schon an anderer Stelle⁴⁷ ist ausführlich dargelegt worden, dass das nicht zutrifft, aber bleiben wir ein Moment bei diesem Einwand, denn er ist gewichtig, und die Fakten sind in der Tat erdrückend: 1993 billigt der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts die Beratungslösung, spricht gar – mit dem Rechtswidrigkeitsverdikt schlechterdings unvereinbar⁴⁸ – von der „Letztverantwortung der Frau“⁴⁹, 1998 erkennt der Erste Senat die Vornahme rechtswidrig-beratener Schwangerschaftsabbrüche als Teil der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit des Arztes an⁵⁰, 1999 belehren die Bundesverfassungsrichter *Papier*, *Grimm* und *Hömig* einen wegen Beleidigung verurteilten Abtreibungsgegner, der von „Kindermord“ gesprochen hatte, dass „auch der Kampf gegen ein vermeintliches Unrecht“ – vermeintliches Unrecht! – dem Beschwerdeführer nicht das Recht gebe, seinerseits anderen Unrecht zuzufügen⁵¹, im Jahr 2006 heißt es dann in einer weiteren Kammerentscheidung: „Die Äußerung, der Kläger nehme rechtswidrige und damit verbotene Abtreibungen vor, ist unwahr. Dieser führt vielmehr nach den Feststellungen der Zivilgerichte unstreitig nur Schwangerschaftsabbrüche unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch.“⁵² Das verfassungsrechtlich gebotene Rechtswidrigkeitsverdikt, d.h. das Unwerturteil über die beratenen, aber nicht indizierten Schwangerschaftsabbrüche wird zur unwahren Tatsachenbehauptung. Es dürfte daher auch keine zufällige sprachliche Entgleisung sein, dass aus dem objektiven Unwerturteil der Verfassung, wie es noch das zwei-

te Fristenlösungsurteil formuliert, in einer weiteren Kammerentscheidung aus dem Jahr 2006 eine „umstrittene Angelegenheit“ geworden ist, in der „die jeweilige Bewertung“ davon abhängt, „ob der straffreie Schwangerschaftsabbruch in erster Linie als Hilfe für die Schwangere gedeutet oder (!) als Abtötung menschlichen Lebens eingeordnet wird“.⁵³

Doch was bedeutet das? Bedeutet das wirklich, dass die beiden ersten Grundgesetzartikel für den nasciturus, für den Embryo nicht (mehr) gelten? Richtig ist: Wenn der Embryo Grundrechtssubjekt ist, kann die Abtreibung nicht rechtmäßig sein⁵⁴, aber genau das ist sie – zwar als „rechtswidrig“ etikettiert – nach geltendem Recht, und wer das Gegenteil behauptet, wird bestraft. Stimmt es also, dass es spätestens seit der zweiten Abtreibungsentcheidung in Deutschland kein Lebensrecht des Embryos mehr gibt⁵⁵, dass der Embryo nach geltendem Recht kein Inhaber subjektiver Grundrechte ist⁵⁶? Natürlich nicht, denn inkonsistente Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und verfassungswidrige Gesetze lassen den Vorrang der Verfassung, den das Grundgesetz in besonders eindringlicher und umfassender Weise festlegt⁵⁷, unberührt. Rechtstheoretisch mag man darüber nachdenken, ob ein Minimum an sozialer Wirksamkeit Bedingung der Geltung einer Norm ist⁵⁸. Die rechtsdogmatische Perspektive ist eine andere: Das Grundgesetz, das ausweislich des 3. Satzes der Präambel neuer Fassung für das gesamte Deutsche Volk „gilt“, kann gem. Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG nur durch Gesetze geändert werden, die den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändern oder ergänzen, eine 2/3-Mehrheit in Bundestag und Bundesrat vorausgesetzt (Art. 79 Abs. 2 GG). Eine Änderung des Grundgesetzes, die die in

42 *Rager*, ZfL 2004, 66 (69); vgl. auch *Merkel* (Fn. 1), 175ff., der allerdings meint, dass die Einführung eines „Vorkernschutzes“ „mit Strafrecht und Menschenwürdepathos“ nicht nur Kopfschütteln auslösen, sondern als verfassungswidriger Eingriff in die Freiheit ärztlicher Berufsausübung und individueller Entscheidungen zur eigenen Fortpflanzung abgelehnt und bekämpft werden würde.

43 A. a. O. (Fn. 38).

44 Die Bundesjustizministerin hat in der Bundestagsdebatte am 11. April 2008 noch einmal bekräftigt, dass sie diese Auffassung nicht teilt: „Aber selbst wenn man – anders als ich es tue – davon ausgeht, dass dieser Embryo in der Petrischale eine Menschenwürde besitzt, [...]“ (Plenarprotokoll 16/155, 16303).

45 *Merkel* (Fn. 1), 78.

46 *Merkel* (Fn. 1), 110.

47 *Hillgruber*, ZfL 2003, 38ff.; ausf. auch *ders.*, VVDStRL 67 (2008), 7 (24ff.).

48 *Merkel* (Fn. 1), 83.

49 BVerfGE 88, 203 (268, 318 und passim).

50 BVerfGE 98, 265 (297).

51 BVerfG-K, 1 BvR 1204/99 vom 6.9.1999.

52 BVerfG-K, 1 BvR 1060/02 vom 24.5.2006, Absatz-Nr. 28.

53 BVerfG, 1 BvR 49/00 vom 24.5.2006, Absatz-Nr. 57 = ZfL 2006, 124 (129).

54 *Merkel* (Fn. 1), 87ff.

55 *Merkel*, Die Zeit Nr. 5 v. 25.1.2001, 38f.

56 *Merkel* (Fn. 1), 112.

57 Vgl. Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III (52005), Art. 93 Rn. 17.

58 Vgl. *Merkel* (Fn. 1), 81f.

Art. 1 niedergelegten Grundsätze berührt, ist gem. Art. 79 Abs. 3 GG überhaupt unzulässig, und diese Vorschrift wiederum verliert ihre Gültigkeit gem. Art. 146 GG erst an dem Tag, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.

Die Väter und Mütter des Grundgesetzes, die die Perversion des Rechts schlechthin erlebt hatten, glaubten an die gestaltende Kraft des Rechts, und wer dem Grundgesetz gerecht werden will, muss sich dieses credo zu Eigen machen⁵⁹ und darf weder Gesetzgeber noch Gerichten – auch und insbesondere nicht dem Bundesverfassungsgericht – die Kompetenz zum verfassungsändernden Verfassungsbruch zusprechen. Die Regelungen des Grundgesetzes zum Thema Verfassungsänderung wären überflüssig, wenn nicht mehr beachtete Vorschriften ohnehin und eo ipso die Geltung verlören. Aus gutem Grund gehört es zu den satzungsgemäßen Zwecken der Juristen-Vereinigung Lebensrecht, die Öffentlichkeit auf „Rechtsmissbräuche“⁶⁰, auf defizitäre Zustände hinzuweisen, die die Würde und das Recht auf Leben Ungeborener verletzen - so lange, bis diese Defizite beseitigt werden.

VI. Die Würde des Menschen und die Grundrechts-subjektivität des Embryos

Nun meint *Merkel* aber, das Grundgesetz schweige zu der Frage eines subjektiv-grundrechtlichen Status des menschlichen Embryos.⁶¹ Sein Hauptargument hierfür ist die bereits erwähnte und allgemein bekannte Diskussion im Hauptausschuss des Parlamentarischen Rates.⁶² Teleologische Argumente will er nicht gelten lassen, und es stimmt ja auch, dass teleologische Argumente mit Vorsicht zu genießen sind, weil sie oft nichts anderes sind als eine „maskierte petitio principii“⁶³. Und trotzdem soll abschließend gefragt werden: Warum heißt es eigentlich in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kategorisch, dass „Jeder“, jeder Mensch, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit hat? „Darum“ lautet die Antwort des Art. 1 Abs. 2 GG: Weil der Staat verpflichtet ist, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen, deshalb, „darum“ bekennt sich das Deutsche Volk zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten und gewährleistet diese in den „nachfolgenden Grundrechten“ als „unmittelbar geltendes Recht“, das heißt: als subjektive Rechte.

Grundrechtsschutz ist Würdeschutz. Das führt uns zu der Frage: Was ist Würde, und hat auch der Embryo „Würde“? Wer die Materialien studiert, wird feststellen, dass sich in der Diskussion des Ausschusses für Grundsatzfragen die Rede von der Würde des menschlichen Lebens, des menschlichen Daseins oder des menschlichen Wesens nicht durchsetzte – was ein deutliches Indiz dafür ist, dass die Väter und Mütter des Grundgesetzes an das „Menschsein“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 S. 1

GG keine über die vegetativ-biologische Existenz hinausgehenden Bedingungen knüpfen wollten.⁶⁴ *Helene Weber*, eine der „Mütter“ des Grundgesetzes, resümierte: Würde des Menschen - „[d]ieser Begriff umfasst alles und hebt weder das rein Biologische noch das rein Geistige hervor. Kurz, er ist erschöpfend.“⁶⁵

„Was ist die Menschenwürde? Das müsste definiert werden.“ hatte *Carlo Schmid* gefordert.⁶⁶ Nachdem er sie als „Eigenschaft“, als „Attribut“ des Menschen bezeichnet hatte, erinnerte er „an das schöne Gleichnis des Epiktet von dem an seine Bank angeschmiedeten Galeerensklaven, der immer noch seine immanente Menschenwürde bewahrt“ habe: „Wenn ich von der ›Würde des menschlichen Daseins‹ ausgehe, ist dieses Attribut des Menschen als auszeichnend anerkannt.“⁶⁷ Im weiteren Verlauf der Beratungen betonte *Ludwig Bergsträsser*, dass Menschenwürde jeden Zwang ausschließe, gegen seine eigene Überzeugung zu handeln, und *Hermann v. Mangoldt* ergänzte: „Menschenwürde bedeutet vor allen Dingen, frei verantwortlich zu handeln.“⁶⁸ Es spricht also einiges dafür, dass die Mitglieder des Ausschusses für Grundsatzfragen, in dem Art. 1 GG seine heutige Gestalt gewonnen hat⁶⁹, unter der Würde des Menschen die „innere Freiheit“, die Gedankenfreiheit, die Freiheit zur Bildung von Überzeugungen, ja überhaupt: die Subjektivität des Menschen verstanden haben.⁷⁰ Nach einer Zeit beispielloser „Subjektivitätsdestruktion“ – nicht nur, aber ganz besonders in den Konzentrationslagern der Nationalsozialisten⁷¹ – sollte die Subjektivität des Menschen, also die „Eigenschaft, die bestimmend für den Menschen ist und den Menschen von anderen Geschöpfen unterscheidet“⁷², zentraler Bezugspunkt der neu zu errichtenden staatlichen Ordnung werden⁷³.

59 Vgl. *Hillgruber*, VVDStRL 67 (2008), 7 (49ff.).

60 § 2 Abs. 2 lit. d der Satzung in der Fassung vom 3. Juni 1997.

61 *Merkel* (Fn. 1), 34.

62 *Merkel* (Fn. 1), 28ff.

63 Vgl. *Merkel* (Fn. 1), 28.

64 So mit Recht *Hartleb* (Fn. 14), 197f.

65 Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 5/I (1993), 73.

66 Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 5/I (1993), 66.

67 Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 5/I (1993), 72.

68 Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 5/II (1993), 607.

69 Zur Quellenlage *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung (1997), 404ff. Über den Würdebegriff jedenfalls wurde – soweit ersichtlich – nur im Ausschuss für Grundsatzfragen gestritten.

70 Dazu demnächst ausführlich *Goos*, Innere Freiheit. Eine Rekonstruktion des Würdebegriffs des Grundgesetzes (Diss. Bonn 2008).

71 Dazu eindrucksvoll *Aschenberg*, Ent-Subjektivierung des Menschen (2003), 274 und passim.

72 *Schmid*, 4. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen v. 23.9.1948, in: Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 5/I (1993), 72.

73 Dass Art. 1 Abs. 1 GG die Überwindung des nationalsozialistischen Regimes dokumentieren sollte, ist Gemeingut, vgl. nur *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG I (22004), Art. 1 I Rn. 22.

Subjektivität – lässt sich diese Kategorie auf Embryonen anwenden? Kann man sagen, dass Embryonen „Würde“ in diesem Sinn haben? Merkel meint, der früheste Embryo sei – genauso wie der Hirntote – „subjektiv vollständig erlebnisunfähig“. Subjektives Erleben sei biologisch vom Vorhandensein neuronalen Gewebes abhängig, das sich in der Embryonalentwicklung erst Wochen nach der Befruchtung zu entwickeln beginne.⁷⁴ Da der Embryo schlechterdings nichts erleben könne, sei er subjektiv nicht verletzbar⁷⁵, und damit scheide er als Inhaber eines genuin subjektiven Rechts auf Leben aus⁷⁶. Doch wissen wir das wirklich so genau, dass der Embryo schlechterdings nicht erleben kann? Ist das nicht reine Spekulation?

Der Bonner Medizinhistoriker *Heinz Schott* berichtet in einem Beitrag unter dem Titel „Das Ungeborene im Fadenkreuz der Medizin“ von einem bekannten Hypnosearzt, der einen Patienten durch Hypnoanalyse in die vorgeburtliche Zeit zurückgeführt und diesen eine schreckliche Bedrohungsszene habe wiedererleben lassen. Der Hypnotisierte habe einen riesigen, bedrohlichen Gegenstand auf sich zukommen sehen, und im Gespräch mit dessen Mutter habe sich später herausgestellt, dass sich diese einer Abtreibung unterzogen gehabt hatte, wobei allerdings nur der Zwilling des Patienten abgetrieben worden sei. *Schott* kommentiert: „Trotz aller Skepsis, die man einem solchen Bericht entgegenbringen sollte, bleibt doch das beunruhigende Gefühl zurück, dass wir möglicherweise – nicht nur an vorgeburtlichem Leben – vernichtende Operationen durchführen, ohne deren schrecklichen Charakter wahrzunehmen“.⁷⁷

In der Pränatalpsychologie⁷⁸ geht man heute davon aus, dass frühe pränatale Erfahrungen in späteren Lebensphasen erneut erlebbar sind, auch solche, die stattgefunden haben, bevor sich das Nervensystem entwickelt hat.⁷⁹ Körper und Psyche seien untrennbar miteinander verbunden, betonen die Pränatalpsychologin *Inge Krens* und der Neurobiologe und Hirnforscher *Gerald Hüther* in einem faszinierenden Buch unter dem Titel „Das Geheimnis der ersten neun Monate. Unsere frühesten Prägungen“: „Ob es sich nun um die befruchtete Eizelle handelt, um den Embryo oder das geburtsreife Kind, immer geht es um ein Lebewesen, das sowohl körperliche als auch psychische Komponenten in sich vereinigt. Ein menschlicher Organismus entsteht nicht dadurch, dass Zellen zunächst einen Körper bilden, zu dem später irgendwann einmal die Seele hinzukommt. In dem Maß, wie sich der Körper im Verlauf der pränatalen Entwicklung immer weiter ausdifferenziert, entfaltet sich gleichzeitig und untrennbar damit auch die Psyche des ungeborenen Kindes.“⁸⁰ Schon Zellen nähmen wahr und veränderten sich durch ihre „Erfahrungen“, also durch Umweltreize: „Wir wissen natürlich nicht, ob oder was das pränatale Kind genau fühlt, aber“ – so *Inge* und *Hans Krens* unter Berufung auf den Neurologen

Antonio Damasio, dessen Bewusstseinstheorie „Ich fühle, also bin ich“ vor einiger Zeit Furore machte – „Grundkonfigurationen von Emotionen [sind] auch in einfachen Organismen [zu] finden, sogar in Einzelnern“⁸¹. Die menschliche Entwicklung sei nicht deterministisch, sondern vollziehe sich von Anfang an in steter Wechselwirkung mit der Umgebung.⁸²

„Vollständig erlebnisunfähig“ ist der Embryo also sicherlich nicht, ihn zeichnet vielmehr genau das aus, was Merkel als Minimalbedingung für die Zuerkennung subjektiver Rechte ansieht, nämlich „eine wenigstens rudimentäre gegenwärtige Erlebnisfähigkeit“⁸³. Auch diese Frühform der Subjektivität, von der wir heute wissen (oder besser: von der wir ahnen, anhand unserer Beobachtungen und Erfahrungen staunend annehmen dürfen), dass es sie gibt⁸⁴, schützt das Grundgesetz als „Würde“ des Embryos, des pränatalen Menschen.⁸⁵ Die Anerkennung eines eigenen Lebensrechts des Embryos ist Ausdruck der Achtung der Würde dieses Menschen: Der Embryo ist Subjekt – und deshalb auch Grundrechtssubjekt.

