

- Christian v. Dewitz* Diskriminierung ungeborener Kinder mit Behinderungen durch die gesetzliche Regelung zum Schwangerschaftsabbruch, S. 74
- Thomas Traub* Schwangerschaftsabbruch und europäischer Grundrechtsschutz durch Verfahren, S. 87
- LG Fulda* Durchtrennen des Schlauches einer Ernährungssonde, S. 97 (m. Anm. *Beckmann*, S. 108)
- LG Berlin* Präimplantationsdiagnostik nicht strafbar, S. 93

inhalt

Editorial

- 73 Kommt Zeit, kommt...

Thema

Assessor Christian v. Dewitz, Berlin

- 74 Diskriminierung ungeborener Kinder mit Behinderungen durch die gesetzliche Regelung zum Schwangerschaftsabbruch

Beitrag

Wiss. Mitarbeiter Thomas Traub, Köln

- 87 Schwangerschaftsabbruch und europäischer Grundrechtsschutz durch Verfahren

Judikatur

- 93 LG Berlin: Präimplantationsdiagnostik nicht strafbar
- 97 LG Fulda: Durchtrennen des Schlauches einer Ernährungssonde

RiAG Rainer Beckmann, Würzburg

- 108 Anmerkung zum Urteil des LG Fulda

Umschau

- 110 Präimplantationsdiagnostik
- 111 Hybrid-Embryonen
- 111 Selbstbestimmtes Sterben

Aus der JVL

VRiVG a. D. Bernward Büchner, Freiburg

- 112 Herbert Tröndle zum 90. Geburtstag

III Trends

impressum

Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)

ISSN 0944-4521

Redaktion

Redaktion: Rainer Beckmann (verantwortlich), RiAG, Würzburg (rb), Dr. Friederike Hoffmann-Klein, RAin, Stuttgart (fhk), Dr. Urban Scheffer, RiOLG, Dresden (us), Knut Wiebe, RiLG, Köln (kw)

Anschrift der Redaktion

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

Herausgeber

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

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

Vorstand der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.

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

Satz & Layout

Rehder & Partner Medienagentur, Aachen

Druck

Luthe Druck und Medienservice, Köln

Abonnement

Die ZfL erscheint viermal jährlich. Das Jahres-

abonnement 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

Kommt Zeit, kommt ...

Kommt Zeit, kommt Rat – sagt der Volksmund. Wo bei „Rat“ nicht immer im inhaltlich positiven Sinne einer abgewogenen und daher angemessenen oder „richtigen“ Entscheidung verstanden werden muss. Oftmals fällt nach langer Zeit eben „nur“ eine Entscheidung. Aber immerhin sie fällt.

So geht es auch dem ein oder anderen heiklen rechtlichen bzw. rechtspolitischen Thema. Aktuelles Beispiel: die Präimplantationsdiagnostik. Seit ihrem Aufkommen im Umfeld moderner Fortpflanzungstechniken ist sie umstritten. Manche halten sie für einen Verstoß gegen das Embryonenschutzgesetz, andere nicht. Vorstöße, die „PID“ ausdrücklich zu legalisieren, sind im Sande verlaufen. Eine klare Regelung im Rahmen eines umfassenden Fortpflanzungsmedizingesetzes steht in den Sternen. Und trotzdem steht die Streitfrage nun plötzlich unmittelbar vor der Entscheidung: Kommt Zeit, kommt Urteil – in diesem Fall. Mit dem Urteil des LG Berlin (s. S. 93), das einem Beschluss des Kammergerichts (s. ZfL 2009, 25 ff.) widerspricht, ist der Weg zur Klärung der Zulässigkeit der PID in der übergeordneten Instanz gebnet.

Ähnliches geschieht im Bereich der so genannten „Sterbehilfe“. Seit Jahrzehnten wird über „aktive“ und „passive“ Sterbehilfe geschrieben und diskutiert. Viele Abgrenzungsfragen stellen sich und bleiben doch weitgehend ungeklärt. Mit dem Urteil des LG Fulda (s. S. 97), das selbst keine Klärung bietet, sondern in sich äußerst widersprüchlich argumentiert (s. meine Anm. S. 108), ist der Grundstein für eine höchstrichterliche Klarstellung gelegt worden. In wenigen Monaten wird man vom BGH eine richtungsweisende Entscheidung erwarten können.

Bedenklich ist in beiden Fällen, dass diese Gerichtsentscheidungen geradezu provoziert wurden. Im PID-Fall ist dies durch die vorangegangene Selbstanzeige des Angeklagten offensichtlich. Im Sterbehilfe-Fall spricht das drastische Vorgehen (Durchschneiden des Ernährungsschlauches)

ebenfalls dafür, dass das gerichtliche Nachspiel nicht unerwünscht war. Man rechnet offenbar damit, ungeschoren davon zu kommen.

Warten wir es ab. Die Richter der BGH sind jedenfalls nicht zu beneiden. Sie müssen allein das geltende Recht – nach Wortlaut und Sinn – im Auge behalten und sollten sich nicht vor irgendeinen rechtspolitischen Karren spannen lassen. Und zum geltenden Recht gehören auch die Grundrechte, allen voran das Recht auf Leben.

Rainer Beckmann

Assessor Christian v. Dewitz¹, Berlin

Diskriminierung ungeborener Kinder mit Behinderungen durch die gesetzliche Regelung zum Schwangerschaftsabbruch

Der nachstehende Beitrag untersucht die Frage, ob das ungeborene Kind als Behinderter neben Art. 1 Abs. 1 GG und 2 Abs. 2 S. 1 GG durch Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vor behinderungsbezogener Diskriminierung geschützt ist und wie die einfachgesetzliche Regelung zum Schwangerschaftsabbruch aufgrund „medizinischer Indikation“ sowie das Arzthaftungsrecht im Lichte der jüngst geänderten Regelungen des Schwangerschaftskonfliktgesetzes² zu bewerten sind. Die Betrachtung beschränkt sich auf ungeborene Kinder nach der Einnistung im Mutterleib (Nidation).

I. Schutz der Grundrechte des ungeborenen Kindes nach dem Grundgesetz

1. Schutz der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG

Art. 1 Abs. 1 GG lautet: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“ Unter der „Würde des Menschen“ ist mit dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) der soziale Wert und Achtungsanspruch, der dem Menschen wegen seines Menschseins zukommt, zu verstehen³. Ausdrücklich hat das BVerfG festgestellt: „Menschenwürde ... ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern auch die Würde des Menschen als Gattungswesen. Jeder besitzt sie, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie ist auch dem eigen, der auf Grund seines körperlichen oder geistigen Zustandes nicht sinnhaft handeln kann.“⁴ Es genügt daher die Zugehörigkeit zur Gattung Mensch, um in den Genuss des rechtlichen Schutzes der Menschenwürde zu kommen.

Dass dieser Schutz dem ungeborenen Kind „objektiv-rechtlich“ zukommt, hat das BVerfG in seinen beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch⁵ jedenfalls für den Zeitpunkt ab der Einnistung der befruchteten Eizelle im Mutterleib („Nidation“) wiederholt bestätigt. Offen gelassen hat das Bundesverfassungsgericht zwar die Frage, ob das ungeborene Kind selbst Träger des Grundrechts der Menschenwürde ist.⁶ Diese Grundrechtsträgerschaft folgt aber daraus, dass das BVerfG festgestellt hat, das ungeborene Kind müsse in seiner Würde geschützt werden und sei selbst Schutzobjekt des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG.⁷

Demgegenüber wird von Enders vertreten, der Schutz der Verfassung und insbesondere der Menschenwürde komme nur „Personen“ zu. Dies setze eine Denk- und Reflektionsfähigkeit voraus, die beim Fötus nicht gegeben sei.⁸ Diese Auffassung missachtet aber bereits den

Wortlaut der Grundrechte, in denen durchgängig nicht von „Personen“, sondern von „Menschen“, „Jeder“ oder „Deutscher“ die Rede ist. Darüber hinaus knüpft das Grundgesetz die Geltung der Art. 1 und 2 GG nicht an bestimmte Fähigkeiten des Menschen. Ungeachtet dessen ist darauf hinzuweisen, dass der Mensch immer ein defizitäres Wesen bleibt.⁹

Die Menschenrechte des Grundgesetzes aus Art. 1 und 2 GG stehen dem Menschen in seinem jeweiligen So-Sein und damit auch im vorgeburtlichen Stadium, „jedenfalls ab der Nidation“, zu: „Jedenfalls in der so bestimmten Zeit der Schwangerschaft handelt es sich bei dem Ungeborenen um individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben, das im Prozess des Wachsens und Sich-Entfaltens sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt.“¹⁰

Eine Differenzierung nach Menschen mit und ohne bestimmte (von wem verbindlich festzulegenden?) Eigenschaften, denen dann die Grundrechtsfähigkeit mit dem Argument, sie seien bereits Personen oder eben noch nicht, zu- oder abgesprochen wird, widerspricht damit Wortlaut und Geist des Grundgesetzes.¹¹ Das ungeborene Kind ist damit als Mensch auch Träger des Menschenwürdegrundrechts und durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.

Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG spricht davon, dass die Würde des Menschen „unantastbar“ ist. Dies bedeutet, dass keine

1 Der Artikel gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Verf. wieder.

2 Gesetz zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes, BR-Drs. 447/09 v. 22.05.09, noch nicht im BGBl. verkündet.

3 BVerfGE 107, 275, 284.

4 BVerfGE 87, 209, 228; 109, 133, 150.

5 BVerfGE 39, 1, 37; 88, 203, 251.

6 BVerfGE 39, 1, 41.

7 Zutreffend *Höfling*, in Sachs (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Rn. 60 zu Art. 1 m.w.N.

8 Enders in Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand 2005, Rn. 117, 133-135 zu Art. 1.

9 Hierauf weist auch *Höfling*, a.a.O. (Anm.), Rn. 56 zu Art. 1, zu Recht hin.

10 BVerfGE 88, 203, 251 f.

11 Darüber hinaus legen die Erkenntnisse zur Gehirnentwicklung und zum Lern- und Kommunikationsverhalten des ungeborenen Kindes einen anderen als den von Enders gezogenen Schluss nahe. Vgl. den Überblick bei Fischer, *Alter, Entwicklung und Alterung des Gehirns von dem Fötus über das Kind, Jugendlichen bis hin zum Erwachsenen und Senior* in Stichworten, S. 7 ff. m.w.N.; im Internet abrufbar unter: http://www.wissioemed.de/pdf_dateien/alter_entwicklung_und_alterung_des_gehirns.pdf (letzter Abruf: 27.02.09); Hüther, *vorgeburtliche Einflüsse auf die Gehirnentwicklung*, im Internet abrufbar unter <http://www.win-future.de/downloads/vorgeburtlicheeinfluesseaufdiegehirnentwicklun.pdf> (letzter Abruf: 17.03.09).

verfassungsrechtliche Rechtfertigung für Beschränkungen der Menschenwürde, keine Abwägung mit anderen Grundrechten möglich ist.¹² Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG kommt es unter Anwendung der von Dürig¹³ geprägten „Objektformel“ immer dann zu einer Verletzung der Menschenwürde, wenn „der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zu einer vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“. Der Mensch wird zum bloßen Objekt des Staates herabgewürdigt, wenn seine Subjektqualität als Mensch prinzipiell in Frage gestellt wird¹⁴ (sogenanntes „Instrumentalisierungsverbot“).

Demgegenüber hat Herdegen in seiner Kommentierung von Art. 1 GG¹⁵ im Jahr 2003 vertreten, dass die Menschenwürde in einen Kern- und einen Randbereich unterteilt werden könne. Nur der Kernbereich sei keiner Abwägung mit anderen Grundrechten zugänglich. Relativierend formuliert er 2005, dass sich der Menschenwürdeanspruch erst aus einer wertenden Gesamtbetrachtung ergebe. Ansonsten müsse der Schutz auf Verfolgungen aus rassistisch-ethnischen Gründen begrenzt werden – „oder aber das strikte Verbot jedes würderelevanten Eingriffs erstickt die Handlungsfähigkeit staatlicher Organe“.¹⁶ Diese Auffassung ist zu Recht als unzutreffende Einschränkung des als absolut zu verstehenden Schutzes der Menschenwürde durch die Verfassung kritisiert worden.¹⁷ Sie ignoriert die Zielrichtung der Grundrechte als in ihrem jeweiligen Menschenwürdekern nicht antastbare Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat.

Im Ergebnis ist das ungeborene Kind durch Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Menschenwürde geschützt. Einschränkungen dieses Schutzes aufgrund staatlicher oder privater Interessen sind verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

2. Grundrecht des ungeborenen Kindes auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Eng verbunden mit dem Schutz der Menschenwürde ist das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Das Recht auf Leben kommt „jedem“ zu und damit auch dem ungeborenen Kind.¹⁸ Dies entspricht auch den verfassungshistorischen Tatsachen.¹⁹ Das BVerfG hat in seinen beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch festgestellt, dass mit „Mensch“ in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG und „Jeder“ in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch der ungeborene Mensch gemeint ist.²⁰ Für den Schutz der körperlichen Unversehrtheit trifft dies ebenfalls zu.²¹

Allerdings sind gem. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG Einschränkungen des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aufgrund eines (Parlaments-)Gesetzes grundsätzlich zulässig. Voraussetzung ist jedoch, dass dies zum Schutz zumindest gleichrangiger Verfassungsgüter unabdingbar ist, die als Kerngehalt des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu verortende unantastbare Men-

schenswürde nicht verletzt wird und keine unverhältnismäßigen Einschränkungen des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zur Folge hat.

Das BVerfG hat das Verhältnis von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz²² wie folgt beschrieben:

„Das menschliche Leben ist die vitale Basis der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberstem Verfassungswert. Jeder Mensch besitzt als Person diese Würde, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seinen körperlichen oder geistigen Zustand, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie kann keinem Menschen genommen werden. Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt. Das gilt unabhängig auch von der voraussichtlichen Dauer des individuellen menschlichen Lebens.“

Dem Staat ist es im Hinblick auf dieses Verhältnis von Lebensrecht und Menschenwürde einerseits untersagt, durch eigene Maßnahmen unter Verstoß gegen das Verbot der Missachtung der menschlichen Würde in das Grundrecht auf Leben einzugreifen. Andererseits ist er auch gehalten, jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht gebietet es dem Staat und seinen Organen, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren. Ihren Grund hat auch diese Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, der den Staat ausdrücklich zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet.“

Einschränkungen des Grundrechts des Einzelnen auf Leben sind daher nur in besonderen Ausnahmefällen nicht als Verletzung der Menschenwürde anzusehen. Beispielsweise ist die Tötung eines Terroristen, der ein Flugzeug entführt und droht, dieses mitsamt den Passagieren zu sprengen, nicht als Verletzung seiner Würde anzusehen, da der Terrorist die Entführungshandlung jederzeit aufgeben kann. Seine Tötung kann daher – falls kein milderes, gleichwirksames Mittel zur Abwehr der Gefahr für das Leben der Passagiere und Besatzung zur Verfügung steht, ein verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender rechtfertigender Notstand i.S.d. § 34 S. 1 StGB sein. Im Unterschied zum Terroristen übt aber

12 BVerfGE 75, 369, 380; 93, 266, 293.

13 Dürig, AöR 81 (1956), 117 (127).

14 BVerfGE 30, 1, 25; 109, 133, 150, 279, 312 f.

15 Herdegen in Maunz, Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz*, Rn 20, 22, 26 zu Art. 1 Abs. 1 (Stand 2003).

16 Herdegen in Maunz, Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz*, Rn 45 zu Art. 1 Abs. 1 (Stand März 2006).

17 Böckenförde, Die Würde des Menschen war unantastbar, FAZ v. 03.09.2003.

18 BVerfGE 39, 1, 37; 88, 203, 251f.

19 Vgl. hierzu Beckmann, Der Parlamentarische Rat und das „keimende Leben“, Der Staat 2008, Heft 4, S. 551 ff. m.w.N.

20 BVerfGE 39, 1; 88, 203.

21 Vgl. Murswiek, in Sachs (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Rn. 147 zu Art. 2 m.w.N.

22 BVerfGE 115, 118.

das ungeborene Kind auf das Leben oder die Unversehrtheit der Mutter keinen jederzeit durch es selbst beendbaren Angriff aus. Gleichwohl hat das BVerfG die Tötung des ungeborenen Kindes bei Vorliegen einer medizinischen Indikation als „nicht rechtswidrig“ angesehen²³, obwohl es zutreffend feststellt, dass das Leben des ungeborenen Kindes und der Mutter als gleichwertig anzusehen sind.²⁴

Für das Recht des ungeborenen Kindes auf Achtung seiner Würde und Schutz seines Lebens hat der 2. Senat des BVerfG in seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch im Jahr 1993²⁵ in Ansehung der Grundrechte der schwangeren Frau in der Situation des sogenannten „Schwangerschaftskonfliktes“ im Wesentlichen folgende Festlegungen getroffen:

- Das ungeborene Kind wird durch Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 2 S. 1 GG in seinem Recht auf Leben geschützt.
- Die durch einen Schwangerschaftsabbruch erfolgende Tötung eines ungeborenen Kindes darf im Fall der „Beratungsregelung“ vom Gesetzgeber nicht als „rechtmäßig“ klassifiziert werden, kann aber im Fall der „medizinischen Indikation“ als gerechtfertigt bezeichnet werden und daher auch der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen unterliegen.
- Der gesetzgeberische Schutz des vorgeburtlichen Lebens muss nicht zwingend durch das Strafrecht erfolgen, sofern andere, gleich wirksame Maßnahmen zur Verfügung stehen; das „Beratungskonzept“ ist daher grundsätzlich als Alternative zur strafrechtlichen Verfolgung verfassungsrechtlich zu akzeptieren.
- Der Staat muss die Wirksamkeit dieser anderen Schutzmaßnahmen beobachten und ggf. nachbessern.
- Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt von Verfassungs wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht. Deshalb verbietet es sich, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.

Wie umstritten beispielsweise der zuletzt genannte Aspekt ist, zeigt die kurze Zeit später getroffene Entscheidung des 1. Senats des BVerfG²⁶ zur Frage der Erstattungsfähigkeit von Unterhalt für ein trotz Sterilisation geborenes Kind durch den/die behandelnden Arzt/Ärztin: „Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Arzthaftung bei fehlgeschlagener Sterilisation und fehlerhafter genetischer Beratung vor Zeugung eines Kindes verstößt nicht gegen Art. 1 Abs. 1 GG.“ Zur Begründung führt der 1. Senat aus: „Die Anwendung des Schadensersatzrechts auf personale Beziehungen macht nicht den Menschen als Person oder seine unveräußerlichen Rechte zum Handelsgut. Ebenso wenig enthält die – teilweise – Verlagerung der Unterhaltslast auf Dritte ein Unwerturteil über den jeweiligen Unterhaltsberechtigten.“

3. Verbot behinderungsbezogener Diskriminierung, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG lautet: „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“. Das hierdurch normierte Abwehrrecht²⁷ für Menschen mit Behinderung wurde im Zuge der Verfassungsreform 1994 in das Grundgesetz aufgenommen.²⁸ Dieses Ereignis liegt also zeitlich zwischen dem zweiten Urteil des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch 1993²⁹ und dem Inkrafttreten des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes im Jahr 1995.

a) Das ungeborene Kind als Grundrechtsträger und Adressat des Verbotes behinderungsbezogener Diskriminierung

Zunächst ist die Frage zu beantworten, ob auch das ungeborene Kind Adressat und Träger des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und damit vor behinderungsbezogener Benachteiligung durch das Diskriminierungsverbot geschützt ist.

Nach Brockhaus/Wahrig³⁰ bedeutet „Niemand“ soviel wie „keiner“ oder „kein Mensch“, der Gegensatz zu „jeder“. Die Frage, ob das ungeborene Kind Träger des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist, wurde von der Rechtsprechung bislang nicht beantwortet. Die in der juristischen Literatur zu findenden Ansichten sind unterschiedlich. Osterloh meint, Träger des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG seien „nur natürliche Personen“. Eine „Geltungserstreckung auch auf das ungeborene Leben“ scheidet aus, „denn weder die Gleichheitsperspektive noch der besondere Schutzzweck der Integrationsförderung Behinderter lassen sich ohne Zynismus auf die schwierige Situation insbesondere schwerer vorgeburtlicher Schäden beziehen.“³¹ Demgegenüber haben verschiedene Autoren eine Grundrechtsträgerschaft des

23 BVerfGE 88, 203, 273.

24 BVerfGE 39, 1; 88, 203. Dies wird zu Recht von einigen als nicht konsequent und verfassungswidrig kritisiert, vgl. Kluth, FamR 1993, 1390; Belling, MedR 1995, 184; Tröndle, Kommentar zum StGB, 49. Aufl. 1999, Rn. 14 k vor § 218.

25 BVerfGE 88, 203 ff.

26 BVerfGE 96, 375.

27 Vgl. Osterloh, in Sachs (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Rn. 305 zu Art. 3.

28 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994, BGBl. I S. 3146.

29 BVerfGE 88, 203.

30 Brockhaus Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 4. Bd., Wiesbaden 198.

31 Osterloh, a.a.O. (Anm. Das hierdurch normierte Abwehrrecht 7), Rn. 308 zu Art. 3 (Fn 684). Ohne dogmatische Einordnung oder Begründung sieht auch Jarass, in Jarass/Pieroth (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl. 2007, keinen Verstoß der Abtreibung bei zu erwartender schwerer Behinderung gegen Art. 3 Abs. 3 S.2 GG. Eine Grundrechtsträgerschaft des ungeborenen Kindes insgesamt ablehnend: Hoerster, Das angebliche Menschenrecht des Embryos auf Leben, JR 1995, 51f.

ungeborenen Kindes in Bezug auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bejaht, da die Verfassung einheitlich auszulegen sei.³²

Zunächst fällt auf, dass durch die Formulierung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG eben „Niemand...“ von dem darin konstituierten Diskriminierungsverbot ausgenommen werden soll. Das BVerfG hat in seinen beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch festgestellt, dass mit „Mensch“ in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG und „Jeder“ in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch der ungeborene Mensch gemeint ist.³³ Da die Verfassung einheitlich auszulegen ist und der Schutzzweck des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, behinderte Menschen ohne Unterschied ihres Entwicklungsgrades von staatlicher behinderungsbezogenen Benachteiligung durch die Verwendung des Wortes „Niemand“ als Gegensatz zu „Jeder“ auszunehmen sucht, ist auch das ungeborene Kind als Träger des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG anzusehen und fällt grundsätzlich in dessen Schutzbereich.³⁴

Die zur Ausgrenzung von ungeborenen Kinder aus dem Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vorgebrachten Argumente überzeugen bereits im Ansatz nicht. Das Grundgesetz sieht eine Unterscheidung von „Menschen“ und „Personen“, die über besondere Fähigkeiten/Eigenschaften verfügen (etwa Bewusstsein, Diskursfähigkeit o.ä.) nicht vor. Auch bei Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG handelt es sich um ein Menschenrecht, dessen Anwendung allein voraussetzt, dass der Träger dieses Rechts ein Mensch (mit Behinderung) ist.

Der ungeborene Mensch ist rechtlich betrachtet nicht weniger „Mensch“ und „Jeder“ als der geborene und auch nicht weniger verfassungsrechtlich schützenswert. Jeder Versuch, mithilfe des Begriffs der „Personalität“ die (angeblich oder tatsächlich) fehlenden Fähigkeiten des ungeborenen Kindes zum Grund für seine (Grundrechts-)Rechtllosigkeit zu erheben, geht daher an den verfassungsrechtlichen Tatsachen vorbei und offenbart ein letztlich totalitäres, menschenverachtendes Bild vom Menschen, der dann bezeichnenderweise auch gar nicht mehr als Kind oder Mensch, sondern als „Zellhaufen“, „Schwangerschaftsgewebe“ oder „künftiges Leben“ o.ä. bezeichnet wird. Diese Form der sprachlichen Verstümmelung von ungeborenen Menschen als Ausdruck ihrer (versuchten) Entrechtung, geht der faktischen Tötungshandlung regelhaft voran und soll diese moralisch und ggf. auch rechtlich legitimieren. Gleiches gilt für Bezeichnungen wie „Krüppel“, „Spasti“ oder „Mongo“, die in Bezug auf geborene Menschen mit Behinderung verwendet werden, um deren „Minderwertigkeit“ zum Ausdruck zu bringen und damit indirekt Diskriminierungen zu legitimieren.

Den bestehenden Schutz des ungeborenen Kindes als „Menschen“ durch die Verfassung vorausgesetzt, kann nicht plausibel begründet werden, warum die Gleichheitsperspektive des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nur auf geborene Menschen bezogen sein soll, da die prinzipielle Möglichkeit der behinderungsbezogenen Benachteiligung im Vergleich zu nicht behinderten (ungeborenen oder geborenen) Menschen auch bei Ungeborenen

prinzipiell denkbar und auch real ist. Auch ist die Vorstellung, ein ungeborener Mensch sei im Unterschied zum geborenen Menschen kein soziales und daher auch nicht auf Integration, d.h. letztlich auf Akzeptanz und Achtung seiner Existenz und seines jeweiligen So-Seins vital angewiesenes menschliches Wesen, ist gerade angesichts der Erkenntnisse zur vorgeburtlichen Entwicklung und Interaktion mit der Mutter unzutreffend. Vielmehr steht auch der sich im Mutterleib befindliche Mensch in komplexer (Wechsel-) Beziehung zu seiner „Außenwelt“, wozu sowohl die Mutter als auch andere Bezugspersonen und auch weitere Umwelteinflüsse (insbesondere Musik, Stimmen, Bewegung etc.) zählen, auf die das Kind bereits vorgeburtlich – auch mit emotionalen Äußerungen – reagiert.

Der durch Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vermittelte Schutz kommt daher gerade auch Menschen mit Behinderung im vorgeburtlichen Stadium zu. Allein die natürliche Gattungszugehörigkeit des Menschen ist der Grund für seinen Schutz durch die Grundrechte. Ist damit das ungeborene Kind Adressat des verfassungsrechtlichen Verbotes der behinderungsbezogenen Benachteiligung, muss näher geprüft werden, wann eine Behinderung im verfassungsrechtlichen Sinn vorliegt.

b) Behinderung

Der in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verwendete Begriff der Behinderung wird vom BVerfG³⁵ und der überwiegenden Meinung in der Literatur³⁶ als die „Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht“, verstanden. Darüber hinaus verlangt Osterloh³⁷ bereits für die Definition des Begriffs „Behinderung“ auch eine „soziale Beeinträchtigung“. Dem kann aber nicht gefolgt werden, da hierdurch die Feststellung einer behinderungsbezogenen Benachteiligung (teilweise) vorweggenommen wird. Die Feststellung einer sozialen Beeinträchtigung kann nicht ohne einen Vergleichsmaßstab erfolgen, der aber erst bei der Feststellung einer „behinderungsbezogenen Benachteiligung“ zu berücksichtigen ist.

Alle Funktionsbeeinträchtigungen (etwa das Hörvermögen betreffende Schädigungen u. ä.), die bereits während der vorgeburtlichen Entwicklung bestehen

32 Vgl. Umbach, in Umbach/Clemens (Hrsg.); Grundgesetz, 2002, Rn. 425 zu Art. 3; Starck, in v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Stand: Juni 2006, Rn. 421 zu Art. 3; offengelassen bei Rüfner, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3 II und III (1996), Rn. 880.

33 BVerfGE 39, 1; 88, 203.

34 Wie hier Böckenförde-Wunderlich, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, Tübingen 2002, S. 208; Berg, Die Problematik der „eugenischen Indikation“ als Rechtfertigungsgrund i.S.v. § 218 a II StGB n.F., 2004, S. 123.

35 BVerfGE 96, 288, 301.

36 Rüfner a.a.O. (Anm. 32), Rn. 870 zu Art. 3 Abs.2 und 3 GG; Jarass a.a.O. (Anm. 31), Rn. 143 zu Art. 3.

37 Osterloh, a.a.O. (Anm. 27), Rn. 310 zu Art. 3.

und sich für das weitere Leben und die Entwicklung des ungeborenen Menschen nachteilig auswirken, sind als Behinderung i.S.v. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG anzusehen. Gleiches gilt für Gehirnschäden, die das künftige Lernvermögen beeinträchtigen.

Fraglich ist jedoch, ob auch künftige, im Frühstadium der menschlichen Entwicklung nur als genetische Disposition zum Ausdruck kommende regelwidrige körperliche Zustände vom Begriff der „Funktionsbeeinträchtigung“ erfasst werden. Dies wird mit Blick auf den auch künftige Funktionsbeeinträchtigungen einbeziehenden Behindertenbegriff, der dem Verfassungsgeber bei Einführung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG als Grundlagendiente, zu Recht bejaht.³⁸

c) Behinderungsbezogene Benachteiligung

„Benachteiligung“ bedeutet nachteilige Ungleichbehandlung.³⁹ Menschen mit Behinderung werden zum Beispiel benachteiligt, wenn ihre Lebenssituation im Vergleich zu Menschen ohne Behinderung durch gesetzliche Regelungen verschlechtert wird, ihnen Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthalten werden, die anderen offenstehen.⁴⁰

Eine direkte behinderungsbezogene Benachteiligung durch eine gesetzliche Regelung liegt vor, wenn diese an die Behinderung nachteilige Rechtsfolgen für den betroffenen Menschen knüpft, wie dies beispielsweise bis zum Inkrafttreten des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes v. 21. August 1995 in Bezug auf die „embryopathische Indikation“ zur Rechtfertigung eines Schwangerschaftsabbruchs durch § 218a Abs. 3 StGB in der Fassung des nicht in Kraft getretenen Schwangeren- und Familienhilfegesetzes v. 27.07.1992⁴¹ der Fall war.

Eine indirekte behinderungsbezogene Benachteiligung kann dann gegeben sein, wenn das Gesetz, welches eine negative Rechtsfolge vorsieht, zwar nicht unmittelbar an die Behinderteneigenschaft anknüpft, sich aber faktisch für Menschen mit Behinderung im Vergleich zu Menschen ohne Behinderung nachteilig auswirkt.⁴² Dies soll nachstehend in Bezug auf die medizinische Indikation als gesetzlicher Ausschluss der Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs noch näher untersucht werden (V l.).

d) Benachteiligung „wegen“ der Behinderung – Erfassung unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligungen

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist stark umstritten, wie das in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG Wort „wegen“ zu interpretieren ist. Das BVerfG vertrat bis zur Einführung des „Kausalitätsmodells“ (s. u.) das sogenannte „Finalitätsmodell“ und damit die Ansicht, die gesetzgeberische Regelung müsse primär den Zweck der Benachteiligung aufgrund eines verfassungsrechtlich verpönten Unterscheidungsmerkmals verfolgen, um eine Benachteiligung „wegen“ desselben zu bejahen.⁴³ Ähnlich eng ist

das sogenannte „Ausschließlichkeitsmodell“⁴⁴, wonach „nur solche Differenzierungen als verboten erfasst werden, die allein, oder gerade wegen und nur wegen der in Art. 3 GG genannten verpönten Unterscheidungsmerkmale vorgenommen werden“.⁴⁵ Die Vertreter des „Begründungsverbotsmodells“ wiederum prüfen, ob die Ungleichbehandlung begründet werden kann, ohne auf das Merkmal der Behinderung als Kriterium abzustellen.⁴⁶ Die drei letztgenannten Modelle haben aber den entscheidenden Nachteil, dass der von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vom Verfassungsgesetzgeber intendierte Schutzzweck damit weitgehend leer läuft, insbesondere in Fällen der verdeckten, indirekten und mittelbaren Benachteiligung von Menschen mit Behinderung.

Nach dem sogenannten „Kausalitätsmodell“, das auf die neuere Rechtsprechung des BVerfG⁴⁷ zurück geht, darf die Behinderung nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der „Erfolg“ (d.h. die Benachteiligung) entfällt (sogenannte: „conditio-sine-qua-non-Formel“). Die fragliche Regelung muss danach die Ungleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen im Verhältnis zu Menschen ohne Behinderung nicht unbedingt als Ziel verfolgen. Es genügt auch nach der Auffassung Rüfners⁴⁸, wenn eine gesetzliche Regelung lediglich eine verdeckte Diskriminierung von Menschen mit Behinderung ermöglicht, um einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu bejahen.

Das Kausalitätsmodell wird durch das sogenannte „Anknüpfungsverbotsmodell“ modifiziert⁴⁹. Hiernach darf das Merkmal der Behinderung nicht als Anknüpfungspunkt für eine Unterscheidung herangezogen werden. Führt danach eine gesetzliche Regelung erkennbar zu einem Nachteil für den von einer Behinderung betroffenen Menschen, der nicht eintreten würde, wenn die Behinderung nicht vorliegen würde, stellt dies eine Benachteiligung „wegen“ der Behinderung auch dann

³⁸ Vgl. *Eckertz-Höfer*, in Denninger u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), 3. Aufl. 2002, Rn. 132 zu Art. 3 Abs. 2, 3; *Sachs*, Das Grundrecht der Behinderten aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, RdJB 96, S. 154, 171; *Schneider*, Rechtliche Aspekte der Präimplantations- und Präfertilisationsdiagnostik, 2002, S. 189 ff.; *Buch*, Das Grundrecht der Behinderten, 2001, S. 202ff.

³⁹ BVerfGE 96, 288, 302; BT-Drs. 12/6323, S. 12.

⁴⁰ BVerfG, Beschluss v. 19.1.1999 - 1 BvR 2161/94 -, im Internet abrufbar unter http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs19990119_1bvr216194.html (letzter Abruf am 05.03.2009)

⁴¹ BGBl. I S. 1398.

⁴² Vgl. statt vieler nur *Berg*, a.a.O. (Anm. 4), S. 134 m.w.N.

⁴³ BVerfGE 39, 334, 368; BVerfGE 75, 40, 69; BVerfGE 2, 266, 267; BVerfGE 19, 119, 126.

⁴⁴ *Geiger*, Grundrechte, S.37.

