

- Klaus Ferdinand Gärditz* Verfassungsrechtliche Grundfragen des Schutzes Dementer, S. 38
- Peter Schallenberg* Sterbehilfe zwischen Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung, S. 49
- OLG Rostock* Herausgabe von imprägnierten Eizellen nach dem Tode des Mannes, S. 54
- StA Köln* Strafbare Stammzellforschung ohne Genehmigung, S. 61 (*m. Anm. Beckmann*)

**Editorial**

- 37 Rechtsfragen einer alternden Gesellschaft

**Thema**

*Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Bonn*

- 38 Verfassungsrechtliche Grundfragen des Schutzes  
Dementer

**Beitrag**

*Prof. Dr. theol. Peter Schallenberg, Paderborn*

- 49 Sterbehilfe zwischen Selbstbestimmung und  
Selbstverwirklichung

**Judikatur**

- 54 OLG Rostock: Herausgabe von imprägnierten  
Eizellen nach dem Tode des Mannes
- 59 LG Köln: zur Abgrenzung von Totschlag und Töten  
auf Verlangen
- 61 StA Köln: Strafbare Stammzellforschung ohne  
Genehmigung

*RiAG Rainer Beckmann, Würzburg*

- 61 Anmerkung zur Einstellungsverfügung der StA Köln

**Rezension**

- 62 Gerechtigkeit

**Umschau**

- 63 Anonyme Geburt und Sozialdatenschutz
- 64 Präimplantationsdiagnostik
- 64 Kind als Schaden: Rechtslage in Österreich

**Aus der JVL**

*Bernward Büchner, VRiaVG a. D.*

- 65 Defizite der Bewusstseinsbildung

**Leserbrief**

- 66 Donum Vitae

**Dokumentation**

- 67 Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des  
Strafgesetzbuches - Strafbarkeit der Werbung für  
Suizidbeihilfe (... StRÄndG)

**III Trends**

## impresum

**Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)**

ISSN 0944-4521

**Redaktion**

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

**Anschrift der Redaktion**

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

**Herausgeber**

Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.  
Postfach 50 13 30, D-50973 Köln  
Telefon: 0221/13 44 78  
Telefax: 0221/2 22 59 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, Würz-  
burg; 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 22 Euro inkl. Versand

(Studenten zahlen 16 Euro)  
Zahlungen erfolgen über die Kölner Bank,  
BLZ 371 600 87, Konto-Nr. 584 302 003,  
IBAN Code: DE 45 3716 0087 0584 3020 03,  
BIC: GENODED1CGN  
Bestellungen an den Herausgeber erbeten.

**Hinweis**

Die ZfL ist urheberrechtlich geschützt. Nament-  
lich gezeichnete Beiträge geben nicht unbeding-  
t 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

## Rechtsfragen einer alternden Gesellschaft

Lebensschutz ist unteilbar – diese Erkenntnis bestätigt sich immer wieder, wenn man sich mit dem Recht auf Leben und seinen gesellschaftlichen Implikationen beschäftigt. Der mangelnden Wertschätzung des ungeborenen Lebens, das primär verhütet und notfalls noch vor der Geburt beseitigt wird, entspricht eine weitgehende Geringschätzung des gebrechlichen und verlöschenden Lebens. Ein scheinbar unantastbarer politischer Kompromiss verhindert, dass im Bereich des Lebensschutzes Ungeborener nennenswerte Verbesserungen erzielt werden können – am Lebensende ist rechtspolitisch dagegen noch „Spielraum“. Hier ringen die gesellschaftlichen Kräfte um den richtigen Weg, die Probleme einer alternden Gesellschaft in den Griff zu bekommen.

Dabei ist es notwendig, nicht nur an der Oberfläche einzelne gesetzliche Änderungsvorschläge in den Blick zu nehmen, sondern sich immer wieder die Grundlagen in Erinnerung zu rufen, die für jede Rechtsgestaltung von entscheidender Bedeutung sind. Es geht letztlich um das Menschenbild. Die meisten Auseinandersetzungen sind schließlich deshalb so unfruchtbar, weil die Beteiligten von unterschiedlichen Menschenbildern ausgehen, diese aber nicht offenlegen.

Auf dem Symposium der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. am 8. Mai in Würzburg wurde dieser Fehler vermieden. Das Referat des juristischen Hauptreferenten, Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, befasste sich mit den „Verfassungsrechtlichen Grundfragen des Schutzes Dementer“ (s. S. 38). Zu Recht rückte der Referent in den Vordergrund, dass Demenzerkrankte weniger als Fürsorgeobjekte, sondern in erster Linie als gleichberechtigte Grundrechtsträger anerkannt werden müssten. Die Würde des Menschen und sein Selbstbestimmungsrecht seien nicht von individuellen Leistungen und Fähigkeiten abhängig. Auch Menschen mit Demenzerkrankungen müssten zunächst einmal als Subjekte grundgesetzlicher Freiheitsgarantien verstanden werden.

Wer von einem solchen Fundament ausgeht, wird in der allgemeinen Debatte über Sterbehilfe (s. hierzu einen theologischen Beitrag von Schallenberg, S. 49) sicherlich zu anderen Ergebnissen kommen, als jemand, der gesundheitspolitische Sparzwänge oder allgemeine Nützlichkeitsabwägungen als maßgebliche Entscheidungskriterien betrachtet.

Wie sehr im Einzelfall alte und kranke Menschen schon als „verzichtbar“ empfunden werden, zeigt ein Urteil des LG Köln (S. 59). Dem Schwiegersohn einer alten Dame reichte schon die Tatsache, dass eine Patientenverfügung vorlag – deren Inhalt er aber im Einzelnen nicht kannte –, um eigenmächtig lebensverlängernde Maßnahmen zu unterbrechen. Sollte sich in der Praxis die Grundeinstellung: „Patientenverfügung = Behandlungsverzicht“ einschleichen, müsste man vor diesem erst kürzlich vom Gesetzgeber zur „Stärkung der Patientenautonomie“ gesetzlich geregelten Instrument ausdrücklich warnen.

Unterstützenswert ist dagegen der Vorschlag, bestimmte Formen der Werbung für Suizidbeihilfe zu verbieten (s. S. 67). Diese Bundesrats-Initiative darf aber nicht dazu dienen, das von der Regierungskoalition in Aussicht gestellte Verbot der „gewerbsmäßigen Vermittlung von Gelegenheiten zur Selbsttötung“ überflüssig zu machen. Wenn schon die Werbung für Suizidbeihilfe als anstößig empfunden wird, kann die *reale Suizidbeihilfe* nicht in jedem Fall sanktionslos bleiben.

Eine alternde Gesellschaft wirft spezifische Fragen auf, die besondere rechtspolitische Antworten erfordern. Die Würde des Menschen und das Recht auf Leben müssen bei allen Entscheidungen in diesem Bereich oberste Richtschnur bleiben.

Rainer Beckmann

Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Bonn

## Verfassungsrechtliche Grundfragen des Schutzes Dementer

### I. Problemstellung

Wille, Kognition, Einsichtsfähigkeit und Zurechnung sind traditionelle Grundthemen des Rechts. Damit verbinden sich aber auch ganz praktische Probleme der Rechtsanwendung. Etwa für die Rechtfertigung medizinischer Eingriffe ist die hinreichend informiert getroffene Entscheidung eines einsichts- und urteilsfähigen Subjekts konstitutiv. Diese Voraussetzung ist aber gerade im Bereich der Geriatrie in zunehmender Zahl nicht mehr gegeben.<sup>1</sup> Eine Ursache hierfür sind Demenzerkrankungen.<sup>2</sup> Die Wahrscheinlichkeit namentlich an Alzheimer-Demenz zu erkranken, steigt mit zunehmendem Alter exponentiell an. Schon jetzt sollen etwa 1,2 Millionen Menschen in Deutschland an Demenz leiden. In einer alternden Gesellschaft wird damit der Umgang mit Demenzerkrankungen zu einer wachsenden Herausforderung. Die notwendige breite gesellschaftliche Diskussion hierüber hat gerade erst begonnen.

Demenz führt zu einer fortschreitenden Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten, was gleichzeitig das Bedürfnis nach Hilfe und Betreuung anwachsen lässt.<sup>3</sup> Gedächtnisstörungen nehmen zu, Aufmerksamkeit und Orientierung lassen nach. Auch Alltagsaufgaben sind zunehmend beeinträchtigt. Der Patient wird zusehend geistig verwirrt; er weiß nicht mehr, wo er ist; er verliert die Bezüge zu seiner Umwelt und seiner Vergangenheit; er erkennt seine Familie und seine Freunde nicht mehr; er verliert seine Sprache. Schließlich wird eine selbstständige Lebensführung unmöglich.

Der Verlust an kognitiven und kommunikativen Fähigkeiten führt zu spezifischen Schutzbedürfnissen. Demenzerkrankte befinden sich in einer dauerhaften Risikolage, dem Willen Dritter und damit der Fremdbestimmung über Freiheit sowie Leben ausgeliefert zu sein. Eine verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit dem Thema Demenz muss daher an erster Stelle bei der Frage des Selbstbestimmungsrechts und dessen Bedeutung für Demenzerkrankte ansetzen. Im Folgenden sollen daher ausgewählte verfassungsrechtliche Grundprobleme eines angemessenen Grundrechtsschutzes unter den spezifischen Bedingungen von Demenz diskutiert werden.

### II. Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Selbstbestimmung

Eine Rechtsordnung, die auf der Menschenwürde gründet (Art. 1 Abs. 1 GG), nimmt das selbstbestimmte Subjekt zum Ausgangs- und Bezugspunkt rechtlicher Relationen.<sup>4</sup> Selbstbestimmung verwirklicht sich in den

Grundrechten, die in ihren Themenbereichen Freiheit als individuelle Freiheit zur Beliebigkeit<sup>5</sup> garantieren. Allgemeine Selbstbestimmung ist über das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 2 Abs. 2 GG) sowie als Ausdruck der Verfügungsmacht über die körperliche Integrität durch das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG)<sup>6</sup> verfassungsrechtlich geschützt.<sup>7</sup>

### 1. Selbstbestimmungsprinzip als rechtliches Differenzierungsgebot

Selbstbestimmung hat im Recht sehr unterschiedliche Facetten. Sie begegnet uns im Zivilrecht etwa in der Geschäftsfähigkeit (§ 104 BGB), der Testierfähigkeit (§ 2229 Abs. 4 BGB)<sup>8</sup> oder der Deliktsfähigkeit (§ 828 Abs. 2, 3 BGB), im Strafrecht in der Schuldfähigkeit (§ 20 StGB) oder Einwilligungsfähigkeit<sup>9</sup> und im Prozessrecht in der Prozessfähigkeit (§ 51 ZPO, § 9 FamFG, § 62 VwGO, § 58 FGO, § 71 SGG). Auch rechtliche Regelungen, die psychische Erkrankungen oder Störungen verarbeiten, haben sehr unterschiedliche Voraussetzungen und zeitigen unterschiedliche Rechtsfolgen.<sup>10</sup> Das

1 *W. Höfling*, „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz“, *JuS* 2000, S. 111 (114).

2 Siehe auch in Relation zu den Fällen alterbedingter Pflegebedürftigkeit *P. Pick*, Funktionseinschränkungen im Alter und bei Pflegebedürftigkeit, *FRP* 2004, S. 653 (654).

3 Einführend hierzu etwa *M. Böckmann*, Die Demenzerkrankung als Hauptursache für Vorsorgemaßnahmen, *FPR* 2004, S. 648 ff.; *G. Stoppe*, *Demenz*, 2. Aufl. (2007), S. 32 ff.

4 Siehe nur *C. Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 153 f.; *W. Kahl*, Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, 2000, S. 35 ff.; *J. F. Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 248 ff.; *M. Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 283, 326; *A. Uhle*, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2004, S. 148.

5 *F. Ossenbühl*, Grundsätze der Grundrechtsinterpretation, in: *D. Merten/H.-J. Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. I, 2004, § 15, Rn. 51; zurückgehend auf *H. H. Klein*, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1974, S. 10.

6 Abweichende Meinung, in: *BVerfGE* 52, 131 (171).

7 Eingehend *R. Damm*, Persönlichkeitsschutz und medizinische Entwicklung, *JZ* 1998, S. 926 ff.; *F. Hufen*, In dubio pro dignitate – Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, *NJW* 2001, S. 849 (851); *J. Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, *Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag* (2000), S. A 12.

8 Siehe hierzu die Grundlagenentscheidung *OLG München*, *FGPrax* 2007, S. 274 ff.

9 Für das Strafrecht stellvertretend mit zahlreichen Nachweisen *H.-U. Paeffgen*, in: *U. Kindhäuser/U. Neumann/ders.* (Hrsg.), *Nomos-Kommentar StGB*, 3. Aufl. (2010), Vor § 32, Rn. 160 f., 164 ff.