74 *Merkel* (Fn. 1), 138.

75 *Merkel* (Fn. 1), 139.

76 *Merkel* (Fn. 1), 140.

77 *Schott*, Scheidewege 35 (2005/2006), 155 (169); zur hypnotischen Altersregression umfassend *Peter*, in: Revenstorff/ders. (Hrsg.), Hypnose in Psychotherapie, Psychosomatik und Medizin (2001), 227ff.

78 Zur Geschichte dieser relativ jungen Disziplin *Janus*, in: *Krens/Krens* (Hrsg.), Risikofaktor Mutterleib (2006), 54; s. dazu auch die relativ ausführliche Rezension dieses Werks von *Neubaur*, FAZ v. 15.9.2006, 43.

79 *van der Wal/van der Bie*, in: *Krens/Krens* (Hrsg.), Grundlagen einer vorgeburtlichen Psychologie (2005), 31.

80 *Hüther/Krens*, Das Geheimnis der ersten neun Monate (5/2007), 36.

81 *Damasio*, Ich fühle, also bin ich (72007), 90.

82 *Krens/Krens*, in: dies. (Hrsg.), Risikofaktor Mutterleib (2006), 15 (20).

83 *Merkel* (Fn. 1), 143.

84 Zur „Geschichte der Entdeckung der vorgeburtlichen und geburtlichen Gefühle“ *Janus*, Der Seelenraum des Ungeborenen (2000), 13ff.

85 Vgl. in diesem Zusammenhang *Joas*, Braucht der Mensch Religion? (2004), 149f.: „Die zutiefst affektuelle Bindung an den Wert ›Menschenwürde‹ hat erst begonnen, ihre Dynamik in unserer Kultur zu entfalten. Entgegen allen Diagnosen vom Werteverfall springt die Intensität ins Auge, mit der oft erst in jüngster Vergangenheit die Menschenwürde etwa der Kinder oder der Frauen oder der Menschen nicht-weißer Rassen wirklich zum Anstoß von Veränderungen wurde. Es gibt keinen vernünftigen Grund, diese Dynamik zu unterbinden. Sie ist auch dann nicht aufzuhalten, wenn sich aus ihr Folgerungen für die Menschenwürde des ungeborenen Kindes ergeben, mit denen der liberale Individualismus vielleicht zuerst nicht gerechnet hat. Solange es schien, als sei die Selbstbestimmung des Individuums der leitende Wert moderner Gesellschaften, konnte in der Tat auf die ethischen Probleme der Abtreibung mit dem Slogan ›Mein Bauch gehört mir‹ reagiert werden, dem Inbegriff der verweigerten Einsicht, dass hier doch zumindest Werte kollidieren. Je mehr aber die Dynamik der ›Menschenwürde‹ sich entfaltet, desto deutlicher wird, dass sie nicht auf eine Freisetzung des Individualismus, sondern auf eine Respektierung der Unverfügbarkeit des anderen hinausläuft. Und dieser Andere kann eben auch ein Embryo sein.“

VII. Schluss

„Der Mensch“ heißt der Titel einer der Gastvorlesungen über „De[n] philosophische[n] Glaube[n]“, die *Karl Jaspers* im Juli 1947 in Basel gehalten hat. „Zwei Wege zeigen uns den Menschen“, so *Jaspers*: „entweder den Menschen als Forschungsgegenstand oder den Menschen als Freiheit“⁸⁶. Die Väter und Mütter des Grundgesetzes haben sich für den zweiten Weg entschieden, im Bewusstsein, dass der Mensch stets mehr ist, als er von sich wissen kann⁸⁷, oder, um es mit *Antoine de Saint-Exupéry*, dem Autor des „Kleinen Prinzen“ zu sagen, der dieses intuitive Wissen kurz vor *Jaspers* in Worte gefasst hat: „Ce que je vois là n'est qu'une écorce. Le plus important est invisible ... Was ich da sehe, ist nur eine Hülle. Das Eigentliche ist unsichtbar ...“.

86 *Jaspers*, *Der philosophische Glaube* (1948), 45.

87 *Jaspers*, *Der philosophische Glaube* (1948), 49.

88 *Saint-Exupéry*, *Le petit Prince/Der kleine Prinz* (1946/1999, 1950/12/2004), 82/106 (Kapitel XXIV)

RiAG Rainer Beckmann, Würzburg

Patientenverfügungen – zwischen Autonomie und Fürsorge

Nach der Änderung des Stammzellgesetzes steht nun als nächstes rechtsethisch schwieriges Thema die gesetzliche Regelung von Patientenverfügungen auf der Tagesordnung des Deutschen Bundestages. In einer ersten Grundsatzdebatte am 29. März 2007 war große Verunsicherung unter den Abgeordneten zu spüren, ob und ggf. wie der Gesetzgeber Bestimmungen über die Verbindlichkeit und Anwendung von Patientenverfügungen treffen soll.¹ Mittlerweile kursieren unter den Abgeordneten drei unterschiedliche Gesetzentwürfe, von denen einer bereits offiziell im Bundestag eingebracht worden ist.² Vor allem in Bezug auf die Reichweite von Patientenverfügungen und ihre praktische Umsetzung bieten die Gesetzentwürfe verschiedene Lösungsmöglichkeiten an.

I. Ein weites Feld: die Bandbreite von Patientenverfügungen

Das Thema Patientenverfügungen wird vor allem deshalb kontrovers diskutiert, weil es eine erhebliche Bandbreite aufweist. Unstrittig ist, dass der entscheidungsfähige Patient selbst über den Umfang seiner ärztlichen

Behandlung bestimmen kann. Jeder Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Patienten – also auch der Heileingriff – bedarf der rechtfertigenden Einwilligung. Liegt diese nicht vor, muss der Arzt von der Behandlungsmaßnahme Abstand nehmen, auch wenn sie medizinisch objektiv sinnvoll wäre.³ Dies gilt in gleicher Weise für lebensverlängernde Maßnahmen.⁴ Auch ein objektiv unvernünftiger Wille ist zu respektieren.⁵ In der Praxis dürften solche Fälle allerdings selten vorkommen.

Anders sieht es jedoch aus, wenn ein Patient in einer Vorausverfügung für den Fall der künftigen Entscheidungsunfähigkeit (Patientenverfügung) erklärt hat, er lehne in einer bestimmten Situation einzelne oder alle lebenserhaltenden Eingriffe ab.⁶ Solche Verfügungen werden nicht einhellig als wirksam angesehen. Gerade bei schwerwiegenden Erkrankungen oder starken gesundheitlichen Beeinträchtigungen im Alter werden derartige Verfügungen zunehmend relevant. Die im voraus erklärte Ablehnung lebenserhaltender Maßnahmen scheint hier den Charakter einer „Selbsttötungsverfügung“ anzunehmen. Zwar legt der Patient nicht direkt selbst Hand an sich. Durch die Verweigerung der medizinischen Behandlung tritt jedoch in kurzer Zeit der Tod ein. Ärzte und Pflegekräfte, die sich besonders dem Lebensschutz verpflichtet fühlen, empfinden es als belastend, wenn ihnen durch eine Patientenverfügung zugemutet wird, passiv zu bleiben und „zuzusehen“ wie der Patient stirbt.

Wenn man derartige Patientenverfügungen als reine Behandlungsverzichtserklärungen auffasst, die der Patientenautonomie gerecht werden, wird der Aspekt des bewusst einkalkulierten und alsbald eintretenden Todes vernachlässigt. Andererseits erscheint die Qualifizierung als „Selbsttötungsverfügung“ nur selten gerechtfertigt, da auch der Unausweichlichkeit des Todes Rech-

1 S. PlenProt. 16/91 vom 29. März 2007.

2 Gesetzentwurf der Abgeordneten Wolfgang Bosbach (CDU), Rene Röspel (SPD), Josef Winkler (Grüne), Otto Fricke (FDP) u. a. (März 2007); Gesetzentwurf der Abgeordneten Joachim Stünker (SPD), Michael Kauch (FDP), Dr. Lukrezia Jochimsen (Linke), Jerzy Montag (Grüne) u. a. (6.3.2008, BT-Drs. 16/8442); Gesetzentwurf der Abgeordneten Wolfgang Zöllner (CSU) und Dr. Hans Georg Faust (CDU) vom 5.6.2007. Alle Gesetzentwürfe stehen im Internet z.B. unter der Adresse www.mezizinethik.de/patientenautonomie.htm zur Verfügung. Der letztgenannte Entwurf (Zöllner/Faust) hat bislang wenig parlamentarische Unterstützung erhalten und bleibt bei den folgenden Ausführungen außer Betracht.

3 Vgl. BVerfGE 32, 98 ff.; BGHSt 11, 114; Steffen, NJW 1996, 1581; Lipp, DRiZ 2000, 233; Verrel, NSiZ 2003, 451; Roxin, Medizinstrafrecht, 2. Aufl. 2001, S. 100; Coepicus, ZRP 2003, 178.

4 Vgl. Verrel, NSiZ 2003, 451; Vossler, ZRP 2002, 295; Hufen, ZRP 2003, 250.

5 Vgl. BGH NJW 1980, 1334; 1980, 2752 f.; BGHZ 90, 106; Berger, JZ 2000, 801; Lipp, DRiZ 2000, 233; Baumann/Hartmann, D-NotZ 2000, 598; Schaffer, BtPrax 2003, 146.

6 Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich ausschließlich auf solche Patientenverfügungen, in denen lebensverlängernde medizinische Eingriffe oder Maßnahmen abgelehnt werden.

nung getragen werden muss. Das Hinnehmen eines letztlich tödlichen Krankheitsverlaufes ist in aller Regel nicht mit der bewussten Durchsetzung eines vermeintlichen „Rechts auf den eigenen Tod“ gleichzusetzen.⁷

Der Umgang mit einer schwerwiegenden und häufig tödlich verlaufenden Erkrankung, wie z. B. Krebs, kann unterschiedlich bewertet werden. Wer bereits für das Anfangsstadium einer solchen Krankheit auf medizinische Behandlung verzichtet, vergibt offensichtlich Chancen der Lebensrettung. Ein solches Verhalten käme einer „Selbsttötung“ näher als ein Behandlungsverzicht, der im Endstadium der Erkrankung nach mehreren fehlgeschlagenen Therapieversuchen erfolgt. Hier wird man kaum von einem suizidalen Verhalten ausgehen, sondern von einem Sich-abfinden mit der Krankheit, deren unaufhaltbares Fortschreiten medizinisch ohnehin nicht verhindert werden kann. Außerdem besteht in vielen Situationen nicht einfach die Wahlmöglichkeit zwischen medizinisch eindeutig wirksamer Behandlung und schlichtem „Nichtstun“. Oft genug sind Behandlungsmaßnahmen nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erfolgreich und/oder gehen mit erheblichen unerwünschten Nebenwirkungen einher. Unter diesen Umständen kann man eine Verfügung, die einen Behandlungsverzicht fordert, kaum als „Selbsttötungsverfügung“ bezeichnen.

In der Diskussion um die gesetzliche Regelung von Patientenverfügungen wird die Ansicht vertreten, man müsse ihren Anwendungsbereich beschränken (so gen. „Reichweitenbeschränkung“). Nur wenn eine irreversibel tödlich verlaufende Grunderkrankung vorliege, könne die Patientenverfügung verbindlich sein. Ferner gibt es unterschiedliche Vorstellungen, ob und wie die praktische Umsetzung von Patientenverfügungen einer sozialen bzw. gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden solle. Während die Verfechter des Autonomie-Gedankens in möglichst vielen Fällen eine unmittelbare Geltung der Verfügung sicherstellen wollen, sehen andere die Notwendigkeit der Kontrolle und Fürsorge, die sich in einer stärkeren Einbindung des sozialen Umfeldes und der Vormundschaftsgerichte niederschlägt.

Dieses Spannungsfeld zwischen Autonomie und Fürsorge soll im Folgenden speziell anhand der strittigen Fragen „Reichweitenbegrenzung“ und „Kontrollmechanismen“ untersucht werden.

II. Reichweitenbeschränkung

Argumente für eine „Reichweitenbeschränkung“ von Patientenverfügungen finden sich in der Grundsatzentscheidung des 12. Zivilsenats des BGH vom 17. März 2003⁸, dem Zwischenbericht „Patientenverfügungen“ der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages⁹ und dem so genannten „Bosbach-Entwurf“ zur Regelung von Patientenverfügungen.¹⁰

1. Die Auffassung der Rechtsprechung

Der 12. Zivilsenat des BGH knüpft in seiner betreuungsrechtlichen Entscheidung vom 17. März 2003 an die Überlegung an, dass die Zivilrechtsordnung einem Betreuer nicht etwas erlauben könne, was das Strafrecht verbiete. Der BGH habe in einer strafrechtlichen Entscheidung aus dem Jahr 1994 („Kemptener Fall“)¹¹ eine „objektive Eingrenzung“ zulässiger Sterbehilfe vorgenommen, so dass „für das Verlangen des Betreuers, eine medizinische Behandlung einzustellen, kein Raum ist, wenn das Grundleiden des Betroffenen noch keinen irreversibel tödlichen Verlauf angenommen hat und durch die Maßnahme das Leben des Betroffenen verlängert oder erhalten wird.“¹²

Damit betrachtet der 12. Zivilsenat die von einem Betreuer aufgrund einer Patientenverfügung geforderte Einstellung lebensverlängernder Maßnahmen als eine Art „Sterbehilfe“. Das verwundert schon deshalb, weil gerade ein Zivilsenat in erster Linie den Patientenwillen zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen machen müsste. Wenn dieser auf Ablehnung eines medizinischen Eingriffs gerichtet ist, fehlt es zunächst dem ärztlichen Handeln an der Legitimation durch die Einwilligung des Patienten. Ein Betreuer, der diese mangelnde Einwilligung zum Ausdruck bringt, kann für sich in Anspruch nehmen, eine Körperverletzung (medizinischer Eingriff ohne Einwilligung) abzuwehren. Dies unter dem Aspekt einer möglicherweise strafbaren „Sterbehilfe“ zu betrachten, ist aus zivilrechtlicher Sicht eher fern liegend.

Abgesehen davon ist zweifelhaft, ob der 12. Zivilsenat die strafrechtliche Entscheidung des 1. Strafsenats von 1994 richtig interpretiert. Der Strafsenat hatte im „Kemptener Fall“ als Ausgangspunkt seiner Überlegungen auf den ursprünglichen Inhalt des Begriffs der „passiven Sterbehilfe“ im Sinne der Richtlinien der Bundesärztekammer verwiesen, nämlich auf die Hilfe für Sterbende *nach Einsetzen des Sterbevorgangs*, also in *unmittelbarer Todesnähe*.¹³ In dem vom BGH seinerzeit zu entscheiden Fall lag die Patientin aber nicht im Sterben. Der Umstand, dass gleichwohl grundsätzlich die Möglichkeit des Abbruchs lebenserhaltender Maßnahmen anerkannt worden war, wurde von einzelnen Autoren als Ausweitung der „passiven Sterbehilfe“ auf Patienten außerhalb des unmittelbaren Sterbevorganges interpretiert, nicht jedoch als Wegfall der Bedingung, dass eine irreversibel tödlich verlaufende Grunderkrankung vorliegen müsse. Der BGH habe in diesem Fall „erstmalig

7 Ein „Recht auf den eigenen Tod“ ist verfassungsrechtlich nicht gewährleistet – auch nicht als „negative“ Seite des Rechts auf Leben –, vgl. Hillgruber, ZfL 2006, 73.