⁴⁵ So die Beschreibung dieses Modells durch *Berg*, a.a.O. (Anm. 4), S. 138.

⁴⁶ *Heun*, in Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Rn. 110 zu Art.3; *Gusy*, *JUS* 1982, 33/35; *Podlech*, *Gehalt & Funktionen*, S.94 f

⁴⁷ BVerfGE 85, 191, 206.

⁴⁸ *Rüfner*, a.a.O. (Fn. 32), Rn. 571 zu Art.3 Abs.2 u.3.

⁴⁹ *Stein*, Alternativkommentar zum GG, Rz. 85 zu Art.3; *Sachs*, RdJB 2/96, S.169; *ders.*, *Diskriminierungsverbot*, S. 428.

dar, wenn die gesetzliche Regelung nach ihrem Wortlaut die Benachteiligung nicht ausdrücklich von dem Vorliegen einer Behinderung abhängig macht oder gar den Zweck einer solchen Benachteiligung von Menschen mit Behinderung verfolgt.⁵⁰

Bezogen auf das Recht auf Leben ungeborener Kinder wird sich eine gesetzliche Regelung, die Kinder mit und ohne Behinderung betreffen kann, nach der hier vertretenen Auffassung dann dem Verdikt des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nicht entziehen können, wenn die Benachteiligung des behinderten Kindes im Vergleich zum nicht behinderten Kind notwendige Folge dieser gesetzlichen Regelung ist. Es kommt dann nicht darauf an, ob diese Regelung ihrem Wortlaut oder ihrem Zweck nach eine solche Benachteiligung verfolgt.

e) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung behinderungsbezogener Ungleichbehandlung in Bezug auf das Lebensrecht?

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG enthält selbst keinen Gesetzesvorbehalt. Jedoch hat das BVerfG in mehreren Entscheidungen⁵¹ festgestellt, dass verfassungsimmanente Schranken existieren, die eine behinderungsbezogene Benachteiligung rechtfertigen können. Bezogen auf das Lebensrecht des ungeborenen behinderten Kindes bedeutet dies, dass behinderungsbezogene Benachteiligungen dieser Kinder im Vergleich zu nichtbehinderten verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden können, da die einen wie die anderen „leben“ und damit auch ihr Recht auf Leben „wahrnehmen“ können. Lebende ungeborene wie geborene Menschen, gleich ob behindert oder nicht, erfüllen kraft ihrer Existenz die körperlichen Voraussetzungen, die zur Wahrnehmung ihres Lebensrechts erforderlich sind, auch wenn sie zur Wahrung ihrer Rechte der Unterstützung Dritter (Eltern, Betreuer, staatlicher Stellen etc.) bedürfen. Darüber hinaus ist aufgrund einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht eine Beschränkung des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG durch eine gesetzliche Regelung, die dem Schutz elementarer und vergleichsweise höherrangiger Grundrechte dient und im Ergebnis zur Einschränkung der Grundrechte eines Menschen mit Behinderung führt, mit der Verfassung dann vereinbar, wenn kein gleich geeignetes, milderes Mittel zur Erreichung des Schutzes dieser anderen Grundrechte zur Verfügung steht.⁵² Aufgrund der besonders streng zu prüfenden Verhältnismäßigkeit von gesetzlichen Regelungen, die das behinderungsbezogene Diskriminierungsverbot beschränken, müssen zwingende Gründe für die Rechtfertigung eines Nachteils wegen einer Behinderung bestehen.⁵³

Im Ergebnis verletzt eine gesetzliche Regelung, die direkt oder indirekt das Recht auf Leben eines ungeborenen Menschen mit Behinderung aufgrund der Behin-

derung im Vergleich zu Menschen ohne Behinderung einschränkt oder zu einer solchen Einschränkung führt, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, wenn nicht kollidierende überwiegende Grundrechte eines Dritten die Benachteiligung zwingend erfordern.

II. Verfassungsrechtlich geschützte Grundrechte der Eltern, insbesondere der schwangeren Frau

1. Schutz der Menschenwürde der Mutter, Art. 1 Abs. 1 GG

Der Schutz der Menschenwürde der schwangeren Frau durch Art. 1 Abs. 1 GG steht außer Frage. Inhalt der Menschenwürde ist, wie oben bereits dargestellt, der Achtungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Menschseins zukommt. Eine Verletzung der Menschenwürde ist dann gegeben, wenn der Mensch zum Objekt staatlicher Interessen degradiert wird, er zu einer vertretbaren Größe herabgewürdigt, seine Subjektqualität also prinzipiell in Frage gestellt wird.

In Bezug auf die im grundrechtlichen Schutz des ungeborenen Kindes verankerte Rechtspflicht der Mutter zur Austragung ist fraglich, ob diese Rechtspflicht eine Missachtung der Würde der Schwangeren darstellt. Dies ist im Regelfall sicher zu verneinen. Die Schwangerschaft tritt normalerweise nicht aufgrund einer staatlich verursachten Zwangslage, sondern aufgrund des freiwilligen Geschlechtsaktes von Mann und Frau oder durch Verfahren der künstlichen Befruchtung ein. Beim Geschlechtsverkehr kann eine Schwangerschaft nicht absolut sicher ausgeschlossen werden. Dies gilt selbst dann, wenn eine Form der Schwangerschaftsverhütung angewandt wird, die gemeinhin als „sicher“ gilt. Denn selbst die als sicher geltenden Verhütungsmethoden unterliegen neben den subjektiven Einflüssen der Partner auch medizinisch betrachtet zumindest einer gewissen Restunsicherheit. Kommt es daher aufgrund eines Geschlechtsaktes zur Schwangerschaft, kann nicht behauptet werden, die Pflicht der Schwangeren, das Kind auszutragen, verstoße gegen ihre Menschenwürde, da sie den Grund der Schwangerschaft selbst (mit-)gesetzt hat.

Zutreffend hat das BVerfG in seiner 2. Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch⁵⁴ im Leitsatz 3 formuliert: „Rechtlicher Schutz gebührt dem Ungeborenen auch gegenüber seiner Mutter. Ein solcher Schutz ist

50 Dies verkennt *Berg*, a.a.O., Anm. 34, S. 143 ff., die einerseits die Möglichkeit einer indirekten Diskriminierung Behinderter bejaht, aber aufgrund der fehlenden ausdrücklichen Bezugnahme auf die Behinderung des ungeborenen Kindes in § 218a Abs. 2 StGB einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ablehnt.

51 BVerfG, 2 BvR 577/01 vom 10.3.2004 m.w.N., im Internet unter http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040310_2bvr057701.html abrufbar (letzter Abruf: 05.03.09).

52 In diese Richtung auch BVerfGE 96, 288/303 ff.

53 BVerfGE 99, 341, 357. *Osterloh*, a.a.O. (Anm. 27), Rn. 314 zu Art. 3 m.w.N.

54 BVerfGE 88, 203 f.

nur möglich, wenn der Gesetzgeber ihr einen Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich verbietet und ihr damit die grundsätzliche Rechtspflicht auferlegt, das Kind auszutragen. Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die grundsätzliche Pflicht zum Austragen des Kindes sind zwei untrennbar verbundene Elemente des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes.“

Allerdings besteht die Rechtspflicht der Schwangeren nicht über die Grenze der Unzumutbarkeit hinaus: „Grundrechte der Frau tragen nicht so weit, daß die Rechtspflicht zum Austragen des Kindes – auch nur für eine bestimmte Zeit – generell aufgehoben wäre. Die Grundrechtspositionen der Frau führen allerdings dazu, daß es in Ausnahmefällen zulässig, in manchen dieser Fälle womöglich geboten ist, eine solche Rechtspflicht nicht aufzuerlegen. Es ist Sache des Gesetzgebers, solche Ausnahmetatbestände im einzelnen nach dem Kriterium der Unzumutbarkeit zu bestimmen. Dafür müssen Belastungen gegeben sein, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, daß dies von der Frau nicht erwartet werden kann (Bestätigung von BVerfGE 39, 1 [48 ff.]).“⁵⁵

In den gesetzlich bestimmten Fällen der Unzumutbarkeit tritt die Rechtspflicht zum Austragen des ungeborenen Kindes zugunsten der Wahrung der Würde, des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit der Mutter nach Ansicht des BVerfG zurück. Das gleiche Ziel würde aber gewahrt – unter Wahrung der anzunehmenden Gleichwertigkeit der betroffenen Grundrechte von Mutter und Kind – wenn der Schwangerschaftsabbruch aufgrund medizinischer oder kriminologischer Indikation als entschuldigender Notstand ausgestaltet wäre. Dies hätte den verfassungsrechtlich entscheidenden Vorteil, dass das Bewusstsein für die Grundrechte des ungeborenen Kindes erhalten bliebe.

2. Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 Abs. 1 GG

Zu den Rechtsgütern der schwangeren Frau, die während einer Schwangerschaft in unzumutbarer Weise beeinträchtigt werden könnten, gehört auch das Grundrecht der auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG). Allerdings berechtigt dieses Grundrecht nicht, in die Grundrechte anderer einzugreifen. Außerdem ist dieses Grundrecht nicht schrankenlos gewährleistet, sondern gilt nur im Rahmen der (verfassungskonformen) Gesetze. Die Schwangere ist daher nicht frei, über das Leben oder die körperliche Unversehrtheit ihres Kindes nach Belieben zu verfügen.⁵⁶

3. Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S.1 GG

Die Schwangere hat ebenso wie das ungeborene Kind ein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

Dieses Grundrecht der Schwangeren schützt mittelbar auch das Leben und die körperliche Unversehrtheit des ungeborenen Kindes. Fraglich ist, an welchem Punkt die Rechtspflicht zur Austragung des ungeborenen Kindes in Ansehung der Grundrechte der Schwangeren auf Leben und körperliche Unversehrtheit endet.

Die Rechtspflicht der Schwangeren zur Austragung des Kindes findet ihre Grenze ggf. dort, wo Leben und/oder die körperliche Unversehrtheit der Mutter durch die Schwangerschaft oder Geburt des Kindes ernstlich gefährdet sind und diese Gefahr nicht anders als durch den Schwangerschaftsabbruch abgewendet werden kann. Allerdings dürfte wegen der oben beschriebenen Grundrechte des Kindes aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und des Gesetzesvorbehaltes in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG nur eine nicht anders abwendbare Gefahr des Todes oder einer schweren und irreversiblen körperlichen und/oder seelischen Schädigung auf Seiten der Mutter die Rechtspflicht zur Austragung des Kindes entfallen lassen. Neben dieser Gefahr ist also immer auch nach strengem Maßstab zu prüfen, ob keine milderen und der Schwangeren zumutbaren Mittel als der Schwangerschaftsabbruch zur Abwendung der Gefahr zur Verfügung stehen. In Bezug auf die körperliche Unversehrtheit kommen nur schwere und irreversible, nicht anders abwendbare Schäden als Grund für das Zurücktreten der Rechtspflicht zum Austragen des Kindes in Betracht. Dies auch deshalb, weil während und nach jeder natürlich verlaufenden Schwangerschaft körperliche Beeinträchtigungen (etwa Schwangerschaftsdepression, Dammriss, Infektionen etc.) auf Seiten der Mutter entstehen können. In den allermeisten Fällen dürften jedoch medikamentöse Behandlungen, psychologische bzw. psychiatrische Interventionen oder – im Spätstadium der Schwangerschaft – ein Kaiserschnitt als milderes Mittel zur Gefahrenabwendung ausreichend und damit geboten sein.

Zweifelhaft sind damit vor allem die Fälle, in denen es um die Gefährdung der seelischen Gesundheit der Schwangeren geht. Insbesondere in Arzthaftungsprozessen⁵⁷, die einen Ersatz des Unterhalts für das trotz Pränataldiagnostik mit „Fehlbildungen“ geborene Kind zum Inhalt haben, wird elternteilig behauptet und durch ärztliche Sachverständige bestätigt, dass die Schwangere bei Kenntnis der vorgeburtlichen „Fehlbildung“ Depressionen bis hin zu suizidalen Gedanken erlitten und das Kind abgetrieben hätte. Die für die Mutter unzumutbare Belastung stelle eine medizinische Indikation gem. § 218a Abs. 2 StGB dar. Hierbei ist bereits zweifelhaft, ob die Prognose des indikationsfeststellenden Arztes valide sein kann, wenn es sich in der Praxis regelmäßig um den Pränataldiagnostiker und damit keinen Facharzt für Psychiatrie oder Spezialisten für Sozialpsychologie o.ä. handelt. Was begründet die Annahme, eine aktuell seelisch

⁵⁵ BVerfGE 88, 203 ff., Leitsatz 7.

⁵⁶ BVerfGE 88, 203 ff., Leitsatz 4.

⁵⁷ Siehe dazu unten 4.

gesunde Schwangere werde infolge der Geburt eines geschädigten Kindes eine schwere Depression bis hin zur Suizidalität erleiden, die nicht anders als durch die Tötung des Kindes abgewendet werden kann? Noch schwieriger wird es, wenn dies erst im Nachhinein, nach Geburt des Kindes, in einem Schadensersatzprozess bewiesen werden soll.⁵⁸ In den berichteten Fällen zum Schwangerschaftsabbruch aufgrund medizinischer Indikation ist zudem entgegen § 218a Abs. 2 StGB nie davon die Rede, welche Alternativen zum Schwangerschaftsabbruch in Betracht gezogen wurden und wie die Erfolgsaussichten solcher Alternativen einzuschätzen gewesen wären.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Rechtspflicht zur Austragung des ungeborenen Kindes erst dann entfällt, wenn die Fortführung der Schwangerschaft und die Geburt des Kindes die Gefahr einer schwerwiegenden und irreversiblen Schädigung der Gesundheit der Mutter oder die Gefahr ihres Todes induziert und diese Gefahr nicht anders als durch den Schwangerschaftsabbruch abgewandt werden kann. An die Feststellung dieser Gefahr für die Schwangere sind aufgrund des Ausnahmecharakters einer Vorschrift, die einen Schwangerschaftsabbruch straflos stellt und damit die Grundrechte des ungeborenen Kindes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG einer erhöhten Gefahr aussetzt, hohe fachliche Anforderungen zu stellen. Ebenso müssen die zur Verfügung stehenden und der Schwangeren zumutbaren Alternativen vollständig ausgeschöpft sein, um den Schwangerschaftsabbruch als unumgänglich letztes Mittel (ultima-ratio-Prinzip) zur Rettung der Schwangeren erscheinen zu lassen.

Demgegenüber wird teilweise argumentiert, wenn eine postnatale „Lebensfähigkeit“ nicht bestünde, könne und müsse man im Interesse der Schwangeren⁵⁹ und ggf. auch im Interesse des ungeborenen Kindes⁶⁰ sein Leben schon vorgeburtlich beenden. Die voraussichtliche Lebenserwartung oder die Lebensqualität des Kindes nach seiner Geburt haben hingegen verfassungsrechtlich keinen Einfluss auf die Grundrechte des ungeborenen Kindes und lassen auch die Rechtspflicht zur Austragung eines Kindes nicht entfallen.

III. „Eugenische“⁶¹ Zwecke und Pränataldiagnostik

a) Medizinische Indikation

Die „medizinische Indikation“ des § 218a Abs. 2 StGB verdeckt nur bedingt, dass sie letztlich eugenische Ziele (zumindest mit-)verfolgt, die zur Rechtfertigung von Tötungshandlungen an ungeborenen Kindern insbesondere mit bestehenden oder prognostisch zu erwartenden schweren Behinderungen führt, die zuvor als sogenannte „embryopathische Indikation“ bereits straflos waren. Durch die „Einbettung“ der „embryopathischen Indikation“ in die „medizinische Indikation“ erfährt erstere eine deutliche Ausweitung, insbesondere in zeitlicher Hinsicht.

Dass die embryopathische Indikation durch das Gesetz zur Änderung des SFHG im Jahr 1995 nicht abgeschafft werden sollte, war bereits im Gesetzentwurf offen geäußert worden: „Durch die Formulierung der medizinischen Indikation ... können diese Fallkonstellationen aufgefangen werden.“⁶² Von der Behauptung, die embryopathische Indikation sei durch das SFHGÄndG abgeschafft worden⁶³, durch die Änderung solle klar gestellt werden, dass die Behinderung eines Kindes als solche niemals zu einer Minderung des Lebensschutzes führen könne⁶⁴, kann angesichts der Schwächen dieser Regelung des § 218a Abs. 2 StGB und den Rückwirkungen des Arzthaftungsrechts auf die Einhaltung der darin genannten Voraussetzungen nicht ernsthaft die Rede sein. Die embryopathische oder eugenische Indikation ist durch die Novelle von 1995 vielmehr auf die medizinische Indikation verlagert und mittels der Ergänzung durch eine psycho-soziale Indikation in gewandelter und zeitlich wie inhaltlich ausgeweiteter Form ermöglicht worden, was auch durch die Zunahme der gemeldeten „Spätabtreibungen aufgrund medizinischer Indikation“, die nach dem Ablauf der 22. Schwangerschaftswoche vorgenommen werden, bestätigt wird.⁶⁵

b) Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers vs. Meldepflicht nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz

Wie wenig der Gesetzgeber sich selbst und die Allgemeinheit wissen lassen möchte, wie viele Kinder letztlich aufgrund ihrer Behinderung, vorgeblich aber, um

⁵⁸ Vgl. etwa den Fall BGH MedR 2004, 162.

⁵⁹ So MdB *Schewe-Gerigk* in Deutschlandfunk am 22.09.08, verbunden mit der (sachlich unbewiesenen und normativ-logisch unbrauchbaren) Behauptung, nach einer Studie der Universitäten Bonn und München würden 80 % der Kinder mit pränatal diagnostizierten „Fehlbildungen“ unmittelbar nach der Geburt versterben. Demgegenüber stellt *Nippert*, Stellungnahme v. 13.03.09 zur Anhörung „Konfliktsituationen während der Schwangerschaft“ am 16.03.09 des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des 16. Dt. Bundestages, Ausschuss-Drs. 16(13)439k, S.5, unter Bezugnahme auf eine eigene Studie klar, dass 25 % der durch Spätabtreibung getöteten Kinder aufgrund infauster Prognose unmittelbar nach der Geburt versterben würden. Weitere 20 % hätten eine Lebenserwartung von unter einem Jahr.

⁶⁰ So offenbar *Kullmann* im Wochenmagazin „Der Spiegel“ v. 29.09.08, S. 44, Prognose: Tod.

⁶¹ Eugenik (von altgriechisch „gut“ und *genos* „Geschlecht“) bezeichnet die Anwendung humangenetischer Erkenntnisse auf Bevölkerungs- und Gesundheitspolitik mit dem Ziel, den Anteil positiver bewerteter Erbanlagen zu vergrößern und negativ bewerteter Erbanlagen zu verringern.

⁶² BT-Drs. 13/1850, S. 26 mit „diese Fallkonstellationen“ sind die Fälle der „embryopathischen Indikation“ gemeint; ebenso der Abgeordnete *Lanfermann* (FDP), Plenarprot. 13/47, S. 3761 D, der ausdrücklich den Befürchtungen, dass sich durch die neue Fassung des Gesetzes in der Praxis etwas ändern würde, entgegentrat.

⁶³ So die Abgeordneten *Göhner* (CDU), Plenarprot. 13/47, S. 3782 und *Eichhorn* (CSU), ebd. S. 3756A.

⁶⁴ BT-Drs. 13/1850, S. 26.

⁶⁵ Ebenso *Beckmann*, Der „Wegfall“ der embryopathischen Indikation, MedR 1998, 155; *Berg*, a.a.O. (Anm. 34), S. 31.

eine nicht anders auf zumutbare Weise abwendbare Gefahr von der Mutter abzuwenden, vorgeburtlich getötet werden, lässt sich leicht daran ablesen, dass die Meldepflicht des die Tötungshandlung durchführenden Arztes keine Angaben zur Diagnosestellung erfordert, vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 2 Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG).⁶⁶ Auch wird die Anzahl der durchgeführten Fetozide statistisch nicht erfasst. Insoweit steht zu befürchten, dass diese nur teilweise als Schwangerschaftsabbrüche gemeldet, sondern als Totgeburten deklariert werden, obgleich unzweifelhaft ist, dass es sich hierbei um Schwangerschaftsabbrüche handelt, da Abbruchhandlung i.S.d. § 218 Abs. 1 StGB jede Einwirkung auf die Schwangere oder die Frucht ist, die das Absterben der noch lebenden Frucht im Mutterleib herbeiführt.⁶⁷ Auf die anschließende Austreibung des zuvor durch „Fetozid“ getöteten Kindes kommt es daher für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 218 Abs. 1 StGB nicht an.

Nach einigen erfolglosen Initiativen⁶⁸, ist in der noch laufenden 16. Legislaturperiode eine Änderung des § 14 SchKG dahingehend beschlossen worden, dass ein Verstoß gegen die Auskunftspflicht des Arztes (wobei Angaben über die Fehlbildung/Auffälligkeit im Genom oder über Vornahme eines Fetozids nicht erforderlich sind) nunmehr als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann.⁶⁹

c) Pränataldiagnostik

In oben beschriebenen Feldern macht sich die Pränataldiagnostik zum willfährigen Gehilfen der eugenischen Ziele der Gesellschaft und ihrer gesetzlichen Regelungen. Aufgrund der von dem nicht ausreichend demokratisch legitimierten⁷⁰, aber gem. § 92 SGB V mit Rechtssetzungsbefugnissen gegenüber Dritten ausgestatteten „Gemeinsamen Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen“ herausgegebenen „Mutterschaftsrichtlinien“⁷¹, deren Einhaltung Voraussetzung für den Erstattungsanspruch des Arztes durch die gesetzliche Krankenkasse sind, werden die „Risikoschwangerschaften“ so definiert, dass jede Schwangere während der Schwangerschaft eine Vielzahl von diagnostischen Maßnahmen durchläuft. Diese haben überwiegend nicht die Diagnose behandelbarer Erkrankungen bei der Schwangeren oder dem Kind zum Ziel, sondern die frühzeitige Feststellung vorgeburtlicher „Fehlbildungen“ und/oder einer genetischen Disposition zur Entwicklung derselben. Durch die Definition mehrerer Dutzend von sogenannten „Risikofaktoren“ wird fast jede Schwangerschaft im Alter über 30 Jahren zur „Risikoschwangerschaft“ deklariert und löst dadurch immer weiter reichende pränataldiagnostische Maßnahmen durch den behandelnden Arzt aus. An diese Mutterschaftsrichtlinie knüpfen auch die Richtlinien der (für die Schaffung von verbindlichen Außenrechtssätzen nicht demokratisch legitimierten⁷²) Bundesärztekam-

mer zur pränatalen Diagnostik⁷³ an, über die sie teilweise noch hinausgehen. Zwar sind die Richtlinien der Bundesärztekammer selbst rechtlich nicht bindend, geben aber den Stand der medizinischen Wissenschaft wieder und dienen bei Haftungsprozessen als diesbezügliche Erkenntnisquelle. Die Schwangere kann sich kaum den „Behandlungsangeboten“ des die potentielle Haftungssituation verspürenden Arztes entziehen, wenn sie sich nicht dem Vorwurf der „Verantwortungslosigkeit“ aussetzen möchte. Gleichzeitig schreitet die Genauigkeit der Pränataldiagnostik immer weiter voran. Inzwischen ist es ohne invasiven Eingriff möglich, im Rahmen eines sogenannten Ersttrimester-Screenings eine Trisomie 21 bei dem ungeborenen Kind festzustellen um anschließend seine „Lebendgeburt“ durch Tötung des ungeborenen Kindes zu verhindern, wie dies inzwischen in Dänemark geschieht.⁷⁴ Dabei besteht das „Risiko“, dass der die Pränataldiagnostik durchführende Arzt zivilrechtlich für das Nichterkennen oder Nichtmitteilen von „Fehlbildungen“ haftet. Gleichzeitig können die diagnostischen Erkenntnisse verwendet werden, um die vorgeburtliche Tötung nach § 218a Abs. 2 StGB als „nicht rechtswidrig“ erscheinen zu lassen.

Besteht die Pränataldiagnostik (auch) in einer genetischen Untersuchung des ungeborenen Kindes, greift das kürzlich verabschiedete Gendiagnostikgesetz (GenDG) vom 31.07.2009⁷⁵ ein. Gemäß § 15 Abs. 1 GenDG dürfen mit Zustimmung der Schwangeren auch solche genetischen Untersuchungen am ungeborenen Kind durchgeführt werden, die sich auf nicht behandelbare Erkrankungen des Kindes beziehen. Verboten, aber bedauerlicherweise weder bußgeld- noch strafbewehrt, ist die vorgeburtliche genetische Untersuchung, „die darauf abzielt, genetische Eigenschaften des Embryos oder des Fötus für eine Erkrankung festzustellen, die nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik erst nach Vollendung des 18.

66 Schwangerschaftskonfliktgesetz vom 27. Juli 1992 (BGBl. I S. 1398), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes, BR-Drs. 447/09 v. 22.05.09, noch nicht im BGBl. verkündet.

67 Vgl. BGHSt 10, 5; 13, 24; ebenso Tröndle/Fischer, Kommentar zum StGB, 53. Aufl. 2006, Rn. 5 zu § 218.

68 Vgl. etwa in der 15. Legislaturperiode den Antrag der Abg. *Böhmer* u.a. und der Fraktion der CDU/CSU v. 19.10.2004, BT-Drs. 15/3948, S. 5.

69 Vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 SchKG i.V.m. § 18 Abs. 1 SchKG.

70 *Kingreen*, Die Entwicklung des Gesundheitsrechts 2007/2008, NJW 2008, 3393, 3397.

71 Im Internet abrufbar unter: <http://www.g-ba.de/informationen/richtlinien/19/> (letzter Abruf am 16.03.09).

72 Vgl. hierzu im Kontext des Transplantationsrechts statt vieler *Lang*, *Deregulierte Verantwortungslosigkeit*, MedR 2005, S. 269 ff.

73 Im Internet unter <http://www.bundesaeztekammer.de/downloads/PraenatalDiagnostik.pdf> abrufbar (letzter Abruf am 16.03.09).

74 Vgl. *Ekelund* et al, Impact of a new national screening policy for Down's syndrome in Denmark: population based cohort study, *BMJ* 2008 Nov 27; 337: a2547.

75 BGBl. I S. 2529.

Lebensjahres ausbricht“ (§ 15 Abs. 2 GenDG). Es fragt sich allerdings, wie mit Erkrankungen umzugehen ist, die in Einzelfällen auch einmal vor der Vollendung des 18. Lebensjahres ausgebrochen sind. Ferner ist problematisch, ob Zufallsbefunde der Schwangeren mitgeteilt werden dürfen. Dies ist nach der Wertung des Gesetzes abzulehnen, weil eine Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenbefunden nicht vorgesehen ist. Der Schutz vor Diskriminierung aufgrund genetischer Eigenschaften und der Lebensschutz des ungeborenen Kindes überwiegt nach der in § 15 Abs. 2 GenDG zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertung das Informations- und Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren. Insgesamt scheint das in § 15 Abs. 2 GenDG gegen den Widerstand der SPD⁷⁶ durchgesetzte Verbot der genetischen Untersuchung ungeborener Kinder in Bezug auf „spätmanifestierende“ Erkrankungen nur einen unzureichenden Schutz des ungeborenen Kindes vor einer Diskriminierung aufgrund seiner genetischen Konstitution darzustellen, da andere genetische Auffälligkeiten mitgeteilt werden dürfen und müssen, die nach der Geburt zu behandelbaren Erkrankungen oder „Fehlbildungen“ des Kindes führen können.

IV. Ausgleich der beim „Schwangerschaftskonflikt“ betroffenen Grundrechtspositionen im Wege der „praktischen Konkordanz“

1. Notwendigkeit der gesetzgeberischen Entscheidung (Vorbehalt des Gesetzes)

Aufgrund der auf dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) fußenden „Wesentlichkeitstheorie“ des BVerfG sind wesentliche Aspekte durch formale Parlamentsgesetze zu regeln und können nicht der Verwaltung überlassen werden.⁷⁷ Die zu treffende einfachgesetzliche Regelung muss in der gebotenen Abwägung die betroffenen Rechtsgüter weitestgehend wahren, d.h. keinem generell den Vorrang vor dem anderen gewähren, und dadurch zu einem Ausgleich bringen⁷⁸ (sogenannte „praktische Konkordanz“). In Bezug auf den Schwangerschaftsabbruch ist ein solcher Ausgleich aber nicht möglich, „weil auf der Seite des ungeborenen Lebens in jedem Fall nicht ein Mehr oder Weniger an Rechten, die Hinnahme von Nachteilen oder Einschränkungen, sondern alles, nämlich das Leben selbst, in Frage steht.“⁷⁹

Die getroffene einfachgesetzliche Regelung muss, sofern sie in Grundrechte eingreift, neben ihrer sonstigen Verfassungs- und insbesondere Grundrechtskonformität, auch verhältnismäßig sein. *Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn* verlangt von jeder staatlichen Maßnahme, die in Grundrechte eingreift, dass sie einen legitimen öffentlichen Zweck verfolgt und überdies geeignet, erforderlich und *verhältnismäßig im engeren Sinn* (oder „angemessen“) ist.⁸⁰ In Bezug auf das Lebensrecht des ungeborenen Kindes darf die getroffene gesetzliche

Regelung sich nicht als Unterschreitung des gebotenen Schutzes darstellen (sogenanntes Untermaßverbot).⁸¹

2. Die Inkonsequenzen der zweiten Entscheidung des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch und ihre einfachgesetzlichen Folgen

Die Entscheidung des 2. Senats des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch v. 28.05.1993⁸² ist zu Recht als inkonsequent und das gebotene Maß des Lebens- und Würdeschutzes des ungeborenen Kindes unterschreitend kritisiert worden.⁸³ Die Kritik richtet sich gegen das dem Gesetzgeber zugestandene weite Ermessen bei der Wahl angemessener Mittel zum Schutz ungeborener Kinder. Die im Nachgang zu diesem Urteil des BVerfG eingeführte „Beratungsregelung“ muss notwendigerweise als ungeeignet angesehen werden, eben diesen Schutz in angemessener Weise zu gewährleisten, da sie den Unrechtscharakter des Schwangerschaftsabbruchs nicht deutlich werden lässt und diesen nicht von einer echten Unzumutbarkeit der Fortführung der Schwangerschaft auf Seiten der Schwangeren abhängig macht.

Wenn sich der Gesetzgeber gegen die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs entscheidet, hat er nach Auffassung des Gerichts gleich wirksame Mittel zum Schutz des ungeborenen Lebens zu finden, die rechtstatsächliche Entwicklung zu beobachten und ggf. – durch Änderung des gesetzlichen Regelungsprogramms – korrigierend einzugreifen. Im Fall der „medizinisch-sozialen Indikation“ wird zwar de jure die Feststellung einer nicht anders abwendbaren Gefahr für das Leben oder die körperliche oder seelische Unversehrtheit der Schwangeren gefordert (§ 218a Abs. 2 StGB). Aufgrund der Prognoseunsicherheit und Einbeziehung auch reversibler gesundheitlicher Beeinträchtigungen der Schwangeren, der fehlenden fachlichen Absicherung der medizinischen Diagnose sowie fehlender Verpflichtung zu qualifizierter psycho-sozialer Beratung und ausreichender Bedenkzeit, ist die Schwangere aber auch hier, „unterstützt“ durch den „behandelnden Arzt“ ihres Vertrauens, de facto frei, sich für oder gegen die Tötung des ungeborenen Kindes zu entscheiden, wenn sie ein Leben mit einem behinderten Kind in der ex ante Betrachtung als „unzumutbar“ empfindet. Hierbei geht es nicht darum, den betroffenen Müttern oder Ärzten „Leichtfertigkeit im Umgang mit dem ungeborenen Kind“ o.ä. vorzuwerfen, sondern die (aus Sicht des Verfassers) vermeidbaren Schwächen des gesetzlichen Regelungsprogramms und ihre für die Rechtsordnung

76 Vgl. den Gesetzentwurf BT-Drs. 16/10532, S. 11.

77 BVerfGE 47, 46.

78 BVerfGE 83, 130, 143.

79 BVerfGE 83, 255 f.

80 BVerfGE 35, 382, 400.

81 BVerfGE 88, 203, 255.

82 BVerfGE 88, 203.

83 Vgl. ausführlich hierzu Kluth, FamRZ 1993, S. 1382.

und den Einzelnen fatalen Konsequenzen aufzuzeigen und nach Verbesserungen zu suchen.

Die unvermindert hohe Zahl der Schwangerschaftsabbrüche⁸⁴ aufgrund der „Beratungsregelung“ wie auch aufgrund der „medizinischen Indikation“ bestätigt diesen Befund ebenso, wie Berichte über den scheinbar unbekümmerten Umgang mit Schwangerschaftsabbrüchen auch aus anderen, vom Gesetzgeber nicht intendierten Gründen, wie beispielsweise (gleichsam antizipierten) Mitleidstötungen bei Fehlbildungen des ungeborenen Kindes.⁸⁵

3. Der Schwangerschaftsabbruch aufgrund „medizinisch-sozialer Indikation“, § 218a Abs. 2 StGB

Gemäß § 218a Abs. 2a StGB 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 der Schwangeren 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.“ Die Vorschrift stellt einen der zwei den Schwangerschaftsabbruch *rechtfertigenden*⁸⁶ Notstandsindikationen dar. Obgleich der grundsätzliche Unrechtscharakter der Tötung eines ungeborenen Kindes damit auch hier nicht mehr zum Ausdruck kommt, was vom BVerfG ausdrücklich gebilligt wird⁸⁷, scheint die Regelung im übrigen prima facie den oben skizzierten verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Schutz des ungeborenen Kindes in Ansehung der Grundrechte der Schwangeren zu entsprechen.