10 Mit Recht betont bei *R. Zaczyk*, Kriterien der Selbstbestimmung bei Errichtung eines Testaments – Ein Beitrag aus rechtsphilosophischer Sicht, in: *M. Schmoeckel* (Hrsg.), *Demenz und Recht*, 2010, S. 89 (92 f.).

bürgerlich-rechtliche Unterbringungsrecht knüpft Interventionen an eine psychische Krankheit oder an eine geistige bzw. seelische Behinderung an (§ 1896 BGB), thematisiert also die Selbstbestimmung vor allem unter Aspekten der Hilfsbedürftigkeit. Den landesrechtlichen Unterbringungsgesetzen geht es zusätzlich um Gefahrenabwehr (vgl. etwa § 1 Abs. 1 PsychKG NW).<sup>11</sup> Hinter der unterschiedlichen Relevanz psychischer Abweichungen stehen wiederum differenzierende Wertungen des Gesetzgebers.<sup>12</sup> So ist etwa strafrechtliche Zurechnung eine normative Konstruktion, die spezifisch strafrechtlichen Präventionsbedürfnissen folgt,<sup>13</sup> der aber nur ein begrenzter Aussagewert etwa für polizeirechtliche Gefahrenprognosen<sup>14</sup> oder Fragen der Geschäftsfähigkeit zukommt. Ob eine psychische Krankheit vorliegt, zu deren Behandlung der Patient Anspruch auf (z. B. sozialversicherungsrechtliche) Unterstützung hat, beurteilt sich wiederum nach abweichenden Kriterien, schon weil bloße Hilfsangebote zur Heilbehandlung ganz anderen und geringeren Rechtfertigungslasten unterliegen als Freiheitseingriffe durch hoheitlichen Zwang.<sup>15</sup> Angesichts der sehr unterschiedlichen gesellschaftlichen Reaktionsbedürfnisse ist eine hinreichende Differenzierung staatlicher Reaktionen auf Beeinträchtigungen der psychischen Fähigkeiten unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlich auch geboten.<sup>16</sup> Es verbietet sich daher, undifferenziert und generalisierend von einer freien bzw. unfreien Willensbestimmung zu sprechen, ohne hierbei jeweils die bereichsspezifischen Relationen zum konkreten Gegenstand der Willensbetätigung herzustellen.<sup>17</sup> Zutreffend hat es daher der EGMR für unvereinbar mit dem Recht auf Privatleben (Art. 8 EMRK) erachtet, staatliche Reaktionsmöglichkeiten auf mentale Defizite rein binär auf das Schema geschäftsfähig/geschäftsunfähig zu beschränken, ohne Vorsorge für Grenzfälle zu treffen.<sup>18</sup>

Eine freiheitliche Rechtsordnung muss grundsätzlich von einer unbeeinträchtigten Fähigkeit zur Selbstbestimmung ausgehen.<sup>19</sup> Soll eine Willensäußerung wegen eines Mangels an psychischen Fähigkeiten für unbeachtlich erklärt werden, so bedarf es hierfür also gewichtiger Gründe. Zu fragen ist daher zunächst, auf welchen Gegenstand sich die rechtlich zu erfassende Willensbetätigung bezieht und was aus ihr folgen soll. Die kategoriale Unterscheidung zwischen Recht und Moral kommt hier ebenso zum Tragen wie Differenzen in der sozialen Funktion bestimmter rechtlicher Handlungen. Rechtliche Begriffe lassen sich hierbei zwar nicht sinnvoll von ihren sozialen, naturwissenschaftlichen und medizinischen Kontexten isolieren.<sup>20</sup> Die Festlegung normativer Zurechnungskriterien ist aber eine originäre Aufgabe des Rechts. Dass sich Demenz psychopathologisch als Störung beschreiben lässt, legt keine bestimmten Rechtsfolgen fest. Andere Wissenschaften wie die Medizin können die Leistungen recht-

licher Zurechnung und die hierin liegenden Wertungen nicht ersetzen.<sup>21</sup>

Meist bleibt diese Wertungskomponente indes im Verborgenen, was umso schlimmer ist, als damit eine Prüfung erschwert wird, ob überhaupt rechtlich zulässige Wertungskriterien zugrunde gelegt wurden. Wenn die Rechtsprechung geflissentlich als bekannt voraussetzt, was mit Einwilligungsunfähigkeit gemeint sei,<sup>22</sup> verfehlt sie die verfassungsrechtlich gebotenen Anforderungen, das Selbstbestimmungsprinzip bereichsspezifisch differenziert und normativ wertend auszuformen. Auch die Faustformel des Bundesverfassungsgerichts, Selbstbestimmung setze Selbstbestimmungsfähigkeit voraus,<sup>23</sup> ist zirkulär und trägt zur Problemlösung nichts bei. Denn unter welchen Voraussetzungen jemand im Rechtssinne fähig zur konkreten Selbstbestimmung ist, ist kein *factum brutum*, kein ontischer Zustand, sondern das Produkt rechtlicher Zuschreibung, die ihrerseits von der verfassungsrechtlichen Entscheidung für die Selbstbestimmung in gleicher Würde auszugehen hat. Dem Verfassungsrecht, um das es vorliegend geht, lassen sich zwar keine Details rechtlicher Willenszurechnung entnehmen. Auch Selbstbestimmung bedarf der einfachgesetzlichen Konkretisierung anhand konkreter Regelungsgegenstände.<sup>24</sup> Gleichwohl enthält es aber Wertungen, die auch der einfache Gesetzgeber zu beachten hat.

11 Siehe zu den Unterschieden nur *N. Dethloff*, Familienrecht, 29. Aufl. (2009), § 17, Rn. 29; *K.-D. Pardey*, Betreuungs- und Unterbringungsrecht, 4. Aufl. (2009), § 13, Rn. 3 ff.

12 So steht hinter § 20 StGB eben auch eine (durch naturwissenschaftliche Erkenntnis nicht zu ersetzende) Wertung, welche Defektzustände entschuldigen können (etwa Schwachsinn) und welche nicht (etwa Habgier), vgl. nur *G. Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1993), 18. Abschn., Rn. 4.

13 Siehe nur *G. Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976, S. 11 ff.; *G. Strattonwerth*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 12 ff., 46 ff.

14 *K. F. Gärditz*, Gesetzgebungskompetenzfragen der Straftäterunterbringung, BayVBl. 2006, S. 231 (235 f.).

15 Mit Recht weist daher *Zaczyk* (Fn. 10), S. 94, darauf hin, dass eine unmittelbare Übertragung der an Heilangeboten orientierten Beurteilungen auf rechtliche Fragestellungen schnell zu einem Grundsatz „in dubio pro dementia“ führen könnte.

16 Vgl. *C. Gusy*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63 (2004), S. 151 (183 f.).

17 *Zaczyk* (Fn. 10), S. 93 f.

18 EGMR, FamRZ 2008, S. 1734 (1735), Rn. 95.

19 *Zaczyk* (Fn. 10), S. 91.

20 Eine psychiatrische Analyse, wann die freie Selbstbestimmung krankheitsbedingt beeinträchtigt ist, kann daher durchaus von Relevanz für rechtliche Wertungen sein. Siehe *Zaczyk* (Fn. 10), S. 94.

21 Vgl. auch *Zaczyk* (Fn. 10), S. 93.

22 Symptomatisch etwa BGHZ 154, 205 (211 ff.); BGH, NSiZ 2004, S. 442 (442). Mit Recht kritisch *W. Höfling/S. Rixen*, Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft?, JZ 2003, S. 884 (885). Auch das BVerfG erweist sich hier als wenig problembewusst, etwa wenn es die Differenzierung von psychisch krank und strafrechtlich verantwortlich für selbstverständlich nimmt, die dahinter stehenden normativen Zurechnungsfragen aber ausblendet. So namentlich BVerfGE 109, 190 (220).

23 BVerfGE 99, 341 (351).

24 Dies konzidiert auch BVerfGE 99, 341 (351).

## 2. Freiheit in Demenz oder der Grundrechtsschutz des Irrationalen

An erster Stelle steht die Frage: Wie wirkt sich eine Demenzerkrankung auf den allgemeinen Grundrechtsschutz des Dementen aus? Der Verfall der geistigen Fähigkeiten reduziert die tatsächlichen Möglichkeiten, ein freies, selbstbestimmtes Leben zu führen. Das rechtsnormativ in der Menschenwürde wurzelnde Selbstbestimmungsrecht ist hingegen unverlierbar. Art. 1 Abs. 1 GG erklärt die Menschenwürde gerade deshalb *präskriptiv* für unantastbar, weil die historische Erfahrung uns lehrt, dass sie *empirisch-deskriptiv* antastbar ist.<sup>25</sup> Hier darf an das berühmte Diktum des Bundesverfassungsgerichts in seiner ersten Schwangerschaftsabbruch-Entscheidung erinnert werden: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewusst ist und sie selbst zu wahren weiß.“<sup>26</sup> Menschenwürde begreift jeden Menschen als Rechtssubjekt mit *abstrakter* Fähigkeit zur Selbstbestimmung. Befähigung zum Selbstentwurf ist ein formales und abstraktes Konzept, das Würde gerade nicht von individuellen Leistungen oder konkreten Fähigkeiten des einzelnen Trägers abhängig macht.<sup>27</sup> Damit aber gelten Menschenwürde und abstraktes Selbstbestimmungsrecht unabhängig von der Entwicklung und dem Verfall der geistigen Fähigkeiten des Würdeträgers.<sup>28</sup>

Bei der Auslegung der Freiheitsgrundrechte, die auf dem Fundament der Menschenwürde ruhen (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG),<sup>29</sup> ist dies zu bedenken. Ist personale Freiheit unverlierbar, muss es möglich sein, auch *Freiheit in Demenz* zu denken. „Der Mensch mit Demenz bewegt sich in seinem neuen Alltag. Er erkundet, er probiert, er wiederholt, er sucht, er freut sich, er hat Angst, er ist verzweifelt, er lacht und er weint, er erschreckt sich, er zweifelt, er will sich mitteilen, er fordert, er verzeiht. Er ist ein Mensch. Der Mensch, der sich vom Verstand fort entwickelt, lebt allerdings in einer Welt, die verstandesmäßig organisiert ist, die also nach den Regeln der Rationalität und Logik, der Plan- und Berechenbarkeit funktioniert. Menschen mit Demenz brechen oft unsere zivilisatorischen Regelungen und Normen: diese sind kulturell bedingt und unterliegen ebenso dem historischen Wandel.“ Es stellt sich daher die Frage: „Wie viel Leben außerhalb dieses Rahmens können wir zulassen?“<sup>30</sup> Zur Beantwortung dieser Frage kann auch die Grundrechtsdogmatik einen Beitrag leisten, die Freiheitsschutz schon immer auch als Schutz von Freiheit zur Irrationalität in einer rationalistischen Welt thematisiert hat.

Ein an Demenz leidender Mensch mag von zahlreichen Freiheitsgrundrechten keinen Nutzen mehr haben. Einen allgemeinen Tatbestand der Grundrechtsmündigkeit kennt das Grundgesetz indes nicht.<sup>31</sup> Auch Handlungen psychisch Kranker stehen daher prinzipi-

ell unter Grundrechtsschutz.<sup>32</sup> Es hängt vom einzelnen Grundrecht und von dessen Schutzgegenstand ab, welcher Grad der Einsichtsfähigkeit erreicht werden muss.<sup>33</sup> Etwa Wissenschafts-, Presse- oder Koalitionsfreiheit sind zwangsläufig abhängig von einem hohen Grad rationaler Kognitionsfähigkeit, die allgemeine Handlungsfreiheit hingegen nur von der Fähigkeit, überhaupt willensgesteuert handeln zu können. Zumindest das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG)<sup>34</sup> und das (sogar postmortal fortwirkende<sup>35</sup>) allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) bleiben ungeschmälert erhalten, selbst wenn der Träger keinen aktuellen Willen mehr artikulieren oder in zielgerichtetes Handeln umsetzen kann.

Würde und Selbstbestimmung entfalten sich vor allem im alltäglichen Leben eines Dementen, dessen Wahrnehmung seiner Umwelt sich zwar entscheidend verän-

25 Vgl. H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. (2004), Art. 1, Rn. 131.

26 BVerfGE 39, 1 (41).

27 Vgl. R. Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung, 1995, S. 32 ff.; C. Starck, in: ders. (Hrsg.), GG, Bd. I, 5. Aufl. (2005), Art. 1, Rn. 18.

28 Siehe zum Würdeschutz psychisch Kranker nur BGHSt 15, 279 (283); Dreier (Fn. 25), Art. 1, Rn. 65; H. C. Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: F. L. Neumann/ders./U. Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 3; Starck (Fn. 27), Art. 1, Rn. 22.

29 Siehe zur Menschenwürde als Grund der Grundrechte J. Isensee, Der grundrechtliche Konnex von Menschenleben und Menschenwürde, ZfL 2009, S. 114 (117, 121).

30 H. Wallrafen-Dreisow/A. Stelzig, Was ist ein gutes gemeinsames Leben mit Demenz?, in: Robert Bosch Stiftung (Hrsg.), Ethik und Recht, 2007, S. 13 (14).

31 Siehe nur K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (Neudruck 1999), Rn. 285; B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte, 25. Aufl. (2009), Rn. 140; G. Robbers, Partielle Handlungsfähigkeit Minderjähriger im öffentlichen Recht, DVBl. 1987, S. 709 (713).

32 Zu kurz greift daher BayVerfGH, NJW 1989, S. 1790 (1791): „Der Staat darf solche Personen, die psychisch krank oder gestört sind, vor sich selbst in Schutz nehmen, weil deren Handlungen sich nicht als freiverantwortliche Ausübung von Grundrechten darstellen.“ Im Anschluss BayVerfGH NJW 1990, S. 2926 (2926);

33 So für die herrschende Meinung etwa H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. (2004), Vorb., Rn. 112 ff.; ferner etwa M. Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG, 5. Aufl. (2009), Vor Art. 1, Rn. 75 f.; C. Starck, in: H. von Mangoldt/F. Klein/ders. (Hrsg.), GG, Bd. I, 5. Aufl. (2005), Art. 1, Rn. 210. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage der prozessualen Geltendmachung eines Grundrechts. Vgl. hierzu stellvertretend C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. (1991), § 12, Rn. 21; K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. (2007), Rn. 212; C. Walter, Die Stellung Minderjähriger im Verfassungsbeschwerdeverfahren, FamRZ 2001, S. 1 ff.

34 Zutreffend BayVerfGH, NJW 1993, S. 1520 (1521): „Das Grundrecht auf körperliche Bewegungsfreiheit, das als konstituierendes Freiheitsrecht einen hohen Rang einnimmt, steht auch dem psychisch Kranken ohne Rücksicht darauf zu, ob er nach der allgemeinen Rechtsordnung geschäftsfähig ist oder auch nur über die sogenannte natürliche Handlungsfreiheit verfügt.“ Siehe ferner BVerfG-K, NJW 1998, S. 1774 (1775), auch dem psychisch Kranken müsse im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in gewissen Grenzen „Freiheit zur Krankheit“ belassen werden; dem folgend BGH, NJW 2006, S. 1277 (1278).

35 Siehe nur BVerfGE 30, 173 (194); Dreier (Fn. 33), Vorb., Rn. 111 und (Fn. 25), Art. 1, Rn. 74.

dert, aber doch aktuelle Wahrnehmung bleibt. Auch das unreflektierte, uns fremde und unverständlich bleibende Verhalten eines Demenzen ist aus verfassungsrechtlicher Sicht zunächst einmal Freiheitsentfaltung. Grundrechtsschutz steht unter keinem Rationalitätsvorbehalt. Auch scheinbar sinnloses, von unzutreffenden Wahrnehmungen bestimmtes oder irrationales Verhalten genießt Schutz, zumindest durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Freiheit zur Irrationalität ist – positiv gewendet – die Freiheit, den eigenen Handlungen einen individuellen Sinn zu geben, den Dritte nicht zu hinterfragen haben. Die Menschenwürde des Grundgesetzes bezieht sich auf jeden Menschen, der als Individuum und damit als der Andere anerkannt wird, der schon aufgrund seiner Individualität ein Stück weit immer fremd, unverständlich und damit unverfügbar bleiben muss.<sup>36</sup> Das forum internum bleibt unantastbar, geheimnisvoll; es kann von vornherein nicht zum Gegenstand staatlicher Reaktionen gemacht werden, die immer nur auf soziale Konflikte, nicht aber auf innere Sinnggebung Antwort geben. Welchen Wert rechtlich garantierte Freiheit für den einzelnen Menschen hat, entscheidet dieser selbst. Grundrechte sichern individuelle Freiräume gerade auch, um normierte Rationalitätserwartungen abzuwehren, sprich: um unvernünftig sein zu dürfen, um das Selbstverständnis und das eigene Verhalten auch nach – scheinbar willkürlichen – emotionalen, intuitiven oder unreflektierten Präferenzen auszurichten.<sup>37</sup>

Daher bereitet es auch keine grundsätzlichen Schwierigkeiten, die uns fremd bleibenden Entfaltungswünsche eines an Demenz erkrankten Menschen als Freiheit im Sinne verfassungsrechtlicher Grundrechtsverbürgungen anzuerkennen. Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) ist dann auch die Freiheit, den Nachtisch über den Tisch zu streichen, den Kaffeelöffel monoton gegen ein Glas zu schlagen, sich unverständlich zu artikulieren, unbegründete Angst zu haben oder ohne erkennbaren Grund zu schreien oder zu lachen.<sup>38</sup> Freiheit ist hier im wörtlichen Sinne die Freiheit der *Anders-Denkenden*.