8 BGH, NJW 2003, 1590; vgl. auch Riedel, BtPrax 2/2005, S. 44.

9 BT-Drs. 15/3700.

10 S. Anm. 2.

11 BGHSt 40, 257 ff.

12 BGH NJW 2003, 1590. Zustimmung Riedel, BtPrax 2/2005, S. 44.

13 Vgl. BGHSt 40, 260.

den mutmaßlichen Willen des Patienten als Rechtfertigungsgrund für die Sterbehilfe durch Unterlassen im Strafrecht eingeführt: der Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen bei einem unheilbar erkrankten, nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten sollte ausnahmsweise auch dann zulässig sein, wenn die Voraussetzungen der von der Bundesärztekammer verabschiedeten damaligen Richtlinie für die zulässige Sterbehilfe nicht vorliegen, weil der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hat, wenn dies dem mutmaßlichen Willen des Kranken entspricht. Dies hat der BGH in seiner betreuungsrechtlichen Entscheidung von 2003 als ausnahmsweise Abkehr vom Erfordernis der Todesnähe, nicht aber von demjenigen der Irreversibilität des Grundleidens interpretiert und hat dies seinem betreuungsrechtlichen Beschluss zugrunde gelegt, da er als Zivilsenat an die von der strafrechtlichen Rechtsprechung gezogene Grenze der Zulässigkeit passiver Sterbehilfe gebunden war.¹⁴

Dem steht eine Sichtweise entgegen, die sich primär am Patientenwillen orientiert, der für den Umfang jeder – auch der lebensverlängernden – medizinischen Behandlung ausschlaggebend ist. Aus dieser Perspektive stellt sich das Urteil des 1. Strafsenats des BGH im Kemptener Fall anders dar. Der Senat habe zwischen einer passiven Sterbehilfe als „Hilfe beim Sterben“ in der unmittelbaren Sterbephase und einer „Hilfe zum Sterben“ in allen anderen Fällen unterschieden. Während bei der „Hilfe beim Sterben“ bereits die medizinische Indikation für lebensverlängernde Maßnahmen fehle, dürften in den anderen Fällen lebenserhaltende Maßnahmen nur *mit Willen des Patienten* unterlassen werden.¹⁵ In Anlehnung an die seinerzeitigen Richtlinien der Bundesärztekammer zur Sterbehilfe habe der BGH die Sterbephase „dahingehend umschrieben, dass das Grundleiden des Patienten irreversibel ist, einen tödlichen Verlauf genommen hat und der Tod in kurzer Zeit eintreten wird. Damit sollte die Sterbephase von den Situationen abgegrenzt werden, in denen ein Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung nur mit Willen des Patienten zulässig ist („Hilfe zum Sterben“).“¹⁶ Lässt sich ein entsprechender Wille feststellen, ergeben sich keine weiteren Einschränkungen in Bezug auf den Krankheitszustand. Insoweit erscheint die Interpretation des 12. Zivilsenats als fehlerhaft.¹⁷

Unabhängig davon ist aber auch der Ansatzpunkt des Strafsenats im „Kemptener Fall“ fragwürdig, weil er das Kriterium der „mutmaßlichen Einwilligung“ wie einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund behandelt. Der BGH prüfte die Verwirklichung eines Tötungsdelikts, weil die Angeklagten (der Sohn und der Arzt der betroffenen Patientin) durch ihr Verhalten den baldigen Tod der Patientin herbeiführen wollten. Eine Privilegierung nach § 216 StGB (Tötung auf Verlangen) kam schon deshalb nicht in Betracht, weil die Patientin in keiner Weise „ausdrücklich und ernsthaft“ ihre Tötung verlangt hatte. Es blieb damit nur die Prüfung des Tatbe-

standes von § 212 StGB (Totschlag). Aus Sicht des BGH ging es also in diesem Fall um die „mutmaßliche Einwilligung“ der Patientin *in ihre eigene Tötung*. Dem steht jedoch entgegen, dass die Einwilligung im Bereich der Tötungsdelikte – im Unterschied zu den Körperverletzungsdelikten – keine Rechtfertigungswirkung entfaltet. Aus § 216 StGB ergibt sich, dass das Vorliegen einer Einwilligung die Tötung nicht rechtfertigt, weil sogar die stärkere Einwirkung auf den Täter durch „ausdrückliches und ernstliches Verlangen“ nicht zu einer Rechtfertigung führt¹⁸.

Aufgrund der Einordnung des ärztlichen Heileingriffs als tatbestandliche Körperverletzung¹⁹ hätte sich der 1. Strafsenat des BGH dem Problem – ebenso wie der 12. Zivilsenat – auf andere Weise nähern müssen. Ärztlichen Behandlungen, die zu körperlichen Eingriffen beim Patienten führen, bedürfen von vornherein der Rechtfertigung durch die Einwilligung des Patienten. Soll eine lebenserhaltende Behandlungsmaßnahme abgebrochen werden, bedarf es somit nicht einer erneuten Einwilligung – nunmehr in die Tötung –, sondern es wäre zu prüfen, ob die ursprünglich die Behandlung rechtfertigende Einwilligung weggefallen ist und damit die weitere Behandlung nicht mehr dem seinerzeit erklärten oder aktuell anzunehmenden Willen des Patienten entspricht²⁰. Fällt damit der Rechtfertigungsgrund für den ärztlichen Eingriff weg, darf der Arzt die Behandlung nicht fortführen. Wenn der Arzt aber *nicht mehr behandeln darf*, weil ihm keine Einwilligung vorliegt, kann ihm *nicht gleichzeitig eine Bestrafung wegen eines Tötungsdelikts drohen*. Der Arzt kann nicht gehalten sein, zwei gegenläufige Rechtspflichten zu erfüllen: Unterlassen der – lebensverlängernden – Behandlung mangels Einwilligung des Patienten (bei Zuwiderhandlung strafbar als Körperverletzung) und Fortsetzung der Behandlung zur Lebensverlängerung (bei Zuwiderhandlung strafbar als Tötung durch Unterlassen)!

Ein Arzt hat gegenüber einem Patienten, der eine bestimmte Behandlung nicht will, keine Garantenpflicht zu erfüllen, die eine Unterlassenstäterschaft begründen

14 Riedel, BtPrax 2/2005, S. 44.

15 Vgl. Volker Lipp, Patientenverfügung und Lebensschutz. Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der „Sterbehilfe“, Göttingen 2005 (= Lipp), S. 14 f.

16 Lipp, a.a.O. Die Richtlinien der Bundesärztekammer von 1993 sahen in Ziff. II. 2. „bei Patienten mit irreversibel verlaufenden Erkrankungen oder Verletzungen mit infauster Prognose“ die Möglichkeit zum Behandlungsabbruch ohne die Erwähnung des Willens oder des mutmaßlichen Willens des Patienten vor. In Ziff. II. 1. wurde dagegen allgemein – ohne Erwähnung eines bestimmten Krankheitsbildes – auf den Willen des urteilsfähigen bzw. den mutmaßlichen Willen des entscheidungsunfähigen Patienten verwiesen. Vgl. BÄK, Richtlinien für die ärztliche Sterbegleitung, DÄBl. 90 (1993), S. A-2461.

17 Vgl. Lipp, S. 15; Kutzer, ZRP 2003, 213; Verrel, S. C 21 u. 43.

18 Vgl. S/S-Eser, § 216 Rz 13; Hirsch, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, in: Festschrift für Lackner, 1987, S. 609.

19 St. Rspr., vgl. S/S-Eser, § 223 Rz 29 m.w.N.

20 Vgl. Deichmann, MDR 1995, 983; Merkel, ZStW 107 (1995), 559; Höfling, JuS 2000, 116.

könnte²¹. Der Arzt handelt in Hinblick auf die möglichen Folgen der Nichtbehandlung (Tod des Patienten) nicht etwa „gerechtfertigt“, sondern verwirklicht schon den Tatbestand eines Tötungsdelikts nicht. Der Umfang der Behandlungspflicht liegt im Verantwortungsbereich des Patienten. Daher trägt der Arzt nicht die strafrechtliche Verantwortung für die Folgen einer Ablehnung von Behandlungsmaßnahmen. Letztlich ist es daher auch sachlich nicht gerechtfertigt, dass der 12. Zivilsenat von einer „strafrechtlichen Grenze“ für den Behandlungsabbruch auf Wunsch des Patienten ausgeht. Da der Patient die Reichweite der Behandlung bestimmt, ist eine „Reichweitenbeschränkung“ aus strafrechtlicher Sicht nicht geboten.

2. Stellungnahme der Enquete-Kommission

Die Enquete-Kommission führt für die von ihr vorgeschlagene Reichweitenbeschränkung auf Fallkonstellationen, „in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen wird“²², im Wesentlichen zwei Argumente an:

- Vorausverfügungen könnten nicht genauso behandelt werden wie aktuelle Willensentscheidungen;
- es müsse die Entstehung eines Klimas vermieden werden, „in dem Druck auf ältere und/oder schwerkranke Menschen ausgeübt werden kann, ihr Leben mittels einer Patientenverfügung willentlich beenden zu lassen“.²³

Dass es zwischen aktuellen Willensentscheidungen und Vorausverfügungen deutliche Unterschiede gibt, ist zutreffend. Vorausverfügungen haben regelmäßig einen größeren zeitlichen Abstand zur Entscheidungssituation. Eine aktuelle Aufklärung und eine entsprechender Dialog mit dem Patienten sind nicht (mehr) möglich. Ferner können Einstellungsänderungen, die sich bei vielen Patienten gerade im Verlauf einer Erkrankung ergeben, nicht berücksichtigt werden. Ob diese Gesichtspunkte jedoch eine grundlegend andere Behandlung von Vorausverfügungen rechtfertigen, ist fraglich. Erklärungen für die Zukunft werden in unserer Rechtsordnung allgemein akzeptiert und haben solange Geltung, bis sie geändert oder widerrufen werden. Die Aufklärung über die medizinisch bedeutsamen Folgen einer Behandlungsverzichtserklärung kann vorgezogen und ggf. zur Voraussetzung der Wirksamkeit einer Patientenverfügung gemacht werden. Schließlich sind Einstellungsänderungen, soweit sie als aktueller Wille tatsächlich zum Ausdruck kommen, immer vorrangig zu berücksichtigen. Die hypothetische Annahme, dass sich die Einstellung des Patienten zu der im voraus getroffenen Entscheidung geändert haben könnte, kann dagegen dem erklärten und nicht veränderten oder widerru-

fenen Willen seine rechtliche Bindungswirkung nicht nehmen.

Vor allem aber ist zu bedenken, dass die genannten Unterschiede zwischen Vorausverfügungen und aktuellen Erklärungen auf *alle* Patientenverfügungen zutreffen und nicht nur auf solche, die eine Situation betreffen, in der eine irreversibel tödlich verlaufende Grunderkrankung gegeben ist. Sie eignen sich daher nicht, eine Reichweitenbegrenzung zu begründen.

Die Befürchtung, es könne ein *gesellschaftlicher Druck* entstehen, Patientenverfügungen mit Behandlungsverzichtserklärungen zu verfassen – gerade angesichts des Kostendrucks im Gesundheitswesen –, trifft ebenfalls auf *alle* Patientenverfügungen zu. Gerade bei irreversiblen Erkrankungen, die nach ärztlicher Erkenntnis zum Tod führen werden und die nach Ansicht der Enquete-Kommission innerhalb der „zulässigen Reichweite“ von Patientenverfügungen liegen sollen, kann die Ausübung sozialen Drucks stattfinden.

3. Der Gesetzentwurf von MdB Bosbach u. a.

Die Begründung des Gesetzentwurfs der Abg. Wolfgang Bosbach und Koll., der für die gesetzliche Regelung von Patientenverfügungen eine „Reichweitenbegrenzung“ vorsieht, beruft sich im Wesentlichen auf die Rechtsprechung des BGH²⁴, die die „zivil- und strafrechtlichen Grenzen passiver Sterbehilfe“ aufzeige²⁵. Zusätzlich wird auf die Unterschiede zwischen Vorausverfügungen und aktuellen Entscheidungen verwiesen.

Diese im Ergebnis nicht überzeugenden Argumente (s. o. II 1. u. 2.) ergänzt die Entwurfsbegründung mit der Aussage: „In den Fällen, in denen das Grundleiden keinen irreversibel tödlichen Verlauf angenommen hat, es also um die Lebensbeendigung bei Lebenden geht, wiegt die Schutzpflicht des Staates für das Leben schwerer als dort, wo es um das Sterbenlassen von Sterbenden geht.“²⁶ Hier wird mit sprachlichen Mitteln ein Kategorienunterschied vorgetäuscht, der in der Sache nicht existiert. Denn auch dann, wenn eine irreversibel tödlich verlaufende Grunderkrankung vorliegt, führt ein in einer Patientenverfügung festgelegter Behandlungsverzicht zu einer „Lebensbeendigung bei Lebenden“. Denn schließlich sind Patienten, die an einer unumkehrbar tödlich verlaufenden Erkrankung leiden, nicht nur „Sterbende“, sondern bis zu ihrem Tod selbstverständlich auch „Lebende“.²⁷

21 Vgl. Hirsch, Lackner-FS, S. 600, Deichmann, MDR 1995, 983.

22 BT-Drs. 15/3700, S. 38 f.

23 A.a.O.

24 Vgl. Anm. 2, S. 21, 22, 30.

25 Anm. 2, S. 22.

26 A.a.O.

27 Zwei Absätze nach dem Zitat wird dies auch offen im Gesetzentwurf selbst so formuliert, wenn es um die Situation der irreversiblen Bewusstlosigkeit geht: „Wie bei irreversibel tödlich Erkrankten handelt es sich auch hier um Lebende“, vgl. Bosbach u. a. (Anm. 2), S. 22.

4. Reichweitenbegrenzung und Zwangsbehandlung

Von den Befürwortern einer „Reichweitenbegrenzung“ wird an keiner Stelle offen ausgesprochen, was geschehen soll, wenn ein Patient sich in seiner Verfügung nicht an die „zulässige Reichweite“ von Patientenverfügungen hält. Die logische Konsequenz der Reichweitenbeschränkung ist, ihn auch gegen seinen erklärten Willen weiter zu behandeln – was mit dem plakativen und im Kern auch zutreffenden Wort von der „Zwangsbehandlung“²⁸ umschrieben werden kann. Zu Recht werden hiergegen verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht.²⁹

Aber auch rechtspolitisch erscheint dieser Weg nur kurzfristigen Erfolg zu versprechen. In der Praxis werden bei einer solchen einschränkenden Regelung Fälle auftreten, in denen Patienten gegen ihren erklärten Willen beatmet oder über Sonden ernährt werden, um dann nach wenigen Wochen oder Monaten doch zu sterben, ohne dass eine Besserung ihres Zustandes eingetreten ist. Leicht wird man dies als rechtswidrige Missachtung des Patientenwillens und sinnloses „zu Tode quälen“ alter Menschen brandmarken können. Es ist zu befürchten, dass mit plakativ herausgestellten Einzelschicksalen Stimmung gegen „unbarmherzige Lebensschützer“ gemacht werden könnte. Die Forderung nach Zulassung der „Mitleidstötung“ würde hierdurch wohl noch mehr Rückenwind erfahren.

Aus der Perspektive des in unserer Rechtsordnung anerkannten Entscheidungsrechts des Patienten über die Inanspruchnahme ärztlicher Behandlungsmaßnahmen gesehen, ist eine Begrenzung der Reichweite von Patientenverfügungen nicht begründbar. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten muss in jeder Krankheitsphase beachtet werden, nicht nur bei irreversibel tödlich verlaufenden Erkrankungen.³⁰ Das Thema „Patientenverfügung“ ist schließlich nicht deckungsgleich mit dem Thema „passive Sterbehilfe“. In den meisten Fällen wird es beim Thema „Patientenverfügung“ um schwerwiegende und häufig unumkehrbar tödlich verlaufende Krankheitssituationen gehen. Aber auch in allen anderen Fällen, in denen eine „Sterbesituation“ nicht gegeben ist, bleibt der Patient die letzte Instanz, die über Art und Umfang medizinischer Maßnahmen „verfügen“ kann.