Im Detail ergeben sich aber einige entscheidende Schwächen der gesetzlichen Regelung, die diese insbesondere in Fällen einer Abtreibung im Zusammenhang mit einer diagnostizierten („schweren“) Behinderung als das Untermaßverbot des gebotenen Lebensschutzes ungeborener Kinder verletzend und damit als verfassungswidrig erscheinen lässt:

a) Die Prognoseentscheidung des behandelnden Arztes

Die Feststellung der „medizinischen Indikation“ zum Schwangerschaftsabbruch trifft der behandelnde Arzt, d.h. der Pränataldiagnostiker, der ein Facharzt für Gynäkologie oder Humangenetik ist, „nach ärztlicher Erkenntnis“ und zwar „unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren“ (vgl. § 218a Abs. 2 StGB). Im Gegensatz zum Schwangerschaftsabbruch nach Beratung (§ 218c Abs. 1 Nr. 4 StGB), können der indikationsfeststellende und der den Abbruch durchführende Arzt personen-

identisch sein. Eine Überprüfung der Diagnose durch einen unabhängigen zweiten Arzt ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Die Heranziehung eines psychiatrischen Facharztes oder Psychologen zur Feststellung der „Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren“ und die Auslotung von (Behandlungs-)Alternativen zum Schwangerschaftsabbruch, wird weder vom Strafgesetzbuch noch dem kürzlich reformierten Schwangerschaftskonfliktgesetz gefordert.

Darüber hinaus gibt es manifeste Eigeninteressen der „behandelnden“ Ärzte, die einen Interessenkonflikt⁸⁸ auslösen können, der die notwendige „nicht-direktive“ Beratung der Schwangeren teilweise verhindern und die fachliche Einschätzung der sich aus einer Fehlbildung oder einer Auffälligkeit im Genom des ungeborenen Kindes möglicherweise ergebenden Gefahrenlage für die Schwangere qualitativ beeinträchtigen können. Hierzu zählen neben den Haftungsgründen (s. hierzu unten 4.) auch eigene eugenische Überzeugungen und die Aussicht auf Erstattung der Kosten eines Schwangerschaftsabbruches durch die Gesetzliche Krankenversicherung (vgl. § 24b SGB V).

Umstritten ist zudem, inwieweit die Feststellung der „medizinisch-sozialen Indikation“ durch den behandelnden Arzt einer inhaltlichen Überprüfung durch ein Gericht unterliegt. Allgemein anerkannt ist nur, dass Willkürhandlungen einer gerichtlichen Nachprüfbarkeit unterliegen. Eine vollinhaltliche gerichtliche Überprüfung der nach § 218a Abs. 2 StGB zu treffenden ärztlichen Feststellung erscheint problematisch, da der Rechtfertigungstatbestand viele nicht völlig objektivierbare Merkmale umfasst. Grundsätzlich ist jede ärztliche Prognoseentscheidungen nur eingeschränkt überprüfbar. Da es hier auch noch um die Einschätzung der Zumutbarkeit auch möglicher künftiger seelischer Beeinträchtigungen unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren geht, verschärft sich das Problem. Die tatbestand-

84 Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes wurden 2007 insgesamt 116.871, im Jahr 2008 114.484 Schwangerschaftsabbrüche gemeldet. Davon entfielen im Jahr 2007 insgesamt 113.774 und im Jahr 2008 111.474 auf Abtreibungen nach Beratung (§ 219 StGB) sowie 3072 im Jahr 2007 und 2989 im Jahr 2008 auf Abtreibungen nach medizinischer Indikation (§ 218a Abs. 2 StGB). Von diesen entfallen 229 (2007) bzw. 231 (2008) gemeldete Fälle auf sogenannte „Spätabtreibungen“ (nach der 23. SSW.). Lediglich 25 (2007) bzw. 21 (2008) Schwangerschaftsabbrüche wurden auf die sogenannte „Kriminologische Indikation“ (§ 218a Abs. 3 StGB) gestützt.

85 Vgl. den Bericht von *Kullmann*, a.a.O. (Anm. 0).

86 *Fischer* in *Fischer* (Hrsg.), Kommentar zum StGB, 55. Aufl. 2008, Rn. 14 f. zu § 218a m.w.N., auch zu den Gegenansichten.

87 BVerfGE 88, 203, 273 ff., 325 f.

88 Ebenso *Duttge*, Stellungnahme v. 13.03.09 zur Anhörung „Konfliktsituationen während der Schwangerschaft“ des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des 16. Dt. Bundestages am 16.03.09, Ausschuss-Drs. 16(13)439j, S. 3, im Internet abrufbar unter <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a13/anhoeerungen/anhoeerung16/stellungnahmen/index.html> (letzter Abruf am 16.03.09).

liche Weite und Unbestimmtheit der „medizinischen psycho-sozialen Indikation“ wirkt sich damit in Punkto gerichtlicher Überprüfbarkeit als für den Schutz des Lebens des ungeborenen Kindes unzutraglich aus. Hält man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – die „medizinisch-soziale Indikation“ trotzdem für insgesamt verfassungskonform, so wird man versucht sein, dem Arzt bis zur Grenze der Unvertretbarkeit einen gerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum bezüglich der Feststellung der medizinischen Indikation einzuräumen.⁸⁹

b) Vorgeschriebene Beratung der Schwangeren in psycho-sozialer Hinsicht, Mindestbedenkzeit vor Feststellung der „medizinischen Indikation“

Der „behandelnde Arzt“ führt die Schwangere durch Mitteilung einer das ungeborene Kind betreffenden „schweren Fehlbildung“ in den „Schwangerschaftskonflikt“. Mangels psychologischer und psychiatrischer Fachkompetenz, aber auch aufgrund der bereits ange deuteten Interessenkonflikte, wird er/sie die Schwangere in dieser Situation nicht selbst kompetent betreuen können. Die Inanspruchnahme psycho-sozialer Beratung nach Pränataldiagnostik – etwa durch eine „Schwangerenkonfliktberatungsstelle“ – ist aber derzeit mit 1,4 % der Fälle verschwindend gering.⁹⁰

Dem hierdurch ausgelösten Missstand versucht das am 13. Mai 2009 verabschiedete und am 1. Januar 2010 in Kraft tretende Gesetz zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes⁹¹ durch Einführung einer psycho-sozialen Beratungspflicht des behandelnden oder des indikationsfeststellenden Arztes entgegenzuwirken (vgl. § 2a Abs. 1 und 2 SchKG). Dieser wird hierzu aber weder zeitlich noch inhaltlich in der Lage sein. Daher ist vorgesehen, die Schwangere durch den behandelnden Arzt mit ihrem Einvernehmen an eine Beratungsstelle oder Selbsthilfeorganisation bzw. einen Behindertenverband vermitteln zu lassen.

Die neu eingeführte ärztliche Beratung hat gem. § 2a Abs. 1 S. 2 SchKG zudem „unter Hinzuziehung von Ärztinnen oder Ärzten, die mit dieser Gesundheitsschädigung bei geborenen Kindern Erfahrung haben ...“, zu erfolgen, bedauerlicherweise aber nicht unter Hinzuziehung von Psychiatern oder Psychologen mit Erfahrung bei der Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten. Auch sprechen die teilweise sehr kurzen Zeiträume zwischen Befundmitteilung und Schwangerschaftsabbruch aufgrund „medizinischer Indikation“⁹² für eine – im Sinne des Lebensschutzes – suboptimale Beratungssituation.

Dem begegnet das kürzlich verabschiedete Gesetz zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes durch eine nach § 2a Abs. 2 S. 2 SchKG nunmehr vorgesehene Mindestbedenkzeit von drei Tagen zwischen Mitteilung der Diagnose oder der Beratung und Bescheinigung

der medizinischen Indikation. Auf die Beratung und die Vermittlung nach § 2a Abs. 1 und 2 SchKG kann die Schwangere allerdings verzichten (vgl. § 2a Abs. 3 SchKG).

c) Rechtliche Folgen der Änderung des § 218a Abs. 2 StGB

Die Folgen des gesetzgeberischen „Auffangens“ embryopathisch motivierter Abtreibungen durch die „medizinische Indikation“ sind für das Leben des ungeborenen Kindes im Fall der Diagnose einer Fehlbildung oder einer genetischen Disposition für eine Behinderung möglicherweise fatal:

- Die Abtreibung nach den Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 StGB ist „nicht rechtswidrig“, es handelt sich damit um einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund, d.h. um einen Spezialfall des rechtfertigenden Notstandes, der allgemein ein wesentliches Überwiegen der durch die Notstandshandlung zu schützenden Rechtsgüter gegenüber den beeinträchtigten Gütern erfordert (vgl. § 34 StGB). Eben ein solches Überwiegen von Rechtsgütern der Mutter gegenüber denen des ungeborenen Kindes ist aber auch im Fall einer medizinischen Notlage nicht festzustellen. Vielmehr sind Leben der Mutter und Leben des Kindes gleichwertig. Im Fall der medizinischen Indikation meint das Verfassungsgericht demgegenüber aber kein strafrechtliches Unwerturteil über die Tötung des ungeborenen Kindes aussprechen zu können. Das sich aus der Gleichwertigkeit des Lebens der Mutter und des ungeborenen Kindes im Fall seiner Tötung nach der hier vertretenen Auffassung ergebende verfassungsrechtliche Unrecht wird anhand der rechtfertigenden medizinischen Indikation nicht deutlich. Dies könnte und müsste durch Schaffung eines persönlichen Strafausschlussgrundes im Sinne eines Spezialfalls des entschuldigenden Notstandes vermieden werden, freilich mit der Konsequenz, dass die Gesetzliche Krankenkasse nicht mehr für die Kosten der Abtreibung aufkommen dürfte.
- Es besteht keine Befristung, d.h. die Abtreibung ist unter den in § 218a Abs. 2 StGB genannten Voraussetzungen bis zum Einsetzen der Geburtswehen „nicht rechtswidrig“, was dazu führt, dass zum Zeitpunkt der Abbruchhandlung unter Umständen bereits lebensfähige Kinder getötet werden.
- Die Kosten der Abtreibungen aufgrund medizinischer Indikation werden durch die Krankenkassen

89 Geilen, in Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 2007, S. 419 m.w.N.

90 Vgl. die Ausführungen von Nippert, a.a.O. (Fn. 59), S. 3.

91 BR-Drs. 447/09 v. 22.05.09, noch nicht im BGBl. verkündet.

92 Ein Drittel der Schwangerschaftsabbrüche aufgrund „medizinisch-sozialer Indikation“ finden innerhalb von drei Tagen nach der Befundmitteilung statt, vgl. Nippert, a.a.O. (Anm. 59), S. 3 und 4.

erstattet (vgl. § 24 b Abs.1 SGB V). Dies ist wohl der eigentliche Grund für die Formulierung „nicht rechtswidrig“.

- Die Haftung des behandelnden Arztes umfasst nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ggf. auch die Unterhaltszahlungen für Kinder mit pränatal nicht erkannten „Fehlbildungen“, die im Fall ihrer Kenntnis zum Abbruch nach § 218a Abs. 2 StGB berechtigt hätten.
- Die Meldepflicht des Arztes umfasst nicht die Angabe, ob bei dem ungeborenen Kind vor dem Schwangerschaftsabbruch aufgrund medizinischer Indikation eine Fehlbildung oder eine Auffälligkeit im Genom festgestellt wurden. Ebenso fehlt eine gesonderte Ausweisung der vorgenommenen „Fetozide“.⁹³

d) Tatsächliche Folgen der Gesetzesänderung aus dem Jahr 1995 für das Abtreibungsgeschehen

Nach einer Untersuchung von Mansfield et al aus dem Jahr 1999, werden bis zu 92 % der ungeborenen Kinder mit Trisomie 21, 84 % der Kinder mit Anenzephalie, 72 % der Kinder mit Turner Syndrom, 64 % der Kinder mit Spina bifida und 58% der Kinder mit Klinefelter Syndrom durch Abtreibung getötet.⁹⁴ Die Tötung durch Abtreibung des möglicherweise schwer behinderten Kindes ist demnach offenbar eher Regel als die Ausnahme. In 28 % der Fälle mit „genetischen Störungen“ (insbesondere Trisomie 21 und 18), findet die Tötung des ungeborenen Kindes innerhalb von nur 2 Tagen nach der Befundmitteilung statt.⁹⁵ Beide Aspekte lassen den Schluss zu, dass in diesen Fällen ein Automatismus am Werk ist, der weder den verfassungsrechtlichen Vorgaben noch dem einfachgesetzlichen Regelungsprogramm entspricht.

e) Verletzung des Verbotes der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG
Eine mittelbare und indirekte Benachteiligung von ungeborenen Kindern mit (schweren) Behinderungen, die eine Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG darstellt, ergibt sich hierbei aus folgenden Erwägungen:

Ungeborene Kinder mit bereits vorhandenen oder zu erwartenden „schweren Behinderungen“ haben offenkundig ein statistisch höheres Risiko, vorgeburtlich getötet und abgetrieben zu werden, als ungeborene Kinder ohne Behinderung, deren Mutter aus sonstigen Gründen einer Gefahr i.S.d. § 218a Abs. 2 StGB ausgesetzt ist. Dies wird dadurch verstärkt, dass die Mutter neben ihren eigenen, durch die Befundmitteilung ausgelösten Identifikations- und Orientierungsproblemen, die behinderungsbedingten Belastungen ihres Kindes eher als unzumutbar empfinden wird, weil sie auf weniger Akzeptanz seitens ihrer Angehörigen vertrauen darf. Die gesetzlichen Vorschriften zum Schwangerschaftsabbruch aufgrund „medizinischer Indikation“

berücksichtigen diese Besonderheiten einer mit einer Behinderung des ungeborenen Kindes in Zusammenhang stehenden Gefahrenlage aber nicht hinreichend.

f) Missbrauchspotential, Dunkelfeld

Zudem hat die Vorschrift des § 218a Abs. 2 StGB ein nicht zu unterschätzendes Missbrauchspotential. Dies liegt einmal an dem Unsicherheitsfaktor, der jeder Prognose über die psychische Entwicklung eines Menschen unter dem Eindruck existentiell entscheidender Erfahrungen, wie der Geburt eines Kindes, notwendig innewohnt. Darüber hinaus ist auch die Berücksichtigung der gegenwärtigen und künftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren bei dieser Prognose kaum überprüfbar. Letztlich dürfte nur selten feststellbar sein, ob ernsthaft Alternativen erwogen wurden, um die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung insbesondere der seelischen Gesundheit der Schwangeren auf andere für sie zumutbare Weise abzuwenden.

Das Dunkelfeld jener Fälle, in denen aus fehlendem Wissen um das Leben mit Menschen mit Behinderungen, situativer Überforderung, vermeintlichem Mitleid mit dem ungeborenen Kind oder auf Drängen der Angehörigen und/oder nicht gewissenhafter Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen durch den behandelnden Arzt das Leben des Kindes beendet wird, ist demnach als groß einzuschätzen.

4. Arzthaftungsrecht und „Schwangerschaftsabbruch aufgrund medizinischer Indikation“

Bei einem „Behandlungsvertrag“, der die vorgeburtliche Tötung und/oder Abtreibung des ungeborenen Kindes zum Gegenstand hat, handelt es sich um eine beispiellose Besonderheit im deutschen Recht, nämlich einem Vertrag zu Lasten Dritter, der allerdings aufgrund der Wertungen in § 218a Abs. 1 bis 3 StGB (im Fall des § 218a Abs. 2 StGB auch in Verbindung mit § 24b Abs. 1 SGB V) als gesetzmäßig, und damit nicht nach § 134 BGB unwirksam angesehen werden kann, wenn die in den letztgenannten Vorschriften erwähnten Voraussetzungen für einen „Schwangerschaftsabbruch“ eingehalten werden, sofern man diese, entgegen der hier vertretenen Auffassung, für verfassungskonform erachtet.⁹⁶

⁹³ Beide die Statistik betreffenden Aspekte wurden bei der insoweit getrennten Abstimmung über den gruppenübergreifenden Gesetzentwurf v. 05.05.2009 von der Mehrheit des Plenums abgelehnt, vgl. Plenarprot 16/221 v. 13.05.09, S. 24193 ff., 24213.

⁹⁴ *Mansfield/Hopfer/Merteau*, Termination Rates After Prenatal Diagnosis of Down Syndrom, Spina bifida, Anencephaly, and Turner and Klinefelter Syndrom: A systematic Literature Review, Prenatal Diagnosis 19 (1999), S. 808-812. Ähnlich Nippert, a.a.O. (Anm. 59), S. 3.

⁹⁵ *Nippert*, a.a.O. (Anm. 59), S. 3.

⁹⁶ Der EuGH hat die Tötungshandlung des den Schwangerschaftsabbruch durchführenden „behandelnden Arztes“ als Teil seiner Dienstleistungsfreiheit (vgl. Art. 50 EGV) angesehen, vgl. EuGH, Rs. C-159/90 v. 4.10.1991 - Unborn Children.

Dass die Geburt eines Kindes keine Quelle eines Schadensersatzanspruchs sein könne, hatte das BVerfG in seinem 2. Urteil zum Schwangerschaftsabbruch als obiter dictum festgestellt. Die anderslautende Rechtsprechung des BGH sei daher zu überprüfen.⁹⁷ Dem ist der BGH jedoch nicht gefolgt.⁹⁸ Wenn der Schutzzweck des Behandlungsvertrages auch die Vermeidung von Unterhaltsleistungen für ein schwer geschädigtes Kind mit umfasse und die Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 StGB vorgelegen hätten, sei ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem behandelnden Arzt zu bejahen, wenn dieser durch eine fehlerhafte Diagnose den Behandlungsvertrag verletzt und hierdurch den Schwangerschaftsabbruch – so wörtlich – „vereitelt“. Dies ist insofern in sich schlüssig, als bei der nach § 218a Abs. 2 StGB durch den behandelnden Arzt bei der Feststellung der medizinischen Indikation zu treffenden Prognoseentscheidung auch die „gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren“ zu berücksichtigen sind.

Die Konsequenzen dieser Rechtsprechung des BGH erhöhen allerdings indirekt und mittelbar den Selektionsdruck auf das ungeborene Kind mit einer möglichen oder tatsächlich bereits vorliegenden „Fehlbildung“, da über dem behandelnden Arzt das Damoklesschwert der Haftung für den Unterhalt dieses Kindes schwebt. Das wird ihn dazu bewegen, die Pränataldiagnostik auch auf nicht behandelbare Erkrankungen des Kindes auszuweiten, die Gefahren für die seelische Gesundheit der Schwangeren wegen der von ihm prognostizierten oder festgestellten kindlichen „Fehlbildung“ indiziell hoch einzuschätzen und sie mangels einschlägiger Kenntnisse von zumutbaren Alternativen unter Umständen eher zu einem Abbruch zu bewegen, als ihr davon abzuraten. Diese vom Gesetzgeber und der Gemeinschaft der Sozialversicherungspflichtigen bislang buchstäblich „in Kauf“ genommene Erhöhung der Gefahr für das Leben ungeborener Kinder mit Behinderungen, trägt zum Entstehen einer diskriminierenden Benachteiligung bei.

V. Ergebnis

Auch ungeborene Kinder mit vorhandenen oder zu erwartenden Behinderungen werden durch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG in Bezug auf ihr Leben und ihre körperliche Unversehrtheit vor Diskriminierung geschützt. Die einfachgesetzlichen Vorschriften zum Schutz dieser Kinder entsprechen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Die medizinische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch (§ 218a Abs. 2 StGB) ist aufgrund ihrer tatbestandlichen Unbestimmtheit und Weite einerseits und der alleinigen Einschätzungsprärogative des behandelnden und zugleich unter Haftungsdruck stehenden Arztes andererseits, nicht als hinreichender Schutz vor einer diskriminierenden Abtreibungspraxis ausgestaltet. Sie dient leider dazu, ungeborene Kinder, die nicht den medizinisch-gesellschaftlichen Wunsch- und Leistungsanforderungen entsprechen und daher eine Herausforderung für die Integrationsfähigkeit und den Integrationswillen der Eltern und der Gesamtgesellschaft darstellen, zu beseitigen. Eine fehlverstandene und eugenische Tendenzen mit einschließende Gesundheits- und Frauenpolitik, die letale Konsequenzen für das einzelne ungeborene Kind billigend in Kauf nimmt und damit das Rechtsbewusstsein des Einzelnen und der Gemeinschaft untergräbt, lässt daran zweifeln, ob eine Integration von ungeborenen und geborenen Menschen mit Behinderungen ernsthaft als gesamtgesellschaftliche Aufgabe akzeptiert ist. Die mit der kürzlich verabschiedeten Novelle des SchKG einhergehenden Änderungen können daher nur ein erster Schritt gewertet werden, behinderungsbedingte Diskriminierungen im Bereich des Lebensschutzes zu beseitigen.

⁹⁷ BVerfGE 88, 203 f. Leitsatz 14.

⁹⁸ BGHZ 129, 178, 185; BGH, VersR 1997, 698, 699; 2002, 233 f.; NJW 2002, 1489, 1490 und Urteil v. 18.06.2002 – VI ZR 136/01.

beitrag

Wiss. Mitarbeiter Thomas Traub, Köln¹

Schwangerschaftsabbruch und europäischer Grundrechtsschutz durch Verfahren

Das Urteil des EGMR im Fall Tysiac ./ Polen

I. Einführung

Am 20. März 2007² verurteilte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) den Staat Polen dazu, einer Mutter, der die Durchführung einer möglicherweise medizinisch indizierten Abtreibung verwei-

gert worden war, 25.000 Euro Entschädigung zu zahlen. Insbesondere in der polnischen Öffentlichkeit sorgte

¹ Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Kirchenrecht der Universität zu Köln.

² EGMR, Urt. v. 20.03.2007, appl. no. 5410/03 – Tysiac ./ Polen; soweit ersichtlich ist das Urteil noch nicht in einer deutschen Übersetzung veröffentlicht: Die Leitsätze sind in FamRZ 2007, 707, abgedruckt.

das Urteil für große Aufregung. Während es von Teilen der Presse als Ausdruck der „moralischen Sackgasse, in der sich Europa befindet“³ angesehen wurde, wollen es andere als Durchbruch für ein „Recht auf Abtreibung“ verstanden wissen⁴.

Bei genauerer Lektüre der Entscheidungsgründe erweisen sich beide Einschätzungen als nicht haltbar. Es zeigt sich vielmehr, dass die Entscheidung keine Antworten auf die Fragen gibt, ob und in welchem Maße das ungeborene Kind Grundrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) genießt und ob umgekehrt Konstellationen denkbar sind, in denen die EMRK einer schwangeren Frau das Recht garantiert, eine Abtreibung vorzunehmen. Gleichwohl hat die Entscheidung über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung. Sie zeigt beispielhaft, wie sich in der europäischen Grundrechtsdogmatik die Vorstellung eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren durchsetzt, die anerkennt, dass Grundrechte neben ihrer abwehrrechtlichen Dimension auch Maßstäbe für die Organisations- und Verfahrensgestaltung setzen und stellt damit auch Anforderungen an die rechtsstaatliche Ausgestaltung der Abtreibungspraxis. Dies soll hier nach der Darstellung des zugrundeliegenden Sachverhaltes (II.) und der Entscheidungsgründe (III.) sowie eines kurzen Blickes auf das abweichende Sondervotum (IV.) anhand einer Analyse und Bewertung der Entscheidung (V.) gezeigt werden.

II. Der Sachverhalt

Das polnische Abtreibungsrecht ist eines der restriktivsten in Europa. Das Familienplanungsgesetz („Family Planning Act“) von 1993 legt in § 4a fest, dass eine Abtreibung nur ausgeführt werden darf, wenn die Schwangerschaft eine Gefährdung für das Leben oder die Gesundheit der Mutter darstellt, medizinische Indikatoren ein hohes Risiko dafür anzeigen, dass der Fötus schwer und irreversibel geschädigt ist oder es deutliche Hinweise darauf gibt, dass die Schwangerschaft das Ergebnis einer Vergewaltigung ist. Die Gefahr für die Gesundheit der Mutter muss – von akuten Notfällen abgesehen – durch einen Arzt bestätigt werden, der selbst nicht die Abtreibung vornimmt.

Die Beschwerdeführerin lebt in Warschau und ist seit ihrem sechsten Lebensjahr stark kurzsichtig. Im Februar 2000 wurde sie zum dritten Mal schwanger, ihre anderen beiden Kinder wurden per Kaiserschnitt geboren. Aus Sorge über die Auswirkungen der Schwangerschaft auf ihre Sehfähigkeit konsultierte sie insgesamt drei Augenärzte, die alle zu dem Schluss kamen, dass die Schwangerschaft und die Geburt ein Risiko für ihre Sehfähigkeit darstellten, da die Gefahr bestehe, dass sich die Netzhaut ablösen könnte. Sie weigerten sich jedoch, der Schwangeren eine für einen legalen Schwangerschaftsabbruch notwendige Bestätigung auszustellen, da diese gesundheitliche Folge nicht sicher

abzusehen war. Daraufhin ließ sich die Beschwerdeführerin erneut untersuchen und erhielt im April 2000 von einer Allgemeinmedizinerin eine Bestätigung, dass die dritte Schwangerschaft eine Gefahr für ihre Gesundheit darstellte. Darin erwähnte die Ärztin neben der starken Kurzsichtigkeit und der drohenden Netzhautablösung auch das Risiko einer Verletzung der Gebärmutter. Ihre Kurzsichtigkeit war zu diesem Zeitpunkt soweit verschlimmert, dass sie für beide Augen eine Brille mit 24 Dioptrien benötigte. Kurz danach wandte sie sich an das staatliche Krankenhaus in Warschau mit der Absicht, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen. Nach einer weniger als fünf Minuten dauernden Untersuchung durch den zuständigen Gynäkologen notierte dieser auf dem Bestätigungsschreiben, das die Allgemeinmedizinerin ausgestellt hatte, dass weder ihre starke Kurzsichtigkeit noch ihre beiden vorangegangenen Kaiserschnitte einen Grund für eine medizinisch indizierte Abtreibung darstellten. Ein anderer Internist unterschrieb diese Bemerkung ebenfalls, ohne zuvor mit der Beschwerdeführerin zu reden. Aufgrund dieser Ablehnung wurde die Schwangerschaft nicht abgebrochen, und das Kind im November 2000 per Kaiserschnitt geboren. Etwa sechs Wochen nach der Geburt verschlechterte sich die Sehfähigkeit der Mutter und sie wurde in der Notaufnahme der Augenklinik in Warschau behandelt, wo eine weitere Ablösung der Netzhaut festgestellt wurde, die durch Blutungen im Auge verursacht wurden und aufgrund derer der Beschwerdeführerin eine völlige Erblindung drohte. Im September 2001 wurde ihre Erkrankung als Schwerbehinderung anerkannt, da sie im Alltag ständige Hilfe und Unterstützung benötigte. Zum Zeitpunkt der Verhandlung vor dem EGMR konnte sie nur noch Gegenstände in max. 1,5 Meter Entfernung sehen.

Im März 2001 strengte sie ein Strafverfahren gegen den Gynäkologen der städtischen Klinik wegen Körperverletzung an. Drei Gutachter kamen zu dem Ergebnis, dass die Schwangerschaft der Beschwerdeführerin die Verschlechterung ihrer Sehfähigkeit nicht verursacht und das Risiko einer Verschlimmerung aufgrund ihrer Vorerkrankung ohnehin bestanden hätte und durch die Schwangerschaft und Geburt nicht maßgeblich erhöht wurde. Aufgrund dieser Ergebnisse stellte die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen ein, ohne zuvor den Gynäkologen zu vernehmen. Gegen diese Entscheidung legte die Beschwerdeführerin Beschwerde ein, in der sie behauptete, nur einer der drei Gutachter habe sie persönlich untersucht und dies auch nur für ca. 10 Minuten. Die Einstellung des Strafverfahrens wurde von der Generalstaatsanwaltschaft („Warsaw Regional Prosecutor“) und schließlich vom „District Court“ in einem – wie im Tatbestand der EGMR-Entscheidung ausdrücklich beschrieben wird – 23 Zeilen umfassenden Urteil bestätigt.

3 Zitiert nach *Milej*, Anmerkung zum Urteil *Tysiac v. Polen* vom 20.03.2007, *Osteuroparecht* 2007, 360 (362).

4 Vgl. *F.A.Z.* v. 17.04.2007, S. 33.

III. Begründung der Entscheidung durch den EGMR

Nach einer kurzen Behandlung von Zulässigkeitsfragen im Hinblick auf die nach Art. 35 EMRK erforderliche Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges, die hier nicht näher dargestellt werden soll, prüft der EGMR zunächst eine mögliche Verletzung von Art. 3 EMRK. Danach darf niemand der Folter, der unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung unterworfen werden. Der Gerichtshof verweist auf seine Rechtsprechung in der Entscheidung *Ilhan v. Türkei*⁵, wonach unter besonderen Bedingungen auch das Vorenthalten oder die Verzögerung einer notwendigen medizinischen Behandlung eine „unmenschliche Behandlung“ darstellen kann. Jedoch sieht er hier für eine Verletzung des Art. 3 EMRK keine Hinweise.

Den Schwerpunkt der Prüfung bilden die Ausführungen zu Art. 8 EMRK. Dabei bestätigt der Gerichtshof, dass gesetzliche Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch das von Art. 8 EMRK geschützte Privat- und Familienleben berühren. Der Gewährleistungsinhalt von Art. 8 EMRK umfasst auch die positive Verpflichtung, dieses Recht effektiv zu sichern. Weiterhin weist der EGMR darauf hin, dass dieses Menschenrecht zugleich rechtsstaatliche Elemente („rule of law“) enthält, und die durch die EMRK garantierten Rechte von den Staaten nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch und effektiv zu gewährleisten sind. Aus Art. 8 EMRK folge, auch wenn dies nicht ausdrücklich im Wortlaut der Vorschrift erwähnt sei, dass staatliche Verfahren und Entscheidungsprozesse gerecht und unter ausreichender Berücksichtigung der geschützten Interessen ausgestaltet sind.

Anschließend konkretisiert der EGMR diese allgemeinen Grundsätze für den Fall einer Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch. Es bestehe ein Bedürfnis für Verfahrensvorschriften, die die Interessen der Schwangeren schützen, wenn es zu einer Meinungsverschiedenheit zwischen ihr und den Ärzten oder zwischen verschiedenen Ärzten kommt, ob die Voraussetzungen für einen legalen Schwangerschaftsabbruch erfüllt sind oder nicht. Wenn das einschlägige Gesetz in bestimmten Fällen eine Abtreibung erlaube, so dürfe der Staat die damit verbundenen Verfahren und organisatorischen Strukturen rechtlich nicht so ausgestalten, dass damit die tatsächliche Möglichkeit, diese auch durchzuführen, ausgeschlossen wird. Deshalb sei es aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich, dass solche Maßnahmen Gegenstand eines Verfahrens vor einem unabhängigen Organ sein können, das die für die Entscheidung erheblichen Gründe und tatsächlichen Umstände überprüft. Als Mindestanforderung gelte dabei in einer Situation wie sie der Entscheidung zugrunde liegt, dass die Schwangere angehört, ihre Einwände berücksichtigt werden und sie eine schriftlich begründete Entscheidung erhält. Weiterhin betont der Gerichtshof,

dass bei der Frage eines Schwangerschaftsabbruchs der Zeitfaktor eine erhebliche Rolle spiele und das vorgeordnete Verfahren sicherstellen solle, dass die Entscheidung rechtzeitig getroffen wird. Deshalb sei es auch nicht ausreichend, wenn der Staat allein Verfahren bereitstellt, in denen die Zulässigkeit einer Abtreibung nachträglich überprüft wird. Sofern ein Staat ein präventives Verfahren, das den aufgezeigten Grundsätzen entspricht, nicht bereitstellt, verstoße er damit gegen seine positiven Verpflichtungen, die aus Art. 8 EMRK folgen.

In einem letzten Schritt untersucht der EGMR, ob Polen in dem konkreten Fall diese Pflichten erfüllt hat, was er im Ergebnis verneint. Das polnische Recht sehe keine ausreichenden Möglichkeiten vor, in Zweifelsfällen die Voraussetzungen einer legalen Schwangerschaft in einer Weise zu überprüfen, die der Gewährleistung des Art. 8 EMRK gerecht wird. Insbesondere bezieht er sich zu seiner Begründung auf eine Vorschrift des polnischen Ärztegesetzes („Medical Profession Act“), nach der ein Arzt in Zweifelsfällen die zweite Meinung eines Kollegen einholen kann. Diese Vorschrift richtet sich allerdings nur an Ärzte, begründet aber keinerlei Anspruch für eine betroffene Patientin, eine solche zweite Meinung im Falle von Meinungsverschiedenheiten einzuholen. Mögliche deliktsrechtliche Ansprüche, auf die die polnische Regierung verwiesen hatte, seien schon deshalb nicht dazu geeignet, einen ausreichenden Schutz für die Rechte der Schwangeren aus Art. 8 EMRK zu leisten, weil sie ausschließlich die Grundlage für einen nachträglichen Ausgleich des erlittenen Schadens bilden. Dasselbe gelte auch für das Argument der polnischen Regierung, die Beschwerdeführerin auf die Einleitung strafrechtlicher Ermittlungen zu verweisen. Insgesamt kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass das polnische Recht bezogen auf den vorliegenden Fall keine ausreichend effektiven Verfahrensvorschriften enthält, um festzustellen, ob die Voraussetzungen für eine legale Abtreibung tatsächlich vorlagen. Damit liege eine Verletzung des Art. 8 EMRK vor.

IV. Das abweichende Sondervotum

Nach Art. 45 Abs. 2 EMRK ist jeder Richter berechtigt, seine abweichende Meinung darzulegen. Von dieser Meinung hat der spanische Richter Borrego Borrego hier Gebrauch gemacht. Er sieht in der Entscheidung einen Widerspruch zu der Entscheidung des Gerichtshofes in der Sache „D ./ . Irland“⁶. Die damalige Beschwerde-

5 EGMR, appl. no. 22277/93, ECHR 2000-VII. Dort waren einem Beschwerdeführer bei seiner Festnahme durch staatliche Beamte durch Schläge auf den Kopf lebensgefährliche Verletzungen zugefügt und erst mit längerer Verzögerung die notwendige medizinische Behandlung vorgenommen worden, vgl. *Alleweldt*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 10, Rn. 51; *Blank*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 11, Rn. 46.