### 3. Die grundsätzliche Gültigkeit der Willensbekundungen Dementer

Selbstbestimmung bedeutet in Rechtsbeziehungen vor allem die Möglichkeit zu rechtserheblichen Willensbekundungen. Rechtliche Entfaltungschancen werden verkürzt, wenn man Willensäußerungen eines Demenzkranken als rechtlich unbeachtlich behandelt bzw. Dritten Entscheidungsbefugnisse in persönlichen Angelegenheiten überträgt. Wer die Freiheit eines Demenzen verkürzt, greift in (abhängig vom thematischen Bezug: unterschiedliche) Grundrechte ein, was der Rechtfertigung bedarf. Auch das Bundesverfassungsgericht hat früh anerkannt, dass es für einen Eingriff nicht darauf

ankommen kann, ob der Betroffene, dessen Freiheit verkürzt wird, geschäftsfähig ist.<sup>39</sup> Konkret bedeutet dies, dass eine tatsächlich getätigte Willensäußerung unabhängig von ihrer Form nur dann rechtlich als unbeachtlich gelten darf, wenn hierfür Sachgründe von hinreichendem Gewicht bestehen,<sup>40</sup> die Beschränkung der Dispositionsfreiheit mit anderen Worten verhältnismäßig ist.<sup>41</sup> Soweit es um die Sicherheit im Rechtsverkehr und den Schutz des Betroffenen vor rechtsgeschäftlichen Bindungen geht, werden sich Beschränkungen in der Regel leichter rechtfertigen lassen, obschon auch hier den unterschiedlichen Funktionen des jeweiligen Geschäftskreises sowie den divergierenden Anforderungen der jeweils betroffenen Grundrechte hinreichend Rechnung zu tragen ist.<sup>42</sup>

Von der Notwendigkeit der Eingriffsrechtfertigung geht vor allem ein Zwang zur rationalen Begründung der Freiheitsminderung aus. Der Staat schuldet dem Betroffenen für jeden einzelnen Eingriff Auskunft darüber, weshalb der angewandte Zwang einem verfassungsrechtlich legitimen Ziel dient sowie zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen ist. Das rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeitsprinzip wirkt hierdurch also einer voreiligen und schematischen Inanspruchnahme von Menschen mit Demenz entgegen. In die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist hierbei auch die freiheitliche Gesamtbilanz einer Gesellschaft einzustellen. Die Verhältnismäßigkeit von Regelungen, die aus psychischen Beeinträchtigungen nachteilige rechtliche Konsequenzen ziehen, hängt nicht zuletzt auch davon ab, wie breit der Kreis der Betroffenen ist. Man kann nicht die Willensbetätigung breiter Bevölkerungsteile pauschal für unbeachtlich erklären. Umso schwerer es fällt, einen Defektzustand als *atypische* Ausnahme zu cha-

36 So mit Recht der luzide Hinweis bei K. Dörner, Die neue menschliche Seinswerdung der Demenz, Bundesgesundheitsblatt 48 (2005), S. 604 (604).

37 Was wäre etwa die mit Rationalitätsansprüchen überladene Wissenschaft ohne Leidenschaft, ohne Neugier und ohne antirationale Romantik, ihre düstere Seite eingeschlossen? Zum Grundrechtsschutz K. F. Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 306. Verspricht nicht der Schutz von Glaube, Religion, Ehe oder Familie gerade emotionale, rational nicht auszudeutende Geborgenheit, Wärme und Rückzugsräume als Gegengewichte zur rationalistischen Umwelt? Zur freien Religion als Gegenwicht zur gesellschaftlichen und staatlichen Zweckrationalität U. Di Fabio, Die Kultur der Freiheit, 2005, S. 166 f.; ders., Gewissen, Glauben, Religion. Wandelt sich die Religionsfreiheit?, 2008, S. 44 ff.

38 Beispiele nach Walltraffen/Stelzig (Fn. 30), S. 14.

39 BVerfGE 10, 302 (309).

40 Vgl. BVerfGE 58, 208 (225).

41 Vgl. in diesem Sinne etwa § 2 PsychKG NW: „Bei allen Hilfen und Maßnahmen auf Grund dieses Gesetzes ist auf den Willen und die Bedürfnisse der Betroffenen besondere Rücksicht zu nehmen. Dies gilt auch für Willensäußerungen der Betroffenen vor Beginn einer Maßnahme, insbesondere für Behandlungsvereinbarungen mit Ärztinnen und Ärzten ihres Vertrauens. Für eine ausreichende Dokumentation ist Sorge zu tragen.“

42 Siehe am Beispiel der Testierfreiheit BVerfGE 99, 341 (351 ff.); C. Waldhoff, Die Testierfreiheit Demenzkranker im Lichte des Verfassungsrechts, in: M. Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, 2010, S. 57 (63 ff.).

rakterisieren, desto höher sind die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit. Es gibt altersbedingte Orientierungsdefizite, die gerade eine alternde Gesellschaft einfach aushalten muss.<sup>43</sup> Schon die aufgrund der steigenden Lebenserwartung eintretende Zunahme altersbedingter Demenz sollte zu Vorsicht anhalten, bereits leichten Formen rechtliche Relevanz zuzuschreiben.

Im Übrigen lassen sich folgende Anhaltspunkte für eine verhältnismäßige gesetzliche Gestaltung und Rechtsanwendung formulieren: Selbstbestimmung bedeutet für einen an Demenz Erkrankten an erster Stelle, dass er ein Recht hat, über die Diagnose aufgeklärt zu werden, solange er noch Folgerungen hieraus ziehen kann.<sup>44</sup> Hinsichtlich alltäglicher Bedürfnisse sind nur sehr geringe Anforderungen an die Qualität einer Willensbekundung zu stellen. Hunger, Durst oder Schmerz kennen Ausdrucksformen, die keiner förmlichen Erklärungen bedürfen. Geht es um elementare Bedürfnisse und den vitalen Kern menschlichen Daseins, muss Selbstbestimmung respektiert werden, gleich wie unvollkommen und ungesteuert sich ein natürliches Willensfragment ausdrücken mag. Die Art. 2 Abs. 2 GG inhärente Entscheidung für den objektiven Lebensschutz gebietet es schließlich, den individuellen Lebenswillen als Normfall zu unterstellen (siehe IV. 2.). Kognitive Reflexionsfähigkeit über das Leben darf nicht verlangt werden.

#### 4. Selbstbestimmung, Betreuerwille und mutmaßlicher Wille

Grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung darf nicht gleichgesetzt werden mit Willenssurrogaten, obschon dies gerade in der Rechtsprechung mitunter vorkommt. Die verfassungsrechtlich geschützte, in der Würde des Menschen wurzelnde Selbstbestimmung ist Ausdruck *individueller* Freiheit. Entscheidungen über die Reichweite medizinischer, zumal lebenserhaltender, Behandlungen sind aus grundrechtlicher Sicht höchstpersönlicher Natur, also vertretungsfeindlich.<sup>45</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat frühzeitig zutreffend festgestellt, dass ein Grundrechtseingriff nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass der zur Personensorge Berechtigte diesem Eingriff zustimme.<sup>46</sup> Insbesondere darf der Staat Privaten keine Verfügungsgewalt über die Würde und das Leben Dritter verschaffen. Aus grundrechtlicher Sicht darf daher auch die Einwilligung eines Betreuers nicht mit der Einwilligung des Dementen gleichgesetzt werden. Lässt das geltende Recht eine Entscheidung des Betreuers ohne oder gar gegen den Willen des Betroffenen zu, so muss die damit verbundene zwangsweise Unterwerfung unter einen fremden Willen vielmehr ihrerseits als Eingriff zu rechtfertigen sein,<sup>47</sup> wobei hier strenge Anforderungen an die Zumutbarkeit zu stellen sind.

Dies gilt erst Recht für den Rekurs auf einen so genannten mutmaßlichen Willen, der zum Tragen kommt, um Entscheidungen für eine nicht mehr einwilligungsfähige

Person zu treffen. Der BGH hat einen Behandlungsabbruch namentlich bereits vor Eintritt des unmittelbaren Sterbeprozesses für zulässig erachtet, wenn dies dem mutmaßlichen Willen des Einwilligungsunfähigen entspreche.<sup>48</sup> In eine solche Situation kann aber ein an Demenz erkrankter Mensch jederzeit geraten.<sup>49</sup> Schon die Beladenheit mit vielfältigen rechtlichen Problemen und Streitigkeiten<sup>50</sup> sollte zur Vorsicht im Umgang mit einem bloß mutmaßlichen Willen ermahnen.<sup>51</sup> Oft wird der mutmaßliche Wille als funktionales Äquivalent des tatsächlichen Willens behandelt.<sup>52</sup> Er soll insoweit sogar Grundrechtsschutz genießen.<sup>53</sup> Es ginge auch hier letztlich um den Willen des Patienten. Dies ist falsch. Tatsächlich artikulierter und mutmaßlicher Wille sind grundlegend verschiedene Ansatzpunkte für rechtliche Entscheidungen. Der mutmaßliche Wille ist nicht mehr als eine „Willensfiktion“.<sup>54</sup> Oder anders gewendet: Der mutmaßliche Wille beantwortet in einer prekären Entscheidungssituation, in der Unsicherheit über den tatsächlichen Willen besteht, letztlich allein die Frage: *Quis iudicabit?* Der mutmaßliche Wille ist eine rechtsdogmatische Argumentationsfigur, die einen Dritten ermächtigt, anhand bestimmter Kriterien, mögen diese auch einen früheren Willen indizieren,<sup>55</sup> eine tatsächliche Willensbekundung zu ersetzen. Wenn etwa ein staatliches Gericht auf den mutmaßlichen Willen rekurriert, um die Zulässigkeit eines ärztlichen Heileingriffs oder die Beendigung der Heilbehandlung zu rechtfertigen, bedeutet dies nicht weniger als die Delegation von Entscheidungsmacht vom Betroffenen auf den Richter. Der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung

43 Vgl. allgemeiner auch *Zaczyk* (Fn. 10), S. 97.

44 Fragwürdig daher *Stoppe* (Fn. 3), S. 106 f.

45 *C. Hillgruber*, Die Würde des Menschen am Ende seines Lebens – Verfassungsrechtliche Anmerkungen, ZfL 2006, S. 70 (80). Deshalb stellt etwa § 1904 Abs. 3 BGB auch auf den Willen des Betreten ab, nicht hingegen auf die Begründung des Antrags des Betreuers.

46 BVerfGE 10, 302 (309 f.). Auch ist die Bestellung eines Betreuers nach § 1896 BGB als solche aus diesem Grund nicht geeignet, Eingriffe in besondere Freiheitsrechte zu rechtfertigen, vgl. für Art. 13 GG Schleswig-Holsteinisches OLG, FGPrax 2008, S. 70 (70).

47 Vgl. auch BVerfG-K, NJW 2002, S. 206 (206).

48 BGHSt 40, 257 (263); ferner OLG Frankfurt a. M., NJW 1998, S. 2747 (2748).

49 Verzichtet man auf das Kriterium des in kurzer Zeit zu erwartenden Todes, wird auch ein Behandlungsabbruch in Fällen schwerer Demenz diskutabel. So mit Recht die kritische Anmerkung von *Höfling/Rixen* (Fn. 22), S. 887. Teilweise ist diese Folgerung in der Rechtsprechung bereits gezogen worden. So etwa LG Ellwangen, FamRZ 2004, S. 732 (733).

50 Eingehend *Paeflgen* (Fn. 9), Vor § 32, Rn. 157 ff.; *C. Roxin*, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: Festschr. f. Hans Welzel, 1974, S. 447 ff.

51 Mit Recht *Höfling*, (Fn. 1), S. 116; *R. Merkel*, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten mit apallischem Syndrom, ZStW 107 (1995), S. 545 (558).

52 Vgl. BGHZ 154, 205 (211); Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, NJW 1998, S. 3406 (3407, sub IV.).

53 *Hufen* (Fn. 7), S. 852.

54 *Höfling/Rixen* (Fn. 22), S. 893.

55 *Hillgruber* (Fn. 45), S. 78.



gung ist daher originäre Fremdbestimmung.<sup>56</sup> Damit ist noch nichts darüber ausgesagt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Fremdbestimmung ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann. Jedenfalls verbietet es sich aber aus verfassungsrechtlicher Sicht, tatsächlichen und mutmaßlichen Willen unterschiedslos als Ausdruck von Selbstbestimmung zu behandeln sowie in ihrer Reichweite und Wirkung gleichzusetzen. Auch wenn eine wirksame Vorausverfügung vorliegt, muss diese interpretiert werden, was oft erhebliche Schwierigkeiten bereitet, wenn die Willensbekundung lange zurückliegt oder zu pauschal gehalten ist, um Folgerungen in Bezug auf eine konkrete Behandlungsmethode abzuleiten. Fälle einer unklaren Patientenverfügung und Fälle, in denen allein auf einen mutmaßlichen Willen abgestellt werden kann, müssen letztlich parallel behandelt werden.<sup>57</sup> Der Unterschied ist mehr graduell als prinzipiell. Aus der Sicht des individuellen Selbstbestimmungsrechts ist lediglich entscheidend, dass ein Dritter Entscheidungsbefugnisse erhält, der anhand des vorhandenen Interpretationssubstrats den nicht feststellbaren Willen durch eine eigene Willenskonstruktion ersetzt.

### III. Grundrechtsdogmatische Behandlung von Betreuungsmaßnahmen

Konkrete Grundrechtsfragen im Umgang mit Demenzen stellen sich vor allem im Betreuungsrecht, ohne dass hier die verfassungsrechtlichen Koordinaten immer präzise erfasst werden.

#### 1. Staatliche Grundrechtsbindung und Drittwirkung

Oftmals wird der ärztliche Umgang mit Nichteinwilligungsfähigen auf ein bloßes Problem der mittelbaren Drittwirkung reduziert.<sup>58</sup> Damit wird unterstellt, es ginge im Kern um privatrechtliche Rechtsverhältnisse, etwa zwischen dem Patienten und seinem Arzt, seinem Betreuer oder seiner Pflegeeinrichtung. Diese Prämisse beseitigt den Grundrechtsschutz Dementer zwar nicht, reduziert aber dessen Niveau, weil sich die Drittwirkung in einem Umfeld entfaltet, das vom Grundsatz der Privatautonomie geprägt ist und in dem die Grundrechte nur als zu berücksichtigender Wertungsbelang ernst genommen werden.<sup>59</sup> Dies bedarf einer kritischen Überprüfung.