III. Kontrollmechanismen

Im Rahmen einer gesetzlichen Regelung von Patientenverfügungen ist zu berücksichtigen, dass nicht jede Verfügung die aktuelle Entscheidungssituation eindeutig genug trifft und dass häufig auch gar keine Vorausverfügung existiert. Wenn aber der Inhalt einer Verfügung interpretiert oder in Ermangelung eines vorab erklärten Willens der „mutmaßliche Wille“³¹ ermittelt werden muss, sind stellvertretende Entscheidungen unumgäng-

lich. In welcher Weise diese Entscheidungen zustande kommen und wann die Vormundschaftsgerichte eine Kontrollfunktion übernehmen sollen, muss der Gesetzgeber entscheiden.

Anstelle des Patienten ist dessen rechtlicher Vertreter, der Bevollmächtigte oder Betreuer, zur Entscheidung berufen. Für eine weitgehende Alleinentscheidungskompetenz sowie ein weitgehendes Absehen von gerichtlicher Kontrolle lassen sich folgende Argumente anführen:

- Ein persönlich vom Patienten ausgewählter Bevollmächtigter hat dessen Vertrauen, so dass die Einbeziehung weiterer Personen oder eine Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht nicht notwendig erscheinen.³²
- Durch das Verfassen einer Patientenverfügung nimmt der Patient die Verantwortung für seine medizinische Behandlung selbst in die Hand. Dies ist Ausdruck seiner Autonomie. Die Beteiligung von anderen Personen an der Entscheidungsfindung wäre eine Einmischung in die Patientenautonomie.
- Jede Beteiligung von weiteren Personen über den rechtlichen Vertreter des Patienten hinaus würde zu einer Verzögerung der Entscheidung führen. Soweit der Patient in seiner Verfügung bestimmt hat, dass Behandlungsmaßnahmen unterlassen werden sollen, käme es zu einer ungerechtfertigten Verlängerung des Sterbeprozesses.

Andererseits gibt es gewichtige Argumente, die gegen eine Alleinentscheidung und für eine regelmäßige soziale oder gerichtliche Kontrolle sprechen:

- Zunächst ist zu beachten, dass bei der Entscheidung über die Beendigung lebensverlängernder Maßnahmen ein hohes Rechtsgut auf dem Spiel steht: das Recht auf Leben. Je höher das zu schützende Rechts-

²⁸ Lipp (Anm. 15) S. 18; Duttge, ZfL 2006, 86.

²⁹ Vgl. hierzu Nationaler Ethikrat, Patientenverfügung, 2005, S. 19; Hufen, NJW 2001, 850 ff.

³⁰ Vgl. Verrel, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, München 2006, S. C 85; Knopp/Hoffmann, MedR 2005, 88.

³¹ Zur Kritik an dieser Rechtsfigur vgl. Beckmann, Gibt es ein „Recht auf selbstbestimmtes Sterben“?, in: R. Beckmann/M. Löhr/J. Schätzle (Hg.), Sterben in Würde, 2004, S. 212 ff. und BT-Drs. 15/3700, S. 59 (Sondervotum Beckmann). Einen Vorschlag, wie der Gesetzgeber die Ermittlung des mutmaßlichen Willens konkret regeln könnte, enthält § 3 eines „Patientenautonomie- und Integritätsschutzgesetzes“ der Deutschen Hospiz Stiftung, der von Prof. Dr. Wolfram Höfling erarbeitet wurde (s. www.hospize.de/docs/stellungnahmen/gesetz_01.pdf). Diese detaillierten Regeln fanden bislang keine ausreichende Berücksichtigung in den im Bundestag diskutierten Gesetzentwürfen zur Regelung von Patientenverfügungen.

³² So empfiehlt z. B. der NER, die Entscheidungskompetenz von Bevollmächtigten und Betreuern unterschiedlich zu regeln und nur dann eine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle vorzusehen, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Bevollmächtigte seinen Entscheidungsspielraum überschreitet (S. 32).

gut, um so eher sollte im Sinne des Vorsichtsprinzips eine verfahrensmäßige Kontrolle (durch Mehrpersonenentscheidung oder andere Kontrollmechanismen) vorgesehen werden.

- Die Voraussetzung, dass einer Patientenverfügung eine autonome Entscheidung zugrunde liegt, muss nicht immer der Realität entsprechen.
- Vorausgesetztes Vertrauen in einen Bevollmächtigten kann enttäuscht werden.³³ Ein nicht vom Patienten selbst, sondern durch gerichtliche Bestellung legitimer Betreuer kann von vornherein nur eine geringere Vertrauensstellung beanspruchen.
- Bei der häufig erforderlichen Interpretation von Patientenverfügungen bzw. der Ermittlung des „mutmaßlichen Willens“ ist die Einbeziehung aller Personen sinnvoll, die engen Kontakt mit dem Patienten hatten bzw. haben. Der rechtliche Vertreter benötigt zumindest Beratung durch andere Personen. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass der wirkliche Wille des Patienten verfehlt wird. Regelmäßig werden die Angehörigen, Pflegekräfte aber auch andere dem Patienten nahe stehenden Personen einen wichtigen Beitrag zur Willensermittlung leisten können.
- Bei der Entscheidung Einzelner können im Nachhinein eher Zweifel an ihrer Legitimität auftreten. Mancher rechtlicher Vertreter kann sich auch überfordert fühlen. Die Einbeziehung weiterer Personen oder des Vormundschaftsgerichts kann hier legitimierend und entlastend wirken.

Eine Abwägung der genannten Argumente, die für bzw. gegen die Alleinentscheidung durch den rechtlichen Vertreter sowie für bzw. gegen eine bestimmte Kontrolldichte sprechen, führt zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber jedenfalls eine gewisse verfahrensmäßige Kontrolle vorsehen sollte. Der Staat hat gerade in Hinblick auf das Rechtsgut Leben eine Schutzpflicht. Da der Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen in kürzester Frist zum Tod des Patienten führt, erscheint es geboten, die praktische Umsetzung von Patientenverfügungen und die Ermittlung und Durchsetzung des „mutmaßlichen Willens“ von der Einhaltung bestimmter Verfahrensregeln abhängig zu machen und nicht blind auf die Einzelentscheidungskompetenz des rechtlichen Vertreters zu vertrauen.

Abgesehen von dieser Grundaussage bleibt dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum. Dieser wird von den bislang bekannt gewordenen Regelungsvorschlägen in unterschiedlicher Weise genutzt. In dem Gesetzentwurf der Abgeordneten Bosbach u. a. sollen der Arzt und der rechtliche Vertreter des Patienten bei der Entscheidungsfindung durch ein „Konsil“ der dem Patienten nahe stehenden Personen beraten werden. „In der Regel“ ist „den Pflegepersonen sowie dem Ehegatten, Lebenspartner, Eltern, Pflegeeltern und Kindern sowie vom Betreuten schriftlich benannten nahe stehenden Personen

Gelegenheit zur Äußerung zu geben, sofern dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist (beratendes Konsil).“³⁴ Diese Regelung soll auch für Bevollmächtigte gelten. Sind sich der Arzt und der rechtliche Vertreter des Patienten nach der Beratung über den Patientenwillen einig, ist eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich³⁵. Besteht dagegen Uneinigkeit, entscheidet das Vormundschaftsgericht³⁶.

Im Gesetzentwurf des Abg. Stünker u.a. findet sich eine ähnliche Einbeziehung von „nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen“, denen „Gelegenheit zur Äußerung“ zu geben ist³⁷. Allerdings soll dies nur in den Fällen gelten, in denen keine oder eine unzureichende Patientenverfügung vorliegt und nach dem „mutmaßlichen Willen“ zu entscheiden ist. Damit ist die „soziale Kontrolle“ und die breitere Wissensbasis, die eine „Konsil-Lösung“ bieten kann, deutlich begrenzt. Sind sich Arzt und Patientenvertreter über den mutmaßlichen Patientenwillen einig, findet auch keine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle statt³⁸. Die gebotenen verfahrensrechtlichen Kontrollmechanismen bei der Ablehnung lebensverlängernder Maßnahmen kommen insofern in diesem Gesetzentwurf m. E. nicht ausreichend zur Geltung.

IV. Wo bleibt die Schutzpflicht des Staates?

Nachdem eine „Reichweitenbegrenzung“ für Patientenverfügungen aus rechtlichen Erwägungen nicht zu befürworten ist, stellt sich die Frage, wie über die Verfahrensgestaltung hinaus die Schutzpflicht des Staates für das Leben zur Geltung gebracht werden kann.

Auch in den Fällen, in denen man eine Patientenverfügung als „Selbsttötungsverfügung“ interpretieren kann, kann aus der geltenden Rechtsordnung kein Recht auf die Missachtung entsprechender Verfügungen abgeleitet werden, da selbst die direkte Selbsttötung keiner strafrechtlichen Sanktion unterliegt. Zwar kann man aus der fehlenden Strafdrohung für den Suizid nicht ohne weiteres auf ein „Recht auf Selbsttötung“ schließen.³⁹ Gleichwohl sind die Möglichkeiten, die Schutzpflicht des Staates für das Leben *gegen den Willen des Betroffenen* in Ansatz zu bringen, beschränkt. Dem freiverantwortlich getroffenen Entschluss, aus dem Leben scheiden oder eine lebensverlängernde Behand-

33 Kritisch bzgl. Vertreterentscheidungen und ihrer Übereinstimmung mit dem Patientenwillen etwa Duttge, Preis der Freiheit, 2004, S. 42 f.

34 Vgl. § 1904 Abs. 4 BGB-E (GE Bosbach, Anm. 2, S. 6).

35 Vgl. § 1904 Abs. 3 BGB-E, a.a.O.

36 Vgl. § 1904 Abs. 2 i.V.m. 1904 a BGB-E, a.a.O. Der Nationale Ethikrat sieht weitergehend die Notwendigkeit einer Gerichtsentscheidung bereits dann gegeben, „wenn es bei der Anerkennung und Auslegung der Patientenverfügung zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Betreuer, dem Arzt, einer Pflegekraft oder einem Angehörigen kommt“ (Anm. 29, S. 32).

37 § 1901 a Abs. 2 BGB-E, BT-Drs. 16/8442, S. 4.

38 § 1904 Abs. 4 BGB-E, a.a.O.

39 Vgl. hierzu Beckmann (Anm. 31), S. 219 ff.

lung nicht in Anspruch nehmen zu wollen, kann in einem Rechtsstaat nicht mit Zwangsmitteln entgegengetreten werden. Hier steht das Einwirken auf die Motivation des Betroffenen im Vordergrund, nicht die faktische Lebenserhaltung durch aufgezwungene medizinische Eingriffe.

Hat der Betroffene selbst keinen Lebenswillen mehr, stößt die Rechtsordnung an ihre Grenzen. Es ist schon fraglich, ob es überhaupt so etwas wie eine „Pflicht zum Leben“ geben kann, die „von Rechts wegen“ eingefordert werden könnte. Umso mehr erscheinen Rechtsvorschriften ungeeignet, sterbewillige Personen zum Weiterleben zu zwingen. Es geht vielmehr darum, auch für alte, kranke und sterbende Menschen Bedingungen zu schaffen, die es ihnen ermöglichen, eine nur noch kurze und oft mit hohen Einschränkungen belastete Lebensspanne als lebenswert zu erkennen und anzunehmen.

Gerade diese Bedingungen sind in unserer Gesellschaft nur unzureichend gegeben. Behandlungsverzichtserklärungen, wie sie viele Patientenverfügungen enthalten, sind im Grunde Ausdruck mangelnder Fürsorge. Viele Menschen sehen sich in Alter und Krankheit nicht ausreichend umsorgt und gut aufgehoben, sondern haben massive Ängste: die Angst vor Schmerzen, vor Einsamkeit und sozialer Isolierung; die Angst anderen zur Last zu fallen, als Person nicht mehr ernst genommen, in einem seelenlosen Medizinbetrieb als „Nummer“ behandelt zu werden; und schließlich die Angst, durch eine sinnentleerte High-Tech-Medizin um ein menschenwürdiges Sterben betrogen zu werden.

Hier liegt das eigentliche Problem. Die rechtliche Ausgestaltung der ohnehin nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen wirksamen Patientenverfügung ist keine vordringliche Aufgabe des Gesetzgebers. Viel wichtiger wäre die Umgestaltung unseres Gesundheitswesens, damit die beschriebenen Ängste abgebaut werden können. Von wesentlicher Bedeutung sind hierbei ein Ausbau der Palliativmedizin und eine größere Unterstützung der Hospizbewegung⁴⁰. Zu lange stand das letztlich unerreichbare „Therapieziel“ der Lebensverlängerung im Zentrum ärztlichen Handelns. Und zu selten wurde und wird erkannt, dass man das Sterben ab einem bestimmten Zeitpunkt zulassen muss. Das heißt natürlich nicht, dass der Arzt seine Verantwortung für den Patienten einfach aufgibt. Auch wenn das eigentliche Therapieziel der Heilung nicht mehr erreicht werden kann, bleibt der Arzt zur Basisversorgung unter bestmöglicher Symptomkontrolle verpflichtet.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände ergeben sich für den Gesetzgeber besondere Fürsorgepflichten, die in der bisherigen Debatte noch zu wenig Beachtung gefunden haben:

- In erster Linie ist es notwendig, dass soziale Zwänge abgebaut oder zumindest reduziert werden. Der

Wunsch nach Behandlungsverzicht ist oft genug durch äußere Einflüsse maßgeblich mitbestimmt. Schlechte Symptomkontrolle (insbesondere eine unzureichende Schmerzbehandlung), Einsamkeit und finanzielle Belastungen lassen Ängste aufkommen, die ein möglichst „rasches Ende“ erstrebenswert erscheinen lassen. Gerade die Betreuung Sterbender findet in unserem Gesundheitswesen nicht ausreichend Berücksichtigung, Zeit für individuelle Zuwendung ist kaum vorhanden. Das demographische Ungleichgewicht tut ein Übriges, um alten und kranken Menschen das Gefühl zu vermitteln, dass sie für die Gesellschaft eine Belastung darstellen. Solche Fehlentwicklungen und Schief lagen können natürlich nicht kurzfristig korrigiert werden. Sie müssen aber vom Gesetzgeber konsequent angegangen werden, damit der autonomieorientierte Ansatz der Patientenverfügung nicht in die massenweise Selbstentsorgung älterer Menschen umschlägt.

- Während die Patientenverfügung lediglich ein Mittel zur Begrenzung medizinischer Maßnahmen darstellt, erscheint der konzeptuelle Ansatz, der in Palliativstationen und Hospizen verfolgt wird, wesentlich besser geeignet, die Bedürfnisse schwer kranker und sterbender Menschen zu befriedigen. Hier wird nicht nur auf sorgfältige Behandlung der Krankheitssymptome Wert gelegt, sondern auch der individuellen Betreuung hohe Aufmerksamkeit gewidmet. Eine flächendeckende Versorgung mit derartigen Einrichtungen ist aber noch längst nicht gegeben und sollte zielstrebig verwirklicht werden.
- Die Abfassung von Patientenverfügungen sollte weder direkt noch indirekt zur Pflicht werden. Erforderlich ist daher ein „Koppelungsverbot“: Versicherungen oder Altenheimen ist es zu untersagen, positive bzw. negative Konsequenzen daran zu knüpfen, dass jemand eine Patientenverfügung erstellt bzw. nicht erstellt hat. Patientenverfügungen sollen freiwillige Entscheidungen bleiben und nicht durch mehr oder weniger „sanften Druck“ den Betroffenen aufgenötigt werden.
- Da sich eine gesetzliche Regelung – und damit zwangsläufig auch eine gewisse Aufwertung – von Patientenverfügungen wohl nicht vermeiden lässt, sollte der Gesetzgeber besonders darauf achten, dass es sich um ein Instrument handelt, das Stellvertreterentscheidungen erfordert. In allen Fällen, in denen eine Patientenverfügung existiert, obliegt deren Interpretation, Anwendung und Durchsetzung dem rechtlichen Vertreter des Patienten. Soweit keine Patientenverfügung vorliegt oder diese keine genaue Vorgabe für die aktuelle Entscheidungssituation macht, muss ebenfalls ein

40 Vorschläge hierzu enthält der Zwischenbericht „Verbesserung der Versorgung Schwerstkranker und Sterbender in Deutschland durch Palliativmedizin und Hospizarbeit“ der Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/5858.