6 EGMR, Ur. v. 27.06.2006, appl. no. 26499/02.

führerin hatte u.a. ihr Recht aus Art. 8 EMRK dadurch verletzt gesehen, dass sie für eine Abtreibung ins Ausland reisen musste. In der Entscheidung selbst ging es aber allein um die Frage, ob zuvor alle innerstaatlichen Rechtsmittel ausgeschöpft worden waren, was gem. Art. 35 Abs. 1 EMRK eine Zulässigkeitsvoraussetzung ist. Fraglich war u.a., ob die Anforderungen bzgl. der Rechtsmittelausschöpfung möglicherweise im Hinblick auf die besondere Situation der betroffenen Schwangeren gesenkt werden müssen, die überraschend mit der Diagnose einer tödlichen Krankheit des Embryo konfrontiert wurde. Der EGMR verneinte dies im Wesentlichen und wies die Beschwerde als unzulässig ab. Dementsprechend kann das Sondervotum auch weniger eine rechtliche Abweichung des vorliegenden Urteils von der Entscheidung „D ./ . Irland“ nachweisen, sondern bezieht sich vor allem auf die Art und Weise wie das Thema Abtreibung in den Entscheidungsgründen behandelt wurde. Borrego ist der Auffassung, dass in dem Urteil zu dem irischen Fall die gebotene Zurückhaltung vor der „sensiblen und komplexen Abwägung“ gewahrt wurde, die einer gesetzlichen Abtreibungsregelung zu Grunde liegt, während in der aktuellen Entscheidung „Tysiak ./ . Polen“ darauf zu wenig Rücksicht nehme. In seiner abweichenden Meinung hebt der Richter Borrego besonders hervor, dass mehrere Ärzte während und nach der Schwangerschaft zu dem Ergebnis gekommen sind, dass die Schwangerschaft keine Gefährdung der Gesundheit der Schwangeren begründete. Damit verdeutlicht die abweichende Meinung völlig zu Recht, dass aus den zugrundeliegenden Fakten keineswegs eindeutig abzuleiten ist, dass die Voraussetzungen für eine medizinisch indizierte Abtreibung bei der Beschwerdeführerin auch tatsächlich vorlagen. Allerdings verfehlt die Kritik den Kern der Entscheidung insofern als der Richter Borrego ihr unterstellt, der EGMR habe „heute entschieden, dass ein Mensch als Ergebnis eines Verstoßes gegen die EMRK geboren wurde [...] und es daher ein sechs-jähriges polnisches Kind gebe, dessen Recht, geboren zu sein der Konvention widerspreche“. Wie in der folgenden Analyse gezeigt werden soll, ist gerade dies nicht Inhalt der Entscheidung des EGMR.

V. Analyse und Bewertung

1. Kein „Recht auf Abtreibung“

In der politischen Diskussion wird zum Teil ein „Recht auf Abtreibung“ gefordert⁷. Das Urteil des EGMR bietet allerdings keinen Anhaltspunkt dafür, dass sich ein solches Recht aus der EMRK ableiten lässt. Vielmehr stellt der Gerichtshof fest, dass es im vorliegenden Fall nicht seine Aufgabe gewesen sei, zu untersuchen, ob die EMRK ein Recht auf Abtreibung beinhalte. Insofern lässt er die Frage ausdrücklich offen. Wenn aber die EMRK ein solches Recht beinhalten würde, hätte es nahegelegen, dies in der vorliegenden Konstellation zu

mindest anzusprechen. Das Gericht hätte dann zu prüfen gehabt, ob nicht bereits das restriktiv ausgestaltete polnische Abtreibungsrecht als solches konventionswidrig ist und die Beschwerdeführerin in ihren Rechten verletzt. Diese Möglichkeit wird aber in der Entscheidung nicht einmal angedeutet, sondern die Prüfung beschränkt sich darauf, ob die verfahrensrechtlichen Vorgaben zur Umsetzung dieses Gesetzes den Anforderungen des Art. 8 EMRK entsprechen. Dies ist - bei aller gebotenen Zurückhaltung in der Interpretation - doch ein deutlicher Hinweis darauf, dass der Gerichtshof die polnische Regelung, die eine legale Abtreibung nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässt, für vereinbar mit der EMRK hält und die EMRK keine Verpflichtung der Konventionsstaaten enthält, einen Schwangerschaftsabbruch auch unabhängig vom Vorliegen dieser besonderen Fälle zu legalisieren.

2. Grundrechtsträgerschaft des ungeborenen Lebens bleibt ungeklärt

Noch ungeklärt ist die Frage, ob das ungeborene Leben in den Schutzbereich des Rechts auf Leben nach Art. 2 EMRK fällt. Der EGMR hat dies bislang ausdrücklich offen gelassen. In dem Urteil „Open Door and Dublin Well Woman ./ . Irland“⁸ ging es um ein Verbot der Verbreitung von Informationen über die Möglichkeit von Schwangerschaftsabbrüchen im Ausland durch irische Gerichte. Irland hatte dieses Verbot u.a. damit begründet, dass es zum Schutze des Lebensrechts des Ungeborenen notwendig sei. Dabei hat der Gerichtshof festgestellt, dass er in diesem Fall nicht dazu aufgerufen sei zu untersuchen, ob der Fötus mit einem Recht auf Leben gem. Art. 2 EMRK ausgestattet ist. Das umfassende Verbot sei jedenfalls unverhältnismäßig und mit der Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK unvereinbar⁹.

In der Sache „Vo gegen Frankreich“¹⁰ ging es um die Frage ob es eine Verletzung von Art. 2 EMRK darstellt, dass die – auf teilweise tragischen Umständen beruhende – Beendigung des Lebens eines ungeborenen Kindes nicht als „fahrlässige Tötung“ im strafrechtlichen Sinne qualifiziert wurde. Der EGMR verneint dies zwar, hebt aber in seiner Begründung hervor, dass er zu diesem Ergebnis „selbst unter Annahme der Anwendbarkeit von Art. 2 EMRK“ kommt. Es sei „weder wünschenswert noch möglich, die Frage, ob das ungeborene Kind durch Art. 2 EMRK geschützt sei in abstracto zu beantworten.“ Dies wurde vor allem damit begründet, dass in den Mitgliedsstaaten des Europarats kein Konsens dar-

7 Ausführlich dazu *Cornides*, Ein Menschenrecht auf Abtreibung?, ZfL 2007, 2 ff.

8 EGMR, Ur. v. 29.10.1992, NJW 1993, 773.

9 Siehe dazu auch *Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 70 f.

10 EGMR, Ur. v. 08.07.2004, EuGRZ 2005, 568.

über herrscht, ob und in welchem Umfang der Embryo gegenüber einer Abtreibung geschützt ist¹¹.

Auch in dem vorliegenden Fall weicht der EGMR einer Festlegung in dieser Frage aus. Es war sicherlich nicht zwingend, dies hier näher zu prüfen. Allerdings hätte es zumindest nahe gelegen. Denn bei der Frage, welche Anforderungen an den Umfang des Schutzes aus Art. 8 EMRK zugunsten der Schwangeren gestellt werden, bzw. inwieweit Eingriffe in diesen Schutzbereich gerechtfertigt sind, ist gem. Art. 8 Abs. 2 EMRK auch der „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“ zu berücksichtigen. Als gegenläufige Freiheit wäre hier aber gerade an das Recht auf Leben des Ungeborenen aus Art. 2 EMRK zu denken, das ebenfalls eine staatliche Schutzpflicht begründet. Ganz offensichtlich will sich der EGMR auch weiterhin einer Entscheidung über diese grundlegende Frage enthalten. Ganz anders hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach deutlich hervorgehoben, dass zum menschlichen Leben i.S.d. Art. 2 Abs. 2 GG auch das ungeborene Leben gehört und ihm der Schutz des Staates gebührt¹². Letztlich sprechen überzeugende Gründe dafür, auch das ungeborene Leben als vom persönlichen Schutzbereich des Art. 2 EMRK erfasst anzusehen¹³.

3. Umfang des Rechts auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK

Während manche Menschenrechte der EMRK zumindest ihrem Wortlaut nach mit entsprechenden Garantien des Grundgesetzes übereinstimmen, gilt dies für das Recht auf „Achtung des Privatlebens“ gem. Art. 8 EMRK nicht. Von diesem Recht umfasst ist zum einen die physische und psychische Integrität des Einzelnen¹⁴. Grund dafür ist, dass Art. 2 EMRK allein das Recht auf Leben garantiert, also nicht wie Art. 2 Abs. 2 GG auch die „körperliche Unversehrtheit“. Sofern die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität nicht die Schwere erreicht, um nach Art. 3 EMRK als „unmenschliche oder erniedrigende Behandlung“ qualifiziert zu werden, dient Art. 8 EMRK insoweit als eine Art Auffanggrundrecht zum Schutz der Gesundheit. Darüberhinaus werden nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR von der Achtung des Privatlebens Aspekte erfasst, die vom Grundgesetz nach Maßgabe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG oder der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützt werden. Dazu zählen etwa der Datenschutz, der Schutz der Privatsphäre und insbesondere auch das Recht auf Selbstbestimmung¹⁵. Vor dem Hintergrund, dass Art. 8 EMRK wie beschrieben die physische und psychische Integrität des Einzelnen und somit auch die Selbstbestimmung über den eigenen Körper schützt, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auch das Recht der schwangeren Frau auf Selbstbestimmung über ihren eigenen Körper in den sachlichen Schutzbereich des Art. 8 EMRK fällt¹⁶, ohne dass damit

schon etwas über den konkreten Umfang dieses Rechts und kollidierende Freiheiten und Schutzpflichten gesagt ist¹⁷.

4. Art. 8 EMRK als Verfahrensgarantie – Grundrechtsschutz durch Verfahren

Die EMRK enthält in Art. 6 EMRK das Recht auf ein faires Verfahren sowie in Art. 13 EMRK das Recht auf wirksame Beschwerde. Über diese ausdrücklichen Verfahrensgarantien hinaus hat der EGMR mehrfach die verfahrensrechtliche Schutzwirkung auch der materiellen Freiheitsrechte hervorgehoben¹⁸. Dies ist nachdrücklich zu begrüßen. Im Hinblick auf die Grundrechte des Grundgesetzes hat das Bundesverfassungsgericht schon früh herausgearbeitet, dass diese „nicht nur das gesamte materielle, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen“¹⁹ und „Maßstäbe für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Organisations- und Verfahrensgestaltung sowie für eine grundrechtsfreundliche Anwendung vorhandener Verfahrensvorschriften setzen“²⁰. Nur ein solches Verständnis führt nämlich zu einem effektiven Grundrechtsschutz und stellt sicher, dass die Menschenrechte nicht nur „theoretisch, sondern auch tatsächlich und wirksam“ geschützt werden, wie der EGMR zutreffend betont. Diese sog. verfahrensrechtliche Dimension der Grund- und Menschenrechte hat der EGMR auch speziell im Hinblick auf Art. 8 EMRK hervorgehoben²¹. Markantes Beispiel dafür ist die Entscheidung des EGMR in der Sache „X und Y gegen Niederlande“²². Aufgrund einiger Besonderheiten des

11 Kritisch zu dieser richterlichen Zurückhaltung *Lux-Wesener*, Die Frage nach dem Beginn des Lebens: EGMR umgeht eine Antwort, EuGRZ 2005, 558 ff.; ausführlich zu der Entscheidung *Blau*, Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR am Beispiel des Falles „Vo/Frankreich“, ZEuS 2005, 397 ff.

12 BVerfGE 39, 1 (41); BVerfGE 88, 203 (251).

13 *Lux-Wesener* (Anm. 11), 558 ff. begründet dies überzeugend mit grammatischen, systematischen und teleologischen Argumenten; im Ergebnis ebenso *Allewelt* (Anm. 5), Kap. 10, Rn. 23, der dabei einen „kontinuierlich wachsenden Schutz“ für angemessen hält; vgl. auch *Höfling*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 2, Rn. 17 ff. im Hinblick auf die Grundrechtsträgerschaft nach Art. 2 EU-GRCh.

14 *Marauhn/Meljnik*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 16, Rn. 17.

15 *Grabewarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage 2008, § 22, Rn. 7.

16 *Marauhn/Meljnik* (Anm. 14), Kap. 16, Rn. 33.

17 Vgl. auch die Ausführungen des BVerfG, wonach als vom Lebensrecht des Ungeborenen berührte Rechtsgüter – ausgehend vom Anspruch der schwangeren Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) – vor allem ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie ihr Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1) in Betracht kommen, BVerfGE 88, 203 (254).

18 Ausführlich dazu *Krieger*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 6, Rn. 103 ff.

19 BVerfGE 53, 30 (65 f.).

20 BVerfGE 69, 315 (355).

21 *Grabewarter* (Anm. 15), § 22, Rn. 51.

22 EGMR, Urteil v. 26.03.1985, NJW 1985, 2075; vgl. dazu *Peters* (Anm. 9), S. 16 f.

niederländischen Straf(prozess)rechts fehlten in einem konkreten Fall strafrechtliche Vorschriften zur Verfolgung eines Sexualvergehens an einer minderjährigen geistig Behinderten durch den gesetzlichen Vertreter. Darin sah der EGMR eine Verletzung des Art. 8 EMRK. Eine andere Ausprägung der Gewährleistungspflicht bei der Gestaltung des Verfahrens liegt darin, dass der Betroffene ein Recht hat, umfassend in den Entscheidungsprozess eingebunden zu werden, was den EGMR wiederholt im Zusammenhang mit Verfahren über die Entziehung des Sorgerechts bzw. Umgangsrechts mit den Kindern beschäftigt hat²³.

Im vorliegenden Fall wendet der EGMR diese allgemeinen Grundsätze auf den Problemkreis des Schwangerschaftsabbruchs an. Kernsatz des Urteils ist die Feststellung des EGMR, dass es nicht zulässig ist, die gesetzlichen Rahmenbedingungen und die tatsächlichen Verfahrensschritte in einer Weise auszugestalten, die es unmöglich macht, eine Abtreibung auch tatsächlich durchzuführen, die nach dem Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen legal ist. Damit wird deutlich, dass sich das Gericht nicht mit der Frage auseinandersetzt, ob möglicherweise das restriktive Abtreibungsrecht in Polen als solches das Recht der Beschwerdeführerin aus Art. 8 EMRK verletzt. Es stellt lediglich fest, dass es nach dem polnischen Recht unter bestimmten Umständen legale Abtreibungen gibt und untersucht, ob es Verfahrensvorschriften gibt, die sicherstellen, dass diese auch tatsächlich durchgeführt werden können. Dies verneint der EGMR vor allem mit dem Hinweis darauf, dass es keine organisations- und verfahrensrechtlichen Vorschriften für den Fall gibt, dass das Vorliegen der medizinischen Indikation zwischen den Ärzten bzw. zwischen Arzt und Schwangerer umstritten ist. Nach den Feststellungen im Sachverhalt hatte die Beschwerdeführerin von einer Allgemeinmedizinerin eine entsprechende Bestätigung erhalten, die durch die Anmerkungen zweier Gynäkologen „entwertet“ worden war. In dieser Situation hatte die Schwangere keine weitere Möglichkeit, diesen Streitfall aufzuklären und verbindlich feststellen zu lassen, ob bei ihr eine medizinische Indikation vorlag oder nicht.

Es erscheint nachvollziehbar, dass der Gerichtshof darin eine Verletzung ihres Rechts nach Art. 8 EMRK sieht, sofern man beachtet, dass er ausdrücklich nur die verfahrensrechtliche Dimension dieses Menschenrechts als verletzt ansieht. Die Feststellungen im Sachverhalt lassen erkennen, dass in dem konkreten Fall selbst grundlegende Anforderungen verletzt wurden, die sich aus rechtsstaatlichen Grundsätzen nach dem Prinzip der „rule of law“ ergeben. Die Beschwerdeführerin wurde von dem Gynäkologen nur knapp fünf Minuten bei offener Tür untersucht. Eine Möglichkeit, dessen ablehnende Entscheidung von einem unabhängigen Gremium verbindlich überprüfen zu lassen, bestand nach polnischem Recht nicht. Zu Recht hebt der EGMR

hervor, dass zu einer effektiven Grundrechtsverwirklichung gerade in Fällen wie dem vorliegenden auch die Beachtung der zeitlichen Dimension gehört. Schon deshalb reicht ein nachträgliches Verfahren allein nicht aus. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass selbst das anschließende strafrechtliche Verfahren offensichtlich nicht geeignet war, die Rechte der Beschwerdeführerin angemessen zu schützen. Wie den Urteilsgründen zu entnehmen ist, umfasst die unanfechtbare Entscheidung des Strafgerichts gerade einmal 23 Zeilen und geht auf den Vorwurf der Beschwerdeführerin, sie habe die unleserlichen Akten nicht zur Kenntnis nehmen können und eine Unterstützung der Behörden sei ihr verweigert worden, überhaupt nicht ein.

Der Gerichtshof betont nicht nur diesen verfahrensrechtlichen Aspekt zur Begründung eines Verstoßes gegen Art. 8 EMRK, sondern beschränkt sich zugleich darauf. Er hebt ausdrücklich hervor, dass es in dem Verfahren nicht seine Aufgabe sei, über die ärztlichen Beurteilungen zu entscheiden oder verbindlich festzustellen, ob die Voraussetzungen für eine legale Schwangerschaft vorliegen. Dieser Hinweis ist überzeugend und notwendig. Aus den Feststellungen des Sachverhaltes ergibt sich nämlich auch, dass es keinesfalls sicher erscheint, ob die Voraussetzungen für eine medizinische Indikation im Sinne des polnischen Abtreibungsrechts tatsächlich vorlagen. Die Beschwerdeführerin war seit ihrer Jugend stark kurzsichtig und dieser Zustand hatte sich auch unabhängig von einer Schwangerschaft stetig verschlechtert. Mehrere Ärzte hatten ihr bescheinigt, dass jedenfalls bei einer Geburt durch Kaiserschnitt keine besonderen Gefahren zu erwarten waren. Auch die tatsächliche Entwicklung nach der Geburt, soweit sie sich den Urteilsgründen entnehmen lässt, lässt keinen sicheren Schluss darauf zu, ob die medizinischen Voraussetzungen erfüllt waren. Ein gewisses Indiz dagegen ergibt sich aus der Tatsache, dass der augenärztliche Notfall nicht während der Schwangerschaft oder im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Entbindung, sondern sechs Wochen nach der Geburt erfolgte. Aus den dem Gerichtshof zur Verfügung stehenden Informationen hätte sich daher nicht mit der erforderlichen Sicherheit entnehmen lassen, dass die gutachterlichen Feststellungen der Ärzte, die einen kausalen Zusammenhang zwischen Schwangerschaft und gesundheitlicher Gefährdung der Mutter verneint haben, unzutreffend waren. Es ist das Verdienst der sorgfältig formulierten Begründung des Gerichts klarzustellen, dass es nicht festgestellt hat, dass die Voraussetzungen einer medizinischen Indikation vorlagen, der Beschwerdeführerin also eine Abtreibung hätte ermöglicht werden müssen. Die Verletzung des Rechts aus Art. 8 EMRK liegt also gerade nicht darin, dass die Schwangere keine Abtreibung vornehmen durfte, sondern allein darin, dass ihr kein gesetzlich geregeltes Verfahren zur Verfügung

²³ Grabenwarter (Anm. 15), § 22, Rn. 51 m.w.N.

stand, verbindlich und objektiv klären zu lassen, ob ein solcher Schwangerschaftsabbruch auf legalem Wege hätte vorgenommen werden können. Ein solches Verfahren zu etablieren ist aber ein Teil der positiven Schutzpflichten aus Art. 8 EMRK, wenn sich ein Staat einmal dafür entschieden hat, legale Schwangerschaftsabbrüche im Falle einer Gefahr für die Gesundheit der Mutter grundsätzlich zuzulassen. Die Interessen der Schwangeren mit den Rechten des ungeborenen Kindes abzuwägen, sollte in bestimmten Grenzen dem Beurteilungsspielraum (sog. „margin of appreciation“) der Konventionsstaaten überlassen bleiben²⁴. Für die verfahrensmäßige Umsetzung dieser Wertentscheidung gibt Art. 8 EMRK dagegen verbindliche Vorgaben, die der EGMR abschließend überprüfen kann.

5. Keine Aussage zum „Recht auf wirksame Beschwerde“ – Art. 13 EMRK

Auch wenn der Entscheidung daher im Ergebnis zugestimmt werden kann, bleibt doch eine Frage offen. Art. 13 EMRK enthält das Recht auf wirksame Beschwerde. Danach hat jede Person, die in ihren in der Konvention anerkannten Rechten verletzt worden ist, das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde erheben zu können. Der EGMR hält es nicht für notwendig, diese Vorschrift nach der festgestellten Verletzung des Art. 8 EMRK zu prüfen, da sich insoweit keine besonderen Fragestellungen ergeben sollen. Es ist aber eine offene Frage, in welchem Verhältnis die verfahrensrechtlichen Aspekte der einzelnen Menschenrechte, z.B. des Art. 8 EMRK, zu dem Recht auf wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK stehen²⁵. Gerade in der vorliegenden Konstellation drängt sich nämlich der Gedanke auf, dass Art. 13 EMRK einschlägig ist, und die fehlende Möglichkeit einer Überprüfung ärztlicher Entscheidungen das Recht auf wirksame Beschwerde verletzt. Art. 13 EMRK wurde als „eine der dunkelsten

Bestimmungen der Konvention“²⁶ bezeichnet. Leider hat der Gerichtshof die hier naheliegende Möglichkeit ungenutzt verstreichen lassen, ein wenig Licht in das Ringen um das richtige Verständnis des Rechts auf wirksame Beschwerde zu bringen.

VI. Fazit

Insgesamt ergibt sich, dass das Urteil des EGMR in der Sache „Tysiac ./ . Polen“ zu begrüßen ist, sofern zugleich sorgfältig beachtet wird, zu welchen Fragen die Entscheidung keine Aussage getroffen hat und treffen wollte. Dem Gerichtshof allgemeine Kritik an der restriktiven polnischen Abtreibungsregelung zu unterstellen, geht ebenso am Kern der Sache vorbei wie der Vorwurf, der Gerichtshof würde hier ein „Recht auf Abtreibung“ propagieren und den Schutz des Ungeborenen vernachlässigen. Auch derjenige, der sich von einem restriktiven Abtreibungsrecht einen effektiven Schutz des ungeborenen Lebens verspricht, wird sich den überzeugenden Argumenten des Gerichtshofes nur schwer verschließen können, dass hier das Recht der Schwangeren verletzt wurde, effektiv eine verbindliche Entscheidung über das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der medizinischen Indikation zu erlangen. Den Schutz des ungeborenen Lebens *praeter legem* durch uneffektive Organisations- und Verfahrensvorschriften durchzusetzen, kann auch derjenige nicht gutheißen, dem dieser Schutz ein besonderes Anliegen ist. Rechtsstaatlichkeit, Rechtssicherheit, der für die effektive Ausübung unverzichtbare „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ und nicht zuletzt die Achtung des demokratisch legitimierten Parlamentsgesetzes blieben dabei auf der Strecke.

24 Dies betont zu Recht *Milej*, Anmerkung zum Urteil Tysiac v. Polen vom 20.03.2007, Osteuroparecht 2007, 360 (361).

25 Vgl. näher dazu *Richter*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 20, Rn. 95 ff.

26 Zitiert nach *Richter* (Anm. 25), Kap. 20, Rn. 9.

LG Berlin: Präimplantationsdiagnostik nicht strafbar

ESchG §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 2 Abs. 1

Leitsatz der Red.:

Eine Präimplantationsdiagnostik an nicht totipotenten Zellen eines menschlichen Embryos ist nicht nach dem Embryonenschutzgesetz strafbar.

Urt. v. 14. Mai 2009, Az. (512) 1 Kap Js 1424 / 06 KLs (26 / 08)

Zum Sachverhalt:

Der Angeklagte ist Facharzt für Gynäkologie mit Schwerpunkt Gynäkologische Endokrinologie und Reproduktionsmedizin in B. Ihm wird vorgeworfen, in drei Fällen bei Paaren mit einer Veranlagung zu schweren Erbkrankheiten eine sogenannte Präimplantationsdiagnostik durchgeführt und damit gegen §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 2 Abs. 1 des Embryonenschutzgesetzes in Verbindung mit §§ 12, 52, 53 StGB verstoßen haben.

Das Verfahren gegen den Angeklagten, der sich am 2. Januar 2006 bei der Staatsanwaltschaft Berlin selbst angezeigt hatte, war zunächst mit Verfügung vom 22. Januar 2006 wegen Vorliegens eines unvermeidbaren Verbotsirrtums eingestellt worden. Am 27. Juli 2006 wurden die

Ermittlungen jedoch wieder aufgenommen; der Sachverhalt wurde schließlich am 6. Juni 2007 vor dem Landgericht Berlin zur Anklage gebracht. Das Gericht lehnte jedoch am 14. März 2008 die Eröffnung des Hauptverfahrens aus rechtlichen Gründen ab. Auf eine dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft hob das Kammergericht am 9. Oktober 2008 den Nichteröffnungsbeschluss auf, eröffnete selbst das Hauptverfahren und ließ die Anklage zur Hauptverhandlung vor einer anderen Kammer des Landgerichts zu.

Im Tatzeitraum wandten sich in den im Folgenden näher beschriebenen Fällen unter anderem die Ehepaare T./F., Sch. und W. wegen eines Kinderwunsches an den Angeklagten.

Bei allen drei Patientinnen lag ein signifikant erhöhtes Risiko vor, dass eine vom Samen des Partners befruchtete Eizelle genetische Defekte aufweisen würde. Dieses Risiko ergab sich in allen drei Fällen aus einer sogenannte Translokation bei einzelnen Chromosomen eines der Partner. Dabei handelt es sich um eine besondere Konstellation der Anordnung der Erbinformation auf den Chromosomen. Menschen, die eine solche Translokation aufweisen, besitzen zwar die gesamte für einen gesunden Menschen erforderliche Erbinformation, jedoch sind die Standorte einzelner Erbinformationen auf den Chromosomenarmen teilweise vertauscht. Die betreffende Person wird in ihrer Entwicklung dadurch nicht beeinträchtigt, jedoch besteht bei ihren Abkömmlingen das erhebliche Risiko von gravierenden genetischen Fehlverteilungen. Die Folge ist die hohe Wahrscheinlichkeit einer Totgeburt oder des Versterbens des Neugeborenen innerhalb weniger Tage nach der Geburt. Bei einer Mehrlingsschwangerschaft sind auch die Überlebenschancen für die übrigen, gesunden Embryonen drastisch vermindert.

Das ärztliche Vorgehen des Angeklagten in den vorliegenden drei Fällen war von den Schritten her identisch: In allen drei Fällen wurden Embryonen extrakorporal befruchtet, und zwar in den Fällen 1. und 3. jeweils drei und im Fall 2. nur zwei. Die von dem Angeklagten nach entsprechender Aufklärung der Patientinnen durchgeführte Trophoctodermbiopsie ermöglicht es, bei einer befruchteten Eizelle in einem Stadium nach mehreren Zellteilungen das Vorliegen der erwähnten gravierenden Anomalien festzustellen. Es handelt sich hierbei um eine diagnostische Untersuchung an einer einzigen, dem Embryo entnommenen – nicht mehr totipotenten – Zelle in einem sehr frühen Stadium der Entwicklung. In allen drei Fällen lagen bei einzelnen der befruchteten Eizellen schwere genetische Defekte vor, die durch die Trophoctodermbiopsie festgestellt wurden. Nachdem die Patientinnen von dem Ergebnis dieser Untersuchung unterrichtet worden waren, haben sie sich in allen drei Fällen dazu entschieden, nur diejenigen Eizellen übertragen zu lassen, bei denen Anomalien nicht festgestellt worden waren. Diesem ausdrücklichen Wunsch ist der Angeklagte in allen drei Fällen nachgekommen und hat entsprechend nur die „unauffälligen“ Embryonen transferiert.

Die Embryonen, bei denen die erwähnten Anomalien festgestellt worden waren, wurden nicht übertragen. Sie wurden nicht weiter kultiviert und starben ab.

Fall 1

Im Fall 1 (Ehepaar T./F.) war im Rahmen der Diagnostik der beiden Partner zur Klärung der Kinderlosigkeit festgestellt worden, dass bei einem von ihnen eine so-

genannte Robertson'sche Translokation 45, XY der Chromosomen 13/14 vorlag. Dabei haften jeweils ein Chromosom 13 und 14 aneinander und liegen nicht frei im Zellkern. Dieser Befund hat erhebliche Konsequenzen für die Aufteilung der Chromosomen bei der Reifeteilung. Diese Robertson'sche Translokation führt zu einem signifikant erhöhten Risiko für die Empfängnis einer genetisch auffälligen Schwangerschaft mit einer Trisomie 13 oder Trisomie 14. In beiden Fällen sind die Leibesfrüchte nicht lebensfähig. In der Regel enden solche Schwangerschaften mit einem spontanen oder induzierten Abort, Totgeburt oder dem Tod des Neugeborenen wenige Tage nach der Geburt.

Den drei befruchteten Embryonen, welche schon aus zahlreichen Zellen (20 bis 30) bestanden, wurde unter mikroskopischer Kontrolle je eine Zelle entnommen. Diese Zelle wurde anhand eines bestimmten Verfahrens hinsichtlich des Vorliegens der erwähnten Anomalien untersucht. Die Zelle eines der drei Embryonen wies bei der durchgeführten Untersuchung eine Trisomie 16 auf, die Zelle eines anderen Embryos eine Monosomie 13. Ein Embryo wies kein auswertbares Testergebnis auf. Die Patientin wurde über die Ergebnisse der Untersuchung unterrichtet. Sie entschied sodann, dass nur der Embryo mit unauswertbarem Testergebnis in ihre Gebärmutter überführt werden dürfe. Entsprechend den Anweisungen der Patientin wurde anschließend nur der von ihr gewünschte Embryo übertragen. Die Weisung wurde in schriftlicher Form durch die Patientin am 20. Dezember 2005 erteilt und in ihre Patientenakte aufgenommen.

Fall 2

Bei der Patientin Frau Sch. war Anlass für die Behandlung eine bei ihr festgestellte Translokation der Chromosomen 11/22, die eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für Fehlgeburten bzw. die Geburt von Kindern mit genetisch bedingten Auffälligkeiten bedeutete. Das Ehepaar hatte bereits eine wegen einer chromosomalen Translokation schwerstbehinderte Tochter. Eine weitere Schwangerschaft war wegen einer nicht regelrechten Chromosomenanzahl bei dem Embryo abgebrochen worden.

Die Patientin hatte ursprünglich den Transfer von drei Embryonen gewünscht; bei dem im April 2006 vorgenommenen Befruchtungsversuch entwickelten sich jedoch lediglich zwei Embryonen. Diese wurden in der geschilderten Weise auf die erwähnten Anomalien genetisch untersucht. Ein Embryo wies eine partielle Trisomie 22 auf, was der Patientin am 22. April 2006 eröffnet wurde. Auf ihre Weisung hin wurde der Patientin in der Folge nur der genetisch unauffällige Embryo eingesetzt. Die Weisung wurde in schriftlicher Form durch die Patientin am 22. April 2006 erteilt und in ihre Patientenakte aufgenommen.

Fall 3

Die Patientin Frau W. hatte in der Vergangenheit bereits zwei Fehlgeburten erlitten und einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen. Als Ursache für diese war eine Translokation der Chromosomen 2/22 festgestellt worden, die eine signifikante Erhöhung des Risikos genetisch kranker Schwangerschaften bedingt. Es wurden auch hier extrakorporal drei Embryonen im Mai 2006 befruchtet und auf beschriebene Weise untersucht. Dabei wurde festgestellt, dass ein Embryo eine sogenannte Monosomie 22 aufwies; die beiden anderen

Embryonen waren genetisch unauffällig. Diese Ergebnisse wurden der Patientin am 27. Mai 2006 mitgeteilt. Auf ihre Weisung hin wurden der Patientin in der Folge nur die beiden genetisch unauffälligen Embryonen eingesetzt. Die Weisung wurde in schriftlicher Form durch die Patientin am 27. Mai 2006 erteilt und in ihre Patientenakte aufgenommen. Die Patientin wurde in der Folge schwanger und gebar ein gesundes Mädchen.

Der Angeklagte hatte vor der Vornahme der ersten verfahrensgegenständlichen Untersuchung zu der geplanten Behandlung ein Rechtsgutachten einer auf das Embryonenschutzgesetz und seine Auslegung spezialisierten Hochschullehrerin, Frau Professor Dr. F., eingeholt. Dieses am 25. August 2005 verfasste Gutachten ist zu dem Ergebnis gelangt, dass bei dieser Behandlung jedenfalls §§ 2, 6 des Embryonenschutzgesetzes nicht verletzt werden. Im Übrigen wies Prof. Dr. F. den Angeklagten darauf hin, dass eine strafrechtliche Klärung noch nicht erfolgt sei und riet ihm zur Selbstanzeige. Das Schreiben verstand der rechtsunkundige Angeklagte so, dass sein Handeln nicht strafbar sei, und zeigte sich, immer noch dieser Ansicht folgend, selbst am 2. Januar 2006 an, um diese Auffassung von der Staatsanwaltschaft Berlin bestätigt zu bekommen.

Nach Erhalt der Einstellungsnachricht des Staatsanwaltschaft vom 22. Januar 2006 bat der Angeklagte Frau Prof. Dr. F. wie auch seinen Verteidiger Herrn Dr. K. ihm zu erläutern, wie diese Nachricht zu verstehen sei und was sie für die Vornahme von weiteren Behandlungen dieser Art bedeute. Mit Schreiben vom 7. März bzw. 9. März 2006 haben sowohl Dr. K. wie auch Prof. Dr. F. ihm unabhängig voneinander mitgeteilt, dass er nach dem Schreiben der Staatsanwaltschaft ohne strafrechtliches Risiko in der betreffenden Art und Weise weiter verfahren könne.