Weitreichende Eingriffe in die Rechte eines Demenzen bedürfen einer vorherigen Genehmigung durch staatliche Instanzen, namentlich durch das zuständige Betreuungsgericht. Als wesentliches Element organisations- und verfahrensrechtlichen Grundrechtsschutzes kann hierauf nicht verzichtet werden (unten 3.). Entscheiden aber staatliche Gerichte über Freiheitsbeeinträchtigungen, haben sie hierbei die unmittelbar geltenden Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) zu beachten.<sup>60</sup>

Dies gilt ohne Einschränkungen auch für betreuungsgerichtliche Maßnahmen auf familienrechtlicher Grundlage (§§ 1896 ff. BGB). Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner bahnbrechenden Entscheidung zur Unterbringung Volljähriger bereits im Jahre 1960 die wesentlichen Koordinaten fixiert, die noch heute maßgeblich sind: „Es verbietet sich hiernach, die Unterbringung volljähriger Geisteskranker durch den Vormund rechtlich so zu würdigen, als ob die Freiheitsentziehung sich im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen zwischen Staatsbürgern abspielte. Der Staat kann sich von der Grundrechtsbindung nicht dadurch befreien, daß er einen Privatmann zur Wahrung einer öffentlichen Aufgabe bestellt und ihm die Entscheidung über den Einsatz staatlicher Machtmittel überläßt.“<sup>61</sup> Was das Bundesverfassungsgericht für die Unterbringung expliziert hat, gilt allgemein für Eingriffe in die körperliche Integrität und die Freiheit der Person, der die Fähigkeit zur uneinrächtigen Willensbetätigung abhanden gekommen ist. Die Bestimmungsgewalt über die elementaren Voraussetzungen eines Lebens als freier Mensch lässt sich nicht privatisieren.

Dies bedeutet aber auch, dass die *Folgen* einer betreuungsgerichtlichen Entscheidung als staatlicher Eingriff bewertet und unmittelbar an den Grundrechten gemessen werden müssen, soweit sie dem Staat *zurechenbar* sind. Eine Zurechnung erfolgt aber nicht nur bei unmittelbaren, gezielt herbeigeführten Rechtsfolgen, sondern unter dem Gesichtspunkt eines mittelbaren Grundrechtseingriffs<sup>62</sup> auch, wenn es um absehbare faktische Auswirkungen der betreuungsgerichtlichen Entscheidung geht.<sup>63</sup> Dies ist jedenfalls immer dann der Fall, wenn konkret beantragte Entscheidungen eines Betreuers genehmigt werden.

56 Jedenfalls vorsichtig in diese Richtung *Höfling/Rixen* (Fn. 22), S. 894, wonach Willenssurrogate ohne geeignete Kriterien zur Willensermittlung „zu trojanischen Pferden der Fremdbestimmung“ werden könnten. Schärfer *W. Höfling*, Patientenautonomie und Patientenverfügungen aus der Sicht der deutschen Vormundschaftsrichter/innen, FPR 2007, S. 67 (68): „schlimmstenfalls integritätsverletzende Fremdbestimmung“.

57 Mit Recht *Hillgruber* (Fn. 45), S. 78.

58 *Hufen* (Fn. 7), S. 850; *H. Kreicker*, RFID-Technik in der Demenzversorgung – Herausforderung für das Betreuungsrecht, NJW 2009, S. 890 (890).

59 Siehe *V. Epping*, Grundrechte, 4. Aufl. (2010), Rn. 353 ff.

60 Für die Betreuerbestellung BVerfG-K, NJW 2002, S. 206 (207); *G. Hessler*, Das Ende des Selbstbestimmungsrechts?, MedR 2003, S. 13 (14); *Höfling/Rixen* (Fn. 22), S. 893.

61 BVerfGE 10, 302 (327).

62 Siehe zu dessen Voraussetzungen *Dreier* (Fn. 33), Vorb., Rn. 125 ff.; *Pieroth/Schlink* (Fn. 31), Rn. 153; *M. Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 5. Aufl. (2009), Vor Art. 1, Rn. 83 ff.

63 Das BVerfG (Kammerentscheidung, NJW 2002, S. 206 [207]) hat einen mittelbaren Eingriff durch Genehmigung von Betreuerhandlungen für möglich erachtet, dies aber in dem entschiedenen Fall offen gelassen, da ein solcher Eingriff jedenfalls gerechtfertigt war. Bejahend AG Siegen, RNotZ 2008, S. 351 (352); jedenfalls implizit BGH, NJW 2006, 1277 (1278 f.), der mit Recht besonders strenge Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit an eine Prüfung der familienrechtlich beantragten Unterbringung anlegt.

Insbesondere die Unterbringung ist ein Dauergrundrechtseingriff. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine (vermeintlich) privatrechtliche Unterbringung nach § 1906 BGB oder um eine öffentlich-rechtliche Unterbringung auf Antrag der zuständigen Behörde nach Maßgabe der Landesunterbringungsgesetze handelt. In beiden Fällen wird dem Betroffenen die Freiheit auf Anordnung eines staatlichen Gerichts auf der Grundlage der §§ 312 ff. FamFG entzogen.<sup>64</sup> Hierbei sind zunächst in formeller Hinsicht die sich aus Art. 104 Abs. 2 GG ergebenden verfassungsrechtlichen Direktiven zu beachten, die auch auf privatrechtlich beantragte Unterbringungen Anwendung finden.<sup>65</sup> Freiheitseinbußen, die der Betroffene durch seine Unterbringung und die damit typischerweise einhergehenden Beschränkungen der persönlichen Lebensführung erleidet,<sup>66</sup> sind dem Staat zurechenbar und unmittelbar an den Grundrechten zu messen. Selbst bei der Unterbringung in einer privaten Pflegeeinrichtung steht jedenfalls der durch gerichtliche Anordnung legitimierte Zwang in Reserve.<sup>67</sup>

## 2. Verhältnismäßigkeit

Freiheitseinschränkungen sind schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auf das unabdingbare Maß zu begrenzen. Dies betrifft gerade den Alltag Dementer. „Nicht Verhinderung und Sicherung, sondern Zulassen und Gewähren müssen den Alltag bestimmen. Denn wie lebenswert ist ein Leben, das so ‚beschützt‘ ist, dass der Schutz selbst es erstickt? Das gemeinsame Handeln von Begleitern und Menschen mit Demenz sollte sich also an einer Alltagsnormalität mit allen Risiken ausrichten.“<sup>68</sup> Zur Bestimmung des Betreuungsbedarfs ist es daher zunächst erforderlich, differenziert diejenigen Aufgabenkreise herauszuarbeiten, in denen der Betroffene auf Hilfe angewiesen ist und mildere Maßnahmen nicht in Betracht kommen.<sup>69</sup> Betreuungsrechtliche Maßnahmen haben also zu unterbleiben, soweit der Betroffene trotz psychischer Erkrankung in der Lage ist, sich im praktischen Leben hinreichend zu orientieren.<sup>70</sup> Im konkreten Umgang mit einem Demenzen ist schließlich jede unnötige Stigmatisierung zu vermeiden.<sup>71</sup>

## 3. Grundrechtsschutz durch Verfahren und seine Grenzen

Der Primat der Selbstbestimmung kann nicht davon entlasten, Entscheidungskompetenzen für den Fall festzulegen, in dem eine einwandfreie Willensbetätigung oder -äußerung des Demenzen scheidert. *Quis iudicabit? Quis interpretabitur?* Dies sind originär rechtliche Fragestellungen, die sich nicht durch Rekurs auf medizinische Befunde, sondern nur normativ entscheiden lassen. Das Recht legt fest, wer letztlich über Gültigkeit, Inhalt und Reichweite von Willensäußerungen zu entscheiden hat

und welche Kriterien hierbei zur Anwendung kommen sollen. Man kann versuchen, an Demenz erkrankte Menschen zumindest vor *unzumutbarer* Fremdbestimmung zu schützen, indem man Betreuerentscheidungen von erheblicher Tragweite von einer gerichtlichen Genehmigung abhängig macht. Dem entspricht die Regelung des § 1904 BGB. Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedürfen hier nach jedenfalls grundsätzlich der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne die Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

Organisations- und verfahrensrechtlicher Grundrechtsschutz ist als Effektuierung des materiellen Grundrechtsschutzes<sup>72</sup> notwendig in Regelungsbereichen, in denen entweder eine hinreichend detaillierte materielle Programmierung gegenstandsspezifisch nicht möglich ist<sup>73</sup> oder in denen zusätzliche Sicherungen geboten sind, um die betroffenen Rechtsgüter durch staatliche Instanzen vor drohenden Verletzungen zu schützen<sup>74</sup>. Dies ist insbesondere dort der Fall, wo Entscheidungen anfällig für Fehler sind, deren Häufigkeit sich durch formale Gegengewichte verringern lässt.<sup>75</sup> Gerade die Betreuung dient dem Schutz des Betreuten, der durch die Betreuung daher nicht gegenüber dem Betreuer

64 Die entsprechenden Bestimmungen gelten ausweislich § 312 Nr. 3 FamFG explizit auch für auf landesrechtlicher Grundlage beantragte Unterbringungen. Kompetenzgrundlage hierfür ist Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, auf der das „gerichtliche Verfahren“ für sämtliche Freiheitsentziehungen außerhalb des Strafrechts geregelt wurde.

65 BVerfGE 10, 302 (322 ff.); OLG Frankfurt, NJW 1953, S. 1187 (1188); Pardey (Fn. 11), § 13, Rn. 6 f.; H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 3. Aufl. (2008), Art. 104, Rn. 65 f. Anders noch BGHZ 17, 108 ff.; OVG Münster, OVG 6, 185 (187); OLG Köln, NJW 1955, S. 320.

66 Solche Beschränkungen werden konsequent von einer richterlichen Unterbringungsentscheidung mitumfasst angesehen, so etwa KG, NJW 1971, 1091; B. Klüsener/H. Rausch, Praktische Probleme bei der Umsetzung des neuen Betreuungsrechts, NJW 1993, S. 617 (623); Schulze-Fielitz (Fn. 65), Art. 104, Rn. 68.

67 BVerfGE 10, 302 (326 f.).

68 Wallrafen-Dreisow/Stelzig (Fn. 30), S. 16.

69 BayObLG, NJWE-FER 2001, S. 206. Diskutiert für den Einsatz der RFID-Technik in der Demenzenversorgung bei Kreicker (Fn. 58), S. 891.

70 OLG Zweibrücken, FamRZ 2004, S. 1815 (1816).

71 Vgl. für die Entmündigung BVerfGE 84, 192 (195 f.).

72 Allgemein BVerfGE 69, 315 (355); ferner etwa BVerfGE 53, 30 (57 ff.); 56, 216 (239 ff.); 73, 280 (296); 84, 34 (45 f.); 84, 59 (72 f.). Siehe mit weiterführenden Nachweisen Dreier (Fn. 33), Vorb., Rn. 105.

73 BVerfGE 90, 60 (96). Dies ist namentlich in Bereichen der Fall, in denen das potenziell konflikträchtige Verhalten von der freien Selbstbestimmung der Akteure abhängig ist. Vgl. BVerfGE 69, 315 (356).

74 Vgl. etwa BVerfGE 63, 131 (143). Zur Abhängigkeit eines Freiheitsbereichs von einer freiheitsermöglichenden Infrastruktur siehe BVerfGE 35, 79 (120 ff.); 57, 295 (320).

75 BVerfGE 84, 59 (73).

schutzlos gestellt werden darf.<sup>76</sup> Ein qualifiziertes Verfahren dient dem Schutz der jeweils korrespondierenden materiellen Freiheitsrechte,<sup>77</sup> vorliegend also vor allem dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der Freiheit der Person und der körperlichen Integrität. Bezogen auf eine psychische Krankheit kommt hierbei vor allem der richterlichen Sachverhaltsklärung entscheidende Bedeutung zu.<sup>78</sup>

Geht es um grundlegende Entscheidungen für Leben oder Gesundheit eines betreuten Demenzpatienten ist eine zusätzliche verfahrensrechtliche Sicherung durch Mitentscheidung eines neutralen Dritten verfassungsrechtlich geboten. Anderenfalls wäre die in jeder Drittentscheidung liegende Fremdbestimmung für den Betroffenen unzumutbar. Die gezielte Einbeziehung staatlicher Instanzen vermindert das Risiko, den Demenzpatienten privater Willkür auszuliefern. Der Eigenwert einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung liegt also darin, dass die beantragte Maßnahme einer zusätzlichen Kontrolle unterworfen wird.<sup>79</sup> Das Recht muss vor allem Vorkehrungen treffen, damit nicht Ärzte, Angehörige und Betreuer unabhängig vom Willen des Betroffenen ihre eigenen Maßstäbe vom Wert des Lebens zur Entscheidungsgrundlage erheben.<sup>80</sup>

Ein einfach-gesetzlicher *Richtervorbehalt* ist zwar nur eine Option prozeduralen Grundrechtsschutzes (alternativ käme vor allem ein behördlicher Genehmigungsvorbehalt in Betracht), aber die effektivste und am besten bewährte Sicherung. Man wird auf eine solche externe Kontrolle nicht verzichten können, ohne ein verfassungsrechtlich gebotenes Mindestschutzniveau zu unterschreiten. Bedenklich erscheint insoweit der Verzicht auf gerichtliche Genehmigung, wenn zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem durch Patientenverfügung festgestellten (§ 1901a Abs. 1 BGB)<sup>81</sup> oder mutmaßlichen (§ 1901a Abs. 2 BGB) Willen des Betreuten entspricht (§ 1904 Abs. 4 BGB). Eine gerichtliche Entscheidung verliert ihren Sinn nämlich noch nicht dadurch, dass eine wirksame Patientenverfügung vorliegt.<sup>82</sup> Denn jede Verfügung bedarf der Auslegung und auf dieser Grundlage einer Subsumption des konkreten Behandlungsfalles unter den artikulierten Willen. Die damit typischerweise verbundenen Unsicherheiten lassen die Beteiligung eines zusätzlichen und balancierenden staatlichen Akteurs geboten erscheinen.<sup>83</sup> Auch Standards ärztlicher Ethik sind kein geeignetes Willenssurrogat. Expertise erledigt nicht die Kompetenzfrage.<sup>84</sup> Damit besteht aber keinerlei prozedurale Vorkehrung mehr, durch die eine fehleranfällig, namentlich oft unter emotionalem Druck erfolgende, Einigung zwischen Arzt und Betreuer einer neutralen Kontrolle im Interesse des Patientenschutzes unterworfen wird. Folglich wird durch § 1904 Abs. 4 BGB das verfassungsrechtlich gebotene grundrechtliche Schutzniveau jedenfalls im

Fall von bewusst lebensverkürzenden Behandlungszielen unterschritten.