41 Vgl. BT-Drs. 15/3700, S. 46; Nationaler Ethikrat (Anm. 29), S. 29.

Stellvertreter des Patienten den so genannten „mutmaßlichen Willen“ erforschen. Daher ist es wichtig, durch die gesetzliche Regelung den Dialog zwischen dem Arzt und dem rechtlichen Vertreter des Patienten zu stärken. Nur im Gespräch zwischen Patientenvertreter, Arzt und ggf. weiteren Personen, die dem Patienten nahe stehen, kann eine adäquate Entscheidung gefunden werden.

Gleichzeitig muss der Gesetzgeber auch Vorsorge für den Fall treffen, dass die Entscheidungsbefugnis missbraucht wird. Wie aus anderen Rechtsbereichen hinreichend bekannt ist, führt die Befugnis, für einen anderen Entscheidungen treffen zu können, immer wieder auch zum Missbrauch. Daher ist es notwendig, in den Prozess der Entscheidungsfindung wenn möglich eine soziale Kontrolle – etwa nach dem Modell des „Konsils“ – einzubauen und in strittigen Fällen auch eine Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht vorzusehen.

- Ausdruck der Fürsorge sollte auch sein, dass staatliche Stellen objektiv über die Vor- und Nachteile von Patientenverfügungen unterrichten und keine unkritische Werbung betreiben. Vor allem wäre es eine wichtige Aufgabe, vor den Gefahren besonders weitreichender Behandlungsverzichtserklärungen zu warnen, insbesondere in den Fällen, in denen Chancen für eine Besserung des Gesundheitszustandes ausgeschlagen werden. Patientenverfügungen können als

Form der Eigeninitiative akzeptiert werden, sind jedoch keine Patentlösung für die Probleme, die in schwerer Krankheit auftreten, vor allem am Lebensende. Mit dem Ausfüllen eines der vielen kursierenden Formulare für Patientenverfügungen ist es nicht getan. Es sollte sich immer um individuelle Entscheidungen nach gewissenhafter Information handeln, die auch individuell verantwortet werden müssen - mit allen verbleibenden Risiken.

V. Fazit

Eine große Zahl von Bürgerinnen und Bürgern hat noch keine Patientenverfügung und wird auch in Zukunft vermutlich keine haben. Es ist daher von besonderer Wichtigkeit, dass die gesetzliche Regelung von Patientenverfügungen nicht davon ablenkt, die notwendigen Veränderungen im Gesundheitswesen auf den Weg zu bringen, die wirklich geeignet sind, die Achtung vor dem Leben und der Würde alter, kranker und sterbender Menschen zu stärken. Jeder Mensch hat einen Anspruch darauf, menschenwürdig sterben zu dürfen, egal ob er eine Patientenverfügung hat oder nicht. Hierfür die Rahmenbedingungen zu schaffen, ist die vorrangige Aufgabe der Politik. Der Ausbau der Palliativmedizin und die Stärkung der Hospizbewegung könnten die Abfassung von Patientenverfügungen weitgehend überflüssig machen.

beitrag

VRiaVG a. D. Bernward Büchner, Freiburg

Ethische Wanderdünen*

Dieses Frühjahr brachte zwei schmerzliche Niederlagen für den Lebensschutz in Deutschland und Europa: Die Entscheidung des Bundestags vom 11. April, den im Stammzellgesetz festgelegten Stichtag für den möglichen Import menschlicher embryonaler Stammzellen um 5 Jahre hinauszuschieben, und wenige Tage später dann die Resolution der Parlamentarischen Versammlung des Europarats in Straßburg vom 16. April zum angeblichen „Recht auf Abtreibung“.

Dem Stammzell-Beschluss des Bundestags ist eine lebhaft und intensive öffentliche Debatte vorausgegangen, an der sich die Lebensrechtsorganisationen rege beteiligt haben, insbesondere der Bundesverband Lebensrecht (BVL). Auf dessen Initiative fand in Berlin ein Hearing statt und wurde mit dem Internet-Portal www.deine-stammzellen-heilen.de eine Kampagne gestartet, mit der eine hervorragende Informationsarbeit

geleistet wurde und in deren Rahmen sich eine große Zahl namhafter und sachverständiger Persönlichkeiten zu Wort gemeldet haben. Bei einer vom BVL in Auftrag gegebenen, repräsentativen Umfrage des Meinungsforschungsinstituts TNS Infratest haben sich etwa zwei Drittel der Befragten gegen eine Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen zu Forschungszwecken und für die Forschung und Therapie mit adulten Stammzellen ausgesprochen¹. Eine ganz große Mehrheit der Bevölkerung Deutschlands will also nicht, was der Bundestag beschlossen hat.

Auch die Juristen-Vereinigung Lebensrecht hat sich in der Stammzell-Debatte wiederholt zu Wort gemeldet. Dabei hat sie insbesondere betont, dass es verwerflich ist, sich die Früchte einer Unrechtshandlung selbst für Heilungszwecke zunutze zu machen, und dass bereits die – wenn auch eingeschränkte – gesetzliche Erlaubnis

* Einführendes Referat des JVL-Vorsitzenden anlässlich des Symposiums der Juristen-Vereinigung Lebensrecht am 2. Mai 2008 in Köln.

1 ZfL 1/2008, S. IV Trends.

des Imports menschlicher embryonaler Stammzellen, die nur durch Tötung von Embryonen gewonnen werden können, gegen die Pflicht zur Achtung der Menschenwürde verstößt.² Insbesondere *Christian Hillgruber*, stellvertretender Vorsitzender der JVL, hat diesen Standpunkt in der NJW, in der F.A.Z.³ und bei einer Anhörung des Bundestages dezidiert vertreten. Von dieser Grundposition ausgehend hat die JVL ein Import- und Forschungsverbot für embryonale Stammzellen gefordert. Die beschlossene Verschiebung des Stichtags ist angesichts der Fülle und des Gewichts der Gegenargumente unverständlich und zumindest, was die Höhe des Abstimmungsergebnisses betrifft, nicht zu erwarten gewesen. Insbesondere die CDU/CSU-Fraktion bot dabei ein Bild der Zerrissenheit. Nur 89 Unionsabgeordnete votierten für ein Forschungsverbot, 102 für die Verschiebung des Stichtags, nur 113 dagegen und 31 Fraktionsmitglieder stimmten sogar für die völlige Streichung des Stichtags.⁴

Eine besonders unrühmliche Rolle spielte die Forschungsministerin *Schavan*. Es lohnt sich, noch einmal nachzulesen, wie sie ihren forschungsfreundlichen Standpunkt in der abschließenden Parlaments-Debatte begründet hat.⁵ Die embryonalen Stammzelllinien, sagte sie, würden aus solchen Embryonen gewonnen, „bei denen die Entscheidung bereits getroffen wurde, sie nicht für eine Schwangerschaft einzusetzen, also solche, denen die Voraussetzung zum Leben bereits genommen ist.“ In derselben Rede erklärte Frau *Schavan*, das Embryonenschutzgesetz stehe nicht zur Diskussion. Es sei unbestritten. Das sei der umfassendste Schutz der Embryonen. Dabei bleibe es. Damit täuscht sie darüber hinweg, dass ihre zuvor wiedergegebene Argumentation einem Rückfall hinter den Erkenntnisstand gleichkommt, der dem Embryonenschutzgesetz zugrunde liegt. Danach darf es menschliche Embryonen, die künstlich für einen anderen Zweck erzeugt wurden als die Einführung in die Gebärmutter zur Herbeiführung einer Schwangerschaft während eines Zyklus, also die so genannten überzähligen Embryonen, von denen Frau *Schavan* sprach, gar nicht geben. Eine Forschungsministerin, die derart schillernd argumentiert, verdient nicht das Vertrauen, dass bei ihr der Embryonenschutz in guten Händen ist. Sie wird immer Wege finden, um der Forschung auch künftig einen „Korridor“ auf Kosten dieses Schutzes offen zu halten. Auch dafür wird dann wieder das eigene Gewissen bemüht werden. Die inflationäre Berufung auf das Gewissen vermag die vernunftgeleitete Argumentation jedoch nicht zu ersetzen, wie *Giovanni B. Sala* kürzlich in einem Leserbrief zu Recht bemerkte.⁶

Eine nicht geringere Katastrophe als der Stammzell-Beschluss des Bundestags ist die bereits erwähnte, gegen die Stimmen der Abgeordneten der EVP verabschiedete Resolution der Parlamentarischen Versammlung des Europarats, die nicht mit dem Europäischen Parlament

als Organ der EU zu verwechseln ist. Diese Resolution behauptet ein „Recht auf sicheren und legalen Zugang zur Abtreibung“ und soll Mitgliedsstaaten dazu anhalten, die Abtreibung vollends zu legalisieren. Die Tötung Ungeborener wird dabei als selbstverständliche ärztliche Dienstleistung verstanden, zu der Ärzte verpflichtet sein sollen.⁷ Die dabei angewandte Taktik ist von internationalen Konferenzen längst bekannt. Nun ist wohl erstmals in einem parlamentarischen Dokument von einem „Recht auf Abtreibung“ die Rede.

Vermutlich ist diese Resolution vielfach gar nicht bekannt geworden. Denn in den Medien war von ihr kaum die Rede. Und Kritik an ihr war fast nur seitens der katholischen Kirche und der Lebensrechtsorganisationen zu vernehmen. Warum dieses verbreitete Schweigen? Ist der Bewusstseinswandel inzwischen bereits so weit voran geschritten, dass die Behauptung eines „Rechts auf Abtreibung“ kaum noch Anstoß erregt oder gar als selbstverständlich empfunden wird? Dabei versteht es sich doch eigentlich von selbst, dass es im Einklang mit dem Menschenrecht auf Leben ein Recht auf Abtreibung, d. h. ein Recht zum Töten, nicht geben kann.⁸ Wie es im Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1993 ausdrücklich heißt, ist es nicht möglich, ein Recht zum Schwangerschaftsabbruch einzuräumen, „weil Schwangerschaftsabbruch immer Tötung ungeborenen Lebens ist.“⁹ „Sicher“ ist eine Abtreibung insofern, als sie für das ungeborene Kind den sicheren Tod bedeutet. Von einer für die Frau sicheren Abtreibung kann nur sprechen, wer ihre häufigen physischen und psychischen Folgen ausblendet.

In der Debatte über die Änderung des Stammzellgesetzes ist von einer „ethischen Wanderdüne“ die Rede gewesen. Eine solche Wanderdüne ist auch bezüglich der Abtreibung zu beobachten. Der so genannte gesellschaftliche Kompromiss fand in der Formel „straffrei, aber rechtswidrig“ seinen Ausdruck. Inzwischen ist die Rechtswidrigkeit einer Abtreibung nahezu in Vergessenheit geraten. Wie sollte es auch anders sein angesichts des Angebots des tödenden Eingriffs in einem flächendeckenden Netz von Einrichtungen als Staatsaufgabe und seiner nahezu ausnahmslosen Finanzierung aus den Länderhaushalten? Das nächste Ziel auf dem Weg

2 Stellungnahme zur Frage einer Änderung des Stammzellgesetzes, ZfL 3/2007, S. 96; Pressemitteilung der JVL „Import- und Forschungsverbot für embryonale Stammzellen gefordert“ v. 12.02.2008.

3 Was heißt Achtung? in: F.A.Z. v. 05.02.2008, S. 35.

4 Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 16/155 v. 11. April 2008, S. 16309 ff.

5 A.a.O., S. 16286 f.

6 *Giovanni B. Sala*, Das Gewissen ersetzt die Argumente, in: F.A.Z. v. 26.04.2008, S. 10.

7 Hierzu *Jakob Cornides*, Ein „Menschenrecht auf Abtreibung“?, in: ZfL 1/2007, S. 2 ff.

8 Pressemitteilung der JVL „Es gibt kein Menschenrecht zum Töten“ v. 17.04.2008.

9 BVerfGE 88, 203, 255 f.

der Wanderdüne ist die Verfestigung des Bewusstseins von der Abtreibung als Recht. Nicht die Behauptung eines solchen Rechts wird kritisch hinterfragt. Vielmehr muss sich rechtfertigen, wer es bestreitet. Den Veranstaltern des Christivals in Bremen z. B. wurde im „Spiegel“ vorgeworfen, sie machten mobil auch „gegen das Recht auf Abtreibung“.¹⁰

Wenn die Leben schützende Wirkung des gesetzlichen „Beratungskonzepts“ ganz wesentlich auch eine Frage des Bewusstseins ist, wie die Karlsruher Richter meinten, müssten sich alle an einem wirksamen Lebensschutz Interessierten längst Gedanken darüber gemacht haben, wie es zu diesem negativen Bewusstseinswandel kommen konnte und wie ihm zu begegnen wäre. Wo – bitte sehr – wird diese Frage gestellt? Und wo sind die Ver-

fechter des gesetzlichen Konzepts, die heute noch bereit sind, dessen Grundbedingungen in Erinnerung zu rufen?

Zeichen eines neuen Nachdenkens gibt es dennoch, besonders in der jungen Generation, auch innerhalb der Kirchen, wie kürzlich eine Erklärung des Diözesanrats der Katholiken der Erzdiözese München und Freising zur Abtreibungsmentalität und -praxis mit dem Titel „Zeit zum Umdenken“. Dieses Nachdenken zu wecken und zu fördern, ist eine bleibende Aufgabe. Das unablässige und geduldige Arbeiten an dieser Aufgabe, wird so bald keine spektakulären Erfolge bescheren. Doch auf Dauer wird es nicht vergeblich sein.

¹⁰ Der Spiegel 18/2008, S. 38.

judikatur

BGH: Zur Heimtücke bei besinnungslosen Patienten

StGB § 211

Leitsatz der Redaktion:

Hinsichtlich des Mordmerkmals der Heimtücke ist bei besinnungslosen Patienten nicht auf deren eigene Arg- und Wehrlosigkeit abzustellen, sondern auf schutzbereite Dritte, die den Schutz vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen haben und diese Schutzfunktion im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausüben oder es deshalb nicht tun, weil sie dem Täter vertrauen.

Beschluss vom 3. April 2008 - 5 StR 525/07

Zum Sachverhalt:

Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Mordes in fünf Fällen zu einer lebenslangen Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt, von weiteren fünf Mordvorwürfen hat es sie aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Eine besondere Schwere der Schuld, §§ 57a, 57b StGB, hat es nicht festgestellt.

Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

Die Angeklagte begann im Alter von 15 Jahren die von ihr gewünschte Ausbildung zur Krankenschwester. Nachdem sie bereits über 30 Jahre in diesem Beruf gearbeitet hatte, war sie ab 1994 auf der kardiologischen Intensivstation eines Berliner Universitätskrankenhauses tätig. Ihre Arbeit bedeutete ihr viel, sie war vor allem nach der Trennung von ihrem Ehemann im Jahre 1999, mit dem sie über 25 Jahre verheiratet gewesen war, ein

erheblich stabilisierender Faktor für ihre Lebensgestaltung.

Auf der kardiologischen Intensivstation galt die Angeklagte auch aufgrund ihrer langjährigen Berufserfahrung als kompetent, sie wurde entsprechend respektiert. Im persönlichen Kontakt mit Pflegekräften oder Ärzten war sie jedoch introvertiert, wirkte zum Teil verschroben und fiel durch situationsunangemessenes Verhalten wie beständiges Pfeifen auf. Sie galt deswegen als Außenseiterin.