Aus den Gründen:

Der Angeklagte war aufgrund der getroffenen Feststellungen aus rechtlichen Gründen freizusprechen.

1. Das Handeln des Angeklagten verstieß nicht gegen § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG.

Danach wird bestraft, wer es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Der Angeklagte handelte aber gerade in der Absicht, seinen Patientinnen zu einer Schwangerschaft zu verhelfen. Dabei galt dies nicht nur allgemein, sondern in Bezug auf jede einzelne befruchtete Eizelle. Bei jeder Eizelle bestand nämlich die Absicht, den daraus später entstehenden Embryo auf die Patientin zu übertragen. Diese Absicht war jedoch von einer objektiven Bedingung abhängig, nämlich der, dass der Embryo die jeweils in Rede stehende Krankheit nicht hat. Eine Absicht im strafrechtlichen Sinne wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Erfüllung des Plans ein objektiver Bedingungseintritt vorgeschaltet ist. Zu behaupten, die präimplantationsdiagnostische Untersuchung sei der Zweck der Befruchtung gewesen, bedeutet, das Wesen des Behandlungsvertrags zwischen dem Angeklagten und den Patientinnen zu verkennen. Der Angeklagte wurde gerade dazu beauftragt, eine Schwangerschaft der Patientin herbeizuführen, und wurde auch zu diesem Zweck tätig. Die Untersuchung des Embryos war kein Selbstzweck. Objektive Bedingungen, von de-

ren Eintritt Absichten abhängig gemacht werden, dürfen nicht als eigenständige Zweckverfolgung interpretiert werden.

So lassen sich viele andere objektive Bedingungen denken, die erfüllt sein müssen, damit die Übertragung des Embryos auf die Patientin stattfindet. Sie muss zum Beispiel in die Übertragung einwilligen, darf sich nicht unentscheiden, darf in der Zwischenzeit an keiner Krankheit erkranken, die die Übertragung aus medizinischen Gründen kontraindiziert, es darf keinen Stromausfall geben, der die Kultivierung des Embryos in der Petrischale unterbricht, usw. Nur weil eine weitere objektive Bedingung hinzugekommen ist, ist es unangemessen, diese in den primären Zweck der künstlichen Befruchtung umzudeuten.

Was der Gesetzgeber unter einem „anderen Zweck“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG verstanden hat, und was er damit verhindern wollte, ergibt sich im Übrigen aus der Gesetzesbegründung. Eine präimplantationsdiagnostische Untersuchung der hier vorliegenden Art konnte der Gesetzgeber nicht regeln wollen, da eine solche damals schlicht nicht möglich war und deshalb auch nicht zur Diskussion stand. Dementsprechend findet sich in der Gesetzesbegründung kein einziger Hinweis auf eine solche Untersuchung. Stattdessen heißt es dort zum einen (BT-Drs. 11/5460, S. 6): „Aus diesem Grund sieht der Entwurf u.a. ein Verbot der gezielten Erzeugung menschlicher Embryonen zu Forschungszwecken (§ 1 Abs. 1 Nr. 2)...vor.“ Weiter heißt es: „Der Entwurf verbietet, ... menschliche Eizellen für eine spätere Embryonenspende oder mit dem Ziel der Übertragung des Embryos auf eine sog. Ersatzmutter zu befruchten (§ 1 Abs. 1 Nr. 2).“ Die Begründung nimmt beim Verbot der Erzeugung von Embryonen zu Forschungszwecken sowie der gespaltenen Mutterschaften also gezielt Bezug auf § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG. Dies – und nicht etwa die Verhinderung präimplantationsdiagnostischer Maßnahmen – muss daher als der wesentliche Schutzzweck dieser Norm angesehen werden.

Zwar ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, dass die beiden erwähnten Schutzzwecke nicht abschließend gemeint waren. Die Fallkonstellationen, die dem Gesetzgeber vorschwebten, sind jedoch ganz anderer Art als die verfahrensgegenständliche Präimplantationsdiagnostik. Bei der Begründung zu § 1 Abs. 1 Nr. 2 heißt es nämlich weiter (BT-Drs. 11/5460, S. 8): „In dem Kabinettsbericht zur künstlichen Befruchtung ... ist bereits darauf hingewiesen worden, daß es mit der in Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes getroffenen Entscheidung zugunsten des menschlichen Lebens kaum in Einklang zu bringen wäre, extrakorporal menschliche Eizellen zu befruchten, wenn deren Transfer auf eine zur Austragung der Frucht bereite Frau von vornherein ausgeschlossen oder überhaupt nicht beabsichtigt ist ...“ Dies deutet darauf hin, dass mit der Norm Befruchtungen verhindert werden sollten, bei denen der Transfer von Anfang an gar nicht in Betracht kam. Ein solcher Fall liegt hier ersichtlich nicht vor.

Der Gesetzgeber wollte im Übrigen eine Selektion aufgrund von drohenden genetisch bedingten gravierenden Krankheiten nicht per se verhindern. In § 3 Satz 2 ESchG ist eine Auswahl des Geschlechts des Kindes bei der Gefahr des Auftretens einer geschlechtsgebundenen schweren Erbkrankheit erlaubt. Zwar sollen dort nicht Embryonen, sondern nur männliche Samenzellen selektiert werden, dies liegt jedoch daran, dass im Zeitpunkt der Verkündung des Embryonenschutzge-

setzes die damals vorhandenen diagnostischen Methoden eine Präimplantationsdiagnostik nach heutiger Art noch nicht möglich gemacht haben. Eine Auswahl nach dem „Geschlecht“ der Samenzelle war jedoch schon damals möglich und wurde vom Gesetzgeber für Fälle schwerer Erbkrankheiten erlaubt.

2. Das Handeln des Angeklagten verstieß auch nicht gegen § 2 Abs. 1 ESchG

a) Absterbenlassen der Embryonen

Die Tötung der Embryonen, bei denen genetische Auffälligkeiten festgestellt worden waren, ist hier durch Unterlassen begangen worden. Denn der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt jedenfalls auf dem Unterlassen der Übertragung auf die jeweilige Patientin. Ohne die Übertragung wird der Embryo nämlich in jeden Fall absterben, egal ob man ihn weiter ernährt oder nicht.

Nicht ersichtlich ist zunächst, dass den Angeklagten überhaupt eine Garantenpflicht traf, den Embryo in jedem Fall auf die jeweilige Patientin zu übertragen. Dagegen spricht, dass der Arzt bei der Übertragung des Embryos dem „Einwilligungsvorbehalt“ der Patientin unterworfen ist. Lehnt sie es ab, darf er den Embryo bei Strafe nicht übertragen (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 ESchG). Eine Garantenstellung endet aber jedenfalls dann, wenn die Erfüllung der Pflicht strafbewehrt und damit unzumutbar wäre. Eine „bedingte“ Garantenpflicht kennt das StGB nicht.

Außerdem entspricht das passive Absterbenlassen des Embryos in seinem Unrechtsgehalt nicht einer aktivmissbräuchlichen Verwendung im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB (vgl. KG, Beschluss vom 9.10.2008, 3 Ws 139/08). Das ESchG strebt keine Erhaltung des Lebens des Embryos um jeden Preis an. Dies sieht man zum einen an den §§ 2 Abs. 2, 6 Abs. 2, 7 Abs. 2 ESchG, außerdem daran, dass ein Arzt nicht verpflichtet ist, an einer Konservierung des Embryos mitzuwirken (§§ 10, 9 Nr. 3 ESchG).

b) Untersuchung der Embryonen

Die Untersuchung der jeweils entnommenen nicht mehr totipotenten Zelle ist straflos, da sie nicht als Embryo im Sinne des § 8 ESchG gilt. Ihre Entnahme ist deshalb auch kein Klonen im Sinne des § 6 ESchG.

Die Entnahme dieser Zelle aus den Embryonen im Rahmen der Trophectodermbiopsie erfüllte ebenfalls nicht den Tatbestand des „Verwendens“ der Embryonen zu einem nicht ihrer Erhaltung dienenden Zweck. Denn die Entnahme allein beeinflusste die Lebensfähigkeit der Embryonen nicht, da sie ohne die entnommene Zelle genauso gesund waren wie mit ihr. Untersucht (und dabei verbraucht) wurde nur die entnommene Zelle, nicht jedoch der Embryo. Er selbst hat bei der Untersuchung keinen Schaden genommen, für ihn war sie eine „neutrale“ Handlung.

Der Standpunkt der Gegenmeinung, eine präimplantationsdiagnostische Untersuchung würde dem Embryo nur schaden, nicht aber nutzen und sei daher nicht erlaubt, überzeugt aus zweierlei Gründen nicht. Zum einen unterstellt man der jeweiligen Patientin die Absicht, bei der Nichtvornahme der Untersuchung eine für den Embryo „günstige“ Entscheidung, nämlich die Erlaubnis zum Übertragen, treffen zu wollen. Dies erscheint angesichts der erheblichen damit verbundenen – und in den verfahrensgegenständlichen Fällen zum Teil bereits durchlebten – möglichen Komplikationen

lebensfremd; es ist vielmehr zumindest genauso wahrscheinlich, dass die Frau die Übertragung gänzlich ablehnt. Die Untersuchung dient daher eher den Interessen des Embryos, als dass sie ihm schadet.

Zum anderen müsste man dann konsequenterweise alle wie auch immer gearteten Untersuchungen am Embryo verbieten und den Arzt verpflichten, den Embryo quasi „blind“ zu übertragen. So geschieht dies in der Praxis jedoch auch bei einer „normalen“ in-vitro-Fertilisation regelmäßig nicht. Auch in diesen Fällen wird der Embryo vor der Übertragung zumindest unter dem Mikroskop angeschaut – also untersucht.

Der Gesetzgeber hat in § 2 Abs. 1 ESchG mehrere Handlungen definiert, die an einem menschlichen Embryo nicht vorgenommen werden dürfen: Es sind dies das Veräußern, das zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck Abgeben, Erwerben oder Verwenden. Hätte der Gesetzgeber auch jegliches Untersuchen des Embryos verhindern wollen, was nach dem oben Gesagten fern liegt, wäre es ein Einfaches gewesen und im Sinne der Normenklarheit und der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts auch geboten, noch eine weitere Handlungsalternative („...oder untersucht...“) zu formulieren. Dies hat der Gesetzgeber aber nicht getan.

3. Eine Auslegung des ESchG dahin gehend, dass eine Präimplantationsdiagnostik, wie sie im vorliegenden Fall vorgenommen worden ist, nicht zulässig wäre, würde zudem zu eklatanten Wertungswidersprüchen führen.

Einer Frau ist es gem. § 218a Abs. 2 StGB faktisch erlaubt, zuerst schwanger zu werden, und dann, sollte sie durch eine Pränataldiagnostik einen genetischen Defekt der Leibesfrucht entdecken, die Schwangerschaft zu beenden. Es gibt keinen sachlichen Grund, warum eine solche Schwangerschaft „auf Probe“ in vivo erlaubt, eine Befruchtung „auf Probe“ in vitro aber verboten sein sollte. Die vom Angeklagten vorgenommenen Untersuchungen wären im Rahmen der Pränataldiagnostik einige Monate später sowieso vorgenommen worden. Im Falle eines entsprechenden Befundes hätte dies wahrscheinlich zu einem psychisch und physisch belastenden Schwangerschaftsabbruch geführt – somit wäre es sinnlos (und im Hinblick auf die Verpflichtung des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Grundgesetz sogar verfassungswidrig), durch eine entsprechende Auslegung des ESchG die Schwangere zu verpflichten, mit genau derselben Untersuchung bis zu einem Zeitpunkt zu warten, an dem sie selbst viel härter davon betroffen ist. Der Verweis darauf, dass eine Konfliktlage mit den Interessen der Mutter erst mit der Einnistung entsteht und nur dies zu einer Herabsetzung des Schutzniveaus der Leibesfrucht führen dürfe, verfängt nicht. Das betroffene Paar und insbesondere die Frau wird von der Konfliktlage ja nicht „überrascht“, diese besteht vielmehr bereits von Anfang an, und zwar ab dem Zeitpunkt der Kenntnis der – möglichen oder wahrscheinlichen – schweren Schädigung des ungeborenen Kindes, die die Patientin erst zum Gang zu einem Arzt veranlasst. Im Sinne eines einheitlichen Schutzes der Leibesfrucht ist daher nach Ansicht der Kammer das ESchG so auszulegen, dass eine Präimplantationsdiagnostik, wie sie im vorliegenden Fall vom Angeklagten vorgenommen worden ist, nicht strafbar ist.

Hinzu kommt, dass der in vivo gezeugte Embryo bis zu seiner Einnistung in die Gebärmutter überhaupt nicht geschützt ist. Maßnahmen, die seine Einnistung zwin-

dem sollen, und mithin zu seinem Absterben führen, sind explizit aus dem Schutzbereich der §§ 218ff. StGB ausgenommen vgl. § 218 Abs. 1 Satz 2 StGB). Wer also meint, dem Embryo vor der Einnistung in die Gebärmutter einen weiter gehenden Lebensschutz garantieren zu sollen als dem bereits mit der Mutter verbundenen, müsste konsequenterweise auch die „Spirale“ und die „Pille danach“ verbieten. Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, der Embryo in vitro sei verfügbarer für schädigende Handlungen als der noch nicht eingenistete Embryo im Bauch der Mutter und müsse daher stärker geschützt werden. Denn wenn die Mutter die gerade erzeugte und noch nicht mit ihr verbundene Leibesfrucht durch die Anwendung der „Spirale“ und der „Pille danach“ gezielt und vorbehaltlos töten darf, ist nicht ersichtlich, warum die bloße Untersuchung des Embryos mit dem grundsätzlichen Ziel der Übertragung – also eine „mildere“ Maßnahme – dann verboten sein soll.

Die Kammer ist sich im Übrigen der aus der Strafflosigkeit der vom Angeklagten gewählten Vorgehensweise grundsätzlich resultierenden Gefahr einer uferlosen Ausweitung der „Selektionskriterien“ (Aussehen, Intelligenz usw.) bei Embryonen bewusst. Um der Gefahr zu begegnen, ist der Gesetzgeber aufgerufen, nach einer mittlerweile mehr als 10-jährigen Diskussion um die Präimplantationsdiagnostik eine entsprechende – wie auch immer geartete – Regelung in das Embryonenschutzgesetz aufzunehmen. Die hier entschiedenen Fälle bieten allerdings keinen Anlass, den beteiligten Paaren und dem Angeklagten zu unterstellen, sie hätten die „Zucht“ besonders leistungsfähiger oder durch bestimmte äußerliche Eigenschaften ausgezeichneter Nachkommen angestrebt.

4. Selbst wenn das Handeln des Angeklagten als strafbar anzusehen wäre, fehlte ihm in allen drei Fällen die Einsicht, Unrecht zu tun; dieser Irrtum war in den Fällen 2. und 3. unvermeidbar, § 17 S. 2 StGB.

Der Angeklagte fragte vor der Vornahme der ersten verfahrensgegenständlichen Handlung bei Prof. Dr. F. an, ob sein Vorhaben gegen das Embryonenschutzgesetz verstößt. Aufgrund der Ausführungen im Schreiben von Prof. Dr. F. im 25. August 2005 befand sich der Angeklagte bei der Tat zu 1. in einem Verbotsirrtum, da er das Schreiben so verstanden hat, dass sein Handeln dem Gesetz nicht zuwiderläuft. Dass er sich selbst angezeigt hat, zeugt nicht von einem etwaigen geringsten Unrechtsbewusstsein; die Selbstanzeige diente nach der unwiderlegbaren Einlassung des Angeklagten lediglich dazu, auch von der Staatsanwaltschaft bestätigt zu bekommen, dass die Behandlung erlaubt ist. Allerdings war der Verbotsirrtum in diesem Fall vermeidbar, denn Prof. Dr. F. wies ja gerade darauf hin, dass die Frage noch nicht strafrechtlich geklärt sei. Bei einer hoch umstrittenen Frage wie der vorliegenden durfte sich der Angeklagte deshalb auf eine einzelne Auskunft jedenfalls nicht in der Weise verlassen, dass der Verbotsirrtum unvermeidbar war.

Der Verbotsirrtum war jedoch in den Fällen 2. und 3. unvermeidbar. Nach der Einstellungsnachricht der Staatsanwaltschaft vom 22. Januar 2006 haben sowohl Prof. Dr. F. als auch Rechtsanwalt Dr. K. dem Angeklagten übereinstimmend bestätigt, er dürfe nunmehr ohne strafrechtliches Risiko die in Rede stehende Behandlungsform weiter praktizieren. Obwohl die Staats-

anwaltschaft die Frage des Verstoßes gegen das ESchG ausdrücklich offen gelassen hatte, hatte sie andererseits auch keinen Verstoß gegen das ESchG angenommen. Der Angeklagte als juristischer Laie durfte mit Recht deshalb davon ausgehen, er werde für sein Handeln nicht bestraft.

LG Fulda: Durchtrennen des Schlauches einer Ernährungssonde

StGB §§ 212 Abs. 1, 213 Alt. 2, 17 S. 2, 22, 23 Abs. 1 u. 2, 25 Abs. 2, 49 Abs. 1, 56

Leitsätze der Red.:

1. Das Durchschneiden des Schlauches einer Ernährungs-sonde ist strafrechtlich als aktives Tun zu werten, auch wenn in einer mündlichen Patientenverfügung die künstliche Ernährung abgelehnt wird.
2. Hilfe zum Sterben in Form des Behandlungsabbruchs ist nur im Sinne eines passiven Geschehenlassens, aber nicht durch aktives Tun zulässig.
3. Eine straflose passive Sterbehilfe setzt voraus, dass der Sterbevorgang bereits eingesetzt hat.
4. Die Fortsetzung der künstlichen Ernährung gegen den Willen des Patienten ist ein Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten und erfüllt den Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung.

Urteil vom 30.04.2009, Az. 16 Js 1/08 – 1 Ks.

Zum Sachverhalt:

Im Oktober 2002 erlitt die damals 71-jährige Mutter der Angekl. G, Frau K, eine linksseitige Hirnblutung, aus der ein Apallisches Syndrom (Wachkoma) resultierte. Seitdem war sie nicht mehr ansprechbar, bettlägerig, insgesamt schwerst pflegebedürftig und wurde zur weiteren Behandlung vom Klinikum F am 13.02.2003 ins Alten- und Pflegeheim R in B verlegt. Behandelnder Arzt war seit der Unterbringung im Pflegeheim der Zeuge Dr. med. H. Seit November 2002 erfolgte die Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr bei der Patientin K über eine PEG-Sonde, welche durch die Bauchdecke in den Körper eingeführt wurde. Hierbei erhielt sie täglich regelmäßig 1000 ml Flüssignahrung (Fresobin) und 1000 ml Tee oder Wasser. Sowohl die Nahrungs- als auch die Flüssigkeitsgabe erfolgte in zwei Rationen zu jeweils 500 ml, mit denen sie im Wechsel versorgt wurde. Weiterhin bekam sie regelmäßig Morphinpflaster. Eine Verbesserung ihres Gesundheitszustandes war aus medizinischer Sicht spätestens seit den Jahren 2006/2007 nicht mehr zu erwarten.

Zum vorläufigen Betreuer der Frau K wurde mit Beschluss des Amtsgerichts F vom 01.11.2002 zunächst deren inzwischen verstorbener Ehemann bestellt. Mit Beschluss des Amtsgerichts B vom 01.04.2003 erhielt der Ehemann die endgültige Betreuung, und es wurde zu seiner Unterstützung zusätzlich eine Berufsbetreuung eingerichtet, welche die Zeugin H übernahm. Nach dem Tod des Ehemanns Ende November 2005 nahm Frau H die Berufsbetreuung alleine wahr.

Im März 2006 trat die Angekl. G schriftlich an die Berufsbetreuerin H heran und teilte dieser mit, sie und ihr

Bruder, der Beschuldigte K, der inzwischen verstorben ist, hätten den Wunsch, dass die Magensonde entfernt werden solle, damit ihre Mutter in Würde sterben könne. In dem Schreiben wies die Angekl. G auf ein Gespräch hin, das sie Ende September 2002 anlässlich einer von ihrem Vater im Frühjahr 2002 erlittenen Hirnblutung mit ihrer Mutter geführt hatte:

Im Rahmen dieses Gespräches hatte die Angekl. ihre Mutter, Frau K, gefragt, ob sie denn Vorkehrungen für den Fall getroffen habe, dass auch ihr - ähnlich wie zuvor dem Vater - etwas zustoße. Dabei hatte die Angekl. G ihre Mutter darauf hingewiesen, dass die Hirnblutung ihres Vaters, die glücklicherweise ohne schwerwiegende Folgen geblieben war, auch weitaus schlimmer hätte verlaufen können. Konkret hatte die Angekl. G von Ihrer Mutter wissen wollen, wie sie und ihr Bruder sich verhalten sollten, falls ihr, Frau K, etwas zustoße. Frau K hatte hierauf geantwortet, sie wolle am liebsten vor ihrem Mann und zu Hause sterben. Sie wolle nicht auf fremde Hilfe angewiesen sein und in ein Pflegeheim kommen. Falls sie bewusstlos werde und sich nicht mehr äußern könne, wolle sie keine lebensverlängernden Maßnahmen in Form von künstlicher Ernährung und künstlicher Beatmung. Sie wolle nicht an irgendwelche „Schläuche“ angeschlossen werden. Da Frau K diesen Willen - wie eine Nachfrage der Angekl. G ergab - nicht schriftlich fixiert hatte, hatte die Angekl. G ihre Mutter gebeten, diese Dinge mit ihrem Ehemann zu besprechen und schriftlich niederzulegen. Eine solche schriftliche Patientenverfügung wurde von Frau K jedoch nicht mehr verfasst.

Bezug nehmend auf dieses Gespräch zwischen der Angekl. G und ihrer Mutter, Frau K, vom September 2002, bat die Angekl. G die Berufsbetreuerin H, diesen Willen ihrer Mutter anzuerkennen. Da Frau H hierauf jedoch nicht reagierte, wandte sich die Angekl. mit ihrem Anliegen im Juni 2006 an den angekl. Rechtsanwalt P, auf dessen Kanzlei sie im Rahmen einer Recherche im Internet gestoßen war. Mit Schreiben vom 25.07.2006 versuchte die Angekl. die Berufsbetreuerin dazu zu bewegen, die Kanzlei des Angekl. P zu mandatieren, um mit Hilfe des Rechtsanwalts eine Einstellung der künstlichen Ernährung ihrer Mutter zu erreichen. Dies lehnte die Betreuerin H mit Schreiben vom 28.07.2006 unter Hinweis darauf ab, dass sie den mutmaßlichen Willen der Frau K, die sie nur im Zustande des Wachkomas kenne, nicht beurteilen könne.

Nachdem Frau K im Dezember 2006 eine Fraktur des linken Oberarmes erlitt, die zur Folge hatte, dass der linke Arm amputiert werden musste, trat auch der Angekl. P mit der Berufsbetreuerin H in weiteren Schriftwechsel. Frau H blieb jedoch bei ihrer Auffassung und sah sich nach wie vor nicht in der Lage, eine Entscheidung bezüglich des Abbruchs der künstlichen Ernährung bei Frau K zu treffen. Gleichzeitig stellte sie der Angekl. G und ihrem Bruder jedoch anheim, dass doch diese die Betreuung übernehmen könnten. Nach weiterem Schriftverkehr des Angekl. P - nunmehr auch mit dem Vormundschaftsgericht B - wurde Frau H auf seinen Antrag vom 17.04.2007 mit Beschluss des Amtsgerichts B vom 17.08.2007 (Az.: 92 XVII 79/03) aus dem Betreueramt entlassen und statt ihrer die Angekl. G und ihr Bruder, der Beschuldigte K, zu neuen Betreuern der Frau K bestellt. Dabei war der zuständigen Vormundschaftsrichterin des Amtsgerichts B, der Zeugin Richterin am Amtsgericht M das Vorhaben der Angeklagten, die Ernährungstherapie zu beenden, von Anfang an bekannt.

Noch im August 2007 trat der Angekl. P mit dem behandelnden Arzt der Frau K, dem Zeugen Dr. H, in Kontakt und informierte ihn über den neuen Sachstand aufgrund des durchgeführten Betreuerwechsels.

Am 02.11.2007 fand auf Initiative des Angekl. P in der Pflegeeinrichtung R in B ein Gespräch zwischen Mitarbeiterinnen der Pflegeeinrichtung (der Heimleiterin und der Pflegedienstleiterin), dem behandelnden Arzt Dr. H, der Angekl. G, dem Beschuldigten K sowie dem Angekl. P, bezüglich des von den Betreuern angestrebten Behandlungsabbruchs statt. Im Rahmen dieses Gesprächs tätigte der Angekl. P rechtliche Ausführungen, während der Zeuge Dr. H darauf hinwies, dass eine ärztliche Indikation für eine weitere Ernährungstherapie bei Frau K nicht mehr gegeben war, da eine Besserung ihres Gesundheitszustandes aus medizinischer Sicht nicht mehr zu erwarten war.

Mit Schreiben vom 20.11.2007 forderte der Angekl. P den Zeugen Dr. H auf, in der Krankenakte der Frau K und in der Dokumentation im Pflegeheim R schriftlich niederzulegen, dass ab sofort die Ernährung ganz abzusetzen und die Hydratation auf 250 ml pro Tag herabzusetzen und in den nächsten drei Tagen auf Null zu reduzieren sei. Ferner forderte er den Zeugen eindringlich dazu auf, palliativärztliche und palliativpflegerische Anordnungen zur Ausführung im Pflegeheim zu treffen.

Da die geforderte Eintragung nicht erfolgte, widerrief der Angekl. P im Namen und im Auftrag der Frau K, vertreten durch die Angekl. G und ihren Bruder K als Betreuer, mit Schreiben vom 29.11.2007 an Dr. H die Zustimmung zur künstlichen Ernährung. Daraufhin versandte der Zeuge Dr. H am 10.12.2007 an das Pflegeheim R ein Telefax mit dem Inhalt, dass die Angekl. als Betreuerin der Frau K die Zustimmung zur Ernährungstherapie widerrufen habe und aus seiner hausärztlich internistischen Sicht keine Indikation für eine weitere Ernährungstherapie mehr bestehe, so dass dem Wunsch der Angekl. entsprochen werden könne. Mit Schreiben gleichen Datums forderte der Angekl. P das Pflegeheim auf, nach der Anweisung des Dr. H zu verfahren. Nach den vom Angekl. P beigefügten Vorgaben des Interdisziplinären Palliativzentrums der Ludwig-Maximilians-Universität München/Großhadern sollte in drei Tagen die Substitution über die Magensonde auf Null reduziert werden. Da sich das Pflegeheim weigerte, den Anweisungen nachzukommen, forderte der Angekl. P die Hausleitung mit Schreiben vom 12.12.2007 auf, die Ernährung nunmehr sofort einzustellen und die Flüssigkeitszufuhr bis zum 16.12.2007 kontinuierlich auf Null zu reduzieren.

Die Geschäftsführung der Pflegeeinrichtung R mit Sitz in U lehnte mit Schreiben ihrer Geschäftsführerin, der Zeugin W, vom 14.12.2007 die Einstellung der Ernährung mit Hinweis auf das Fehlen einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ab. Per Telefax vom selben Tag wandte sich die Zeugin W zugleich an das Amtsgericht B - Vormundschaftsgericht -, informierte dieses über die Ereignisse und bat um Überprüfung des Betreuerhandels. Daraufhin setzte sich die zuständige Vormundschaftsrichterin, die Zeugin Richterin am Amtsgericht M noch am 14.12.2007 telefonisch mit Dr. med. H sowie mit der Leiterin des Pflegeheims, der Zeugin G, in Verbindung. Dabei erläuterte sie der Zeugin G die rechtliche Situation auf Grundlage der Entscheidung des 12. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 08.06.2005 (BGH NJW 2005, 2385 ff.), wonach eine Kontrollzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts nur

in einer Konfliktsituation zwischen Arzt und Betreuer begründet sei, die hier gerade nicht vorliege.

Am 17.12.2007 ordnete der Zeuge Dr. H auf nochmalige vorherige Bitte des Angekl. P nunmehr in der Krankendokumentation der Frau K schriftlich an, die Substitution mittels PEG-Sonde in drei Tagen auf Null zu reduzieren. Hiermit waren die Bediensteten der Pflegeeinrichtung jedoch nicht einverstanden. So wurde eine Unterschriftenliste verfasst, ausweislich derer sich die Mitarbeiter weigerten, Frau K nicht mehr mit Flüssignahrung und Flüssigkeit zu versorgen. Die Angekl. erwogen daher zunächst, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, um gerichtlich die Einstellung der künstlichen Ernährung durchzusetzen. Am 19.12.2007 schlug jedoch die Heimleiterin zur Lösung des Konflikts der Angekl. G im Rahmen eines Telefongesprächs einen Kompromiss vor. Danach sollten die Pflegekräfte des Heims ausschließlich die pflegerischen Tätigkeiten bei Frau K ausführen, während die Angekl. und ihr Bruder selbständig die Substitution über die PEG-Sonde beenden, Schmerzpflaster aufkleben und Mundpflege betreiben sollten. Zu diesem Zwecke könne die Angekl. G auch alleine mit ihrer Mutter in deren Zimmer in der Einrichtung bleiben, dort übernachten und sie bei ihrem Ableben begleiten. Nach Rücksprache mit ihrem Anwalt, dem Angekl. P, erklärten sich die Angekl. und ihr Bruder damit einverstanden, da man hierin einen vernünftigen Kompromiss sah, der den moralischen Vorstellungen sämtlicher Beteiligten gerecht werde.

Nachdem Frau K am 20.12.2007 bis in die Mittagsstunden noch die bis dahin übliche hälftige Tagesration an künstlicher Ernährung (Fresobin) und Flüssigkeit von jeweils 500 ml erhalten hatte, entfernte die Angekl. G gegen 14.30 Uhr die letzte Flasche Fresobin, als diese durchgelaufen war. Weitere Flüssignahrung sollte Frau K nach der beabsichtigten Vorgehensweise der Angekl. G nicht mehr erhalten. Zugleich versorgte die Angekl. ihre Mutter mit einer reduzierten Menge von 100 ml Wasser, die sie ihr über die PEG-Sonde verabreichte. Am nächsten Tag, dem 21.12.2007, wollte sie die Menge Flüssigkeit auf 50 ml Wasser und ab dem 22.12.2007, dem dritten Tag, die Flüssigkeitszufuhr auf Null reduzieren. Dabei war sowohl ihr als auch dem Angekl. P bewusst, dass der unmittelbare Sterbevorgang bei Frau K noch nicht eingesetzt hatte, sie vielmehr bei Aufrechterhaltung der künstlichen Ernährung unter Umständen noch Monate weiterleben konnte.

Am Vormittag des 21.12.2007, einem Freitag, kam es jedoch gegen 10.00 Uhr zu einem Telefongespräch zwischen der Heimleiterin, Frau G, und Frau W von der Geschäftsleitung in U, im Rahmen dessen die Zeugin G die Zeugin W über den Kompromissvorschlag bzgl. Frau K informierte. Die Zeugin W untersagte daraufhin, in der Pflegeeinrichtung „Sterbehilfe“ durchzuführen. Hierauf veranlasste die weisungsgebundene Heimleiterin, bei Frau K die Versorgung mit künstlicher Ernährung wieder aufzunehmen. Entsprechend dieser Anweisung erhielt Frau K gegen 10.50 Uhr von Pflegekräften zunächst wieder die übliche Teilmenge von 500 ml Flüssigkeit, wobei sich nicht mehr sicher aufklären ließ, ob es sich hierbei um Tee oder Wasser handelte. Im Anschluss hieran sollte Frau K unmittelbar wieder mit der üblichen Menge Flüssignahrung versorgt werden.

Gegen 12.00 Uhr erfuhren zunächst der Bruder der Angeklagten, der Beschuldigte K, und sodann gegen 13.00 Uhr die Angekl. selbst, die kurz zuvor noch mit dem Angekl. P telefoniert und diesem vom Verlauf des

20.12.2007 und der beabsichtigten weiteren Vorgehensweise bei ihrer Mutter unterrichtet hatte und inzwischen auf dem Weg ins Pflegeheim war, von der Zeugin G im Pflegeheim, dass aufgrund einer Entscheidung der Hauptgeschäftsleitung in U entgegen der Vereinbarung zwischen der Zeugin G und der Angekl. vom 19.12.2007 die künstliche Ernährung wieder aufgenommen werden sollte. Die Zeugin G schlug der Angekl. G in diesem Zusammenhang vor, ihre Mutter doch zu sich bzw. mit zu ihrem Bruder zu nehmen oder sie aber in ein Hospiz zu verlegen. Hiermit erklärte sich die Angeklagte jedoch nicht einverstanden und bestand darauf, dass man sich Seitens des Pflegeheims an die Vereinbarung halte, damit dort ihre Mutter in Würde sterben könne.

Etwas zeitgleich zwischen 13.00 und 14.00 Uhr teilte die Geschäftsleitung der R mit Sitz in U durch ihre Juristin, Frau L, auch der Kanzlei des Angekl. P telefonisch mit, dass die Ernährung der Frau K wegen strafrechtlicher Risiken nun doch weitergeführt werde. Der Angekl. P wies darauf hin, dass die eigenmächtige Weiterernährung eine Straftat sei und stellte straf- und zivilrechtliche Konsequenzen in Aussicht. Frau L ging hierauf jedoch nicht ein und verlangte im Gegenteil, dass die Betreuer der Frau K, die Angekl. G und ihr Bruder K, innerhalb der nächsten 10 Minuten ihr Einverständnis mit der Fortsetzung der künstlichen Ernährung erteilen sollten und dass andernfalls der Angekl. und Herrn K Hausverbot erteilt würde.