Soll das gerichtliche Verfahren seine Schutzfunktion erfüllen, muss es zwangsläufig auch gewissen Mindeststandards genügen: Eine persönliche Anhörung des Betroffenen vor einer betreuungsgerichtlichen Entscheidung ist wesentlicher Bestandteil des fairen Verfahrens<sup>85</sup>, schon weil nur der persönliche Kontakt zum Richter einem zur schriftlichen Artikulation nicht mehr fähigen Betroffenen überhaupt die Möglichkeit gibt, als selbstständiges Verfahrenssubjekt einen Willen zumindest in rudimentärer Form zu artikulieren. Für ein Absehen von der als Regelfall vorgesehenen persönlichen Anhörung nach § 278 FamFG nach Maßgabe des § 34 Abs. 2 i. V. mit § 278 Abs. 4 FamFG wird in Fällen von Demenz grundsätzlich kein Raum sein. Denn auf unmittelbare Eindrücke kann nicht verzichtet werden,<sup>86</sup> weil schon flüchtig wahrnehmbare Gefühlsregungen Schlüsse auf persönliche Wünsche des Demenzen oder auf einen rechtlich relevanten Lebenswillen zulassen können.<sup>87</sup> Da eine Anhörung nicht mehr sein kann als eine punktuelle, flüchtige Momentaufnahme, müssen weitreichende Dauereingriffe zudem in regelmäßigen Abständen überprüft und hierzu persönliche Eindrücke des Richters erneuert werden.

76 So bereits zum Verhältnis von Vormund und Mündel nach altem Recht BVerfGE 10, 302 (324). Trotz aller Vorkehrungen zu weitgehend daher BGH, NJW 2006, S. 1277 (1279).

77 Vgl. nur Dreier (Fn. 33), Vorb., Rn. 105. Im Bereich der Freiheitsentziehungen stehen Art. 104 und Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in einem unlöslichen Zusammenhang. Siehe BVerfGE 10, 302 (322). Vgl. auch Höfling/Rixen (Fn. 22), S. 894: „prozedural ermöglichte Autonomie“.

78 BVerfG-K, NJW 1998, S. 1774 (1775).

79 Hillgruber (Fn. 45), S. 80; vgl. auch H. Holzhauser, Patientenautonomie, Patientenverfügung und Sterbehilfe, FamRZ 2006, S. 518 (518). In diesem Sinne auch BGHZ 154, 205 (212). Entscheidend ist damit, wie der EGMR mit Recht betont, dass das vor einer Betreuungsentscheidung stehende Verfahren eine hinreichende Garantie gegen Willkür gewährleistet. So für Art. 6, 8 EMRK auch EGMR, FamRZ 2008, S. 1734 (1736), Rn. 113.

80 BGHSt 40, 257 (260 f.); Hillgruber (Fn. 45), S. 79.

81 Siehe zu dieser unklaren Bestimmung G. Müller, Die Patientenverfügung nach dem 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz: alles geregelt und vieles ungeklärt, DNotZ 2010, S. 169 ff.

82 So aber V. Lipp, Anmerkung, FamRZ 2003, S. 756.

83 Nicht zu überzeugen vermag daher die Ansicht des BGH (NJW 2005, S. 2385 [2385]), bei einem Einvernehmen zwischen Arzt und Betreuer läge kein Konflikt vor, der die Kontrollzuständigkeit des Betreuungsgerichts auslöse. Gerade das einvernehmliche Vorgehen zwischen Arzt und Betreuer begründet eine Gefahr für das Lebensrecht des Patienten und gegenüber diesem durchaus einen (naturgemäß mangels Artikulationschancen nicht ausgetragenen) Konflikt.

84 Siehe Höfling/Rixen (Fn. 22), S. 893: „Ärztinnen kommt kraft ihrer praktischen Urteilskraft nicht die Kompetenz zu, vorrangig gegenüber anderen Gruppen der Bevölkerung Wertentscheidungen von de facto gesetzvertretender Qualität zu treffen.“

85 EGMR, FamRZ 2008, S. 1734 (1735), Rn. 76.

86 So auch allgemein und mit Recht W. Zimmermann, Das neue FamFG, 2009, Rn. 473.

87 Fragwürdig daher OLG Zweibrücken, FamRZ 2004, S. 1815 (1816).

Nicht übersehen werden darf schließlich, dass der Richter schon begrifflich als neutraler *Dritterentscheidet*,<sup>88</sup> es also auch hier in jedem Fall um eine Form der Fremdbestimmung geht. Die Zuweisung von Entscheidungskompetenzen an das Betreuungsgericht entbindet daher nicht von einer grundsätzlichen Klärung der vorgefälligen Frage, wie weit *materiell* Fremdbestimmung zumutbar ist.<sup>89</sup> Es hilft nichts, ungelöste Probleme und Unsicherheiten den Amtsgerichten aufzubürden, die damit ebenfalls überfordert sind,<sup>90</sup> solange wir uns keine Klarheit über die zulässigen Entscheidungsmaßstäbe verschaffen.<sup>91</sup>

#### IV. Praktische Rechtsprobleme im Umgang mit Dementen

Erhebliche praktische Relevanz im Umgang mit Nicht-einwilligungsfähigen, in Sonderheit mit Dementen, haben in diesem Zusammenhang vor allem zwei Rechtsprobleme, auf die im Folgenden näher eingegangen werden soll: (1.) die Wirkung und die Reichweite von Vorausverfügungen und (2.) die Entscheidungsmaßstäbe bei einem nicht hinreichend feststellbaren Patientenwillen.

##### 1. Vorausverfügungen und ihre Grenzen

Der Wille des Patienten ist Grund und Grenze einer ärztlichen Heilbehandlung. Ein Patient kann als Konsequenz seines Selbstbestimmungsrechts jederzeit den Abbruch eines ärztlichen Heileingriffs verlangen, auch wenn dies sein Leben verkürzt.<sup>92</sup> Dies gilt auch für Demente, sofern diese noch entscheidungsfähig sind.<sup>93</sup> Entscheidungsfähigkeit meint Einwilligungsfähigkeit, die bejaht wird, wenn der Patient die Bedeutung und Tragweite seiner Erklärung (ggf. nach ärztlicher Aufklärung) selbst beurteilen kann.<sup>94</sup> Ob er sich ‚vernünftig‘ verhält, wenn er eine Behandlung verweigert, ist unerheblich.<sup>95</sup> Der Patient kann damit aber auch bestimmte Heileingriffe im Wege der Vorausverfügung als „Selbstbestimmung durch zukunftsirksame Festlegung“<sup>96</sup> vorab untersagen.<sup>97</sup> Der Staat hat dies grundsätzlich zu respektieren.<sup>98</sup>

Eine Vorausverfügung behält (entsprechend dem Gedanken des § 130 Abs. 2 BGB) grundsätzlich ihre Geltung, auch wenn ein Patient später einwilligungsunfähig, konkret: dement, wird.<sup>99</sup> „Liegt eine solche Willensäußerung [...] vor, bindet sie als Ausdruck des fortbestehenden Selbstbestimmungsrechts, aber auch der Selbstbestimmung des Betroffenen den Betreuer; denn schon die Würde des Betroffenen (Art. 1 Abs. 1 GG) verlangt, dass eine von ihm eigenverantwortlich getroffene Entscheidung respektiert wird, wenn er die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Entscheiden inzwischen verloren hat.“<sup>100</sup> Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, inwiefern die mentalen Fähigkeiten

des Betroffenen im Zeitpunkt der ärztlichen Entscheidung über die Behandlung noch ausreichend zur gegenstandsbezogenen Willensbildung sind.

Freilich stellt eine Vorausverfügung in der Regel eine Willensäußerung mit Wirkung für eine unbestimmte Zukunft dar. Die potentiellen Wirkungen einer sog. Patientenverfügung sind folgenreich. Die konkrete Tragweite der getroffenen Entscheidung ist aber für den Erklärenden nur schwer voraussehbar.<sup>101</sup> Schon aus diesem Grund ist es gerechtfertigt, Vorausverfügungen strenger rechtlichen Wirksamkeitsanforderungen zu unterwerfen als aktuelle Willensbekundungen.<sup>102</sup> Jedenfalls die formelle Beschränkung durch das Schriftformerfordernis (§ 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB) ist folglich verfassungskonform, da hierdurch die Authentizität,

88 Siehe zur Neutralität richterlicher Gewalt BVerfGE 14, 56 (69); 48, 300 (316); 60, 175 (203); 67, 65 (68); 103, 111 (140); A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 94 ff.

89 Ganz allgemein und mit Recht gegen eine Prozeduralisierung von Menschenwürde *Isensee* (Fn. 29), S. 124.

90 Dies bestätigt auch die eindrucksvolle Untersuchung über die Anschauungen der zuständigen Richter von W. Höfling/A. Schäfer (Leben und Sterben in Richterhand?, 2006, S. 58 ff.), die zahlreiche Unsicherheiten, Informationsdefizite und Bewertungsdivergenzen selbst in kardinalen Kernfragen offenbarte.

91 In diesem Sinne ebenfalls kritisch gegenüber einer Prozeduralisierung auf Kosten der materiellen Maßstäbe A. Laufs, Zivilrichter über Leben und Tod?, NJW 1998, S. 3399 (3400).

92 BGHSt 40, 257 (260); BGH, NJW 2005, S. 2385 (2385); R. Beckmann, Patiententötung, Behandlungsabbruch, Schmerzbehandlung, DRiZ 2005, S. 252 (254); Höfling/Rixen (Fn. 22), S. 891; R. Ingelfinger, Tötungsverbot und Sterbehilfe, ZfL 2005, S. 38 (41); A. Roth, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, S. 494 (495).

93 Holzhauser (Fn. 80), S. 521.

94 E. Deutsch/A. Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. (2008), Rn. 685 ff.; K. Kutzer, Sterbehilfe – rechtlich ethische Aspekte, DRiZ 2005, S. 257 (259).

95 Mit Recht C. Berger, Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, JZ 2000, S. 797 (801); tendenziell anders aber G. Duttige, Lebensschutz und Selbstbestimmung am Lebensende, ZfL 2004, S. 30 (34).

96 M. Sachs, Abwehrrechte, in: K. Stern (Hrsg.), Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 642.

97 Stellvertretend statt vieler BGHZ 154, 205 (210 f., 217); Berger (Fn. 96), S. 800 f.; R. Coeppicus, Aktive und passive Sterbehilfe – Abbruch von Behandlung und Ernährung aus vormundschaftsgerichtlicher Sicht, FPR 2007, S. 63 (64); Hillgruber (Fn. 45), S. 78. Anders früher noch etwa W. Spann, Das „Patiententestament“, MedR 1983, S. 13 ff.; J. Detering, § 216 StGB und die aktuelle Diskussion um die Sterbehilfe, JuS 1983, S. 418 (422).

98 Hillgruber (Fn. 4), S. 122.

99 BGHZ 154, 205 (210 f., 217); Coeppicus (Fn. 98), S. 64; M.-M. Hahne, Die Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Frage der Patientenautonomie am Ende des Lebens, DRiZ 2005, S. 244 (245); Höfling (Fn. 1), S. 115; ders./Rixen (Fn. 22), S. 890; K. Kutzer, Probleme der Sterbehilfe – Entwicklung und Stand der Diskussion, FPR 2004, S. 683 (687).

100 BGHZ 154, 205 (217); zustimmend Hillgruber (Fn. 45), S. 78.

101 Siehe D. Dölling, Zulässigkeit und Grenzen der Sterbehilfe, MedR 1987, S. 6 (9).

102 Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin – Patientenverfügungen, BT-Drs. 15/3700, S. 38: „Eine unterschiedliche Behandlung von Patientenverfügung und aktueller Willensäußerung rechtfertigt sich zudem dadurch, dass es sich bei einer Patientenverfügung nicht um eine unmittelbare Ausübung des Selbstbestimmungsrechts handelt, sondern um eine Vorausverfügung für eine nur schwer voraussehbare Situation.“

Bestimmtheit, Vollständigkeit und Beweisbarkeit einer Willensbekundung gewährleistet werden soll.<sup>103</sup>

Das eigentliche Kernproblem liegt freilich in der Rechtsfrage, inwiefern eine wirksam getroffene Vorausverfügung, lebenserhaltende Maßnahmen etwa im Falle schwerer Demenz abubrechen, später unwirksam wird, wenn der Betroffene – inzwischen in der Regel in Unkenntnis der früheren Verfügung – Lebenswillen zeigt. Als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts ist eine Vorausverfügung zunächst jederzeit formlos widerruflich.<sup>104</sup> Entscheidend ist allein, welche Qualitätsanforderungen man einem Widerruf abverlangt. Bisweilen wird an der Kontinuität der Vorausverfügung um jeden Preis festgehalten: „Zeigt der schwer demente Patient Lebenswillen und verlangt er entgegen seinen früheren Anordnungen zum Beispiel nach Essen und Trinken, ist das kein rechtswirksamer Widerruf. Denn die Rechtswirksamkeit eines Widerrufs setzt Einwilligungsfähigkeit voraus.“<sup>105</sup> Teils wird für den Widerruf einer Vorsorgevollmacht sogar noch weitergehend die Geschäftsfähigkeit verlangt.<sup>106</sup> Dies ist aus mehreren Gründen unzutreffend. Zunächst einmal ist eine Einwilligung in Eingriffe in die körperliche Integrität keine Willenserklärung, sondern subjektiver Realakt,<sup>107</sup> der als Ausdruck persönlicher Selbstbestimmung auch dann Rechtswirkungen zu entfalten vermag, wenn die Geschäftsfähigkeit fehlt. Aber auch Einwilligungsfähigkeit kann, sofern man diese an anspruchsvolle kognitive Voraussetzungen knüpft, nicht verlangt werden.<sup>108</sup> Geht es um den Erhalt der körperlichen Integrität, genügt es, dass ein einfacher (nicht notwendig verbalisierter) lebensbejahender Willen zu erkennen ist.<sup>109</sup> Lebenswille erfordert keine anspruchsvolle Reflexion oder gar rechtsgeschäftliche Einsichtsfähigkeit. Er ist in jeder Form zu schützen. Dann reicht aber zum Widerruf einer Verfügung, die auf die Beendigung des Lebens durch Änderung des Behandlungsziels hinauslaufen würde, jede faktische Gefühlsregung, die auf einen einfachen (uns nicht notwendigerweise verständlichen) Lebenswillen schließen lässt. Die Welt eines Dementen ist anders, muss aber als subjektives Erleben des Betroffenen respektiert werden.<sup>110</sup> Demente können Lebensfreude empfinden.<sup>111</sup> Sie haben Gefühle und können emotionale Signale sowie ihre Umwelt weiterhin wahrnehmen. Dann aber reichen für den Widerruf einer gegenläufigen Patientenverfügung Ausdrücke von Freude am Alltag, erkennbare Bedürfnisse nach emotionaler Wärme oder Signale, mit denen ein Mensch mit Demenz seine Umgebung an seiner Welt teilhaben lassen will. Selbstbestimmung verwirklicht sich immer nur im Rahmen der faktisch gegebenen Kognitions- und Artikulationsmöglichkeiten. Ist hiervon nur wenig verblieben, ist es erst recht unabdingbar, jedenfalls den faktischen Selbstbestimmungsrest uneingeschränkt zu bewahren, d. h. rechtlich anzuerkennen. Darüber hinaus würde ein unbedingtes Festhalten an der Gültigkeit früherer Vorausverfügungen aber auch

den persönlichkeitsbezogenen Auswirkungen einer Demenzerkrankung nicht gerecht. Bereits die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestags „Ethik und Recht der modernen Medizin“ hat darauf hingewiesen, dass eine unbedingte Fortschreibung einer Patientenverfügung dann fragwürdig wird, „wenn sich aufgrund einer Erkrankung oder Schädigung eine so schwerwiegende Diskontinuität in der Persönlichkeit des oder der Betroffenen ergeben hat, dass sie die Verbindlichkeit der Patientenverfügung aufzuheben geeignet ist.“<sup>112</sup> Der Demente kann ab einem bestimmten Stadium nicht mehr an einen ungebrochenen biografischen Erfahrungs- und Erlebnishorizont anknüpfen. Er muss seinen Willen dann zwangsläufig aus einer neuen, veränderten Lebenswelt heraus bilden und aufgrund der Flüchtigkeit der Gedanken gegebenenfalls fortwährend aktualisieren können. Hielte man den Demenzpatienten hingegen an seinem früheren – unbeeinträchtigten – Willensentschluss fest, würde man ihm genau dieses Recht absprechen. Den an Demenz erkrankten Menschen als Menschen und damit als Träger von Würde und Rechten anzuerkennen, heißt auch, seine biografische Diskontinuität zu respektieren.<sup>113</sup> Die Menschenwürde verbietet es, den Dementen zu einem willenlosen

103 *W. Höfling*, Gesetz zur Sicherung der Autonomie und Integrität von Patienten am Lebensende (Patientenautonomie- und Integritätsschutzgesetz), MedR 2006, S. 25 (28); vgl. auch *Ingelfinger* (Fn. 93), S. 42.