Bei morgendlichen Besprechungen der Pflegekräfte wurde die Aufteilung der meist schwerkranken Patienten organisiert. Dabei bemühte sich die Angeklagte besonders darum, für die Betreuung schwerstkranker Patienten eingeteilt zu werden, den damit verbundenen erhöhten pflegerischen Aufwand und die emotionale Belastung scheute sie nicht. Die zwanghaft perfektionistische und eigensinnige Angeklagte wollte sich eine Überforderung nicht eingestehen und lehnte Entlastungsvorschläge ab. Mechanismen, die der körperlich und emotional sehr starken Belastung der Pflegekräfte durch den dauernden Umgang mit schwerstkranken und sterbenden Patienten angemessen Rechnung getragen hätten, wie regelmäßige Besprechungen in ihrem Arbeitsbereich, Supervision oder psychologische Unterstützung, gab es im Krankenhaus nicht.

Dies kam dem Streben der Angeklagten nach Unabhängigkeit zwar entgegen, förderte aber ihre Neigung zur Selbstbezogenheit und zu überhöhten Selbstwertideen. Aufgrund einer narzisstischen Persönlichkeitsstörung war es ihr „nur schwer möglich, ... zwischen eigenen Stimmungen und der Gefühlssituation ihrer Patienten zu differenzieren“. Vielmehr übertrug sie ihre eigene Angst vor Schwäche und Hilflosigkeit auf die zu betreu-

enden Patienten. In den Jahren 2001, 2004 und 2005 schlug sie vereinzelt gegenüber Ärzten vor, die Behandlung von sterbenden Patienten einzustellen. Dies wurde weitgehend ignoriert und mit ihr nicht weiter besprochen. Einige Kollegen beobachteten gelegentliches „ruppiges“ Verhalten gegenüber Patienten.

Aufgrund ihrer Persönlichkeitsstruktur fühlte sie sich bei fünf moribunden Patienten, deren Dasein sie als nicht mehr lebenswert betrachtete, berufen, für sie die Entscheidung zu treffen, ihr Leben zu beenden. Hierzu spritzte sie den Patienten in Kenntnis der aufgrund der Vorerkrankungen tödlichen Wirkungen blutdrucksenkende Medikamente, zumeist Nipruss mit dem Wirkstoff Nitroprussidnatrium. Durch den starken Blutdruckabfall trat bei jedem der fünf Patienten der Tod früher ein, als dies ohne das Eingreifen der Angeklagten geschehen wäre. Dabei war sie weder von den Patienten noch von deren Angehörigen um Sterbehilfe gebeten worden.

Im Einzelnen kam es zu folgenden Tötungen:

a) Am 28. Juni 2005 kam der 66 Jahre alte Patient S. auf die Station, weil er reanimiert werden musste. Während sich zwei Ärzte in der Reanimationsphase um eine Erhöhung des Blutdrucks bemühten, spritzte die Angeklagte Herrn S. das kontraindizierte Medikament Nipruss. Dies führte zu einem schnelleren Eintritt des Todes.

b) Am 16. August 2006 betreute die Angeklagte den 77 Jahre alten Patienten A. . Ihm wurde nur noch Morphin gegeben, damit er möglichst schmerzfrei sterben konnte. Er schrie seit einigen Stunden laut, ob vor Schmerzen, blieb unklar. Die Angeklagte äußerte einer anderen Krankenschwester gegenüber: „Man sollte das mal beenden.“ Sie spritzte ihm unbemerkt zunächst das stark sedierende Medikament Dormicum. Dadurch sank zwar der Blutdruck zunächst, stabilisierte sich dann aber wieder. Deswegen injizierte sie ihm Nipruss, unmittelbar danach verstarb der Patient.

c) Die 48 Jahre alte Frau St. aus Wolfenbüttel hatte sich zur Behandlung ihrer schweren Herzerkrankung in die Berliner Universitätsklinik begeben. Es stellte sich aber heraus, dass eine Therapie nicht möglich war, sie sollte nur noch palliativ behandelt werden. Deswegen wollte Frau St. nach Wolfenbüttel verlegt werden, um dort zu sterben. Ihr Ehemann hatte die Rückverlegung für den 20. September 2006 organisiert. Am Tag davor war Frau St. weder ansprechbar noch orientiert. Die Angeklagte überredete den Ehemann der Patientin, an diesem Tag später als geplant nach Hause zu fahren. Als er bei seiner Ehefrau am Bett saß, spritzte die Angeklagte ihr das kontraindizierte Medikament Nipruss. Das durch den Blutdruckabfall ausgelöste akustische Signal blockierte die Angeklagte. Frau St. verstarb alsbald.

d) Der 52 Jahre alte Patient W. lag seit mehreren Wochen im Koma und musste beatmet werden. Zu zahlreichen schweren Grunderkrankungen hatte er durch ei-

ne längere Unterversorgung mit Sauerstoff einen unumkehrbaren Hirnschaden erlitten. Immer wieder kam es bei ihm zu Blutdruckeinbrüchen, welche Reanimationsbemühungen erforderten. Auch am 26. September 2006 musste Herr W. durch kreislaufbeschleunigende Medikamente reanimiert werden. Während sich die Ärztin am Bett des Patienten hierum bemühte, spritzte die Angeklagte - von der Ärztin unbemerkt - das kontraindizierte Medikament Nipruss. Der Zustand des Patienten verschlechterte sich, weitere Reanimationsmaßnahmen unterließ die Ärztin im Hinblick auf die schlechte Prognose. Der Patient verstarb.

e) Am 2. Oktober 2006 lag der 62 Jahre alte Patient M. im Endstadium einer Lungenkrebs Erkrankung auf der Station. Seit einigen Tagen war er desorientiert und litt unter starker Luftnot. Da er zuvor verfügt hatte, dass er keine lebenserhaltenden Maßnahmen wünsche, war man zur Erleichterung des Sterbevorgangs nur noch um Schmerzlinderung bemüht. Die Angeklagte spritzte ihm das Medikament Dormicum, wie von ihr vorhergesehen, kam es zu einem Blutdruckabfall, der Patient verstarb.

Die sachverständig beratene Strafkammer ist davon ausgegangen, dass die Angeklagte an einer Persönlichkeitsstörung mit narzisstischen, zwanghaften und schizotypen Zügen (ICD-10 F 60.8) leide. Diese Störung sei aber im Hinblick auf die soziale Situation der Angeklagten nicht so ausgeprägt, dass sie bei den Taten zu einer relevanten Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit führe.

Die Revision der Angeklagten mit der Maßgabe als unbegründet verworfen, dass die Angeklagte wegen Mordes in drei Fällen sowie wegen Totschlags in zwei Fällen (Einzelfreiheitsstrafe jeweils fünf Jahre) zu lebenslanger Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe verurteilt ist.

Aus den Gründen:

...

3. Die Feststellungen tragen die Annahme des Mordmerkmals der Heimtücke bei der Tötung der Patienten S., W. und St. Die Bewertung, die Angeklagte habe bei jeder Tötung aus niedrigen Beweggründen gehandelt, hält hingegen rechtlicher Überprüfung nicht stand.

a) Das Mordmerkmal der Heimtücke hat die Schwurgerichtskammer bei drei Tötungshandlungen entgegen der Auffassung der Revision rechtsfehlerfrei bejaht.

aa) Zu Recht hat das Landgericht für die Frage der Heimtücke nicht auf die Arg- und Wehrlosigkeit der getöteten Patienten, sondern auf die mit keinem Angriff auf das Leben der Patienten rechnenden schutzbereiten Dritten abgestellt. Nicht nur der Patient W., der sich bereits seit geraumer Zeit im Koma befand, sondern auch der zu reanimierende Patient S. und die nicht orientierte und unansprechbare Patientin St. waren aufgrund ihres Zustands zu keinerlei Argwohn und Gegenwehr fähig.

Schutzbereiter Dritter ist jede Person, die den Schutz eines Besinnungslosen vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und diesen im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder es deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut (BGHSt 8, 216, 219; BGH NStZ 2006, 338, 339 f.). Voraussetzung ist jedoch, dass die Person den Schutz wirksam erbringen kann, wofür eine gewisse räumliche Nähe und eine überschaubare Anzahl der ihrem Schutz anvertrauten Menschen erforderlich sind (BGH NStZ 2008, 93).

bb) Der Ehemann der Patientin St. war in diesem Sinne ein schutzbereiter Dritter. Er kümmerte sich um seine Frau, offen geführte Angriffe auf ihr Leben hätte er bemerkt, er wäre diesen entgegengetreten. Er konnte jedoch den Angriff auf das Leben seiner Frau nicht abwehren, da er wegen seines Vertrauens auf Hilfe nicht mit einem Angriff durch die Angeklagte rechnete. Dass die Angeklagte den tödlichen Angriff, den sie durch Abschalten des akustischen Warnsignals weiter verschleierte, auch in Abwesenheit des Ehemannes hätte durchführen können, ändert nichts daran, dass sie zur konkreten Tatbegehung die Arglosigkeit und die daraus resultierende Wehrlosigkeit des Ehemannes ausgenutzt hat.

cc) Zutreffend hat das Landgericht die die Reanimation bei den Patienten S. und W. durchführenden Ärzte als schutzbereite Dritte angesehen. Aufgrund der unmittelbaren räumlichen Nähe und der Konzentration auf den Patienten in der Reanimationsphase wären sie zum wirksamen Schutz in der Lage gewesen. Tatsächlich konnten sie aber dem tödlichen Übergriff nicht begegnen, da sie mit keinen Angriffen durch die Angeklagte auf das Leben ihrer Patienten rechneten. Eine positive Vorstellung der Ärzte von Angriffen der Angeklagten auf die Patienten liegt trotz ihrer vereinzelt Vorschläge zum Behandlungsabbruch bei sterbenden Patienten fern. Die Angeklagte wusste vielmehr, dass die Ärzte ihr gegenüber arglos waren, und nutzte dies für ihr Vorgehen aus.

dd) Eine die Heimtücke prägende Haltung kann allerdings dann entfallen, wenn der Täter aus Mitleid handelt, um einem Todkranken schwerstes Leid zu ersparen (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 14; BGH NStZ 2008, 93). Die Angeklagte handelte nach den Feststellungen aber nicht aus individuellem Mitleid mit den schwerkranken Patienten, vielmehr wollte sie ihre Vorstellung über Würde und Wert des Lebens eines sterbenden Menschen durchsetzen. Ein Ausnahmefall, in dem die Heimtücke aus besonderen subjektiven Gründen zu verneinen wäre - üblicherweise als Fehlen einer feindlichen Willensrichtung bezeichnet (vgl. hierzu Schneider in MüKo, StGB § 211 Rdn. 144 ff.) - liegt mithin nicht vor.

b) Dagegen hält die Wertung der Schwurgerichtskammer, die Angeklagte habe in allen Fällen aus niedrigen Beweggründen gehandelt, auch einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung (vgl. BGH NStZ 2006, 284, 285; NStZ-RR 2006, 340) nicht stand.

Ein Tötungsbeweggrund ist niedrig, wenn er nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe steht und deshalb - in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag - verachtenswert ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich auf Grund einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt (BGHSt 35, 116, 127; 47, 128, 130; BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 23 und 39).

Eine solche Gesamtwürdigung stellt die Schwurgerichtskammer jedoch nicht an. Ihre Bewertung beruht auf der pauschalen Gleichsetzung der „Anmaßung, Gott gleich über Leben und Tod“ entscheiden zu wollen, mit einem Handeln aus niedrigen Beweggründen. Dieser Umstand begründet aber für sich genommen kein über § 212 StGB hinausgehendes Unwerturteil (vgl. hierzu Fischer, StGB 55. Aufl. § 211 Rdn. 17).

Dieses lässt sich auch den getroffenen Feststellungen nicht entnehmen. Danach hat die Angeklagte zwar durch die Taten ihren Opfern den Lebenswert aberkannt. Ihr Handeln war aber nicht davon motiviert, dass sie dieses fremde Leben ohne weiteren Anlass grundsätzlich als minderwertig betrachtete (vgl. hierzu BGHSt 47, 128, 132), sondern wurde ausgelöst durch den bereits durch den nahenden Tod gezeichneten Zustand der Opfer. Die Motivation der Angeklagten beruhte - auch vor dem Hintergrund ihrer langjährigen Erfahrung als Intensivkrankenschwester - auf der Überzeugung, dass Leben in einem derart desolaten moribunden Zustand, in dem sich die betreffenden Patienten befanden, nicht mehr lebenswert sei. Als Folge ihrer Selbstüberhöhung fühlte sie sich berufen, die von ihr als richtig erachtete Lebensbeendigung durch Tötung herbeizuführen. Dies wurde zudem begünstigt durch den „unverschuldeten Anteil ihrer Persönlichkeitsstruktur“, was das Landgericht bei der Verneinung der besonderen Schuldschwere, nicht aber bei der Bewertung ihres Handlungsmotivs berücksichtigt hat. Solches Handeln ist zwar als Totschlag und in den Fällen S., St. und W. sogar als Heimtückemord zu bewerten, aber nicht darüber hinausgehend als besonders verachtenswert und als nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehend anzusehen.

Die von der Schwurgerichtskammer daneben spekulativ angestellte Erwägung („mag“), die Angeklagte könne auch durch eine „egoistische Suche nach intensiven Erlebnissen“ sowie aufgrund ihres zwanghaften Perfektionismus dazu bewogen worden sein, „die Entscheidung über Leben und Tod zu dem von ihr als passend angesehenen Zeitpunkt an sich zu reißen“, muss bei der Bewertung unbeachtet bleiben, da dies nicht sicher festgestellt werden konnte.

3. Der Schuldspruch wegen der Tötung der Patienten S., W. und St. wird von der unzutreffenden Annahme der niedrigen Beweggründe nicht berührt, da das Mord-

merkmal der Heimtücke vorliegt. Die Umstände, die die Bewertung der Motive der Angeklagten als niedrig hindern, haben aber andererseits nicht annähernd das Gewicht außergewöhnlicher Schuld minderungsgründe, die im Rahmen der Rechtsfolgenlösung (BGHSt 30, 105) ausnahmsweise eine Strafrahenverschiebung ermöglichen.

Bei der Tötung der Patienten A. und M. hat die Angeklagte auf der Grundlage der rechtsfehlerfreien Feststellungen kein Mordmerkmal verwirklicht. Der Senat schließt aus, dass ergänzende, ein Mordmerkmal tragende Feststellungen noch getroffen werden können. Er stellt deswegen den Schuldspruch entsprechend um. Damit entfällt die lebenslange Freiheitsstrafe als Einzelstrafe in zwei Fällen, der Senat erkennt stattdessen – auch um dieses Verfahren sofort abzuschließen und im Hinblick auf die verbleibende lebenslange Freiheitsstrafe – auf die niedrigste Strafe aus dem Strafrahen des § 212 Abs. 1 StGB.

OLG München: Keine Haftung für den Unterhaltsschaden bei pränatal nicht diagnostiziertem Fehlen eines Unterarms

BGB §§ 249, 280 Abs. 1, 611; StGB § 218 a Abs. 2

Leitsatz der Redaktion:

Zur Frage der Haftung eines Ultraschallspezialisten für den Unterhaltsaufwand für ein Kind, bei welchem er bei der pränatalen Diagnostik einen fehlenden rechten Unterarm übersehen hat.

Urt. v. 07.02.2008 - Az. 1 U 4410/06 (1. Inst. LG München I, Az: 9 O 24341/05)

Zum Sachverhalt:

Die Kläger nehmen den Beklagten auf Ersatz des Unterhaltsaufwandes für ihre mit einem fehlenden rechten Unterarm geborene Tochter E. in Anspruch, weil der Beklagte bei Ultraschallaufnahmen diese Behinderung nicht erkannt hat.

Im Jahr 2004 erwartete die Klägerin das zweite gemeinsame Kind der Kläger. Ihr Hausarzt stellte im Frühstadium der Schwangerschaft fest, dass sich von der ursprünglich bestehenden Zwillingschwangerschaft ein Fötus vollständig zurückgebildet hatte. Er überwies die Klägerin an den Beklagten, welcher als Spezialist auf dem Gebiet der Ultraschalldiagnostik (DEGUM-Stufe 2) präzise Befunde zum Zustand des verbliebenen Fötus erheben sollte. Der Beklagte untersuchte die Klägerin am 24.6.2004 in der 12+6, am 12.8.2004 in der 19+6 und am 22.10.2004 in der 30. Schwangerschaftswoche per Ultraschall.