Daraufhin hielt der Angekl. P mit seiner Kollegin, der Zeugin St, die als Rechtsanwältin in derselben Kanzlei beschäftigt und mit dem Mandat K vertraut war, Rücksprache und beriet sich, wie man aufgrund des von der Geschäftsleitung des Pflegeheims gesetzten Ultimatums nunmehr am besten vorzugehen habe. Nach den gemeinsamen Überlegungen kam die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung nicht in Betracht, da diese aufgrund einer Vorwegnahme der Hauptsache ihrer Ansicht nach keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Die Durchführung eines Zivilverfahrens hingegen hätte – nach Einschätzung des Angekl. und der Zeugin St – mehrere Monate gedauert, was beiden für die Angekl. und ihren Bruder als Betreuer sowie für Frau K selbst nicht zumutbar erschien. Eine Verbringung der Frau K in die Wohnung der Angekl. G bzw. ihres Bruders K scheitere aus Platzgründen. Eine Verlegung in ein Hospiz sei aus rechtlichen Gründen nicht möglich. Auch eine Verlegung in ein anderes Pflegeheim kam ihren Überlegungen nach nicht in Betracht. Im Ergebnis kamen der Angekl. P und die Zeugin St überein, dass man nur die Möglichkeit habe, den Schlauch der PEG-Sonde zu durchtrennen, um so eine weitere Ernährung der Frau K unmöglich zu machen.

Nachdem nunmehr die Beteiligten über den neuen Sachstand hinsichtlich der Ernährungssituation der Frau K in Kenntnis gesetzt worden waren, fand kurz nach 14.00 Uhr ein Telefonat zwischen der Angekl. G und ihrem Bruder K einerseits und dem Angekl. P andererseits statt, im Rahmen dessen der Angekl. P die Angekl. G und den Beschuldigten K auch über das von der Geschäftsleitung des Pflegeheims gestellte Ultimatum informierte. Auf die Frage der Angekl. G, wie nun weiter zu verfahren sei, entgegnete der Angekl. P, sie solle den Versorgungsschlauch unmittelbar über der Bauchdecke ihrer Mutter durchtrennen, um so eine weitere, aus seiner Sicht rechtswidrige, Ernährung der Patientin K zu unterbinden. Auf die vom Beschuldigten K geäußerten Bedenken hin teilte der Angekl. P

der Angekl. G und dem Beschuldigten K mit, dass das Durchtrennen des Versorgungsschlauchs strafrechtlich nicht relevant sei, da es durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur „Hilfe zum Sterben“ gedeckt sei. Auch sei ein effektiver sofortiger Rechtsschutz gegen das rechtswidrige Handeln der Verantwortlichen der Pflegeeinrichtung anders nicht zu erreichen; die Rechtslage sei gerade auch in strafrechtlicher Hinsicht sicher. Nicht die Beendigung der Sondenernährung sei eine Straftat, sondern die Weiterbehandlung. Keine Klinik würde in Eigenmacht diese Sonde neu setzen, keine Behörde es bei dieser Sachlage anordnen.

Daraufhin durchtrennte die Angekl. G, die dem Angekl. P als sachkundigem Anwalt für Medizinrecht vertraute, zwischen 14.20 Uhr und 14.40 Uhr den Versorgungsschlauch der PEG-Sonde mit einer Schere, die sie im Nachttischschrank ihrer Mutter fand, unmittelbar über der Bauchdecke. Der Beschuldigte K half ihr hierbei, indem er den Schlauch festhielt. Hierdurch wurde - wie den Angekl. bewusst war - eine Fortsetzung der künstlichen Ernährung über die gesetzte PEG-Sonde vereitelt, da in Folge der Durchtrennung des Versorgungsschlauchs unmittelbar über der Bauchdecke insbesondere eine Reparatur nur des Schlauchs nicht mehr möglich war. Zum Zeitpunkt des Kappens des Versorgungsschlauchs befand sich in dem Vorratsbehälter der PEG-Sonde noch ein Rest Flüssigkeit von ca. 50 ml, wie die Angekl. erkannte. Sowohl der Angekl. P als auch die Angekl. G - der Angekl. P aus eigener Einschätzung und die Angekl. G aufgrund der Angaben des Angekl. P - gingen davon aus, dass aufgrund der ihrer Ansicht nach eindeutigen Rechtslage keine neue PEG-Sonde angelegt werden würde, so dass Frau K durch das Schaffen von Fakten schließlich doch würde sterben können.

Gegen 14.40 Uhr betreten zwei Pflegekräfte, die Zeuginnen M und H, das Bewohnerzimmer der Frau K, um diese zu lagern und wieder einen Beutel Flüssignahrung (Fresobin) anzuschließen, nachdem am Vormittag von der Heimleiterin angeordnet worden war, dass Frau K wieder vollumfänglich künstlich ernährt und mit Flüssigkeit versorgt werden sollte. Dabei fiel den beiden Zeuginnen auf, dass der Versorgungsschlauch der PEG-Sonde durchtrennt war. Sie informierten umgehend die Heimleiterin, Frau G, die wiederum die Kriminalpolizei B einschaltete. Diese nahm Rücksprache mit dem zuständigen Bereitschaftsstaatsanwalt der Staatsanwaltschaft Fulda, der anordnete, dass Frau K in ein Krankenhaus zu verbringen sei. In Anwesenheit der herbeigerufenen Kriminalpolizisten äußerte die Angekl. G nach nochmaliger telefonischer Rücksprache mit dem Angekl. P auf dessen Anraten hin, dass sie nicht damit einverstanden sei, dass ihre Mutter ins Krankenhaus verbracht und eine neue PEG-Sonde gelegt werde. Gleichwohl wurde Frau K aufgrund der staatsanwaltschaftlichen Anweisung von Mitarbeitern des Deutschen Roten Kreuzes mit einem Rettungswagen in das Klinikum B eingeliefert, wo eine neue PEG-Sonde gelegt und die künstliche Ernährung wieder aufgenommen wurde.

Am 05.01.2008 verstarb Frau K im Klinikum B. Laut Sektionsprotokoll des Instituts für Rechtsmedizin der Universität G vom 24.01.2008 ergab die am 10.01.2008 durchgeführte Obduktion der verstorbenen Frau K, die bei einer Körpergröße von 1,59 m zuletzt 40 kg wog, dass nach dem makroskopischen Obduktionsergebnis eine dekompensierte Herzinsuffizienz, das heißt ein Herzversagen bei schwerer Herzvorschädigung, als Todesursache

angesehen werden muss. Das Herz war vorgeschädigt gewesen aufgrund einer schweren Bluthochdruckerkrankung sowie aufgrund eines mehrfachen Herzinfarktes. Zudem war es in den letzten Stunden vor dem Tod zu Magenschleimhautblutungen gekommen, so dass durch den Blutverlust in den Magen-Darm-Trakt die Blut- und somit Sauerstoffversorgung des Herzens zusätzlich eingeschränkt worden war. Zusammenfassend handelte es sich um einen natürlichen Tod aufgrund mehrfacher organischer Vorerkrankungen. Ein Zusammenhang mit der am 21.12.2007 erfolgten Durchtrennung des Versorgungsschlauchs der PEG-Sonde und dem am 05.01.2008 eingetretenen Tod ließ sich aus rechtsmedizinischer Sicht nicht erkennen. Es konnte weder eine Kausalität, noch eine Mitursächlichkeit belegt werden. Auch hatte die Nahrungs- und Flüssigkeitsreduktion bei Frau K am 20. und 21.12.2007 noch nicht in ein Einsetzen des unmittelbaren Sterbevorgangs gemündet.

Das Landgericht hat den Angekl. P wegen versuchten Totschlags in Mittäterschaft zu 9 Monaten Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt und die Angekl. G freigesprochen.

Aus den Gründen:

IV. Nach den zuvor getroffenen Feststellungen hat sich der Angekl. P eines versuchten Totschlags zum Nachteil der K in Mittäterschaft mit der Angekl. G gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 und 2, 25 Abs. 2 StGB schuldig gemacht.

Zwar kam eine Verurteilung des Angekl. wegen vollendeten Totschlags nicht in Betracht, da es an einer Ursächlichkeit zwischen der Durchtrennung des Versorgungsschlauchs durch die Angekl. G am 21.12.2007 und dem Tod der Frau am 05.01.2008 mangelt, wie der Sachverständige Prof. Dr. V. überzeugend und für die Kammer gut nachvollziehbar dargelegt hat. Allerdings erweist sich das festgestellte Verhalten des Angekl. P als Totschlagsversuch:

1. Zunächst liegt ein Tatentschluss des Angekl. P zur Tötung der Frau K vor. Er handelte nämlich mit Vorsatz, und zwar mit Absicht, im Hinblick auf alle Merkmale der Haupttat eines Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 StGB.

a) Unzweifelhaft ist das voluntative Element gegeben, da es dem Angekl. entsprechend dem Willen seiner Mandantin K, gesetzlich vertreten durch ihre damalige Betreuerin, die Angekl. G, gerade darauf ankam, Frau K ein würdevolles Sterben zu ermöglichen.

b) Auch das für die Geeignetheit der Tathandlung zur Zielerreichung erforderliche Wissenselement ist gegeben, da der Angekl. davon ausging, dass das Durchtrennen des Versorgungsschlauchs letztlich zum Tod der Frau K führen würde. Isoliert betrachtet führt jene Durchtrennung auch definitiv zum Tod, da folglich keine weitere künstliche Ernährung mehr stattfinden kann. Problematisch erschien hingegen, wie es sich auswirkt, dass auch Gegenmaßnahmen wie etwa das Anlegen einer neuen PEG-Sonde durch Ärzte - wie später auch tatsächlich geschehen - in Betracht kamen. Dieser Umstand kann möglicherweise das Wissenselement und damit den Vorsatz und eine Strafbarkeit entfallen lassen, wenn von Anfang an klar gewesen wäre, dass wieder eine neue PEG-Sonde angelegt und die Ernährung der

Frau K fortgesetzt würde, ein Eingreifen von dritter Seite also mit eingeplant gewesen wäre, was aus Sicht eines objektiven Betrachters ex ante nicht unwahrscheinlich erschien. Auf diese Streitfrage, ob das Wissenselement und damit der Vorsatz entfällt, wenn allein das in Betracht gezogene Handeln Dritter den Tod verhindert, kommt es jedoch hier aufgrund der in der Hauptverhandlung ermittelten besonderen Vorstellung des Angekl. nicht an. Zwar war auch aus seiner Sicht klar, dass die Durchtrennung des Versorgungsschlauchs alsbald vom Pflegepersonal erkannt werden würde, da dieses weiterhin die Pflege der Frau K übernahm. Allerdings führte die einkalkulierte Entdeckung der Schlauchdurchtrennung in der Vorstellung des Angekl. gerade nicht zwingend zu lebenserhaltenden Gegenmaßnahmen von dritter Seite. Aufgrund der hiesigen besonderen Konstellation, die darin lag, dass die Verantwortlichen des Pflegeheims die künstliche Ernährung der Frau K gegen den Willen der Betreuerin, der Angekl. G, und ohne ärztliche Indikation unmittelbar fortführen wollten, ging der Angekl. davon aus, dass wegen des – seiner Auffassung nach – evident rechtswidrigen Verhaltens der Verantwortlichen des Pflegeheims keine Klinik in Eigenmacht eine PEG-Sonde neu setzen und auch keine Behörde es bei dieser Sachlage anordnen würde. Nach seinen Ausführungen in der Hauptverhandlung hatte der Angekl. niemals gedacht, dass das Krankenhaus eine neue PEG-Sonde einsetzen würde. Im Ergebnis nahm er also an, dass trotz der erwarteten Entdeckung der Durchtrennung des Schlauchs keine Gegenmaßnahmen getätigt würden.

2. In dem Durchschneiden des Versorgungsschlauchs liegt ein mittäterschaftlich begangenes, dem Angekl. P zuzurechnendes, unmittelbares Ansetzen zur Tat durch aktives Tun.

a) Zwar erfolgte die Tathandlung eigenhändig durch die Angekl. G, während der Angekl. P nicht am Tatort in Person anwesend war.

1) Diese Handlung ist ihm aber im Wege der Mittäterschaft mit der Angekl. G gemäß § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen.

So hatte der Angekl. P zum einen maßgebliche Tatherrschaft inne, da die Angekl. G auf seine zeitnahe telefonische Anweisung hin den Versorgungsschlauch durchtrennte. Zudem zerstreute er während des Telefonats unmittelbar vor der Tat noch rechtliche Bedenken der Angekl. G und ihres Bruders. Beide vertrauten ihm, zumal er seit Monaten in die Angelegenheit involviert war und Gespräche und Schriftwechsel mit der Angekl. G, dem Pflegeheim, dem behandelnden Arzt Dr. H sowie mit dem Vormundschaftsgericht in B geführt hatte.

Zum anderen handelte er mit Täterwillen. Auch er wollte die Durchführung der Tat. Er hatte als Anwalt von Frau K, vertreten unter anderem durch die gesetzliche Betreuerin, die Angekl. G, ein Eigeninteresse, den Willen seiner Mandantin, in Würde sterben zu können, zum Erfolg zu verhelfen.

Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller dieser objektiven Umstände und der Motivation des Angekl. erweist sich demnach sein Verhalten als mittäterschaftlich.

2) Aufgrund des oben unter 1) Gesagten liegt gerade keine bloße Anstiftung gemäß § 26 StGB zum Totschlagsversuch vor, da der Angekl. P die Tat als eigene wollte und in erheblichem Maße Tatherrschaft ausübte.

3) Auch eine Zurechnung des Verhaltens der Angekl. G im Wege der – wie zunächst Angekl. - mittelbaren Täterschaft gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB scheidet aus. Zwar hat der Angekl. P bei der Angekl. G einen Irrtum über das Verbotensein ihrer Handlung ausgelöst und ihr weiteres Verhalten aufgrund seines Einflusses gesteuert. Allerdings hat der Angekl. P die Angekl. G nicht bewusst als menschliches Werkzeug missbraucht, da er sich ebenfalls in einem Irrtum über das Verbotensein seines Verhaltens befand, worauf unten unter 4.c) noch näher eingegangen wird. Unschädlich ist in diesem Zusammenhang, dass die Angekl. G wegen eines bei ihr vorliegenden unvermeidbaren Verbotsirrtums gem. § 17 S. 1 StGB freigesprochen wurde (vgl. dazu unten unter VI.), da gem. § 29 StGB jeder Beteiligte ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld bestraft wird.

b) Das Ansetzen zur Tat erfolgte auch unmittelbar. Bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Abgrenzung zwischen Versuch und Vorbereitung kommt es darauf an, ob die Einzelhandlungen in ihrer Gesamtheit schon einen derartigen unmittelbaren Angriff auf das geschützte Rechtsgut enthalten, dass es bereits gefährdet ist und der Schaden sich unmittelbar anschließen kann. Eine solche Rechtsgutgefährdung liegt hier vor, weil ohne Gegenmaßnahmen wie das Anlegen einer neuen PEG-Sonde der Tod von Frau K aufgrund fehlender Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr zwingende Folge gewesen wäre. Soweit die Verteidigung hiergegen einwendet, beim Angekl. P liege allein ein rein zukunftsgerichtetes Bemühen vor, ändert dies nichts an der rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes. Denn letztlich ist jedes Handeln zukunftsgerichtet. Nach der Vorstellung des Angekl. steigerte sich die Rechtsgutgefährdung vielmehr kontinuierlich bis hin zum Tod. Dass die Handlung, nämlich das Kappen des Schlauches, und der beabsichtigte Tod von Frau K zeitlich auseinander fallen, spielt keine Rolle, was sich auch aus der Vorschrift des § 8 StGB ergibt. In Konstellationen wie der vorliegenden ist es gerade typisch, dass der Tod erst im Verlaufe mehrerer Tage eintritt. In einer vergleichbaren Konstellation hat daher auch der Bundesgerichtshof in seiner „Kemptener Entscheidung“ vom 13.09.1994 (BGH NJW 1995, 204 ff. [206]) den Anfang des Versuchs zu dem Zeitpunkt angenommen, zu dem nach der Vorstellung der dort Angekl. die Versorgung einer irreversibel schwerst cerebralgeschädigten Frau mit lebensnotwendiger Sondennahrung endgültig eingestellt werden sollte.

Da im Rahmen der bei der Mittäterschaft maßgeblichen Gesamtlösung alle Mittäter in das Versuchsstadium eintreten, sobald einer von ihnen zur Tat ansetzt (vgl. Fischer, StGB, 56. Auflage, § 22 Rdnr. 21), ist mit dem Durchtrennen des Versorgungsschlauchs durch die Angekl. G zeitgleich auch der Angekl. P in das Versuchsstadium eingetreten.

c) Nach Auffassung der Kammer handelt es sich bei der Durchtrennung des Versorgungsschlauchs auch um eine versuchte Tatbegehung durch aktives Tun und nicht durch („unechtes“) Unterlassen in Garantenstellung gem. § 13 Abs. 1 StGB.

1) Unzweifelhaft ist dieses Ergebnis, wenn man zur diesbezüglichen Abgrenzung im Rahmen einer naturalistischen Betrachtungsweise die in der Literatur vertretene Lehre vom Energiesatz heranzieht, wonach ein aktives Tun immer dann anzunehmen ist, wenn durch den Ein-

satz von Energie bzw. durch körperliche Bewegung der Ablauf eines Geschehens dahingehend beeinflusst wird, dass - im Falle des Versuchs - eine Schädigungsmöglichkeit geschaffen wird (so etwa Leipziger Kommentar, StGB, (Weigend), 12. Auflage, § 13 Rdnr. 7 unter Hinweis auf den Vorrang der Strafbarkeit wegen Tuns; Münchener Kommentar, StGB, (Freund), § 13 Rdnr. 8 f.).

2) Aber auch nach der ständigen Rechtsprechung, die Tun und Unterlassen im Rahmen einer normativen Betrachtungsweise nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit voneinander abgrenzt (vgl. BGHSt 6, 46 ff. [59]; BGH NStZ 1999, 307), liegt hier eine Tatbegehung durch aktives Tun vor. Zwar war der Angekl. P vorliegend geleitet von dem grundsätzlichen Bestreben, die Weiterernährung der Frau K zu unterlassen, indem die künstliche Ernährung abrupt und die Versorgung mit Flüssigkeit binnen 3 Tagen bis auf Null ausgeschlichen werden sollte. Dies umfasste allerdings nur das durch die Angekl. G in Person vorgenommene Verhalten vom Nachmittag des 20.12.2007 bis zum Zeitpunkt vor der Schlauchdurchtrennung am Nachmittag des 21.12.2007. Der Eingriff in die „Apparatur“ PEG-Sonde durch Kappen des Versorgungsschlauches unmittelbar oberhalb der Bauchdecke stellt aber bereits nach seinem sozialen Handlungssinn nicht ein bloßes Unterlassen der Weiterbehandlung dar. Es ging hier vielmehr um aktive Vereitelung weiterer Gegenmaßnahmen durch das Pflegeheim, die sich auch nach der Kenntnis des Angekl. P in Form des Anhängens einer neuen Ration Flüssignahrung an die PEG-Sonde der Frau K unmittelbar anschließen sollten, also um ein Eingreifen in ein Handeln Dritter, das zwingend als aktives Tun zu bewerten ist (vgl. Leipziger Kommentar, StGB, (Weigend), 12. Auflage, § 13 Rdnr. 8 im Kontext mit Rettungsbemühungen Dritter). Nach allen zu dieser Frage vertretenen Theorien lag der Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Handelns auf einem aktiven Tun und nicht einem Unterlassen.

3) Zwar handelt es sich vorliegend nicht um eine versuchte Tötung durch alternative lebensbeendende Maßnahmen außerhalb der Unterbrechung der Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr ähnlich der Fälle des - hier nicht einschlägigen - Anstoßens eines überholenden Kausalverlaufs. Allerdings liegt in dem Durchtrennen des Versorgungsschlauches ein wesentlicher Eingriff in einen bestehenden, angelegten Kausalverlauf durch aktive Vereitelung unmittelbar bevorstehender lebenserhaltender Maßnahmen. Die Qualifizierung einer Tathandlung als Tun oder Unterlassen, mithin als aktiv oder passiv, kann also nicht danach differenziert werden, ob gänzlich neue Kausalverläufe angestoßen oder in bestehende wesentlich eingegriffen wird.

4) Der hiesige Sachverhalt lässt sich auch nicht mit den Konstellationen vergleichen, in denen bei einem nicht mehr zu rettenden sterbenden Patienten im Einvernehmen aller Beteiligten durch den Arzt ein Beatmungsgerät abgeschaltet wird. Soweit dort in der Sache ein Unterlassen der Weiterbehandlung angenommen wird, handelt es sich letztlich um einen (notwendigen) Kunstgriff, um eine nicht hinnehmbare Strafbarkeit nach §§ 212 Abs.1 bzw. 216 StGB auszuschließen (vgl. Fischer, StGB, 56. Auflage, Vor § 211 Rdnr. 20). Vorliegend bedarf es dieser Konstruktion aber gerade nicht, da tragbare Ergebnisse im Rahmen der zulässigen passiven Sterbehilfe bzw. Hilfe zum Sterben zu erzielen sind.

Soweit diese passive Hilfe zum Sterben von Dritten – wie hier den Verantwortlichen des Pflegeheims – vereitelt wird, ändert dies nichts an der Begehungsform, sondern gibt vielmehr Anlass zu einer genauen Prüfung der Frage, ob das Verhalten möglicherweise gerechtfertigt oder entschuldigt ist. Darüber hinaus ist der Sachverhalt hier auch deshalb anders gelagert, weil zum einen bei Frau K der Sterbeprozess am 21.12.2007 noch nicht eingesetzt hatte und sich zum anderen die Leitung des Pflegeheims, in dem sich Frau K befand, mit der Einstellung der Ernährung und Flüssigkeitszufuhr letztlich doch nicht einverstanden erklärte.

5) Schließlich ist auch unerheblich, ob während des Durchschneidens des Versorgungsschlauches noch geringe Mengen an Wasser bzw. Tee durchliefen oder nicht. Denn dem Angekl. P war jedenfalls aufgrund der geführten Telefonate klar, dass weitere Flüssignahrung zeitnah verabreicht werden sollte. Soweit die Verteidigung auch in diesem Zusammenhang betont, es sei die Intention des Angekl. gewesen, die angekündigte und unmittelbar bevorstehende erneute Zuführung von Flüssignahrung zu verhindern, ist dies zwar zutreffend, ändert aber nichts an der Begehungsweise, sondern untermauert gerade die Qualifikation des Handelns als aktives Tun und nicht als Unterlassen.

3. Der Angekl. P handelte auch rechtswidrig, weil alle denkbaren Rechtfertigungsgründe letztlich ausscheiden.

a) Zunächst kommt eine rechtfertigende mutmaßliche Einwilligung nicht in Betracht.

1) Eine solche rechtfertigende mutmaßliche Einwilligung der Frau K in ihre eigene aktive Tötung ist nämlich unbeachtlich, da es insoweit an der Dispositionsbefugnis von Frau K bezüglich des Rechtsguts Leben fehlt (BGHSt 4, 88 ff. [93]), was sich auch aus der Existenz des § 216 StGB ergibt. Das Leben stellt ein Rechtsgut von überragendem Range dar und bedarf daher besonders strengen Schutzes durch die Rechtsordnung. Dieser Schutz wird nur ganz ausnahmsweise gelockert, etwa im Rahmen der indirekten oder passiven Sterbehilfe.

2) Es liegt hier aber weder eine derartige (erlaubte) indirekte Sterbehilfe noch eine (erlaubte) passive Sterbehilfe vor. Beide Varianten der Sterbehilfe scheitern aus zwei Gründen: Zum einen ist das dem Angekl. P zurechenbare Handeln der Angekl. G weder passiv, wie im Rahmen der passiven Sterbehilfe erforderlich, noch geht es vorliegend - wie bei indirekter Sterbehilfe notwendig - um eine unbeabsichtigte, aber unvermeidbare bloße Nebenfolge des Tuns wie etwa bei schmerzlindernder, aber lebensverkürzender Medikation. Zum anderen hatte der Sterbevorgang bei Frau K noch nicht eingesetzt. Sie hätte unter Umständen bei Fortsetzung der künstlichen Ernährung noch Monate weiterleben können, woran auch die Tatsache nichts ändert, dass Frau K zum Zeitpunkt der Durchtrennung des Schlauchs seit etwa 24 Stunden keine Flüssignahrung mehr erhalten hatte.

3) Aber auch eine Hilfe zum Sterben, ein Behandlungsabbruch, wenn wie hier der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hat, der Todesseintritt also nicht nahe bevorstand, scheitert daran, dass es nicht um einen Behandlungsabbruch im Sinne eines passiven Geschehenlas-

sens, sondern eben um aktives Tun ging. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass Frau K wirksam in eine Einstellung ihrer Ernährung einwilligen konnte. Soweit davon mittelbar auch ein aktives Tun, das Durchtrennen des Schlauchs, mit umfasst sein könnte als Zwischenziel zur Erreichung der dauerhaften endgültigen Einstellung der Ernährung, scheitert diese rechtliche Konstruktion wiederum an dem Verbot der Einwilligung des Betroffenen in seine Tötung durch aktives Handeln Dritter, das anderenfalls umgangen würde. Eine andere Beurteilung führte im Übrigen auch zu erheblicher Rechtsunsicherheit und damit zu einer gefährlichen Relativierung des Lebensschutzes und könnte als Einfallstor für bedenkliche Tendenzen im Sinne noch drastischerer Eingriffe im Rahmen lebensbeendender Maßnahmen dienen.

b) Die Tat ist auch nicht durch Nothilfe gem. § 32 StGB gerechtfertigt.

1) So ist bereits fraglich, ob überhaupt eine Notwehrlage gegeben ist.

(a) Zwar liegt ein Angriff Seitens der Verantwortlichen des Pflegeheims vor. Bei der Beibehaltung der PEG-Sonde und der mit ihrer Hilfe ermöglichten und unmittelbar bevorstehenden künstlichen Ernährung handelt es sich nämlich um einen fortdauernden Eingriff in die körperliche Integrität der Patientin (vgl. BGH NJW 2003, 1588 ff. [1589]; Hufen, NJW 2001, 849 ff. [853]) und damit nach Auffassung der Kammer auch um eine vorsätzliche Körperverletzung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB, woran auch die Tatsache nichts ändert, dass ein Einstellen der künstlichen Ernährung zwangsläufig zum Tode der Patientin führen würde (vgl. BGH NJW 2005, 2385). Zwar war bei Frau K eine PEG-Sonde bereits gelegt worden, über die seit langer Zeit Flüssignahrung sowie Tee und Wasser verabreicht wurden. Gleichwohl sieht die Kammer in der Fortdauer der künstlichen Ernährung eine für die Annahme des objektiven Tatbestands des § 223 Abs. 1 StGB erforderliche nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung. Die Erheblichkeitsschwelle war vorliegend deshalb überschritten, weil der bedauernswerte Gesundheitszustand der Frau K durch die Fortsetzung der künstlichen Ernährung dauerhaft aufrechterhalten worden wäre. Darüber hinaus erfüllt die Fortsetzung der künstlichen Ernährung durch die Verantwortlichen des Pflegeheims auch den objektiven Tatbestand der Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB.

(b) Bei der Fortführung der künstlichen Ernährung handelte es sich auch um einen gegenwärtigen Angriff. So wurde bereits am Vormittag des 21.12.2007 wieder die übliche hälftige Tagesration an Flüssigkeit durch die PEG-Sonde zugeführt, und zum Zeitpunkt der Durchtrennung des Versorgungsschlauchs am Nachmittag des 21.12.2007 stand die Anbringung von Flüssignahrung unmittelbar bevor.

(c) Problematisch erscheint hingegen, ob die Fortsetzung der künstlichen Ernährung am 21.12.2007 auch einen rechtswidrigen Angriff darstellte. In diesem Zusammenhang kam nämlich eine Reihe von Rechtfertigungsgründen in Betracht, welche das Verhalten der Verantwortlichen des Pflegeheims rechtfertigen konnten.

(1) Zunächst berechnete der mit Frau K geschlossene Heimvertrag die Verantwortlichen des Pflegeheims

nicht, die künstliche Ernährung gegen den Willen von Frau K bei fehlender ärztlicher Indikation (vgl. dazu unten unter (3)) fortzusetzen. Eine eigene Prüfungskompetenz stand ihnen nicht zu. Vielmehr waren sie darauf beschränkt, beim Vormundschaftsgericht eine Überprüfungsmaßnahme nach § 1908 i Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit § 1837 Abs. 1 bis 3 BGB anzuregen (vgl. BGH NJW 2005, 2385).

(2) Auch aus den Art. 1, 2 und 4 Grundgesetz lässt sich kein Rechtfertigungsgrund der Verantwortlichen des Heims bzw. ihrer Pflegekräfte ableiten, wonach die künstliche Ernährung fortgesetzt werden konnte. Zwar ist der Lebensschutz von grundsätzlicher Bedeutung, darf aber nicht gegen die Menschenwürde und das Selbstbestimmungsrecht ausgespielt werden (vgl. BGH NJW 2005, 2385 f. [2386]; Hufen, NJW 2001, 849 [857]).

(3) Eine Rechtfertigung der Fortsetzung der künstlichen Ernährung kam vorliegend aber deshalb in Betracht, weil zumindest fraglich erschien, ob die Einwilligung in die Fortdauer der künstlichen Ernährung wirksam widerrufen wurde.

(aa) Zwar war vorliegend keine ärztliche Indikation für eine Fortsetzung der künstlichen Ernährung mehr gegeben, was auch vom Hausarzt der Frau K dem Zeugen Dr. H, am 17.12.2007 in der Pflegeakte dahingehend dokumentiert wurde, dass die Ernährung und Versorgung der Frau K mit Flüssigkeit eingestellt werden sollte.

(bb) Seitens der Frau K lag auch eine wirksame unmittelbare Einwilligung in den Behandlungsabbruch durch ihre mündliche Patientenverfügung vom September 2002 vor, so dass es auf eine mutmaßliche Einwilligung nicht ankam. Zunächst ergeben sich keine Bedenken daraus, dass die Einwilligung im September 2002 nicht schriftlich, sondern nur mündlich erfolgte. Zwar erweist sich eine verlässliche Dokumentation, beispielsweise in Schriftform, als nützlich; für die Wirksamkeit einer Patientenverfügung ist sie nach geltender Rechtslage jedoch nicht zwingende Voraussetzung (vgl. Fischer, StGB, 56. Auflage, Vor § 211 Rdnr. 26). Darüber hinaus basiert die mündliche Patientenverfügung der Frau K auf einer tragfähigen Grundlage. Es bestehen keinerlei Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Aussage der Frau K im September 2002. Diese stand im unmittelbaren Kontext zu einer schweren Erkrankung ihres Ehemannes. Es kann davon ausgegangen werden, dass sie sich zu dieser Zeit mit der Situation ihres Mannes intensiv auseinandergesetzt hat und bei ihrer Äußerung - insbesondere aufgrund des Hinweises ihrer Tochter, der Angekl. G-, dessen Lage vor Augen hatte, die der ihren im Jahre 2007 ähnelte. Die Äußerung kann damit nicht als bloßer Ausdruck einer momentanen Stimmungslage angesehen werden. Der Sachverhalt war hier gerade anders gelagert als in der dem Urteil des Bundesgerichtshofs in seiner „Kemptener Entscheidung“ (BGH NJW 1995, 204 ff.) zugrunde liegenden Konstellation, in der die später nicht mehr ansprechbare Patientin lediglich eine Spontanäußerung anlässlich einer Fernsehdokumentation mehrere Jahre vor der dramatischen Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes getätigt hatte. Diese tragfähige mündliche Patientenverfügung der K steht im Übrigen auch im Einklang mit allgemeinen Kriterien, die zur Ermittlung eines individuellen hypothetischen Willens herangezogen werden: So war Frau K im Dezember 2007 bei einer Körpergröße von 1,59 m bis auf 40 kg abgemagert und hatte eine Armamputation

hinnehmen müssen. Darüber hinaus war die Wiederherstellung allgemeiner Vorstellung nach menschenwürdiger Lebensumstände aufgrund des zum damaligen Zeitpunkt im Dezember 2007 seit mehr als 5 Jahren bestehenden Wachkomas und ihres inzwischen leicht fortgeschrittenen Alters von 76 Jahren nicht mehr zu erwarten, auch wenn dies nicht zwingend heißt, dass die Ernährung allein aus diesem Grunde sofort einzustellen war. Diese tragfähige unmittelbare Einwilligung in den Behandlungsabbruch wurde den Verantwortlichen des Pflegeheims am 29.11.2007 auch mitgeteilt, indem die Zustimmung zur künstlichen Ernährung durch den Angekl. P im Namen der Angekl. G und ihres Bruders als Betreuer der Frau K widerrufen wurde.

(cc) In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist allerdings umstritten, ob eine wirksame Einwilligung in einen Behandlungsabbruch der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gemäß § 1904 BGB analog bedarf. Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hält in der bereits zitierten „Kemptener Entscheidung“ eine solche Genehmigung aufgrund eines Erst-recht-Schlusses für erforderlich. Dies ergebe sich daraus, dass, wenn schon eine Einwilligung des Betreuers in für den Betroffenen besonders gefährliche Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen, so müsse dies um so mehr für Maßnahmen gelten, die eine ärztliche Behandlung beenden sollen und mit Sicherheit binnen kurzem zum Tode des Betroffenen führen. Der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hingegen geht in seinen im Vergleich zum Urteils des Strafsenats neueren Entscheidungen aus den Jahren 2003 und 2005 (BGH NJW 2003, 1588 ff.; 2005, 2385 ff.) nur dann von dem Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung aus, wenn kein Konsens zwischen Betreuer und behandelndem Arzt des Betroffenen vorliegt. Allein in einem solchen Konfliktfall sei die Kontrollzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts eröffnet, was sich nicht aus einer analogen Anwendung des § 1904 BGB, sondern aus einem unabwendbaren Bedürfnis des Betreuungsrechts ergebe. Wenn hingegen - wie hier - ein Konsens zwischen Betreuer und behandelndem Arzt bestehe, bedürfe es einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht.