104 *Berger* (Fn. 96), S. 802; *Roth* (Fn. 93), S. 497. Dies stellt nunmehr § 1901a Abs. 1 Satz 3 BGB ausdrücklich klar. Vgl. zuvor bereits BGH, NJW 2005, S. 2385 (2386).

105 *Coeppicus* (Fn. 98), S. 64 f. Ebenso *Hahne* (Fn. 100), S. 245; hiergegen aber *Taupitz* (Fn. 7), S. A 117 f., der die Frage im Übrigen als Beweislastproblem behandelt. Zutreffend gegen einen Schematismus auch *Holzauer* (Fn. 80), S. 522. Mit Recht weist schließlich *Laufs* (Fn. 92), S. 3400, auf die Relativität der Aussagekraft einer Vorausverfügung hin, deren Indizwirkung mit zunehmendem Zeitabstand abnehme.

106 *A. Spickhoff*, Die Patientenautonomie am Lebensende: Ende der Patientenautonomie? Zur Feststellbarkeit und Durchsetzbarkeit des realen oder hypothetischen Willens des Patienten, NJW 2000, 2297 (2301).

107 Mit Recht *Holzauer* (Fn. 80), S. 519; ähnlich *Berger* (Fn. 96), S. 801 f.; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 95), Rn. 155; *Roth* (Fn. 93), S. 496 f. Anderer Ansicht aber *W. Kohle*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), S. 105 (152 f.); *D. Schwab*, Betreuung und private Fürsorge, in: Festschr. f. Joachim Gernhuber, 1993, S. 815 (821).

108 So auch *Berger* (Fn. 96), S. 802.

109 *Holzauer* (Fn. 80), S. 521, 523; *Kutzer* (Fn. 100), S. 687; siehe ferner noch *Kutzer* (Fn. 95), S. 261, der freilich darauf rekurriert, der Lebenswille sei „das höherwertige Rechtsgut als das Recht zur Selbstbestimmung im früheren Zustand der Entscheidungsfähigkeit“. Dies ist insoweit irreführend, als auch die Artikulation von Lebenswillen, und sei es auch in einer sehr zurückgenommenen Form, Ausübung von Selbstbestimmung ist.

110 *Böckmann* (Fn. 3), S. 649, 652.

111 *Holzauer* (Fn. 80), S. 522.

112 Enquete-Kommission (Fn. 103), BT-Drs. 15/3700, S. 38.

113 Eine Relevanz der Diskontinuität tendenziell befürwortend *Ingelfinger* (Fn. 93), S. 44. In anderem Kontext, aber durchaus in diesem Sinne auch *M. Schmoedel*, Vorwort – Leitlinien für die juristische Praxis, in: ders. (Hrsg.), Demenz und Recht, 2000, S. 5 (5). Eingehend zum Problem personaler Diskontinuität aus strafrechtlicher Sicht *R. Merkel*, Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung, JZ 1999, S. 502 ff.

Annex der früheren, rational handelnden Persönlichkeit zu reduzieren, der allenfalls noch als Mitleid erregendes Mitgeschöpf, nicht mehr aber als Mitmensch mit Recht auf Selbstbestimmung wahrgenommen wird. Von der Rechtsperson verbliebe nur noch *massa carnis*, eine körperliche Hülle auf dem Weg in die Beseitigung, den eine ihm entfremdete, frühere, sprich: andere, psychische Entität für ihn vorbestimmt hat.

Insoweit kann es auch nicht darauf ankommen, ob eine frühere Patientenverfügung eine Fortsetzung der Behandlung im Falle von Demenz selbst dann explizit ausschließt, dass ein natürlicher Lebenswille erkennbar ist.<sup>114</sup> Denn auch eine solche Verfügung kann jederzeit derogiert werden. Die Möglichkeiten, sich selbst durch Vorausverfügung zu binden, sind hierdurch in der Tat reduziert.<sup>115</sup> Das Primat der Selbstbestimmung wird hingegen nicht eingeschränkt. Im Gegenteil: Erst indem man auch nachfolgende, im Stadium der Demenzerkrankung getätigte Willensäußerungen rechtlich ernst nimmt, wird für den Betroffenen lebenslange Selbstbestimmung möglich. Die fiktive Frage an das frühere Ich: „Hätte ich gewollt, so zu leben?“ stellt sich dann nicht mehr.

## 2. Verfassungskonforme Regeln für Zweifelsfälle

Sind keine hinreichend verdichteten Anhaltspunkte eines tatsächlichen Willens vorhanden, so verbieten sich Entscheidungen, die rein spekulativ mit einem mutmaßlichen Willen begründet werden.<sup>116</sup> Da Entscheidungen unausweichlich sind, müssen Maßstäbe anderweitig gewonnen werden.<sup>117</sup> Entscheidend sind jedoch nicht allgemeine gesellschaftliche Wertanschauungen,<sup>118</sup> sondern allein Wertungen des Rechts. Der Umgang mit Unsicherheit in Bezug auf einen nicht feststellbaren Willen des Dementen verläuft dann aber zwangsläufig asymmetrisch, und zwar zugunsten des Lebensschutzes:

An erster Stelle gilt das „strikte Gebot der Lebenswert-Indifferenz“.<sup>119</sup> Die Menschenwürde verbietet es, Leben als wertlos zu behandeln, mag dieses noch so erbärmlich erscheinen. Niemand darf das Leben eines anderen für nicht mehr lebenswert erklären.<sup>120</sup> Kein Dritter kann für den Betroffenen entscheiden, welchen Wert das Leben für ihn hat.<sup>121</sup> Allein der Grundrechtsträger selbst mag seinem Leben einen verbleibenden Wert absprechen. „Eine Rechtsordnung [...], die auf der unantastbaren Würde des Menschen, jedes Menschen gründet, die jedem Menschen Wert und Würde zuschreibt, kann die handlungsleitende externe Bewertung eines Menschen als ‚lebensunwert‘, ‚nicht mehr lebenswert‘ unter keinen Umständen akzeptieren.“<sup>122</sup> Die verbliebene Lebensqualität ist mithin kein verfassungsrechtlich legitimes Differenzierungskriterium, auf das ein Behandlungsabbruch gestützt oder die Vorenthaltung lebensnotwendiger Nahrungs- bzw. Wasserzufuhr gerechtfertigt werden

könnte.<sup>123</sup> Dies hat aber entscheidende Folgen für den Fall, in dem ein hinreichend konkreter und aktueller Wille des Betroffenen nicht erkennbar ist: Der Rekurs auf einen lediglich mutmaßlichen Willen zur Lebensbeendigung ist generell abgeschnitten.<sup>124</sup> Denn jede Mutmaßung über einen hypothetischen Lebenswillen enthielte die Anmaßung eines Dritten, ein Urteil über den verbliebenen Lebenswert zu fällen.

Zudem besteht bei der Interpretation des tatsächlichen Willens, der in Fragmenten feststellbar ist, eine allgemeine Vermutungsregel „pro vita“<sup>125</sup>: Aus der Wertentscheidung des Grundrechts auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), verstärkt durch die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), folgt, dass eine Regelvermutung für das „Le-

114 So aber *T. Verrel*, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag (2006), S. C 88 f.

115 Man mag auch dies als Ausdruck staatlichen Lebensschutzes werten. Siehe den Zwischenbericht der Enquete-Kommission (Fn. 103), BT-Drs. 15/3700, S. 38: „Eine Beschränkung der Reichweite von Patientenverfügungen ergibt sich daher aus der objektivrechtlichen Verpflichtung des Staates zum Lebensschutz, die ihm die Pflicht auferlegt, die Entstehung eines Klimas zu vermeiden, in dem Druck auf ältere und/oder schwerkranke Menschen ausgeübt werden kann, ihr Leben mittels einer Patientenverfügung willentlich beenden zu lassen, und ihn dazu anhält, Missbrauchsrisiken in der Anwendung von Patientenverfügungen so weit wie möglich zu minimieren. Gerade in Zeiten der Ressourcenknappheit ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass Patientenverfügungen ohne Reichweitenbeschränkung zum Mittel der Kostensenkung instrumentalisiert werden.“

116 *Hillgruber* (Fn. 45), S. 79.

117 *Verrel* (Fn. 115), S. C 92.

118 So aber BGHSt 40, 257 (263); *Hahne* (Fn. 100), S. 245. Mit Recht kritisch etwa *K. Dörner*, Hält der BGH die „Freigabe lebensunwerten Lebens“ wieder für diskutabel, ZRP 1996, S. 93 (95); *W. Seitz*, Das OLG Frankfurt a. M. und die Sterbehilfe, ZRP 1998, S. 417 (421).

119 *Höfling/Rixen* (Fn. 22), S. 894.

120 So aber oftmals eine Argumentation mit spekulativen Interessen des Patienten. Siehe etwa *C. Roxin*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe, in: *ders./U. Schroth* (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 2. Aufl. (2001), S. 93 (108). Hiergegen mit Recht etwa *Hillgruber* (Fn. 45), S. 74.

121 *Holzhauser* (Fn. 80), S. 525.

122 *Hillgruber* (Fn. 45), S. 74.

123 *Höfling*, (Fn. 1), S. 117.

124 In eine ähnliche Richtung ging eine frühere Auffassung, die Entscheidungen gegen lebensverlängernde oder lebenserhaltende Maßnahmen als höchstpersönliche Entscheidungen generell der Zuständigkeit des Betreuers entzogen sehen wollten. So LG München I, FamRZ 1999, S. 742; LG Augsburg, FamRZ 2000, S. 320 (321); *H. Lilie*, in: *A. Wienke/H. D. Lippert* (Hrsg.), Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben, 2001, S. 75 (83); *Seitz* (Fn. 119), S. 420; hiergegen aber BGHZ 154, 205 (213); *K. F. Stoffers*, Die Anwendung des § 1904 BGB über die vormundschaftliche Genehmigung im Fall von Sterbehilfe, ZfL 1999, S. 90 (94).

125 *Höfling/Rixen* (Fn. 22), S. 894; *Holzhauser* (Fn. 80), S. 521. Ferner *Höfling*, (Fn. 1), S. 117. In diese Richtung auch BGHSt 40, 257 (263); OLG Frankfurt a. M., NJW 1998, S. 2747 (2749). Hier nach seien an die Feststellung einer mutmaßlichen Einwilligung „wegen des Lebensschutzes in tatsächlicher Hinsicht strenge Anforderungen zu stellen“, „während bei nicht aufklärbarer mutmaßlicher Einwilligung dem Lebensschutz Vorrang einzuräumen“ sei. Kritisch aber *Verrel* (Fn. 115), S. C 91 ff., der sich gegen einen Behandlungsautomatismus wendet und eine differenzierte Bewertung nach Maßgabe des Krankheitsstadiums fordert.

benwollen“ des Betroffenen spricht.<sup>126</sup> Eine Tötung beseitigt die Subjektsqualität, die Art. 1 Abs. 1 GG gerade schützen will. Es verbietet sich daher dem einwilligungsunfähigen Patienten einen Willen zu unterstellen, er wolle seine Subjektsqualität verlieren.<sup>127</sup> Das Risiko einer Fehlbeurteilung durch Ärzte, Betreuer und Betreuungsgericht bleibt nur dann erträglich, wenn im Zweifel für das Leben entschieden wird. Dieser subjektiv-rechtliche Schutzaspekt wird ergänzt durch ein objektives Interesse am Lebensschutz: Jede rechtliche Öffnung für Optionen gegen das Leben birgt das Risiko, die gesellschaftliche Wertschätzung für das Leben als solche zu erodieren und damit mittelbar das Weiterlebenwollen unter moralischen Rechtfertigungsdruck zu stellen.<sup>128</sup>

Es bleiben allenfalls Extremfälle, in denen es zu einer Entwürdigung durch Degradierung des Patienten zu einem passiven Objekt der Medizintechnik kommt.<sup>129</sup> Allein eine intensivmedizinische Lebenserhaltung oder Maßnahmen, die ein Verhungern oder Verdursten verhindern sollen, beeinträchtigen jedoch als solche noch nicht die Menschenwürde.<sup>130</sup> Für hypothetische Extremfälle einer Kollision von Menschenwürde und Menschenleben lassen sich ohnehin nur schwer abstrakte Regeln aufstellen. Für den hier thematisierten Bereich der Demenz jedenfalls bedürfen wir ihrer nicht. Notwendig ist vielmehr eine Gewöhnung daran, Demenz als Alltagsphänomen anzuerkennen, um die praktischen Probleme zu lösen, die ein Leben in Demenz und Würde mit sich bringt.

## V. Schlussbetrachtung

Hier wurde vor allem über Grenzsituationen des Lebens und ihre rechtliche Verarbeitung gesprochen. Dies hat seinen guten Grund. Grenzkonflikte markieren erst,

was uns etwas wert ist, wenn es auf Sein oder Nichtsein ankommt. Dies ändert nichts daran, dass sich der gesellschaftliche Umgang mit Demenz gerade im alltäglichen Leben bewähren muss. Im Alltag sind es vor allem aufopferungsvolle Angehörige, die Perspektiven eines würdigen Lebens in Demenz überhaupt erst möglich machen.<sup>131</sup> Das Recht kann weder emotionale Nähe noch Lebensfreude stiften. Es kann aber Betroffenen diese Aufgabe erleichtern, indem es Risiken solidarisiert und Betroffene durch materielle Absicherung entlastet. Dies setzt Verständigung darüber voraus, was wir von einem würdigen Leben in Demenz, die jeden treffen kann, erwarten und was wir uns dies kosten lassen.<sup>132</sup> Wer hierüber nicht rechtzeitig redet, wird letztlich von der zermalmenden Kraft ökonomischer Rationalität und gesellschaftlicher Nutzenerwartungen überrollt. „Respekt ist die Alltagswahrung des grundgesetzlich verankerten Menschenbildes.“<sup>133</sup> Respekt im Alltag als Ausdruck der Anerkennung des Anderen in gleicher Würde werden wir Menschen mit Demenz nur dann entgegenbringen, wenn wir das Leben auch in seiner Nachtseite annehmen und Demente als selbstverständlichen Bestandteil unserer Gesellschaft akzeptieren.<sup>134</sup>

126 Höfling, (Fn. 1), S. 117; ders., Das Tötungsverbot und die Grenzen seiner Einschränkung aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZfL 2002, S. 34 (41); ähnlich Dölling (Fn. 102), S. 9.