Der Beklagte stellte in den Arztbriefen vom 24.6., 12.8. und 22.10.2004 jeweils keine auffälligen Befunde und die Darstellung der Extremitäten fest. Sämtliche Befundberichte enthalten die Bemerkung, dass die Klägerin darüber aufgeklärt sei, dass der komplette Ausschluss fetaler Entwicklungsstörungen und/oder Chromosomenanomalien durch eine sonographische Diagnostik nicht immer möglich ist.

Die Tochter E. der Kläger kam am 2.1.2005 mit einem fehlenden rechten Unterarm zur Welt. Die Klägerin stellte sich am 25.2.2005 auf Veranlassung ihres Anwalts zu einer nervenfachärztlichen Untersuchung bei einem Facharzt für Psychiatrie und Neurologie vor. Dieser stellte in seinem nervenfachärztlichen Attest dar, es sei unklar geblieben, ob die Klägerin nach dem 4. Schwangerschaftsmonat noch eine Abtreibung erzwungen hätte. Als Diagnose ist vermerkt: anhaltende Belastungsreaktion mit Depression und Angst. Der Angstkomponente unterlägen gemischte, zum Teil wahrscheinlich auch vorbestehende Angstsyndrome. Die depressive Komponente erreiche die Kriterien einer mittelschweren Depression (ICD-10 F 32.1).

Nach Auffassung der Kläger hätte der Beklagte bei einer ordnungsgemäßen und sorgfältigen Untersuchung bereits bei der ersten Ultraschalluntersuchung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststellen können und müssen, dass der rechte Unterarm des Fötus nicht angelegt war und komplett fehlte. Die Klägerin hätte sich zur Unterbrechung der Schwangerschaft entschlossen, wenn ihr der Beklagte mitgeteilt hätte, dass bei dem Embryo der rechte Unterarm fehle. Die Kläger hätten schon ein gesundes Kind und könnten aufgrund ihres jugendlichen Alters ohne Probleme noch weitere Kinder bekommen. Sie seien weder wirtschaftlich noch psychisch zur Erziehung eines behinderten Kindes in der Lage.

Es komme hinzu, dass die ältere Tochter L. sich zurückgesetzt fühle und es zwischen den Eheleuten zu Auseinandersetzungen wegen der Situation komme, die die Fortführung der ehelichen Lebensgemeinschaft in Frage stellen. Bei der Frage, ob ein Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 2 StGB vorgenommen werden dürfe, sei neben dem Schweregrad der Behinderung des Fötus auch und mit gleicher Gewichtung auf die daraus resultierenden künftigen gesundheitlichen Störungen der Kindsmutter abzustellen; dazu zählten auch soziale, familiäre und wirtschaftliche Belastungen. Die Klägerin sei nach der Geburt in schwere und lang andauernde Depressionen verfallen und habe sich in psychiatrische Behandlung begeben müssen, weil sie das Kind vollständig abgelehnt habe. Die psychischen und psychosomatischen Krankheitssymptome erfüllten den Gesetzestatbestand einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes. Diese Entwicklung hätte vorausgesehen werden können.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 26.7.2006 die Klage auf Zahlung eines monatlichen Unterhaltsbetrages und Feststellung, dass der Beklagte den über den Unterhaltsaufwand hinausgehenden Mehraufwand für die Tochter E. zu tragen habe, abgewiesen. Die Berufung der Kläger blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Kläger ist nicht begründet.

I. Dem Beklagten fällt kein vorwerfbarer Behandlungsfehler zur Last. Ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Beklagten aus einer Pflichtverletzung im Rahmen des Behandlungsvertrages, §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 611 BGB, setzt voraus, dass der Beklagte die von ihm geschuldete ärztliche Behandlung in einer dem fachärztlichen Standard zuwiderlaufenden Weise, also fehlerhaft, erbracht hat. Nur dann, wenn das Unterbleiben eines nach den Grundsätzen der medizinischen Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruches auf einen schuldhaften ärztlichen Behandlungsfehler zurückzuführen ist (vgl. hierzu BGH vom 31.1.2006 - VI ZR 135/04), könnte sich ein Anspruch der Kläger auf Ersatz des Unterhaltsaufwandes für ihre Tochter E. ergeben.

1. Grundsätzlich ist zwar das Nichterkennen einer erkennbaren Erkrankung und der sie kennzeichnenden Symptome als Behandlungsfehler zu werten. Doch sind Irrtümer bei der Diagnosestellung oft nicht die Folge eines vorwerfbaren Versehens des Arztes. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der vielfachen technischen Hilfsmittel, die zur Gewinnung von zutreffenden Untersuchungsergebnissen einzusetzen sind. Diagnoseirrtümer, die objektiv auf eine Fehlinterpretation der Befunde zurückzuführen sind, können deshalb nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler gewertet werden. Die Wertung einer objektiv unrichtigen Diagnose als Behandlungsfehler setzt deshalb die vorwerfbare Fehlinterpretation erhobener Befunde oder die Unterlassung notwendiger Befunderhebungen für die Diagnosestellung oder ihre Überprüfung voraus (BGH vom 8.7.2003 - VI ZR 304/02 m.w.N.). Überwiegend wird in der Rechtsprechung formuliert, dass ein Diagnoseirrtum dann dem Arzt als einfacher Behandlungsfehler vorzuwerfen ist, wenn sich die Diagnose des Arztes als nicht mehr vertretbare Fehlleistung darstellt und als grober Behandlungsfehler, wenn es sich um eine völlig unvertretbare Fehlleistung handelt. Die objektive Fehlerhaftigkeit einer Diagnose ist nicht vorwerfbar, wenn es sich um eine in der gegebenen Situation vertretbare Deutung der Befunde handelt (vgl. hierzu im einzelnen Martis/Winkhart Arzthaftungsrecht 2. Aufl. S. 409 ff. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung).

2. Der Sachverständige Prof. Dr. T. hat überzeugend dargelegt, dass es auch bei sorgfältiger Darstellung des Em-

bryos oder Feten im Mutterleib möglich sei, bei sich ändernder Lage des Kindes oder aber Nichterreichbarkeit durch eine unveränderte Lage zweimal denselben Unterarm zu sehen. Er hat ausdrücklich festgestellt, dass die Ultraschalluntersuchungen vom Beklagten sehr sorgfältig nach den Richtlinien der DEGUM für die Stufe 2 durchgeführt und dokumentiert worden sind. Zwar habe der Beklagte bei allen drei Untersuchungen das Fehlen des rechten Unterarmes bzw. die ultrakurze Ausprägung des rechten Unterarmes mit stummelartigen Fingern übersehen, doch habe sich der Beklagte in einem entsprechenden Diagnoseirrtum befunden.

Nach den Ausführungen des Sachverständigen zeigt Bild 17 der Standbilder der ersten Untersuchung einen Anschnitt des rechten und des linken Armes, wobei der rechte Arm den Humerus zeigt, aber keine Darstellung des Unterarmes. Bei der zweiten Untersuchung vom 12.8.2004 ist auf Bild 5 der Standbilder ein Unterarm dargestellt mit Radius und Ulna, die vermessen worden sind. Aus dem stehenden Bild sei eine Zuordnung nach rechts oder links nicht möglich. Bei der dritten Untersuchung vom 22.10.2004 liegt eine CD-Rom vor mit einer Videodarstellung der Untersuchung. Die linke Hand und der linke Unterarm werden mehrfach dargestellt und Humerus sowie Tibia vermessen; nicht dargestellt wird der hinter dem Körper des Feten liegende rechte Unterarm. Der Sachverständige hat weiter erläutert, dass auf allen von ihm eingesehenen Ultraschallaufnahmen nicht erkennbar sei, dass bei dem Kind der rechte Unterarm fehlt. Dies gelte auch für die Videosequenz vom 22.10.2004. Hier könne man sagen, dass der Beklagte wegen der Lage des rechten Armes hinter dem Körper des Feten das Fehlen des rechten Unterarmes nicht sehen konnte. Eine solche Aussage lasse sich zwar für die Standbilder wegen des Auswahlcharakters nicht treffen, doch sei jedenfalls bei den vorliegenden Standbildern das Fehlen nicht sichtbar.

Der Beklagte habe sich in einem Irrtum befunden, als er der Meinung war, er habe beide Unterarme gesehen. Es entspreche aber den Leitlinien der DEGUM der Stufe 2, dass die Unterarmknochen nur einmal ausgemessen werden, wenn Darstellung und Vermessung einer oberen Extremität unauffällig seien und sich keine Anzeichen für Disproportionen ergäben. Der Beklagte habe deshalb die Untersuchung auch nicht solange fortsetzen müssen, bis er sicher zwei verschiedene Unterarme abgemessen habe. Es sei aufgrund der Beweglichkeit der fetalen Extremitäten zudem nur ausnahmsweise möglich, beide Unterarme in einem Ultraschallbild darzustellen. Dies sei zwar in einer Videosequenz eher zu beurteilen, doch sei es sonographisch nicht möglich, anhand der Biometrie zu differenzieren, ob man beide Unterarme gemessen habe, weil sich die Maße der Unterarmknochen nur um Bruchteile in der Länge unterschieden. Mögliche Ursachen für das Übersehen des fehlenden rechten Unterarmes sei die irrtümliche Dar-

stellung des linken Unterarms und der linken Hand in zweimaligen Einstellungen in der Annahme, dass es sich bei der zweiten Einstellung um den rechten Unterarm und die rechte Hand handele sowie eine ungünstige Lage des rechten Unterarms hinter dem Körper des ungeborenen Kindes. Dieser Irrtum sei nicht als grober Behandlungsfehler anzusehen.

3. Der Sachverständige hat seine Ausführungen nach sorgfältiger Auswertung aller Befunde nachvollziehbar, widerspruchsfrei und in jeder Hinsicht überzeugend begründet; er verfügt als Leiter der Sektion pränatale Diagnostik und gynäkologische Sonographie einer Universitätsklinik über eine ausgewiesene Fachkunde. Zwar hat der Sachverständige nicht ausdrücklich dazu Stellung genommen, ob dem Beklagten ein einfacher Behandlungsfehler wegen des Diagnoseirrtums vorzuwerfen ist, der Beklagte also eine nicht mehr vertretbare Diagnose gestellt hat. Es ergibt sich aber aus den Ausführungen des Sachverständigen, dass auch bei einer sorgfältigen Ultraschalluntersuchung die zweimalige Darstellung desselben Armes möglich sei, es schwierig sei, beide Unterarme wegen der Beweglichkeit auf einem Ultraschallbild darzustellen, eine biometrische Differenzierung nicht möglich sei, ein Verstoß gegen die Leitlinien der DEGUM der Stufe 2 wegen des nur einmaligen Ausmessens der Unterarmknochen nicht vorliege und der Beklagte nach den Leitlinien die Untersuchung auch nicht solange habe fortsetzen müssen, bis er sicher zwei verschiedene Unterarme abgemessen habe, dass eine nicht mehr vertretbare Fehlleistung seitens des Beklagten nicht angenommen werden darf. Damit scheidet auch ein einfacher Behandlungsfehler aus.

4. Hiergegen spricht nicht, dass die Klägerin zu einem Spezialisten geschickt worden ist, der aufgrund seiner überlegenen technischen Untersuchungsmöglichkeiten sowie seiner speziellen Fachkunde gerade zutreffende Befunde erheben sollte. Der Spezialist hat den auf seinem Gebiet geltenden Facharztstandard als „Spezialistenstandard“ zu gewährleisten. Das bedeutet zwar einerseits, dass an seine Befundung strengere Maßstäbe anzulegen sind als an die eines Allgemeinmediziners, es bedeutet aber nicht, dass er für unzutreffende Diagnosen auch dann haftet, wenn ihm als Spezialisten keine vorwerfbare Fehlleistung zur Last liegt. Vielmehr werden an ihn diejenigen Anforderungen gestellt, welche an die Ärzte dieses Spezialgebietes zu stellen sind.

II. Selbst wenn ein vorwerfbarer Behandlungsfehler vorliegen würde, könnten die Kläger die Kausalität zwischen dem Diagnoseirrtum und dem unterbliebenen Schwangerschaftsabbruch nicht nachweisen. Die Beweislast liegt bei ihnen, weil nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen ein grober Behandlungsfehler, der zur Umkehr der Beweislast führen würde, keinesfalls in Frage kommt. Die Klägerin hat sich bei ihrer persönlichen Anhörung vor dem Senat diffe-

renziert dazu geäußert, wie sie reagiert hätte, wenn ihr nach den drei Untersuchungen eröffnet worden wäre, dass dem Kind der rechte Unterarm fehle.

1. Einen Schwangerschaftsabbruch nach der letzten Untersuchung am 22.10.2004 hat die Klägerin ausgeschlossen, weil dann das Kind „schon komplett“ sei. Diese – anerkennenswerte – Äußerung der Klägerin zeigt, dass sie trotz Diagnose der vorliegenden Behinderung keinen Schwangerschaftsabbruch vorgenommen, sondern ihr Kind, wie geschehen, ausgetragen hätte. Die unterbliebene Diagnose der Behinderung kann folglich nicht ursächlich für die Unterlassung eines Abbruchs gewesen sein.

2. Für den Zeitpunkt der zweiten Untersuchung am 12.8.2004 hat die Klägerin angegeben, sie hätte dann nicht gewusst, was sie getan hätte. Die Unklarheit über die Entscheidung geht zu Lasten der Kläger. Gegen eine Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch in dieser Situation spricht die Tatsache, dass die Klägerin bei ihrer Anhörung vor dem Senat einen möglichen Abbruch von der fortschreitenden Entwicklung des Kindes abhängig gemacht hätte und auch nach 20 Wochen das Kind „schon komplett“ ausgebildet ist. In diese Richtung weist auch das Attest des von ihr nach der Geburt aufgesuchten Nervenarztes, in welchem vermerkt ist, es sei unklar, ob die Klägerin nach dem 4. Schwangerschaftsmonat eine Abtreibung noch erzwungen hätte.

3. Nur für die erste Untersuchung am 24.6.2004 war die Klägerin sich sicher, dass sie sich für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden hätte, weil sie und der Kläger sich über die Abtreibung eines behinderten Kindes einig gewesen seien. Es ist aber zu bedenken, dass der Schwangerschaftsabbruch nicht mehr innerhalb der Frist des § 218a Abs. 1 Nr. 3 StGB hätte erfolgen können. Für einen Abbruch hätten vielmehr zum Zeitpunkt der Untersuchung vom 24.6.2004 die Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 StGB vorliegen müssen. Nach dieser Vorschrift ist der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann. Eine Kausalität zwischen fehlerhafter Diagnose und unterlassenem Schwangerschaftsabbruch kann demnach nur dann bestehen, wenn bei zutreffender Diagnose ein Schwangerschaftsabbruch hätte erfolgen können. Ist auch bei zutreffender Diagnose eine Abtreibung auf rechtmäßige Weise nicht durchführbar, ist die fehlerhafte Diagnose ohne Auswirkung. Nachdem die Klägerin ihre Entscheidung zu einem möglichen Schwangerschaftsabbruch von dem

Entwicklungsstand des Kindes und nicht von ihrer eigenen körperlichen oder seelischen Lage abhängig gemacht hat, hält der Senat einen Kausalitätsnachweis wegen der fehlenden Tatbestandsvoraussetzungen des § 218a Abs. 2 StGB für nicht möglich.

III. Im Übrigen ist der Senat unabhängig von den Kausalitätsüberlegungen der Auffassung, dass die Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 StGB im konkreten Fall nicht vorgelegen haben. Die medizinische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch ist aus der Sicht vor der Geburt des Kindes zu beurteilen (BGH vom 31.1.2006 - VI ZR 135/04), wobei grundsätzlich für die ärztliche Prognose im Rahmen der Indikationsprüfung die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich ist (BGH NJW 2003, 3411).