Auf die Entscheidung dieses Streits kommt es vorliegend aber nicht an. Denn auch wenn man die neuere Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde legt und davon ausgeht, dass eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wegen eines Konsensfalls nicht erforderlich und damit die Fortsetzung der künstlichen Ernährung durch die Verantwortlichen des Pflegeheims rechtswidrig war, scheidet eine Rechtfertigung des Angekl. P durch Nothilfe aus anderen Gründen (dazu sogleich unter 2)).

In diesem Zusammenhang erlaubt sich die Kammer zunächst noch zwei Bemerkungen:

Zum einen scheint auf dem Gebiet des Behandlungsabbruchs de lege lata noch eine erhebliche Rechtsunsicherheit zu herrschen, was sich insbesondere aufgrund der in der Hauptverhandlung durchgeführten Beweisaufnahme ergeben hat. Nach Auffassung der Kammer könnte, auch zur Vermeidung eines – hier nicht einschlägigen – Missbrauchs durch den Betreuer, ein Gericht als von Verfassungen wegen berufene Kontrollinstanz, namentlich das Vormundschaftsgericht, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit stif-

ten, wenn es auf Antrag eines der Beteiligten, zu denen auch die Pflegeeinrichtung, in der sich der Betroffene befindet, gehören könnte, zu einer Entscheidung berufen wäre. Dies gilt um so mehr, wenn man sich vor Augen führt, dass beispielsweise bei weniger schwerwiegenden Eingriffen wie etwa bei freiheitsbeschränkenden Maßnahmen durch Anbringung von Bettgittern eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist, wenn der Betroffene seinen Willen nicht mehr frei verantwortlich äußern kann, während vorliegend immerhin der elementare Grenzbereich zwischen Leben und Tod betroffen ist. Für eine obligatorische Kontrollzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts in dem von der Kammer in Erwägung gezogenen Sinne bedürfte es allerdings entweder eines Tätigwerdens des Gesetzgebers oder aber zumindest einer einheitlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Im Ergebnis neigt die Kammer damit eher der Rechtsauffassung des Strafsenats des Bundesgerichtshofs zu, musste diese Streitfrage aber vorliegend mangels fehlender Erheblichkeit nicht entscheiden.

Zum anderen bemerkt die Kammer noch, dass im Ergebnis eine Strafbarkeit der von den Angekl. kritisierten Verantwortlichen des Pflegeheims wegen der Fortsetzung der künstlichen Ernährung ausscheiden dürfte. Denn auch wenn man in Übereinstimmung mit der Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofs davon ausgeht, dass der Behandlungsabbruch vorliegend keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfte, mithin die Verantwortlichen des Pflegeheims objektiv rechtswidrig handelten, hielten sie eine solche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gleichwohl für erforderlich, was die Vorsatzschuld ausschließt bzw. zumindest zu einem unvermeidbaren Verbotsirrtum führt, zumal auch der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seiner neuesten Entscheidung vom 08.06.2005 darauf hingewiesen hat, dass die strafrechtlichen Grenzen einer „Hilfe zum Sterben“ dem Senat selbst bislang nicht hinreichend geklärt erschienen (BGH NJW; 2005, 2385 ff. [2386]).

2) Jedenfalls scheidet eine Rechtfertigung des Angekl. P durch Nothilfe im Sinne des § 32 StGB aber aus folgendem Grund: Eine nach § 32 StGB gerechtfertigte Nothilfehandlung beschränkt sich auf die Beeinträchtigung von Rechtsgütern des Angreifers; eine Beeinträchtigung von Rechtsgütern Dritter durch die Verteidigungshandlung ist hingegen nicht gerechtfertigt. Da § 32 StGB nämlich nur den Konflikt zwischen Verteidiger und rechtswidrig handelndem Angreifer regelt und dabei gerade mit Rücksicht auf diese spezifische Interessenlage besonders weitreichende Eingriffsbefugnisse schafft, verbietet es sich, die gleichzeitige Verletzung von Rechtsgütern Dritter oder der Allgemeinheit automatisch als mitgerechtfertigt zu behandeln (vgl. Münchener Kommentar, StGB, (Erb), § 32 Rdnr. 114). Vorliegend richtete sich aber die durch den Angekl. P inszenierte und von der Angekl. G durchgeführte Verteidigungshandlung nur mittelbar gegen die Bediensteten des Pflegeheims als Angreifer im Sinne des § 32 StGB, unmittelbar aber gegen Frau K als unbeteiligte Dritte, die gerade vor dem Angriff, nämlich der Fortsetzung der künstlichen Ernährung wider ihren Willen, geschützt werden sollte. Das dem Angekl. P zuzurechnende Kappen des Schlauchs durch die Angekl. G richtete sich also - jedenfalls im Rahmen des § 32 StGB - gegen den „falschen“ Beteiligten.

c) Auch eine Rechtfertigung des Angekl. P über den rechtfertigenden Notstand gemäß § 34 StGB scheidet aus.

1) Zwar ist insoweit zunächst unschädlich, dass sich die hier erforderliche Interessenkollision faktisch auf ein und dasselbe Gut, nämlich einerseits das Leben und andererseits die körperliche Integrität der Frau K bezieht. An die Stelle der sonst üblichen Güterabwägung tritt in dieser Konstellation eine Chancen- und Risikoabwägung für das betroffene Rechtsgut. In dieser Konstellation kommt eine Rechtfertigung allerdings nur in Betracht, wenn nach einer Abwägung die mit der Rettungshandlung verbundenen Risiken geringer anzusetzen sind als diejenigen Gefahren, denen das bedrohte Rechtsgut bei Unterlassen der Rettungshandlung ausgesetzt wäre (vgl. Leipziger Kommentar, StGB, (Zieschang), 12. Auflage, § 34 Rdnr. 59). Vorliegend hätte aber ein Unterlassen von weiteren Maßnahmen durch die Angekl. lediglich zur Fortsetzung der künstlichen Ernährung der Frau K und damit zu einer tatbestandsmäßigen Fortdauer einer vorsätzlichen Körperverletzung durch die Verantwortlichen des Pflegeheims geführt, während ein Kappen des Versorgungsschlauchs letztlich zur - wenn auch von Frau K gewünschten - Tötung geführt hätte. Es fehlt damit ersichtlich am wesentlichen Überwiegen des geschützten Interesses, der körperlichen Integrität und dem Selbstbestimmungsrecht der Frau K vor dem Beeinträchtigen, nämlich dem Leben. Es gilt vielmehr der Grundsatz der Unabwägbarkeit menschlichen Lebens (vgl. Münchener Kommentar, StGB, (Erb) § 34 Rdnr. 114). Darüber hinaus ist in den Fällen, in denen sich die erforderliche Interessenkollision faktisch auf ein und dieselbe Person bezieht, wegen der Autonomie des betroffenen Rechtsgutsträgers dessen mutmaßliche Einwilligungshandlung erforderlich. Diese wäre hier aber unbeachtlich, da eine Einwilligung in eine aktive Tötung nicht möglich ist, was sich auch aus der Vorschrift des § 216 StGB ergibt. Ferner ist die Tötung im Rahmen des § 34 StGB keine erlaubte „Rettungshandlung“. Es verbietet sich in diesem rechtlichen Kontext, einen Menschen zu töten, um ihn zu „retten“.

2) Im Übrigen ist auch der Grad der den Rechtsgütern drohenden Gefahren im Rahmen des § 34 StGB abzuwägen (vgl. Leipziger Kommentar, StGB, (Zieschang), 12. Auflage, § 34 Rdnr. 60). Während die Beeinträchtigung des Lebens, also der Tod, ein Absolutum darstellt, wenn man das Kappen des Schlauches auf der einen Seite in die Waagschale wirft, so führt die Fortsetzung der künstlichen Ernährung auf der anderen Seite zwar zu einer tatbestandsmäßigen Körperverletzung und zu einer Fortdauer des bedauerlichen Gesundheitszustands der Frau K. Andererseits ist, worauf auch der Zeuge Dr. H hingewiesen hatte, nicht ersichtlich, dass Frau K unter starken Schmerzen litt, zumal sie eine schmerzlindernde Medikation in Form von Morphinplastern erhielt.

d) Schließlich scheidet auch eine analoge Anwendung der Rechtfertigungsgründe aus §§ 228, 229, 904 BGB, die sich im Wesentlichen auf die Beeinträchtigung von Sachen beziehen, aus, da insoweit aufgrund des Regelwerks der §§ 32 ff. StGB keine Regelungslücke besteht und im Übrigen eine Analogie zu einer Relativierung des Lebensschutzes führte, was sich aus Gründen der überragenden Stellung des Rechtsguts Leben und der Rechtssicherheit verbietet.

Im Ergebnis greifen Rechtfertigungsgründe zu Gunsten des Angekl. P nicht durch.

5. Der Angekl. P handelte auch schuldhaft.

a) Zunächst kam ein entschuldigender Notstand gemäß § 35 StGB nicht in Betracht.

1) Zwar lag eine gegenwärtige Gefahr für die körperliche Integrität und das Selbstbestimmungsrecht der Frau K durch die Fortsetzung der künstlichen Ernährung durch die Verantwortlichen des Pflegeheims vor.

2) Diese Gefahr war für den Angekl. P jedoch anders abwendbar. Unter dem vom Gesetzgeber verwendeten Terminus der nicht anders abwendbaren Gefahr ist die Erforderlichkeit der Tat gemeint, so dass die Tat also zum einen erfolgsgeeignet sein und zum anderen das relativ mildeste Mittel zur Erfolgserreichung darstellen muss.

(a) Zwar war die Durchtrennung des Schlauchs das relativ mildeste Mittel, weil gleichwirksame Alternativen nicht bestanden. Zwar wäre es möglich gewesen, Frau K in ein anderes Heim zu verbringen, in welchem die Bediensteten mit einem Behandlungsabbruch einverstanden gewesen wären. Darüber hinaus hätte der Angekl. eine einstweilige Verfügung auf dem Zivilrechtsweg erwirken und ein Zivilhauptsacheverfahren anstrengen können. Diese anderweitigen Möglichkeiten waren dem Angekl. auch bewusst. Allerdings erweisen sich die dargestellten anderen Möglichkeiten nicht als gleich effektiv. Denn sowohl bei einer Verlegung in ein anderes Heim als auch bei der Beschreitung des Rechtsweges wäre es aller Voraussicht nach zu einer zeitlichen Verzögerung gekommen, zumal die Angekl. die Nachricht, dass das Pflegeheim nun doch die künstliche Ernährung fortsetzen würde, an einem Freitagnachmittag kurz vor Weihnachten erhielten. Insbesondere im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes wäre es durchaus in Betracht gekommen, dass eine einstweilige Verfügung zum Zwecke der Durchsetzung des Behandlungsabbruchs zunächst zurückgewiesen worden wäre, damit im einstweiligen Rechtsschutz keine irreversiblen Fakten geschaffen worden wären. Eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr, nämlich die Fortsetzung der künstlichen Ernährung der Frau K war demnach durch die Beschreitung des Rechtsweges oder die Verlegung der Frau K in ein anderes Heim nicht möglich.

(b) Die Schlauchdurchtrennung war aber nicht geeignetes Mittel zur „Rettung“ von Frau K. Die Tötung des zu Schützenden kann nämlich kein Ziel einer Gefahrenabwehr im Sinne des § 35 StGB sein, auch wenn das Selbstbestimmungsrecht der Frau K und damit letztlich ihr würdevoller Tod durchgesetzt werden sollte.

3) Sieht man dies anders, scheidet § 35 StGB jedenfalls daran, dass die Gefahr, nämlich die Fortdauer der künstlichen Ernährung, nach den Umständen von der in Gefahr befindlichen Person, Frau K, gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 HS 1 StGB hinzunehmen war. Dies ergibt sich aus der Disproportionalität zwischen der drohenden Einbuße im Falle einer Fortdauer der künstlichen Ernährung, mithin einer vorsätzlichen Körperverletzung einerseits und den Folgen der Tat, nämlich dem durch das Abstellen der Nahrungszufuhr zu erwartenden Tod andererseits. Es handelt sich hierbei also um ein besonders krasses Missverhältnis zwischen drohender Einbuße und

Folgen der Tat, das eine Entschuldigung ausschließt (vgl. Leipziger Kommentar, StGB, (Zieschang), 12. Auflage, § 35 Rdnr. 62). An diesem Grundsatz ändert sich auch nichts dadurch, dass Frau K nach ihrem Willen gerade sterben wollte. Denn nach der Entscheidung des Gesetzgebers hat sie kein Recht, ihre eigene Tötung durch aktives Tun Dritter zu verlangen, was sich aus der Existenz des § 216 StGB ergibt. Da keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Frau K unter besonderen Schmerzen litt, konnte ihr zugemutet werden, dass statt verbotener Selbsthilfe durch das Durchtrennen des Versorgungsschlauchs hier etwa der Rechtsweg beschritten würde, um gerichtlich einen Behandlungsabbruch durchzusetzen. Diese Sach- und Rechtslage war auch dem Angekl. P vollumfänglich bekannt. Auch war eine besondere Eilbedürftigkeit am 21.12.2007 nicht gegeben, zumal Frau K schon seit vielen Jahren im Wachkoma lag und hier die Besonderheit bestand, dass die von den Verantwortlichen des Pflegeheims durchgeführte tatbestandsmäßige Körperverletzung, die Fortsetzung der künstlichen Ernährung, eine lebenserhaltende Maßnahme darstellte. Der Angekl. P hat in diesem Zusammenhang in der Hauptverhandlung selbst ausgeführt, es komme bezüglich des Beginns des Behandlungsabbruchs nicht auf eine Woche mehr oder weniger an. Der gesamte Prozess werde langsam vorbereitet, wobei eine Einbindung und ein Einverständnis der Pflegekräfte gerade erstrebt sei. Als Argument hierfür hat der Angekl. P angeführt, dass es der Patientin sicherlich auch nicht recht gewesen wäre, wenn Pflegekräfte mit Gewissensbissen hätten agieren müssen. In diesem Zusammenhang ist noch auf Folgendes hinzuweisen: Zwar handelte es sich bei dem bedrohten Rechtsgut vorliegend durchaus um die körperliche Integrität der Frau K, im Wesentlichen ging es aber um die Durchsetzung ihres Selbstbestimmungsrechts mit dem Ziel, ein würdevolles Sterben zu erreichen. In seiner Anweisung, den Ernährungsschlauch durchzuschneiden, hat der Angekl. P nach Auffassung der Kammer - jedenfalls wenn man auf den Durchtrennungsakt als solchen isoliert abstellt - Frau K aber gerade nicht zu einem würdevollen Sterben verholfen, sondern das Gegenteil bewirkt. In diesem Kontext ist auch die Äußerung des Angekl. in der Hauptverhandlung, Frau K habe sich am 21.12.2007 bereits „mitten im Sterbeprozess“ befunden, so dass es ärztlich, moralisch und ethisch unvertretbar gewesen sei, in diesen Sterbeprozess einzugreifen, unzutreffend. Denn tatsächlich hatte der Behandlungsabbruch gerade erst am Nachmittag des 20.12.2007 begonnen, wobei Frau K lediglich am Nachmittag des 20.12. und am Vormittag des 21.12.2007 keine Sondernahrung erhalten hatte, während am Nachmittag des 20.12.2007 eine zwar nur reduzierte Menge an Flüssigkeit zugeführt wurde, am Vormittag des 21.12.2007 aber bereits wieder die gewöhnliche häuftige Flüssigkeitszufuhr vorgenommen wurde. Wie der Sachverständige Prof. Dr. V in der Hauptverhandlung überzeugend dargelegt hat, führte die Einstellung der Ernährung für etwa 24 Stunden keineswegs dazu, dass der Sterbeprozess begonnen hätte. In medizinischer Hinsicht ist dies vom Verteidiger des Angekl. in seinem Plädoyer und vom Angekl. selbst in seinem Schlusswort auch nicht bezweifelt worden.

4) Eine andere Beurteilung der Rechtslage ergibt sich auch nicht daraus, dass den Angekl. die Fortführung der künstlichen Ernährung von Frau K durch die Verantwortlichen des Pflegeheims gegen den Willen der

Angekl. aufgezwungen wurde. Zwar haben die Verantwortlichen des Pflegeheims durch ihr Handeln eine Konfliktsituation herbeigeführt, ohne die eine Durchtrennung des Versorgungsschlauchs nicht erfolgt wäre. Dieser vom Verteidiger des Angekl. P als durch das Heim herbeigeführte „Dramatik der Situation“ umschriebene Konflikt darf aber nicht durch eine rechtswidrige Tat gelöst werden, sondern ist aufgrund des bereits Gesagten mit den Mitteln, die die Rechtsordnung zur Verfügung stellt, nämlich der Verlegung der Frau K in ein anderes Heim oder eben durch die Beschreitung des Rechtswegs, zu lösen. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass der Angekl. P bei der vorherigen Sachlage bis zum Kappen des Versorgungsschlauchs als Unterlassungstäter in Garantenstellung im Falle des Nichteingreifens des Pflegeheims, also bei Fortdauer des Behandlungsabbruchs, sofern man vom Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung absieht, bzw. dieses als erfüllt ansieht, wegen der Einwilligung von Frau K in den Behandlungsabbruch gerechtfertigt gehandelt hätte. Dieser Umstand ist nämlich gerade typisch für Fälle der Sterbehilfe bzw. der Hilfe zum Sterben. Während die Zulässigkeit dort eine eng begrenzte Ausnahme darstellt, darf sie hier nicht ausgeweitet werden auf aktive Handlungen, um den Schutz des überragend wichtigen Rechtsgutes Leben nicht zu relativieren und die Vorschrift des § 216 StGB nicht zu umgehen.

5) Im Übrigen scheidet eine Entschuldigung des Angekl. gemäß § 35 StGB daran, dass der Angekl. keine der Frau K nahestehende Person ist. Hierfür wäre nämlich erforderlich, dass die Beziehung zu der nahestehenden Person dem Verhältnis unter Angehörigen vergleichbar ist (vgl. Leipziger Kommentar, StGB, (Zieschang), 12. Auflage, § 35 Rdnr. 35). Eine solche enge Beziehung mit persönlichem Charakter lag hier gerade nicht vor, weil zwischen dem Angekl. und Frau K lediglich ein Mandatsverhältnis bestand.

b) Auch ein übergesetzlicher entschuldigender Notstand gemäß § 35 StGB analog scheidet aus. Ein solcher kommt zwar grundsätzlich in Betracht, wenn - wie hier - aus verschiedenen Gründen eine Rechtfertigung gemäß §§ 32 und 34 StGB und eine Entschuldigung gemäß § 35 StGB ausscheiden (vgl. Leipziger Kommentar, StGB, (Rönnau), 12. Aufl., Vor § 32 Rdnr. 345). Erforderlich hierfür wäre aber eine besondere Zwangslage, aufgrund derer der Angekl. einem psychischen Motivationsdruck ausgesetzt wäre, der die individuelle Vorwerfbarkeit derart stark herabsetzt, dass bereits eine Entschuldigung in Betracht kommt. In diesem Zusammenhang wird gelegentlich das Beispiel bemüht, in dem ein Soldat seinen Kameraden, der im Krieg nach einem Bombenangriff erheblich verletzt wurde und qualvolle Schmerzen erleidet, auf dessen Flehen hin erschießt, um ihn von seinem Leiden zu erlösen. In dieser Konstellation geht es letztlich um eine Abwägung des nicht mehr vorhandenen Lebensinteresses des Soldaten mit seinem Interesse an der Befreiung von qualvollen Schmerzen (vgl. Leipziger Kommentar, StGB, (Rönnau), 12. Aufl., Vor § 32 Rdnr. 354). Ein solcher für die Annahme eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstands erforderliche Extremfall ist vorliegend aber nicht gegeben. Zwar befand sich Frau K in einem durchaus bedauernden gesundheitlichen Allgemeinzustand. Allerdings ist nach den Ausführungen des Zeugen Dr. H nicht ersichtlich, dass sie qualvolle Schmerzen erlitt.

c) Schließlich ist der Angekl. P auch nicht aufgrund eines unvermeidbaren Erlaubnisirrtums, eines indirekten Verbotsirrtums im Sinne des § 17 S. 1 StGB analog entschuldigt.

1) Zunächst nahm der Angekl. vorliegend nicht irrig die tatsächlichen Voraussetzungen von Notwehr bzw. rechtfertigendem Notstand an und unterlag damit keinem Erlaubnistatbestandsirrtum. Vielmehr verkannte er die Grenzen rechtlich anerkannter Rechtfertigungsgründe der Notwehr bzw. des rechtfertigenden Notstands. Er ging nämlich irrig davon aus, dass die eigenmächtige Weiterernährung der Frau K durch die Verantwortlichen des Pflegeheims mittels aktiver Sterbehilfe verhindert werden durfte, dass man mithin einen Menschen töten dürfe, um einen Behandlungsabbruch durchzusetzen. Der Angekl. ging letztlich davon aus, dass ein Fall strafloser, seiner Ansicht sogar gebotener, Selbsthilfe vorliege. Hierin ist ein Erlaubnisirrtum, ein indirekter Verbotsirrtum im Sinne des § 17 S. 1 StGB analog zu sehen.

2) Diesen Irrtum konnte der Angekl. allerdings vermeiden. Denn er hätte das Unrecht der Tat bei der ihm zuzumutenden Anspannung seines Gewissens durch eigenes Nachdenken erkennen können. Die Erkennbarkeit richtet sich nach den individuellen Fähigkeiten des Täters, wobei besonders strenge Anforderungen bei einem Rechtskundigen zu stellen sind, da von ihm angenommen werden kann, dass er die Tragweite der gesetzlichen Vorschriften aufgrund seiner Berufsausbildung zu erkennen vermag (Münchener Kommentar, StGB, (Jöcks), § 17 Rdnr. 43). Vorliegend war der Angekl. P als Rechtsanwalt insbesondere auf dem Gebiet der Palliativmedizin rechtsberatend tätig, so dass er nach seinen intellektuellen Fähigkeiten auf jeden Fall in der Lage war, die Strafbarkeit seines Handelns, nämlich die Anweisung, den Versorgungsschlauch zu durchschneiden, zu erkennen. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass er sich vor der Anweisung an die Angekl. G mit seiner Kollegin, der Zeugin Rechtsanwältin St, die ihn in seinem Entschluss bekräftigte, beriet. Denn je gefahrenträchtiger der jeweilige Lebensbereich ist, desto zumutbarer wird der Einsatz aller Faktoren der Erkennbarkeit und desto strengere Maßstäbe sind an die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums zu stellen. Hier ging es gerade um einen besonders gefahrenträchtigen Lebensbereich, nämlich um das Leben der Frau K. Soweit der Angekl. in diesem Zusammenhang noch den besonderen Zeitdruck aufgrund des Ultimatums der Verantwortlichen des Pflegeheims betont hat, ändert dies nichts an der Vermeidbarkeit seines Irrtums. Im Gegenteil läuft seine Anweisung unter dem gegebenen Zeitdruck an die Angekl. G den Versorgungsschlauch zu durchtrennen, dem Gebot anwaltlicher Vorsicht in eklatanter Weise zuwider.

[V. Ausführungen zur Strafzumessung]

VI. Soweit der Angekl. G mit der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Fulda vom 31.07.2008 zur Last gelegt wird, auf Grund des bereits oben unter II. dargestellten Sachverhalts ebenfalls einen versuchten Totschlag zum Nachteil ihrer Mutter, der Frau K, gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23, 25 Abs. 2 StGB begangen zu haben, war sie aus rechtlichen Gründen freizusprechen.

Zwar handelte auch die Angekl. G tatbestandsmäßig und rechtswidrig, wobei in vollem Umfang auf die bereits getätigten Ausführungen zur Strafbarkeit des Angekl. P verwiesen werden kann, da sich hierbei keinerlei Unterschiede in der rechtlichen Beurteilung ergeben. Eine Abweichung im Detail liegt lediglich im Rahmen des entschuldigenden Notstands gem. § 35 StGB vor, bei dem die Angekl. G im Gegensatz zum Angekl. P als Tochter der Frau K die Angehörigeneigenschaft im Sinne des § 11 Abs. 1 Ziffer 1 a StGB erfüllt, aufgrund der bereits oben in diesem Zusammenhang getätigten weiteren Ausführungen, die wiederum vollumfänglich auch auf sie zutreffen, sie aber gleichwohl nicht im entschuldigenden Notstand handelte.

Im Gegensatz zum Angekl. P unterlag die Angekl. G allerdings einem unvermeidbaren Erlaubnisirrtum bzw. indirekten Verbotsirrtum gem. § 17 S. 1 StGB. Sie handelte damit ohne Schuld. Auch sie ging irrig davon aus, dass eine Weiterernährung ihrer Mutter durch aktive Sterbehilfe verhindert werden durfte, dass das Durchtrennen des Versorgungsschlauchs ein erlaubtes Mittel sei, um einen Behandlungsabbruch durch Schaffen von Fakten durchzusetzen. Diesen Irrtum konnte die Angekl. G im Gegensatz zum Angekl. P jedoch nicht vermeiden. Denn die Angekl. ist ihrer Prüfungspflicht durch Nachdenken und Erkundigen als Mittel zur Erkenntnisgewinnung von der Rechtswidrigkeit ihres Handelns in ausreichendem Maße nachgekommen. Zwar gelten insbesondere dann strenge Maßstäbe, wenn ein besonders gefahrenträchtiger Lebensbereich, wie hier, wo es letztlich um Leben und Tod geht, tangiert ist. Allerdings hat die Angekl. vorliegend den Rat eines Rechtskundigen, des Angekl. P eingeholt. Bei diesem handelte es sich auch um eine sachkundige Auskunftsperson, da er als Rechtsanwalt insbesondere auf dem Gebiet des Medizinrechts und dort wiederum im Bereich der Palliativmedizin ein erfahrener Jurist war. Der Angekl. P war bereits seit mehreren Monaten für die Angekl. G bzw. deren Mutter rechtsberatend tätig gewesen, so dass die Angekl. zu ihm als Rechtsanwalt großes Vertrauen hatte. Vor allem ist auch zu berücksichtigen, dass die Angekl. G nicht von sich aus ein Durchschneiden des Versorgungsschlauchs ins Kalkül und den Angekl. nach der Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme gefragt hätte. Vielmehr gestaltete sich die Situation genau umgekehrt, da der Angekl. P als ihr Rechtsanwalt das Kappen des Schlauchs von sich aus anriet und dabei noch darauf hinwies, dass die Rechtslage gerade in strafrechtlicher Hinsicht sicher sei. Berücksichtigt man schließlich noch den Umstand, dass sich die Angekl. zum einen wegen der beabsichtigten Begleitung ihrer Mutter beim Sterben und zum anderen aufgrund der Zuspitzung der Situation am Nachmittag des 21.12.2007, an dem die künstliche Ernährung der Frau K absprachewidrig wieder aufgenommen werden sollte, und ihr zudem mit einem Hausverbot gedroht wurde, in einer besonderen seelischen Ausnahmesituation befand, so konnte die Angekl. G aufgrund einer Gesamtschau all der genannten Umstände ihren Irrtum nicht vermeiden.

Nach alledem war der Angekl. G ein Schuldvorwurf nicht zur Last zu legen, so dass sie aus rechtlichen Gründen freizusprechen war.

Anm. d. Red.: Gegen das Urteil ist Revision eingelegt.

Anmerkung zum Urteil des LG Fulda, ZfL 2009, 97 ff.

Zwei Sichtweisen

Die Frage der Nichtaufnahme oder des Abbruchs einer lebensverlängernden medizinischen Behandlung kann man aus zwei unterschiedlichen Blickwinkeln betrachten. Ausgangspunkt der Überlegungen kann einerseits die Frage sein, unter welchen Bedingungen die Behandlung zulässig ist – und damit gleichzeitig auch, unter welchen Bedingungen sie unzulässig ist und unterbleiben muss. Andererseits kann man als Fixpunkt auch die Folge des Behandlungsverzichts/-abbruchs in den Blick nehmen, nämlich den Tod des Patienten, und dann nach den (Mit-)Verursachern dieser Folge suchen und nach ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit fragen. Beide Vorgehensweisen müssten eigentlich zum selben Ergebnis führen. Wer jedoch den Ausgangspunkt „Tod des Patienten“ wählt – wie es für ein Strafgericht nahe liegend ist –, hat es schwerer, die Fallgestaltung systematisch richtig aufzuarbeiten und kann leicht auf Abwege geraten. Das Urteil des LG Fulda ist hierfür ein Musterbeispiel.

Das LG prüft zunächst den Tatentschluss in Bezug auf den Tatbestand Totschlag (§ 212 StGB). „Unzweifelhaft“ sei das voluntative Element gegeben, „da es dem Angeklagten entsprechend dem Willen seiner Mandantin K, gesetzlich vertreten durch ihre damalige Betreuerin, die Angeklagte G, gerade darauf ankam, Frau K ein würdevolles Sterben zu ermöglichen“ (IV. 1. a). Das Gericht ist dabei fixiert auf die Folge des Behandlungsabbruchs – den Tod der Patientin K – und hält diesen für den strafrechtlichen „Erfolg“, der den handelnden Personen zugeordnet werden müsse. Es berücksichtigt dabei nicht, dass der Angeklagte P das Sterben der Patientin – wie es selbst schreibt – „entsprechend dem Willen seiner Mandantin K“ ermöglichen will. Es geht damit nicht um eine irgendwie losgelöste Todesverursachung durch den Angeklagten, sondern um die Durchsetzung des *eigenen Willens der Patientin*. Dieser ist primär auf die Unterlassung der weiteren künstlichen Ernährung gerichtet, mit der Folge, dass innerhalb kurzer Zeit der Tod eintreten wird.

Hätte das LG diesem Gesichtspunkt mehr Aufmerksamkeit geschenkt und systematisch korrekt entwickelt, wäre es zu einem anderen Ergebnis gekommen: Über die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit einer Behandlungsmaßnahme entscheidet (abgesehen von der Frage, ob die Maßnahme medizinisch indiziert ist) – der Wille des Patienten. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung stellt auch der Heileingriff eine Körperverletzung dar. Er wird erst durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt. Wenn – wie im vorliegenden Fall – eine laufende Behandlungsmaßnahme durch ausdrückliches Versagen der Einwilligung durch die rechtliche Vertreterin der Patientin,

zu einem rechtswidrigen Körpereingriff wird, kann dieser abgewehrt werden. Das LG qualifiziert schließlich im weiteren Verlauf der Urteilsbegründung die Fortsetzung der Sondenernährung selbst als „objektiv rechtswidrig“, „Angriff Seitens der Verantwortlichen des Pflegeheims“ und „fortdauernden Eingriff in die körperliche Integrität der Patientin“. Wer einen lebenserhaltenden Heileingriff verhindert, dem der Patient ausdrücklich nicht zugestimmt hat, begeht kein Tötungsdelikt.

Aktives Tun

Selbstverständlich handelt es sich beim Durchtrennen eines Plastikschlauches um ein aktives Tun. Diese Qualifizierung ist jedoch völlig unerheblich, wenn es um die Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs geht. Ein solcher dürfte regelmäßig nur durch aktives Tun abgewehrt werden können. Hierzu ist der Betroffene im Wege der Selbsthilfe oder der Notwehr auch berechtigt. Dritte – wie der Angeklagte P – können Nothilfe leisten. Die Darstellung des LG, es handle sich „um aktive Vereitelung weiterer Gegenmaßnahmen durch das Pflegeheim“ (IV. 2. c) 2)) ist zwar als solche richtig und bekräftigt die Einstufung als aktives Tun im Gegensatz zum Unterlassen. Sie weckt aber falsche Assoziationen. Natürlich ist das Vereiteln von Rettungsmaßnahmen Dritter grundsätzlich strafrechtlich relevant und in der Form der Begehungstäterschaft zu würdigen. Hier handelte es sich aber nicht um ein *berechtigtes* Eingreifen Dritter *zur Rettung*, sondern – auch nach Auffassung des LG – um einen rechtswidrigen Eingriff in den Körper ohne die Legitimation durch die Einwilligung der Patientin.

Nothilfe gegen den „falschen Beteiligten“?

Ganz merkwürdig ist die Argumentation des LG, die Nothilfehandlung des Angeklagten P (vermittelt durch die Angeklagte G) richte sich gegen „den falschen Beteiligten“. Das Kappen des Ernährungsschlauches richte sich „nur mittelbar“ gegen die Bediensteten des Pflegeheimes als Angreifer, „unmittelbar aber gegen Frau K als unbeteiligte Dritte, die gerade vor dem Angriff, nämlich der Fortsetzung der künstlichen Ernährung wider ihren Willen, geschützt werden sollte“ (IV. 3. b) 2)). Richtig ist, dass das Durchschneiden des Ernährungsschlauches entweder gar nicht in die Rechtssphäre der Pflegekräfte eingreift, nämlich wenn der Sondenschlauch im Eigentum der Patientin stand, oder diese nur mittelbar beeinträchtigt – wenn er Eigentum des Pflegeheimes gewesen sein sollte und als solcher ein Hilfsmittel für die weitere Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr. Im letzteren Fall läge eine Rechtsgutsbeeinträchtigung des „Angreifers“ vor, im ersteren überhaupt keine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung Dritter. In keinem Fall jedoch ist die

Patientin K selbst als „Opfer“ der Nothilfehandlung zu betrachten, wenn sie – wie das LG schreibt – selbst „vor dem Angriff“, nämlich der Fortsetzung der künstlichen Ernährung, geschützt werden *wollte*.