127 Hillgruber (Fn. 45), S. 80.

128 Hillgruber (Fn. 45), S. 72.

129 Hufen (Fn. 7), S. 851.

130 K. Bernsmann, Der Umgang mit irreversibel bewußtlosen Personen im Strafrecht, ZRP 1996, S. 87 (91); Höfling (Fn. 1), S. 115.

131 Dass das Recht die Rolle der Pflegenden nicht ignorieren darf, fordert mit Recht Dörner (Fn. 119), S. 95.

132 Vgl. M. Pawlik, Sprechen wir über die Kosten hinter der Autonomieflöskel, FAZ v. 10. 2. 2010, S. 28.

133 A. Glück, Warum wir uns ändern müssen, 2010, S. 131.

134 In diesem Sinne auch Dörner (Fn. 36), S. 604.

## beitrag

Prof. Dr. theol. Peter Schallenberg, Paderborn

# Sterbehilfe zwischen Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung

## I. Begriffe und Kriterien

Das Problem der Sterbehilfe und der medizinisch assistierten Sterbebegleitung ist alt. Schon im 5. Jahrhundert vor Christus spricht der Eid des Hippokrates von einem Verbot der aktiven Euthanasie und der Beihilfe zur Selbsttötung. Ungeachtet dessen wissen wir von eugenischer Kindstötung in Sparta, und Plato verteidigt in seiner utopischen Schrift „Politeia“ aktive wie auch passive Euthanasie. Auch die Stoa (und unter ihrem

Einfluss später Cato und Seneca) erlaubt aktive Tötung am Lebensende, wenn und insofern körperliche oder seelische Leiden die Vernunft oder die Möglichkeit sittlichen Handelns aufheben. Daneben meint Euthanasie als Bezeichnung eines guten Todes in der Antike aber auch den ehrenvollen Tod.<sup>1</sup> Für Judentum, Christentum und Islam galten Euthanasie - die direkte Tötung eines kranken Menschen - wie auch der Selbstmord als schwe-

1 Vgl. TACITUS: Annales XV 60-64.

re Sünde. Augustinus lehnt ausdrücklich die Tötung auf Verlangen ab: „Es ist nicht erlaubt, einen anderen zu töten, auch wenn er es wollte, ja selbst wenn er darum bitten würde, es ist nicht einmal erlaubt, wenn ein Kranker nicht mehr zu leben imstande wäre.“<sup>2</sup> Dies zitiert Thomas von Aquin in seiner „Summa“ und begründet seine Ablehnung der Selbsttötung mit drei Argumenten: Es widerspricht der natürlichen Selbstliebe und damit dem Naturrecht, es widerspricht der Gemeinschaft der Menschen und ihrem Wunsch nach Freundschaft, es widerspricht dem Willen Gottes und seinem Geschenk des Lebens als Gabe und Aufgabe zugleich.<sup>3</sup> Erst Francis Bacon unterscheidet dann 1605 erstmals zwischen „euthanasia exterior“ als aktives Herbeiführen des Todes und „euthanasia interior“ als Begleitung beim Sterben. Im 19. Jahrhundert plädiert der Sozialdarwinismus offen für ein individuelles Recht auf den persönlichen, selbst gesteuerten und herbeigeführten Tod, ja sogar für eine direkte Tötung so genannten „lebensunwerten“ Lebens. Ernst Haeckel fordert in seiner Schrift „Ewigkeit“<sup>4</sup> 1915 offen die Tötung von Krüppeln und Geisteskranken. Auch in England und in den USA findet diese Anschauung Anhänger; 1935 wird in England die „Voluntary Euthanasia Legalization Society“ gegründet, 1938 in den USA die „Euthanasia Society“. Das NS-Regime betrieb 1939 bis 1941 offiziell im so genannten T4-Programm Euthanasie als planmäßige Vernichtung „lebensunwerten Lebens“; erst auf Druck und massiven Protest der beiden christlichen Kirchen kommt es zum Abbruch der offiziellen Tötungsaktionen.

Auf diesem Hintergrund ist die traditionelle Differenzierung im Sprachgebrauch zu sehen: Aktive Euthanasie meint die überlegte Verabreichung lebensverkürzender Substanzen oder Maßnahmen mit der Absicht der Herbeiführung des Todes (durchaus mit dem an sich ehrenwerten Motiv der Vermeidung von Schmerz und Leiden), passive Euthanasie meint den Abbruch oder die Nicht-Aufnahme einer für die Lebenserhaltung notwendigen medizinischen Behandlung. Indirekte Euthanasie hingegen setzt das Konstrukt der Handlung mit Doppelleffekt voraus und schaut mehr auf die Motivation und die konkrete Intention des handelnden Menschen: ein gutes Ziel wird angestrebt, ein Nebenziel wird toleriert, das nicht „prima in intentione“ liegen darf, also nicht direktes Handlungsziel sein darf. Dies gilt etwa für die Bereitstellung einer palliativen Therapie oder Arznei mit dem Hauptziel der Schmerzbekämpfung oder Sedierung des Patienten bis zum Eintritt des natürlichen Todes. Voraussetzung ist immer die zumindest vermutete oder wahrscheinliche Einwilligung des Patienten. Schon Pius XII. erlaubte 1957 diese Hinnahme des früheren Todes des Patienten als tolerierte Nebenfolge, „praeter intentionem“ des Handelnden liegend, sofern billigerweise kein anderes Mittel zum Einsatz kommen kann. Damit geht die theologische Ethik nicht allein von den Ergebnissen der Handlung, sondern von

einer Unterscheidung der Handlungsziele aus. Hinzu kommt die aktuelle Diskussion um das Todeskriterium und den Zeitpunkt des Todes, nachdem insbesondere die Transplantationsmedizin den Hirntod als ultimativer Todeskriterium fordert. Hier kann aus Sicht der theologischen Ethik der Hirntod als Symbol des Persontodes akzeptiert werden, sofern eine Eigendynamik der Transplantationsmedizin vermieden wird, etwa durch eine explizite Zustimmungslösung, wie sie auch die derzeitige Gesetzeslage vorsieht.

Wir befinden uns (am Ende der schon von Romano Guardini so beschriebenen Neuzeit) in einer rasanten technisch dominierten Entwicklung. Dieser technische Fortschritt entwickelt eine für den betroffenen Menschen eigentümliche Sogwirkung, gerade am Ende des Lebens und unter den technischen Bedingungen der modernen Medizin, insbesondere im Blick auf die biologische und normativ verstandene Natur des Menschen.<sup>5</sup> Dies hat zu tun mit dem für die Ethik eigentümlichen und grundlegenden Begriff von menschlicher Freiheit. Ethik versteht sich als Reflexion auf Moral, also auf überindividuelle Überlieferungen und zugleich (und seit dem Beginn der Neuzeit wichtiger den je) auf die höchst individuellen Möglichkeiten einer konkreten Person. Ethik will demnach eine Theorie des guten Lebens sein, als Anleitung für eine gute und richtige Lebenspraxis. Gefragt wird aus Sicht der Ethik nach dem möglichst guten, umfassend gelungenen Leben, und zwar dem universal guten Leben, verbürgt im universal gültigen Recht, wie auch dem persönlich guten Leben. Im Bereich natürlicher Zwänge braucht es keine Ethik. Vielmehr ist Ethik da am Platz, wo Menschen die Freiheit der Entscheidung und der Selbstbestimmung haben. In dem Moment freilich, in dem die Technik zu einer immer weiteren Durchdringung verschiedener Lebensbereiche führt, scheint die Notwendigkeit von Ethik (als bewusster Reflexion auf die Möglichkeiten menschlicher Freiheit) abzunehmen. Dies gilt in verschiedenen Lebensbereichen des Menschen, gerade hinsichtlich der medizinischen Ethik und der Intensivmedizin. Schon vor Jahren unterstrich Hans Jonas: „Die moderne Medizin leidet nicht an ihren Mängeln. Sie kann nicht zu wenig, sondern zu viel. Sie krankt nicht an ihrem Versagen, sondern am Übermaß ihrer Macht. Ihre Krise ist kein Zeichen von Schwäche, sondern allein das Fieber eines nie da gewesenen technischen Erfolges. (...) Der moderne Arzt muss sich heute fühlen wenn nicht wie Gott selbst, dann zumindest wie ein Erzengel.“<sup>6</sup>

2 AUGUSTINUS: Epistula 204,5 (PL 33,940).

3 THOMAS VON AQUIN: Summa Theologiae II-II 64, 5.

4 HAECKEL, ERNST: Ewigkeit. Weltkriegsgedanken über Leben und Tod, Jena 1915.

5 Vgl. WEISS, MARTIN (Hg.): Bios und Zoë. Die menschliche Natur im Zeitalter ihrer technischen Reproduzierbarkeit, Frankfurt/M. 2009.

6 JONAS, HANS: Technik, Medizin und Ethik, Frankfurt/M. 1985, 47.



Hinzu kommt aber im Blick auf die Wurzeln der abendländischen Ethik auch: Diese Art der Ethik reflektiert nicht nur und nicht primär auf technisch richtig ausgeführte Handlungen, die in der Tradition als „Wirkhandlungen“ (actus effectivus, Herstellung eines bestimmten Handlungszieles) bezeichnet werden, sondern vor allem auf die so genannten „Ausdruckshandlungen“ (actus expressivus, Umsetzung einer inneren Motivation und Intention in eine äußere Handlung), jene Art von Handlungen also, die nicht allein Richtigkeit herstellen, sondern Gutheit zum Ausdruck bringen und verbürgen wollen. Solche Ausdruckshandlungen sind oft relativ weit entfernt vom technischen Paradigma und weisen zugleich deutlich hin auf eine der Ethik notwendig innewohnende Unterscheidung von Gutheit und Richtigkeit. Hier besteht aktuell die Gefahr, dass da, wo Technik möglich ist, Überlegungen zur Ausdruckshandlung ungebührlich in den Hintergrund gedrängt werden. Dabei wäre es gerade in den Grenzsituationen des menschlichen Lebens, also am Anfang und am Ende der biologischen Personalität, eminent wichtig, jenseits und hinter den technischen Möglichkeiten noch einmal auf das Ausdruckshandeln zu schauen. Nicht zuletzt die Hospizbewegung wirft sehr deutlich die Frage auf, welchen Ausdruck ein Mensch seinem Handeln mittels bewusster Selbstbestimmung am Ende seines Lebens geben möchte. Hier schlägt insbesondere die Stunde der theologischen Ethik mit dem leitenden Gedanken einer von Gott ins Leben gerufenen menschlichen Person.

## II. Differenzierungen

In der internationalen Bioethik hat sich anstelle der traditionellen Differenzierung von aktiver, passiver und indirekter Euthanasie inzwischen die Unterscheidung von freiwilliger, nicht-freiwilliger und unfreiwilliger Sterbehilfe durchgesetzt, so dass eben auf die Unterscheidung aktiv/passiv verzichtet wird und lediglich der Patientenwille betrachtet wird.<sup>7</sup> Damit einher geht eine Individualisierung des ethischen Anspruchs; die Autonomie der Entscheidung steht im Vordergrund. Dabei meint die nicht-freiwillige Euthanasie ein Herbeiführen oder Geschehenlassen des Todes, bei dem der Sterbende selbst nicht mehr in der Lage ist, seinen Willen zu äußern. Für einen solchen Fall wird eine Patientenverfügung in der Intensivmedizin als hilfreich erachtet, etwa im Fall des einsetzenden irreversiblen Sterbeprozesses oder des irreversiblen Komas, wobei die Basisbetreuung, bestehend aus Hydrierung, Schmerzlinderung und Körperpflege niemals entzogen werden dürfte. Im Hintergrund einer moraltheologischen Bewertung steht die Denkfigur der „Quellen der Moralität“ des sittlichen Aktes: Hinsichtlich der Moralität einer menschlichen Handlung wird unterschieden zwischen dem *finis operis* (objektives Ziel der äußerlich beschreibbaren Handlung), dem

*finis operantis* (subjektives Ziel der Intention des Handelnden) und den *circumstantiae* (weitere Umstände räumlicher oder psychischer Art). Thomas von Aquin unterstreicht diesbezüglich, dass die Gutheit oder Bosheit einer Handlung zuerst im Willen und dann erst in der äußeren Handlung liegt: „Da nun aber der Zweck das eigentümliche Objekt des Willens darstellt, ist es offenkundig, dass der Charakter des Guten bzw. des Schlechten, welcher der äußeren Handlung aus ihrer Ausrichtung auf einen Zweck zukommt, sich ursprünglicher im Akt des Willens findet und von ihm auf die äußere Handlung übergeht.“<sup>8</sup> Allerdings darf die Intention des Willens nicht der Ordnung der Vernunft widersprechen, was im Fall der aktiven und direkt gewollten Selbsttötung der Fall wäre, wie die oben genannten drei Argumente für Thomas belegen. Wird aber ein der Vernunft widerstrebendes, also ein in sich schlechtes Ziel wie etwa die Tötung unschuldigen Lebens, direkt und aktiv verursacht, so kann es auch nicht wegen einer scheinbar guten Intention gerechtfertigt werden, es sei denn, das Ziel läge außerhalb der Intention (*praeter intentionem*) des Handelnden. Daher nämlich sprechen die „Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung“ von 1998 von einer „Änderung des Therapieziels“, so dass lebenserhaltende oder lebensverlängernde intensivmedizinische Maßnahmen dann zu unterlassen sind oder nicht beginnen dürfen, wenn dies dem Willen des Patienten entspricht.