Auch ohne Sachverständigengutachten schließt der Senat eine Gefahr für das Leben der Klägerin bei Eröffnung der Diagnose in Anbetracht der Tatsache aus, dass die Kläger schon ein Kind hatten und die Klägerin bei

ihrer persönlichen Anhörung erklärt hat, sie müsse wegen der Kinder weiterleben. Sie hat damit ihr Verantwortungsbewusstsein auch für ihre ältere Tochter deutlich zum Ausdruck gebracht. Gegen die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Klägerin spricht, dass die Klägerin einen Schwangerschaftsabbruch bei der letzten Untersuchung abgelehnt hätte. Das bedeutet, dass sie ihren eigenen körperlichen und seelischen Zustand nicht als unerträglich beeinträchtigt angesehen hat, sondern sie zugunsten des Lebens ihres ungeborenen Kindes gewisse körperliche und seelische Nachteile in Kauf genommen hätte. Es kommt hinzu, dass die bisherigen Entscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung Fälle betrafen, in denen geistig oder körperlich schwer behinderte Kinder zur Welt gekommen sind (vgl. BGH vom 18.6.2002 - VI ZR 136/01; BGH vom 15.7.2003 - VI ZR 203/02; BGH vom 31.1.2006 - VI ZR 135/04; vgl. zum gesamten Problemstand auch Müller, Unterhalt für ein Kind als Schaden, NJW 2003, 697 ff.).

umschau

Suizidhilfe

Dr. Frank Lüttig, leitender Ministerialrat im Niedersächsischen Justizministerium, beschäftigt sich in **ZRP 2008, 57** mit der Schweizer Sterbeorganisation „Dignitas“: **„Begleiteter Suizid“ durch Sterbehilfvereine: Die Notwendigkeit eines strafrechtlichen Verbots**. Gestützt auf viele Nachweise gibt er zunächst einen Überblick über die aktuelle Rechtslage und verweist darauf, dass die Rechtsordnung zwar das Leben schütze, aber niemanden zum (Weiter-)Leben verpflichte. Die Grenze von strafbarer Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) und strafreier Beihilfe zur Selbsttötung sei nicht „trennscharf“ zu ziehen. Lebensschutz stehe gegen Selbstbestimmung. Der Entschluss sich zu töten, entspringe häufig nicht der Selbstbestimmung. Vielmehr sei der Entschluss oft aus vielen Einflüssen, wie familiärer Situation, Krankheit, Alter usw. zusammengesetzt. Ein vermeintlich selbstbestimmtes Handeln könne schnell fremdbestimmt sein. Alte und kranke Menschen könnten sich zum Tode gedrängt fühlen, um anderen nicht zur Last zu fallen. Das besondere Problem der Sterbehilfvereine sei, dass diese die Beihilfe zur Selbsttötung als „Dienstleistung“, gewissermaßen wie ein „rundum-sorglos-Paket“, anbieten und hierfür in erheblichem Umfang Geld verlangen würden. In der Schweiz seien auch schon mehrfach Geldzuwendungen von Todes wegen oder unmittelbar vor der Selbsttötung festgestellt wor-

den. Die Kommerzialisierung des Sterbens stehe also im Vordergrund. Eine besondere Gefahr gehe auch deshalb von „Dignitas“ aus, weil sie ihre „Dienstleistung“ nicht nur auf sterbenskranke Menschen beschränkt. Trete man Sterbehilfvereinen nicht entgegen, werde sich eine (stillschweigende) Akzeptanz einstellen, die aber weder (verfassungs-)rechtlich fundiert noch gesellschaftlich konsentiert sei. Es bleibe daher nichts anderes, als solchen Vereinen mit den Mitteln des Strafrechts Einhalt zu gebieten. Möglich sei dies mit einem neuen § 217 StGB, der die Absicht, gewerbsmäßig die Selbsttötung eines anderen zu fördern, unter Strafe stelle. (kw)

Aus der JVL

Wiedergewählt

Auf der Mitgliederversammlung der JVL am 3. Mai 2008 in Köln wurden Prof. Dr. Christian Hillgruber (Köln) als stellvertretender Vorsitzender und Notar a. D. Dr. Werner Esser (Köln) als Sekretär wiedergewählt.

25 Jahre JVL: Jubiläumstagung am 8./9. Mai 2009

Die nächste Tagung der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. findet am 8./9. Mai 2009 in Köln statt. Da die JVL im kommenden Jahr auf 25 Jahre ihres Bestehens zurückblicken kann, wird es sich um eine besonders gestaltete Jubiläumstagung handeln.

Gynäkologen verweigern Abtreibungen

In Italien verweigern 70 Prozent aller Gynäkologinnen und Gynäkologen einen Schwangerschaftsabbruch. Das geht aus einem Ende April veröffentlichten Bericht des italienischen Gesundheitsministeriums hervor. Die Zahl der legal wie illegal vorgenommenen vorgeburtlichen Kindstötungen sei seit 1982 kontinuierlich zurückgegangen. Waren vor 25 Jahren noch 234.801 Eingriffe registriert worden, wurden 2007 nach Darstellung des Ministeriums insgesamt 127.038 Schwangerschaften vorzeitig beendet. „Man muss den Willen der Ärzte respektieren, die den Schwangerschaftsabbruch ablehnen, zugleich muss man jedoch auch das Gesetz respektieren, das die Abtreibung bis zum dritten Schwangerschaftsmonat ermöglicht“, erklärte der Präsident der italienischen Ärztekammer, Amedeo Bianchi. Gegner der vorgeburtlichen Kindstötung begrüßten den spürbaren Mentalitätswandel. Noch vor wenigen Jahren seien mehr Gynäkologen bereit gewesen, Abtreibungen vorzunehmen. „Die Ärzte wollen das Leben von seinem frühesten Beginn an verteidigen“, erklärte Kardinal José Lozano Barragan. Es sei logisch, dass gläubige Mediziner Abtreibungen verweigerten, da diese einem Mord gleichen würden. „Noch vor Jahren fühlten sich Ärzte, die Abtreibungen verweigerten, isoliert“, so Barragan.

Suizid nach abgelehnter Behandlung

Der Fall der Krebspatientin Chantal Sébire, die sich selbst das Leben nahm, nachdem ihr die „Tötung auf Verlangen“ von einem Gericht verweigert worden war, hat in Frank-

reich eine massive Debatte über eine mögliche Gesetzesänderung zur Euthanasie ausgelöst. Dabei fanden bemerkenswerte Hintergründe, über die nun das Magazin „Time“ berichtete, kaum Beachtung. So litt Chantal Sébire offenbar an einem äußerst seltenen Tumor einer Nasennebenhöhle, der aber in 70 Prozent der Fälle als heilbar gilt. Nach Auskunft ihrer Ärzte verweigerte Sébire den Eingriff aus Angst, dabei zu sterben. Einer Behandlung soll sie erst zugestimmt haben, als der Tumor ihr Gesicht bereits entstellt und das Gehirn angegriffen hatte. Auch die Einnahme schmerzstillender Mittel soll sie verweigert haben. Als der Chef der Palliativmedizin, Jean-Louis Béal vom Centre Hospitalier Universitaire (CHU) in Dijon, ihr schmerzlindernde Medikamente anbot, habe sie diese mit dem Hinweis abgelehnt, dass „Arzneistoffe chemisch sind, Chemie ist Gift“ und sie die Dinge nicht schlimmer machen wolle, indem sie „sich selbst vergiftet“. Am 19. März tötete sich Chantal Sébire mit einer Überdosis Schlafmittel.

Vier Millionen Pflegefälle bis zum Jahr 2060

In Deutschland wird sich die Zahl der pflegebedürftigen Menschen von derzeit zwei bis zum Jahr 2060 auf vier Millionen verdoppeln. Dies ist das Ergebnis einer Studie, die das Freiburger Universitäts-Forschungszentrum Generationsverträge vorgelegt hat. Für die Studie hat der Volkswirtschaftler Tobias Hackmann verschiedene Szenarien auf der Grundlage der vom Statistischen Bundesamt vorausgerechneten Bevölkerungsentwicklung errechnet. Danach wird die Zahl der Pflegebedürftigen im günstigsten Fall auf rund 2,64 und im schlechtesten auf rund sieben Millionen Menschen ansteigen. Am wahrscheinlichsten ist laut dem Autor jedoch das mittlere Szenario, das eine Verdopplung der Zahl der Pflegedürftigen bis zum Jahr 2060 prognostiziert. Als Grund für diese Entwicklung

werden die steigende Lebenserwartung und die, verglichen mit heute, hohen Geburtenraten in den 60er und 70er Jahren angegeben.

Prävention potentieller Krankheiten durch Vernichtung

In den Niederlanden wird möglicherweise die Indikation für die Anwendung der Präimplantationsdiagnostik (PID) demnächst erweitert. Laut einem Bericht der „Neuen Zürcher Zeitung“ diskutiert die Regierung derzeit, ob künstlich erzeugte Embryonen auch bei der drohenden Vererbung von Brustkrebs aussortiert und vernichtet werden dürfen. Sollte der Vorschlag tatsächlich umgesetzt werden, so wäre es möglich, im Reagenzglas erzeugte Embryonen vor der Einbringung in die Gebärmutter auch dann zu vernichten, wenn sie ein so genanntes Risiko-Gen aufweisen. Eine Vielzahl solcher Risiko-Gene ist heute bekannt. Ihre Träger erkranken jedoch nicht unbedingt an der Krankheit für die das so genannte Risiko-Gen steht, sondern weisen nur ein erhöhtes Risiko auf. So haben etwa Frauen, welche die beiden in den Niederlanden zur Debatte stehenden Gene namens BRCA1 und BRCA2 tragen, ein Risiko von 50 bis 80 Prozent, an Brust- oder in seltenen Fällen auch an Eierstockkrebs zu erkranken. Die Selektion von Embryonen nach einer PID ist in vielen Ländern dann erlaubt, wenn genetische Chromosomenanomalien oder Gene für schwere unheilbare Krankheiten wie Zystische Fibrose oder Chorea Huntington vorliegen. Vor zwei Jahren war in den Niederlanden eine von einigen Ärzten und Eltern geforderte Ergänzung der PID-Liste um Risiko-Gene von der Regierung noch abgelehnt worden. Weite Teile der Öffentlichkeit hielten es für untragbar, einen Embryo allein wegen eines möglichen Leidens zu vernichten. Nun wird dieses Ansinnen von den Sozialdemokraten in der Regierung erneut diskutiert. In Österreich, der Schweiz und in Deutschland ist die PID verboten.

Steigende Zustimmung für Embryonenforschung

In vielen Industriestaaten steigt die Zustimmung zur embryonalen Stammzellforschung. Das ist das Ergebnis einer groß angelegten Umfrage der BBVA Foundation, einer Stiftung der spanischen Bank BBVA mit Hauptsitz in Bilbao. Die BBVA Foundation hat die Studie „Einstellungen zur Biotechnologie“ in diesem Jahr nach 2003 zum zweiten Mal durchgeführt. Abgefragt wurden die Zustimmung respektive die Ablehnung zur Embryonenforschung in 1.500 persönlichen Interviews in zwölf europäischen Ländern sowie in den USA, in Japan und Israel. Die Antworten lagen auf einer Skala von eins (totale Ablehnung) bis zehn (volle Zustimmung). Danach zeigt Österreich im europäischen Vergleich die stärksten Vorbehalte gegenüber der embryonalen Stammzellenforschung. Der Nutzen der Forschung wird von Österreichern mit 4,3 bewertet, die moralischen Bedenken mit 6,2. Zum Vergleich: Dänen und Schweden liegen bei der Einschätzung der Embryonenforschung als „sehr nützlich“ in der Bewertung bei 7, als „moralisch verwerflich“ hingegen nur bei 4,3.

Gefragt wurde auch, ob ein „einige Tage alter Embryo“, dem die Stammzellen entnommen werden, eher als vollwertiger Mensch oder eher als Zellhaufen betrachtet wird. Die Österreicher schlugen sich hier im internationalen Vergleich am deutlichsten auf die Seite des Embryonenschutzes: 52,8 Prozent betrachten den Embryo als Menschen mit allen Schutzrechten, 14 Prozent eher als Zellhaufen. Die Deutschen bewerteten die Frage ähnlich (51,3 Prozent vollwertiger Mensch/15,4 Prozent Zellhaufen). Schlusslicht in Europa für das Bewusstsein des Embryos als schutzwürdige Person bilden Großbritannien (42,4/32,4), Dänemark (38,6/38) und Schweden (35,2/35,9).

USA stoppt embryonale Stammzellforscher

Die amerikanische Gesundheitsbehörde hat die klinische Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen vorerst gestoppt. Ein Antrag des kalifornischen Biotechnologieunternehmens Geron, das Querschnittsgelähmte im Rahmen einer klinischen Studie mit embryonalen Stammzellen behandeln wollte, wurde von der „Food and Drug Administration“ (FDA) nach übereinstimmenden Medienberichten abschlägig beschieden. Das in Menlo Park bei San Francisco beheimatete Unternehmen wollte aus embryonalen Stammzellen gewonnene Zellen einsetzen, die nach Unternehmensangaben das Potenzial haben, geschädigtes Rückenmark teilweise oder vollständig wiederherzustellen. Dem Antrag an die FDA seien vierjährige Forschungen vorausgegangen und dabei im Tierversuch mehr als 2000 gelähmte Ratten mit den aus embryonalen Stammzellen gewonnene Zellen behandelt worden, um das Produkt auf Nebenwirkungen zu testen. Erste klinische Studien mit humanen embryonalen Stammzellen dürften sich mit der FDA-Entscheidung verzögern. Neben Geron wollen zwei weitere Unternehmen, Advanced Cell Technologies in Los Angeles und Novocell in San Diego, Zellen auf Basis humaner embryonaler Stammzellen im klinischen Einsatz testen.

Forscher manipulieren Erbgut beim Embryo

Erstmals haben Wissenschaftler das Erbgut eines menschlichen Embryos verändert. Um den mittels künstlicher Befruchtung gewonnenen Embryo gezielt zu manipulieren, schleusten sie ihm ein Gen für ein fluoreszierendes Eiweiß ein. Nach drei Tagen zeigten alle Zellen, die sich inzwischen gebildet hatten, einen schimmernden Ton. Nach fünf Tagen töteten die Wissenschaftler um Nikica Zaninovic von der Cornell-Uni-

versität in Ithaca im US-Bundesstaat New York den Embryo. Mit dem Experiment wollten sie belegen, dass fluoreszierende Marker bei Zellteilung in die Tochterzellen übergehen. Kritiker warfen der Forschergruppe daraufhin vor, mit dem Versuch dem „Designerbaby“ den Weg bereiten zu wollen. Sie warnten davor, dass eines Tages Wunschkinder „gezüchtet“ werden könnten, die besonders gut aussähen, intelligent oder sportlich seien. Ein Sprecher der Cornell-Universität wies die Vorwürfe zurück. Für den Versuch sei ein nicht lebensfähiger Embryo verwendet worden. Das Experiment war bereits 2007 durchgeführt worden, der Öffentlichkeit aber jetzt erst bekannt geworden.

Reproduktionsmediziner erhöhen Druck

Reproduktionsmediziner fordern vorteilhaftere rechtliche Rahmenbedingungen, einschließlich der Änderung des Embryonenschutzgesetzes. „Wir wollen die entwicklungsfähigsten Embryonen auswählen dürfen“, erklärte der Berliner Reproduktionsmediziner Heribert Kentenich in einem Interview mit „Spiegel online“. Geklärt werden müsse auch, „was aus eingefrorenen verwaisten Embryonen wird, wenn die Mutter den Transfer nicht mehr wünscht.“ Derzeit dürften diese nicht vernichtet werden. Unklar sei auch, „ob eine fremde Frau einen dieser Embryonen“ adoptieren dürfe. Ferner müsse „das Familienrecht im Bereich der Samenspende neu geregelt werden“. Derzeit könne „beim Kind einer ledigen Frau der Samen-spender zum Vater bestellt, oder sogar der Arzt haftbar gemacht werden, wenn der Spender nicht verfügbar ist.“ Die gesetzlichen Krankenkassen sollten schließlich wieder „drei bis vier Versuche voll finanzieren, auch bei unverheirateten Paaren.“ Derzeit erstatten die Kassen verheirateten Paaren, die bestimmte Altersgrenzen nicht überschritten haben, 50 Prozent der Kosten, die bei einer künstlichen Befruchtung anfallen.