Offenbar sieht das LG die Rechtsgutsbeeinträchtigung bei der Patientin darin, dass sie in Folge der Unterbrechung der weiteren Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr sterben wird. Hier schlägt wieder die bereits angesprochene Fixierung auf die Todesfolge durch. Die Hinnahme des Todes als Folge der Verweigerung der Behandlung ist kein dem Angeklagten P zuzurechnender strafrechtlicher „Erfolg“. Die Verantwortung hierfür trägt die Patientin selbst. Die Einwilligung der Patientin kann nicht einerseits beachtlich sein, sofern sie eine Behandlung verbietet, und andererseits unbeachtlich, sofern die Folge des Behandlungsverbots – der Tod – eintritt. Richtigerweise ist der Patientenwille nicht nur hinsichtlich der Behandlung und ihres Eingriffscharakters, sondern auch hinsichtlich der Folgen des Behandlungsverzichts anzuerkennen. Das Recht kann von einem Arzt nicht beides gleichzeitig verlangen: dass bei Strafandrohung des § 223 StGB eine Körperverletzung (nicht konsentiertere Behandlung) unterlassen und bei Strafandrohung der §§ 223 oder 212 StGB genau diese Behandlung durchgeführt werden muss, um eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes oder den Tod zu verhindern.

Einwilligung in die eigene Tötung?

Das Gericht vernachlässigt den Willen der Patientin K wohl deshalb, weil es ihn primär auf die gewünschte Todesfolge bezieht. Es behandelt die Willensentscheidung als möglichen Rechtfertigungsgrund für ein Tötungsdelikt und kommt unter Bezugnahme auf § 216 StGB dazu, den Patientenwillen insoweit für unbeachtlich zu erklären: „Eine solche rechtfertigende mutmaßliche Einwilligung der Frau K in ihre eigene aktive Tötung ist nämlich unbeachtlich, da es insoweit an der Dispositionsbefugnis von Frau K bezüglich des Rechtsguts Leben fehlt (BGHSt 4, 88 ff. [93]), was sich auch aus der Existenz des § 216 StGB ergibt“ (vgl. IV. 3. a) 1) und 3. a) 3)).

Tatsächlich geht es aber nicht um die Einwilligung in die eigene Tötung durch das aktive Handeln eines anderen, sondern um die Versagung der Einwilligung in die weitere Ernährungssonden-Behandlung. Das ist etwas grundlegend anderes. Niemand muss sich eine (möglicherweise) lebensrettende Therapie aufdrängen lassen. Wer die Folgen des Unterlassens einer Behandlung auf sich nimmt, darf auch die Hilfe Dritter in Anspruch nehmen, um Behandlungsmaßnahmen abzuwehren. Hierdurch wird der Dritte nicht zum Täter eines strafbaren Tötungsdelikts, da er lediglich hilft, einen rechtswidrigen Eingriff abzuwehren oder zu beenden. Im *Ergebnis* mag der Unterschied dieses Vor-

gehens gegenüber einer Tötung auf Verlangen gering sein – eine strafbare „Umgehung“ des § 216 StGB ist es sicher nicht. Wenn ein Patient über seine Behandlung selbst entscheiden darf, können die hieraus entstehenden Folgen nicht demjenigen strafrechtlich aufgebürdet werden, der diese Entscheidung respektiert oder durchsetzen hilft.

Mündliche Patientenverfügung?

Das bislang Gesagte hat zur Voraussetzung, dass eine Ablehnung der weiteren Behandlung in Form der künstlichen Ernährung als Wille der Patientin festgestellt werden konnte. Hiervon geht das LG aus. Doch sind in diesem Punkt einige Fragezeichen angebracht. Zunächst hat sich die Betroffene nur mündlich geäußert. Das LG bezeichnet dies als „mündliche Patientenverfügung“ und hält den Patientenwillen für eindeutig. Der Gesetzgeber hatte bei der Verabschiedung des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2286) weniger Vertrauen in mündliche Äußerungen als Patientenverfügung und verlangt künftig eine schriftliche Erklärung (§ 1901 a Abs. 1 S. 1 BGB n. F.). Da diese Formvorschrift bislang nicht galt, bleibt es dem Gericht unbenommen, auch eine mündliche Erklärung als verbindlich zu akzeptieren. Im vorliegenden Fall bestehen aber Bedenken, da die Betroffene Patientin K von ihrer Tochter aufgefordert worden war, ihrer Äußerungen vom September 2002 schriftlich niederzulegen. Das hat die Patientin nicht getan. Gibt das nicht Anlass zu überlegen, ob die Patientin ihrer Äußerung wirklich verbindlichen Erklärungswert beimessen wollte? Hatte sie nicht doch Zweifel, eine derartige Handlungsweise als Richtschnur für den Umgang mit ihr selbst festzulegen?

Hinzu kommt, dass ganz allgemein die Anerkennung der Behauptung, es habe eine eindeutige auf Behandlungsverzicht/-abbruch zielende mündliche Erklärung der Betroffenen gegeben, dem Missbrauch Tür und Tor öffnet. Ohne dies in diesem konkreten Fall zu unterstellen, ist es doch ohne weiteres vorstellbar, dass Angehörige auf den Gedanken kommen können, lediglich zu behaupten, dass der Wunsch nach Behandlungsverzicht in einer mündlichen Äußerung erhoben worden sei. Solange eine solche Behauptung in sich schlüssig vorgetragen wird, dürfte es praktisch unmöglich sein, den Wahrheitsgehalt dieser folgenreichen Erklärung zu überprüfen. Wer sich dann damit abfindet, dass eine behauptete Behandlungsverzichtserklärung durch die Krankheitsumstände bestätigt oder bekräftigt werde – die in diesem Fall objektiv schwierig und bedauernswert waren –, stützt sein Urteil letztlich nicht mehr auf einen verifizierbaren Willen der Betroffenen, sondern auf „allgemeine Kriterien“ und Vorstellungen über „menschenswürdige Lebensumstände“, wie sie auch vom LG Fulda hilfsweise zur „Beglaubigung“ der Angaben der

Angeklagten G herangezogen wurden (IV. 3. b) 1) (c) (3) (bb)).

In der Praxis wird es viele Fälle geben, bei denen die Entscheidungsgrundlage noch dürftiger ist, weil es tatsächlich keine eindeutigen Erklärungen der Betroffenen gibt bzw. solche jedenfalls nicht behauptet werden. Welcher Stellenwert dann dem „mutmaßlichen Willen“ zukommen kann (grundsätzlich kritisch hierzu *Beckmann*, in *Beckmann/Löhr/Schätzle* (Hrsg.), *Sterben in Würde*, Krefeld 2004, S. 212 ff.) ist weitgehend ungeklärt. Auch hier besteht eine erhebliche Missbrauchsfahr. Der „mutmaßliche Wille“ ist zwar in der Praxis als Entscheidungsgrundlage anerkannt. Die Vertreter dieser Ansicht schweigen aber zu der Frage, wie den offensichtlich bestehenden Missbrauchsfahren wirksam begegnet werden kann.

Bedenken müssen auch hinsichtlich der im Krankheitsverlauf „späten“ Entdeckung des Patientenwillens geäußert werden. Die Patientin war seit Ende 2002 nicht mehr ansprechbar und auf künstliche Ernährung angewiesen. Damit war von Anfang an eine Situation gegeben, in der sich die Betroffene gemäß ihrer „mündlichen Patientenverfügung“ neben einer Verbringung ins Pflegeheim auch ausdrücklich „lebensverlängernde Maßnahmen in Form von künstlicher Ernährung“ verbieten hatte. Sie wollte ausdrücklich nicht „an irgendwelche Schläuche angeschlossen werden“. Dieser, erst im März 2006 gegenüber der seinerzeitigen Betreuerin vorgebrachte Wille der Patientin ist *bis zu diesem Zeitpunkt ignoriert worden*. Warum? Weil noch eine Zeit lang Hoffnung auf eine Besserung des

Zustandes bestanden hatte? Eine solche Bedingung ist aber in der „mündlichen Patientenverfügung“ nicht enthalten. Oder sind die Äußerungen der Patientin vielleicht doch nicht so eindeutig und abschließend gemeint gewesen, dass sie um zusätzliche Bedingungen ergänzt werden konnten? Zeigt nicht die späte Berufung auf den Willen der Patientin, dass es hier im Kern um eine *nachträgliche* Beurteilung der Situation geht, um eine Beurteilung des sich lange hinziehenden Siechtums als *sinnlos* und *menschenunwürdig*? Dann muss man diese Kriterien auch als solche ansprechen, begründen und rechtfertigen können und sollte sich nicht hinter dem lange Zeit ignorierten Willen der Betroffenen verschanzen.

Klärungsbedarf

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass die Problematik dieses Falles nicht nur in der Einordnung des Geschehens in die Strafrechtsdogmatik liegt, sondern auch in der dünnen „Willens“-Basis, die einen Behandlungsverzicht mit Todesfolge legitimieren soll. Insofern ist es zu begrüßen, dass gegen das Urteil Revision eingelegt worden ist und damit der BGH Gelegenheit erhält, die oben genannten (und weitere, hier aus Platzgründen unbehandelte) Rechtsfragen zu klären. Auch die Anerkennung der mündlichen Äußerungen der Patientin K als verbindliche Patientenverfügung durch das LG verdient eine kritische Überprüfung.

RiAG Rainer Beckmann, Würzburg

umschau

Präimplantationsdiagnostik

Ulrich Schroth, Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der Ludwig Maximilians Universität in München, nimmt den Beschluss des Kammergerichts vom 9. Oktober 2008 – Az.: 1 AR 678/06 – 3 Ws 139/08 (ZfL 2009, S. 25 ff.) – zum Anlass, „**Die Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Strafrechts**“ zu betrachten (NStZ 2009, S. 233 – 238). Im Gegensatz zu der Ansicht des Kammergerichts gelangt er zu dem Schluss, dass sich der Arzt in den zu beurteilenden Sachverhalten nicht strafbar gemacht hat. Worum geht es? Der angeklagte Arzt, Inhaber einer „Kinderwunschpraxis“, „verwarf“ nach präimplantationsdiagnostischer Untersuchung in drei Fällen Embryonen im Blastozystenstadium, nachdem sich genetische Auffälligkeiten gezeigt hatten. Angesichts dieser Auffälligkeiten hatten es die behandelten Frauen

abgelehnt, sich die extrakorporal befruchteten Eizellen einpflanzen zu lassen. Am 2. Januar 2006 zeigte sich der Arzt wegen eines möglichen Verstoßes gegen das Embryonenschutzgesetz (ESchG) selbst an. Nach Meinung von Schroth erfüllt das Verhalten des Arztes nicht den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, wonach strafbar ist, wer es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Denn im Zeitpunkt der künstlichen Befruchtung der den Frauen entnommenen Eizellen bestehe die Absicht, eine Schwangerschaft herbeizuführen. Diese Absicht werde nicht dadurch ausgeschlossen, dass sie unter der objektiven Bedingung einer Unauffälligkeit des präimplantationsdiagnostischen Ergebnisses stehe. Selbst wenn der Arzt die befruchtete Eizelle nur dann seiner Patientin einpflanzen wolle, wenn die Präimplantationsdiagnostik (PID) keine Anzeichen einer geneti-

schen Anomalie gezeigt habe, bestehe die „dominante“ Absicht in der Herbeiführung einer Schwangerschaft. Nur diese Auslegung respektiere das – nach Ansicht von Schroth – grundgesetzlich geschützte Recht der Eltern auf Information über die genetische Identität des Embryos und stimme wertungsmäßig mit den Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch in den §§ 218 ff. StGB überein. Auch eine Strafbarkeit nach § 2 Abs. 1 ESchG, der u.a. die „Verwendung“ eines extrakorporal erzeugten menschlichen Embryos verbietet, scheidet nach Auffassung von Schroth aus. Denn das „Stehenlassen“, das „Nicht-Weiter-Kultivieren“ und das „Wegschütten des extrakorporal erzeugten Embryos“, welches nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit als Unterlassung einzustufen sei, falle nicht unter den Begriff der „Verwendung“ als eines „teleologischen Gebrauchs“. Eine Strafbarkeit der Unterlassung scheitere auch an der fehlenden Garantenstellung des Arztes, welche gegenüber dem Embryo nicht bestehe und die auch nicht aus einem pflichtwidrigen Vorverhalten des Arztes hergeleitet werden könne. Schließlich sei zur Herstellung einer systemkonformen Lösung daran zu denken, den Rechtfertigungsgrund des § 218 a Abs. 2 StGB zugunsten des Arztes anzuwenden.

Die Auslegungsergebnisse von Schroth überraschen nicht, gehört er doch zu jenen, die die Aufgabe der PID genauso wie der Pränataldiagnostik darin sehen, der Frau eine Entscheidungsgrundlage für die Herbeiführung bzw. für die Fortsetzung einer Schwangerschaft an die Hand zu geben. Es geht, so formuliert Schroth, letztlich „um die Frage, ob Frauen das Recht haben, sich gegen eine bestimmte Art der Schwangerschaft zu entscheiden“. So wie die §§ 218 ff. StGB keine „Schwangerschaft auf Probe“ ausschließe, die bei einer zu erwartenden Behinderung des Kindes und den daraus resultierenden Gefahren für die Gesundheit der Frau zeitlich unbegrenzt unterbrochen werden könne, müsse das Gesetz konsequenterweise auch eine „künstliche Befruchtung auf Probe“ zulassen. Angesichts dieser Einstellung drängt sich die Frage auf, ob sich diese Argumentation nicht selbst ad absurdum führt. Kann man angesichts einer „Befruchtung auf Probe“ noch behaupten, eine Eizelle werde im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG auch dann noch zum Zwecke der Herbeiführung einer Schwangerschaft befruchtet, wenn die Entscheidung über die Einpflanzung einer befruchteten Eizelle tatsächlich erst nach Abschluss der PID getroffen wird? (us)

Hybrid-Embryonen

Ist die Herstellung von Embryonen aus menschlichem Erbgut und tierischen Eizellen (sog. Hybrid-Embryonen), so wie sie in Großbritannien aufgrund der geänderten „Human Fertilisation and Embryology Bill“ im

Jahre 2008 genehmigt worden ist, nach dem deutschen Embryonenschutzgesetz verboten? Die Frage scheint einfach zu beantworten zu sein, verbietet doch § 7 des ESchG seiner Überschrift nach, die „Chimären- und Hybridbildung“. Dass die Sache deutlich verwickelter ist, zeigt der Beitrag von Dr. **Roman Trips-Hebert**, Mitarbeiter der Verwaltung des deutschen Bundestages („**Hybrid-Embryonen – Herausforderung für den Gesetzgeber?**“, ZRP 2009, S. 80 – 82). Denn die Herstellung von Hybrid-Embryonen fällt unter keinen der abschließend in § 7 ESchG aufgeführten Tatbestände. Unklar ist ferner, ob der Hybrid-Embryo überhaupt unter den in § 8 ESchG legaldefinierten Begriff des „Embryos“ fällt und seine Herstellung von dem Klonverbot des § 6 ESchG erfasst wird. Der Autor empfiehlt daher zumindest eine Klarstellung des Gesetzgebers und regt darüber hinaus an, den Embryo-Begriff des § 8 ESchG grundsätzlich zu überdenken. (us)

Selbstbestimmtes Sterben

„**Tötung auf Verlangen und assistierter Suizid als selbstbestimmtes Sterben?**“ – so überschreibt **Michael Kubiciel**, Habilitant an der Universität Regensburg, seine Überlegungen zur aktuellen Sterbehilfediskussion (JZ 2009, S. 600 – 608). Im Ergebnis plädiert Kubiciel – einerseits – für eine Einschränkung des Straftatbestandes der „Tötung auf Verlangen“ und – andererseits – für die Schaffung eines Straftatbestandes für bestimmte Formen der Beihilfe zum Suizid. Die Strafbarkeit einer „Tötung auf Verlangen“ oder einer Beihilfe zum Suizid soll nach Kubiciel davon abhängig sein, ob der Todeswunsch von „objektiv angemessenen“ bzw. „objektiv valablen“ Gründen getragen wird oder nicht. Es komme nicht vorrangig auf die Bedingungen an, unter denen der Sterbewillige seinen Wunsch gebildet hat (Urteilsfähigkeit, Aufgeklärtheit, Beratung), sondern auf die Bewertung dieses Wunsches nach objektiven Kriterien. So soll eine Tötung auf Verlangen entsprechend der indirekten Sterbehilfe dann nicht strafbar sein, wenn sie als letztes Mittel dazu dient, einen Menschen von großen, nicht anders abwendbaren Schmerzen zu befreien, wohingegen – so Kubiciel – schwere Krankheit, hohes Alter oder andere Lebensumstände, die ein gutes Leben ausschließen mögen, für sich allein genommen eine Tötung auf Verlangen nicht rechtfertigen können. Mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten hält Kubiciel diesen Ansatz für vereinbar. Denn aus dem Selbstbestimmungsrecht lasse sich kein unbeschränkter Anspruch gegen Dritte auf aktive Sterbehilfe bzw. auf Mitwirkung an einem Suizid herleiten. Das Bild eines selbstbestimmt über seine Behandlung entscheidenden Patienten erweise sich im medizinischen Alltag überdies als ein theoretisches Konstrukt, das angesichts kognitiver Defizite und der Komplexi-

tät der zu treffenden Entscheidungen sowie angesichts des Druckes des Alters, der Krankheit oder der Angehörigen nicht aufrecht zu erhalten sei. Schließlich sei

Richtschnur des ärztlichen Handelns nicht allein die Verwirklichung der Patientenautonomie, sondern das Patientenwohl. (us)

aus der jvl

Herbert Tröndle zum 90. Geburtstag

Am 24. August hat der Ehrenvorsitzende der Juristen-Vereinigung Lebensrecht *Herbert Tröndle* sein 90. Lebensjahr vollendet. Der Jubilar kann auf ein eindrucksvolles berufliches Lebenswerk zurückblicken. Durch seine schwere Verwundung im Krieg 1942 körperlich stark beeinträchtigt, begann er 1943 seine juristische Ausbildung, die er bereits bis 1950 mit beiden Staatsprüfungen und der Promotion erfolgreich beenden konnte. Während der folgenden Gerichtspraxis in seiner badischen Heimat wurde *Herbert Tröndle* dank seiner besonderen Begabung schon bald als wissenschaftliche Hilfskraft an den Bundesgerichtshof (1953-1955) und danach an das Bundesjustizministerium abgeordnet. 1963 kehrte er als Landgerichtsdirektor ins Badische zurück. 1968 folgte seine Ernennung zum Präsidenten des Landgerichts Waldshut-Tiengen, an dem er bis zu seinem Eintritt in den Ruhestand (1984) Vorsitzender einer Strafkammer war. Hinzu kam eine Lehrtätigkeit als Honorarprofessor an der Universität Freiburg.

Allgemeine Bekanntheit in der juristischen Fachwelt hat *Tröndle* insbesondere als Bearbeiter des von *Eduard Dreher* übernommenen, im Beck-Verlag erscheinenden Kurzkomentars zum Strafgesetzbuch erlangt, für den er von 1978 bis 1997 (38. bis 48. Auflage) alleinverantwortlich war. Die Arbeit an diesem für jeden Strafrechtler unentbehrlichen Kommentar verlangte es, den Gang der Gesetzgebung im Blick zu behalten sowie die Fülle gerichtlicher Entscheidungen und wissenschaftlicher Beiträge zu berücksichtigen und kritisch zu würdigen. Das Ergebnis dieser immensen Leistung fand höchste Anerkennung und wurde von berufener Seite als „Meisterwerk deutscher Kommentierungskunst“ bezeichnet. Die wissenschaftliche und berufspraktische Beschäftigung *Herbert Tröndles* erstreckte sich auf das gesamte Spektrum der Probleme des Strafrechts und des Strafprozessrechts, zu denen er über seinen Kommentar hinaus eine Vielzahl von Beiträgen veröffentlicht hat. Sein besonderes Augenmerk galt dabei in den letzten 30 Jahren zunehmend den Fragen des rechtlichen Lebensschutzes. Mit Klarheit, Gründlichkeit und sprachlicher Brillanz hat er wie kein anderer vor allem die vielen Ungereimtheiten der geltenden Gesetze zum so genannten Schwangerschaftsabbruch sowie die faktische

Schutzlosigkeit ungeborener Kinder aufgezeigt. Seine einzigartige letzte Kommentierung der Abtreibungsparagrafen in der 49. Auflage des „*Tröndle/Fischer*“ (1999), seine zahlreichen Aufsätze und sein letzter Beitrag in der Festschrift für *Harro Otto* (2007) mit dem Titel „Das ‚Beratungsschutzkonzept‘ – Die Reglementierung einer Preisgabe des Lebensschutzes Ungeborener“ bleiben für die künftige Auseinandersetzung mit der Thematik von unschätzbarem Wert.

Die mit Mut und Standfestigkeit vertretenen Positionen des Jubilars zu Fragen des Lebensschutzes sind zwar teilweise zwangsläufig auf Widerspruch gestoßen. Doch zollen ihm auch seine Gegner ganz überwiegend hohen Respekt, weil sie anerkennen, dass seine Kritik am geltenden „Abtreibungsrecht“ stringent, schlüssig begründet und kaum zu widerlegen ist.

Bereits im letzten Heft dieser Zeitschrift (2/2009, S. 65 ff.) wurde die herausragende Bedeutung *Herbert Tröndles* für die Gründung und die Arbeit der Juristen-Vereinigung Lebensrecht unterstrichen. Ihr entsprechend hat ihm die Vereinigung zum 80. Geburtstag eine Sonderausgabe der *ZfL* (2/1999) gewidmet.

Aus demselben Anlass schrieb *Karl Lackner*, ein langjähriger Weggefährte *Tröndles*: „Alle die ihn kennen, sind von seiner Geradlinigkeit, seiner Standfestigkeit und seinem leidenschaftlichen Einsatz für das Recht tief beeindruckt. Das verbindet sich mit Eigenschaften, die den Jubilar in ganz besonderer Weise auszeichnen: Man begegnet einem bescheidenen, immer lebenswürdigen und seiner Umwelt in menschlicher Herzlichkeit zugewandten Gesprächspartner. Weil er an das Gute im Menschen glaubt, ist er stets optimistisch. Er sprüht vor nie verletzendem Humor ... Er kann gut zuhören und fremde Argumente sorgsam wägen. Kurzum: ein Mensch mit Qualitäten, die sich nicht notwendig mit einem großen Lebenswerk verbinden“ (NJW 1999, S. 2489). So kennen und schätzen *Herbert Tröndle* diejenigen, die seit langem mit ihm zusammenarbeiten und sich ihm - wie der Verfasser - freundschaftlich verbunden wissen. Für die Zukunft wünschen sie ihm eine möglichst unbeschwerte und erfüllte Lebenszeit an der Seite seiner lieben Frau.

Bernward Büchner

Kein Kind vom Toten – Gericht weist Klage ab

Eine 28-jährige Mecklenburgerin, die ein mit dem Sperma ihres verstorbenen Mannes erzeugtes Kind austragen wollte, darf die zu Lebzeiten ihres Mannes im Vorkernstadium eingefrorenen Gameten nicht nutzen. Das Landgericht Neubrandenburg untersagte Mitte August einer Fruchtbarkeitsklinik die Herausgabe der noch nicht vollständig miteinander verschmolzenen Ei- und Samenzellen und wies die Klage ab. Das Paar hatte sich, nachdem es lange erfolglos versucht, ein Kind zu zeugen, an eine Fruchtbarkeitsklinik gewandt. Diese hatte im März 2008 die Eizellen der Frau und das Sperma ihres Mannes im Labor zusammengeführt und während des rund 24 Stunden dauernden Befruchtungsvorgangs eingefroren. Nachdem der Mann bei einem Motorradunfall um Leben gekommen war, wollte die Witwe die eingefrorenen Gameten in Polen auftauen und sich einsetzen lassen und verklagte die Klinik auf Herausgabe des tiefgefrorenen „Embryos im Wartestand“. Die Klinik hatte dies mit der Begründung abgelehnt, sich strafbar zu machen. Nach dem Embryonenschutzgesetz dürfen künstliche Befruchtungen nur bei verheirateten Paaren durchgeführt werden. Damit soll verhindert werden, dass Kinder ohne Vater aufwachsen. Das Gericht gab der Klinik Recht und begründete die Abweisung der Klage damit, dass die Klinik keine Handlung ermöglichen dürfe, die in Deutschland verboten sei, auch wenn sie im Ausland erlaubt sei. Die Anwältin der Klägerin kündigte an, Ihre Mandantin werde in Berufung gehen, sobald das Urteil rechtskräftig sei.

Polen hat noch kein Embryonenschutzgesetz. Die polnische Regierung orientiert sich bei ihren Vorbereitungen für ein Fortpflanzungs-

medizingesetz aber derzeit stark am deutschen Embryonenschutzgesetz.

Forscher entschlüsseln Stammzellmechanismus

Forscher um den Mannheimer Dermatologen Jochen Utikal haben einen Mechanismus entschlüsselt durch den so genannte induzierte pluripotente Stammzellen (iPS) erfolgreicher als bisher hergestellt werden können. iPS-Zellen werden aus differenzierten Körperzellen gewonnen. Dabei werden die differenzierten Zellen durch die gezielte Ausschaltung von Genen gewissermaßen in ihren undifferenzierten Urzustand zurückversetzt. Nach der Reprogrammierung lassen sich iPS-Zellen im Labor, ähnlich wie embryonale Stammzellen in jedes gewünschte Gewebe verwandeln. Die Forscher um Utikal konnten zeigen, dass sich durch die Ausschaltung eines Gens, welches für die Produktion des Proteins p53 in der Zelle verantwortlich zeichnet, die Effizienz bei der Gewinnung von iPS-Zellen erheblich steigern lasse. Allerdings ist das Protein p53 wesentlich an der Genregulation der Zellteilung beteiligt. Das von Utikal ausgeschaltete Gen gilt als so genannter Tumorsuppressor. Diese sorgen für die so genannte „Apoptose“, eine Form des „programmierten Zelltods“. Mittels Apoptose sorgt ein Organismus dafür, dass beschädigte Zellen zugrunde gehen, statt sich durch Teilung weiter zu vermehren und Tumore auszubilden. Die Wissenschaftler raten daher nur zu einer vorsichtigen Manipulation. Veröffentlicht wurden die Ergebnisse der Forscher um den Mannheimer Dermatologen Anfang August in der Online-Ausgabe des renommierten Wissenschaftsmagazins „Nature.“

Forscher klonen Maus aus Hautzellen

Zwei chinesische Wissenschaftlerteams haben in den renommierten

Wissenschaftsmagazinen „Nature“ und „Cell Stem Cell“ zeitgleich zwei Arbeiten veröffentlicht, denen zufolge es ihnen unabhängig voneinander gelungen war, aus iPS-Zellen komplette Mäuse zu züchten. Dabei wandten beide Teams das gleiche Verfahren an. Wie die Forscher berichteten, entnahmen sie ausgewachsenen Mäusen dabei zunächst Hautzellen. Mittels der Einschleusung von Genen in die Zellkerne dieser Zellen, wurden diese so reprogrammiert, dass sie in ihren undifferenzierten Ursprungszustand zurückversetzt wurden. Anschließend wurden die so gewonnenen iPS-Zellen in eigens hergestellte so genannte tetraploide Blastozysten eingebracht. Der daraus resultierende Mäuseembryo wurde dann einer „Leihmutter“ eingepflanzt. Später konnten die Forscher zeigen, dass das Erbgut der Mäuse zu rund 95 Prozent identisch mit dem der iPS-Zellen war. Nur etwa fünf Prozent der Erbinformation war mit dem Erbgut der tetraploiden Blastozysten identisch, die vorwiegend als Plazenta dienen.

Kirche fördert ethische Stammzellforschung

Die Erzdiözese Sydney hat für die therapeutische Forschung mit körpereigenen, adulten Stammzellen 60.000 Euro zur Verfügung gestellt. Die Gelder sollen Forschungsprojekten zur Verfügung stehen, die bei der Forschung am Menschen die ethischen Standards des katholischen Gesundheits- und Pflegedienstes in Australien respektieren. Das erklärte der Erzbischof von Sydney George Kardinal Pell. Dazu zählten laut Pell das Prinzip des Lebensschutzes und der unantastbaren Menschenwürde. Die bisher erzielten Erfolge der adulten Stammzellenforschung seien beeindruckend und überträfen klar die Ergebnisse der Embryonenforschung. Wörtlich erklärte der Kardinal: „Die katholische Kirche unterstützt und fördert die medizinische Forschung, wie Stammzellenforschung und an-

trends

dere Biotechnologien, unter der Voraussetzung, dass dabei die Würde jeder Form des menschlichen Lebens respektiert wird.“ Anders als für die embryonale Stammzellforschung müssen für die Forschung mit adulten Stammzellen keine menschlichen Embryonen getötet werden.

Peter Singer kritisiert Gendiagnostikgesetz

Der australische Bioethiker Peter Singer hat das im neuen Gendiagnostikgesetz geltende Verbot von Gentest kritisiert, dass die Durchführung so genannter prädikativer Gentests in Deutschland untersagt. Mit prädikativen Gentests lassen sich Föten und Embryonen auf spätmanifestierende Krankheiten testen. Bei einigen Krankheiten, wie etwa Chorea Huntington, gilt ein späterer Ausbruch der Krankheit bei einem positiven Befund als sicher, wobei allerdings stets vorausgesetzt wird, dass der Träger nicht zuvor tödlich verunglückt oder an einem anderen Leiden stirbt. Bei anderen Krankheiten, wie etwa genetisch bedingten Formen von Brust- oder Darmkrebs, lässt sich dagegen nur ein erhöhtes Risiko des Embryos oder Fötus ermitteln, im Erwachsenenalter auch tatsächlich an einer solchen Krankheit zu erkranken. In einem Beitrag für die in Berlin herausgegebene Tageszeitung „Die Welt“ kritisiert Singer, dass das deutsche Gesetz derartige Tests zu „Verbrechen“ erkläre. Pränatale Tests an Föten und Embryonen seien inzwischen überall auf der Welt etabliert. Falle ein solcher Test positiv aus, könne die Schwangerschaft abgebrochen oder der Embryo im Falle einer künstlichen Befruchtung ausselektiert werden. Singer fordert, in die ethischen Überlegungen hätte auch das Leben in Betracht gezogen werden müssen, das „die Eltern hätten haben können, wenn sie die Prä-

nataldiagnostik nutzen dürften.“ Da ein solches Kind „eindeutig bessere Lebensaussichten“ habe, fordert er: „Wenn wir die Wahl zwischen zwei Leben mit derart unterschiedlichen Aussichten haben – und diese Wahl treffen können, bevor der Embryo oder Fötus überhaupt ein Bewusstsein hat“ – dann solle es Eltern ermöglicht werden, „menschliche Tragödien zu vermeiden“.

England: Umstrittenes Urteil zu Suizidbegleitung

Weit über England hinaus hat ein Urteil des obersten britischen Gerichts, das künftig in einem neu geschaffenen Verfassungsgerichtshof aufgehen wird, für Aufsehen gesorgt. Zu entscheiden hatten die fünf Lordrichter eine Klage einer an Multipler Sklerose erkrankten Frau. Die heute 46-Jährige Debbie Purdy trägt sich mit dem Gedanken, Suizid in der Schweiz zu begehen und plant, sich dabei von ihrem Ehemann begleiten zu lassen. Um sicherzustellen, dass ihm bei seiner Rückkehr nach England keine Strafverfolgung droht, verlangte Purdy, dass die Oberstaatsanwaltschaft die Kriterien veröffentlicht, nach denen sie in solchen Fällen Anklage zu erheben gedenkt. Der Grund: In Großbritannien ist die Beihilfe zum Suizid, ähnlich wie in Österreich, strafbar. Laut dem „Suicide Act“ von 1961 kann die Suizidbeihilfe mit Haftstrafen von bis zu 14 Jahren geahndet werden. Praktisch wird von dieser Möglichkeit jedoch kein Gebrauch mehr gemacht. In den vergangenen Jahren hat die britische Staatsanwaltschaft in keinem einzigen der mehr als einhundert dokumentierten Fälle, in denen britische Staatsbürger Angehörige zum Suizid in die Schweiz begleitet haben, Anklage nach deren Rückkehr erhoben. Ihre Untätigkeit begründete die Staatsanwaltschaft dabei mit einem fehlenden „öffentlichen Interesse“ an einer Strafverfolgung.

Nachdem zwei Vorinstanzen Purdys Klage abschlägig beschieden hatten,

entschieden die Lordrichter nun, dass die Klägerin „das Recht auf eine ausreichende Information“ durch die Oberstaatsanwaltschaft habe, „um eine Entscheidung treffen zu können“.

Für Aufsehen sorgten dabei vor allem Urteilsbegründungen der fünf Lordrichter sowie konkrete politische Umstände. Denn obwohl die so genannten „Law Lords“ in ihrer Begründung ausdrücklich darauf verwiesen, dass sie nicht die Aufgabe hätten, das Gesetz zu ändern, ließen sie in ihrem 43 Seiten umfassenden Urteil wenig Zweifel daran, dass sie den geltenden „Suicide Act“ für hoffnungslos überholt halten; vor allem, weil er dem heute vorherrschenden Verständnis des Begriffs der Selbstbestimmung kaum Rechnung trage. Für Kritik sorgte ferner, dass das „House of Lords“, dem auch die fünf Lordrichter angehören, erst Anfang Juli diesen Jahres einen Gesetzentwurf abgelehnt hatte, der einen generellen Verzicht auf eine strafrechtliche Verfolgung von Personen vorsah, die Suizidwillige ins Ausland begleiteten. Einen entsprechenden Antrag des früheren Lordkanzlers Lord Charles Falconer, hatte das Oberhaus des britischen Parlaments Anfang Juli nach einer kontrovers geführten Debatte mit 194 zu 141 Stimmen abgelehnt.

Während Chefankläger Keir Starmer ankündigte, dass man das Gesetz zwar nicht ändern wolle, aber für die Fälle von „Beihilfe zum Selbstmord aus Mitgefühl“ nun so schnell wie möglich Richtlinien erarbeiten wolle, erklärte der frühere Justizminister Falconer: „Wenn sich die Staatsanwaltschaft einmal darauf festgelegt hat, dass Sterbehilfe aus Mitgefühl nicht mehr strafrechtlich verfolgt wird, ist das Gesetz in Wahrheit bereits grundlegend geändert worden“.