Der Nationale Ethikrat schlägt in seiner Stellungnahme „Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende“ aus dem Jahre 2006 folgende Differenzierung der Kriterien für eine Bewertung der Sterbehilfe vor: Sterbebegleitung pflegerischer Art im Sterben, Therapien am Lebensende, Sterbenlassen, assistierter Suizid, Tötung auf Verlangen. Im Hintergrund steht das so genannte „Kemptener Urteil“ von 1994, das als Novum der deutschen Rechtsprechung abwich vom Kriterium des irreversibel eingesetzten Sterbeprozesses als Bedingung für die erlaubte passive Sterbehilfe, und stattdessen angesichts der intensivmedizinisch sehr schwierigen Beurteilung des eingesetzten Sterbebeginns unterstrich: „Ein Behandlungsabbruch kommt auch in Betracht, obwohl der Sterbeprozess noch nicht eingesetzt hat, wenn er dem mutmaßlichen Willen des entscheidungsunfähigen Patienten entspricht. Denn auch in dieser Situation ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten, gegen dessen Willen eine ärztliche Behandlung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden darf. Entscheidend ist der mutmaßliche Wille des Patienten zum Tatzeitpunkt, wie er sich nach sorgfältiger Abwägung aller Umstände darstellt. Hierbei sind frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen des Kranken ebenso zu

7 Dagegen aber SCHLÖGEL, HERBERT / HOFFMANN, MONIKA: Passive und aktive Sterbehilfe. Neuere Definitions- und Unterscheidungsprobleme. In: Stimmen der Zeit 225 (2007) 89-99.

8 THOMAS VON AQUIN: Summa Theologiae I-II 20,1.

berücksichtigen wie seine religiöse Überzeugung und sonstige persönliche Wertvorstellungen.<sup>9</sup> Der Bundesgerichtshof hat im Jahre 2003 dieses Urteil bestätigt, allerdings hier wiederum mit Blick auf einen irreversiblen Prozess des Sterbens: „Ist ein Patient einwilligungsunfähig und hat sein Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen, so müssen lebenserhaltende oder –verlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn dies seinem zuvor – etwa in Form einer Patientenverfügung – geäußerten Willen entspricht.“<sup>10</sup> Damit rückt endgültig der Patientenwille als autonome Größe in den Blickpunkt der ethischen Debatte und verändert auch das Gesicht der modernen Medizin.<sup>11</sup>

### III. Patientenwille und Autonomie

Autonomie meint immer Freiheit, denn (kantianisch gesprochen) das autonome sittliche Bewusstsein ist Grundlage der ethischen Entscheidung. Der Mensch ist das Wesen der sittlichen Autonomie: Seine Autonomie, also seine sittliche Selbstgesetzgebung oder anders: seine selbst gesteuerte Entscheidung zum Guten, besteht in vernünftiger Freiheit und freier Vernunft und steht im Gegensatz zur bloßen Heteronomie, sei es durch äußere Autorität, sei es durch ein unvernünftiges Streben nach Glücksbefriedigung. Damit ist keinesfalls das gemeint, was postmodern unter Autonomie weithin verstanden wird, im Sinne schier unbegrenzter Selbstverwirklichung, zumal da eine solche postmoderne und stark individualisierte Gesellschaft nicht mehr Freiheitsraum schafft, sondern der Wahlfreiheit schier unbegrenzte Wahlmöglichkeiten bietet und damit die Last der Entscheidung vergrößert. Gemeint ist, dass der Mensch nicht dadurch zum Guten gelangt, dass er das tut, was andere ihm vorschreiben oder was sein natürliches Streben nach Glück ihm vor Augen stellt, sondern dass er zum Guten gelangt, wenn das Gute das in Freiheit der sittlichen Selbstbestimmung Erkannte und pflichtgemäß Ergriffene ist, also frei erkannt ist vom Individuum. Die Berufung auf Autonomie und Selbstbestimmung im Rahmen der Freiheitsmöglichkeiten eines Individuums ist aber keineswegs einfach identisch mit der Frage nach dem guten und richtigen Handeln in der Medizin, zumal in der Intensivmedizin. In der oben zitierten Erklärung des Nationalen Ethikrates wird festgehalten, dass der autonome Wille des Patienten Grund und Grenze ärztlicher Intervention bildet. Drei Mitglieder des Rates, darunter die katholischen Vertreter Weihbischof Anton Losinger und Eberhard Schockenhoff, gaben ein ergänzendes Votum ab mit deutlicher Kritik an einem Bild vom Menschen, das einseitig an den Idealen von Selbstbestimmung, Autonomie und Unabhängigkeit ausgerichtet sei. Die eigentliche Schwierigkeit liegt nämlich darin, zu prüfen und zu unterscheiden, ob ein Mensch autark, also völlig unabhängig in seinen Entscheidungen ist, oder ob er autonom sich selbst das

Gute zum Gesetz setzen soll. Über den Ursprung des Gesetzes und den Ursprung der absoluten Erkenntnis des Guten durch den betroffenen Menschen ist damit noch keine Aussage gemacht.

Hier wird die Unterscheidung von Legalität und Moralität wichtig. Autonomie im Rahmen der Bioethik wird zumeist negativ verstanden: Autonom in diesem Sinn sind dann Akte, die keiner Beschränkung von außen unterworfen sind. Diese rein formale, zunächst von inhaltlicher Festlegung abstrahierende Bestimmung der Autonomie ist Stärke wie Schwäche des kantianischen Begriffs von Autonomie. In letzter Konsequenz soll, ganz ähnlich wie bei Thomas von Aquin, unterstrichen werden, dass sittliche Selbstgesetzgebung ein wesentlicher Bestandteil der unveräußerlichen Menschenwürde ist. Würde umschreibt somit die Fähigkeit zur sittlichen Selbstbestimmung.<sup>12</sup> Autonomie im kantischen Sinn meint zunächst nur eine apriorische unveräußerliche Verfasstheit des Menschen: Würde kommt nach Kant demjenigen zu, das „über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstatet.“<sup>13</sup> Die Bedingung dazu, ein solcher Zweck an sich zu sein, ist die Selbstbestimmung aus Freiheit. Das ist Sittlichkeit. Da Vernunft die Bedingung der Selbstbestimmung aus Freiheit ist, kann nur der Mensch als vernünftiges Wesen als Zweck an sich selbst betrachtet werden. In diesem Sinn kommt Würde nur dem Menschen als autonomes Subjekt zu und soll jeder Verzwecklichung wehren. Daher sieht Kant die individuelle Menschenwürde gerade verankert in der allgemeinen Würde als Repräsentant der Menschheit und notiert: „Die Menschheit selbst ist eine Würde; denn der Mensch kann von keinem Menschen (weder von anderen noch von sich selbst) bloß als Mittel, sondern muss jederzeit zugleich als Zweck gebraucht werden und darin besteht eben seine Würde (die Persönlichkeit), dadurch er sich über alle anderen Weltwesen, die nicht Menschen sind und doch gebraucht werden können, mithin über alle Sachen erhebt. (...) Er ist verbunden, die Würde der Menschheit an jedem anderen Menschen praktisch anzuerkennen.“<sup>14</sup> Anders gesagt: Autonomie im Feld der Lebensführung meint, dass niemand, auch ich selbst nicht (und das ist der Kern des ethischen Arguments), mir als Person Würde und Lebensrecht absprechen kann.

In der Sicht der katholischen Moraltheologie heißt das: Das menschliche Leben ist nicht das höchste, wohl aber das fundamentalste aller Güter und in dieser Qualifikati-

9 Neue Juristische Wochenschrift (1995) 204.

10 BGH-Beschluss 17. März 2003, AZ XII ZB 2/03.

11 Vgl. MAIO, GIOVANNI: Medizin im Umbruch. Ethisch-anthropologische Grundfragen zu den Paradigmen der modernen Medizin. In: Zeitschrift für medizinische Ethik 53 (2007) 229-254.

12 Vgl. HÄRLE, WILFRIED: Selbstbestimmung oder Menschenwürde? In: Ders.: Menschsein in Beziehungen. Studien zur Rechtfertigungslehre und Anthropologie, Tübingen 2005, 243-251.

13 KANT, IMMANUEL: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, BA 77.

14 Ebd. § 38.

on Voraussetzung aller weiteren Möglichkeiten der freien Selbstbestimmung zum Guten. Autonomie kann in dieser Sicht nicht verstanden werden als eine Art Kompetenz der Gesamtbewertung der eigenen Person und ihrer Lebensqualität. Das nämlich ist eigentümlich für die theologische Ethik, dass es ein objektiv Gutes (der Wille Gottes) und ein subjektiv Gutes (der individuelle Wille) gibt. Idealerweise fallen beide, das objektiv Gute der unveräußerlichen Menschenwürde und das subjektiv Gute der personalen Empfindung dieser Würde, ineinander. Häufig aber ist das nicht der Fall, und an dieser Stelle kommen die Ethik und das Recht ins Spiel. Das Recht nämlich will in kodifizierter und universaler Form garantieren, was in konkreten Einzelfällen dem Individuum und seiner Entscheidung möglicherweise zweifelhaft wird. Damit hat das Recht seinen Platz angesichts von Dilemmasituationen. Das Gute, was allen Menschen gemeinsam ist, ist die Menschenwürde, die jedem Menschen zukommt, und die zu bejahen und für sich als unmessbar wertvoll anzusehen, jeder Mensch das Recht hat. Sie zu schützen und über jeden subjektiven Zweifel als objektives Gut erhaben sein zu lassen, ist die Aufgabe des Rechtes. Es muss verbürgt sein, dass jeder Mensch das Recht hat, sich und seine Existenz, wie auch jede andere und fremde Existenz, als Grundlage der Lebensführung und des Handelns überhaupt ansehen zu dürfen. Eine einseitige Betonung der Autonomie geht dagegen so weit, den Begriff der medizinischen Indikation gänzlich aufzugeben und Patienten aus dem Menü des medizinischen Angebotes gleichsam frei einkaufen zu lassen. In dieser utilitaristischen Sicht der Bioethik lautet die Interpretation der Autonomie dann: Jeder Mensch hat das innerste Recht zum „pursuit of happiness“, also sein Glück zu suchen, sein Leben zu gestalten oder auch zu beenden. Der Arzt ist demgegenüber lediglich ein Dienstleister. Dies entspricht ausdrücklich nicht dem klassisch abendländischen Verständnis des Arztes, wie es im Eid des Hippokrates zum Ausdruck kommt, mit dem dortigen dreifachen verpflichtenden Grundsatz des „Salus aegroti suprema lex!“, „Voluntas aegroti suprema lex!“, „Nil nocere!“. Das ärztliche und medizinische Ethos kennt traditionell beide Grundsätze: Das objektive Heil und den subjektiven Willen des Kranken. In einer vor-technischen Welt war das idyllischerweise identisch, denn es gab so gut wie keine anderen technischen Möglichkeiten, als den Lauf der Natur geschehen zu lassen. Je weiter aber die medizinische Technik fortschreitet, desto mehr öffnet sich die Schere zwischen dem, was der Kranke möglicherweise will und dem, was der Mediziner, im Dienst der Nicht-Schädigung des Lebens stehend, als objektives Heil des Kranken ansieht. Wer legt dann aber fest, was das objektive Heil und eine nicht nur kurzfristige und suboptimale Heilung des Kranken ist? Und schließlich und nochmals mit Blick auf die Intensivmedizin: Reicht die Idee der Selbstbestimmung zur Humanisie-

rung von Leben und Sterben aus?<sup>15</sup>: Kein Zweifel: Recht und Moral wollen stets das Beste, das ist die Definition der universal gültigen Moralität. Will aber das Individuum für sich auch das Beste oder was Recht und allgemeine Moral dafür halten? Und darf es zum Besten (theologisch gesprochen: zum Heil), konkret in diesem Fall zum Ertragen des natürlichen Sterbeprozesses, gezwungen werden?

#### IV. Palliativmedizin

Aus Sicht der theologischen Ethik kommt der katholische Moraltheologe Günter Virt zu dem Urteil: „Eine Patientenverfügung, die die absichtliche und direkte Tötung durch Arzt oder einen anderen Menschen verlangt, ist unethisch und daher unbeachtlich. Das gilt ebenso für eine Patientenverfügung, die eine Beihilfe zum Suizid verlangt. Der Handlungsursprung (Selbstbestimmung) kann nicht isoliert vom Handlungsziel (intendierte Lebensbeendigung oder Beihilfe zum Suizid) gesehen werden.“<sup>16</sup> Aber es bleibt doch das Problem: Am Ende intensivmedizinischer Maßnahmen und in der Palliativmedizin stellt sich häufig die ethische Frage, ob es angemessen oder zulässig ist, Patienten terminal zu sedieren,<sup>17</sup> ganz abgesehen von ökonomischen Fragen einer notwendigen Rationierung im Gesundheitswesen und einer effizienten Ressourcenallokation.<sup>18</sup> Die Europäische Gesellschaft für Palliativmedizin (EAPC) legt zu Recht großen Wert auf die Unterscheidung von Tötung auf Verlangen und terminaler Sedierung mit Blick auf die Intention. In jedem Fall ist bei der Umstellung von kurativer zu palliativer Behandlung die Ernährung und Hydrierung des Patienten von dessen subjektiven Bedürfnis abhängig; in der Sterbephase kann die Primärtherapie minimalisiert werden und muss stets mit einer adäquaten Schmerztherapie einhergehen.<sup>19</sup> Die Palliativmedizin (wie auch die Hospizbewegung) will dem Patienten ein Sterben in Würde ermöglichen, und dies nicht zuletzt in der Sorge um die im Pflegedienst tätigen Menschen wie auch die Angehörigen.<sup>20</sup> Oftmals hat ein akuter Pflegenotstand den Ruf nach aktiver Sterbehilfe zur Folge. Was dann wie ein selbstbestimmter Tod aussieht, ist oft nur die Flucht

15 Vgl. RÖMELT, JOSEF: Autonomie und Sterben. Reicht eine Ethik der Selbstbestimmung zur Humanisierung des Todes? In: Zeitschrift für medizinische Ethik 48 (2002) 3-14.

16 VIRT, GÜNTER: Ethische Begründungen und Kriterien für Patientenverfügungen. In: Fischer, Michael / Zänker, Kurt S. (Hg.): Medizin- und Bioethik, Frankfurt/M. 2006, 191-202, hier 200.

17 Vgl. zum Hintergrund BORASIO, GIANDOMENICO / VOLKENANDT, MATTHIAS: Palliativmedizin – weit mehr als nur Schmerztherapie. In: Zeitschrift für medizinische Ethik 52 (2006) 215-223.

18 Vgl. GREIL, RICHARD: Wie sterben wir? Wie schön ist der Tod? Wie teuer ist der Tod? Die Palliativmedizin im Spannungsfeld der Ressourcenallokation. In: Fischer / Zänker (Hg.): Medizin- und Bioethik (s. Anm. 16), 351-370.

19 Vgl. RÖMELT, JOSEF: Schmerztherapie zwischen Patientenautonomie und ärztlichem Gewissen. Private Schmerzbewältigung an den Grenzen medizinischer Behandlung und religiöse Sinndeutung. In: Zeitschrift für medizinische Ethik 52 (2006) 269-274.

20 Vgl. POTT, GERHARD: Ethik am Lebensende, Stuttgart 2007.

aus einem vollkommen vereinsamten Sterben.<sup>21</sup> Hier schlägt wiederum die eigentliche Stunde der Moralthologie, verstanden als Kunst des guten und menschenwürdigen Lebens bis zum Ende, und damit auch des guten Sterbens: Dass ein Mensch von Gott geliebt wird und für die ewige Liebe Gottes bestimmt ist, muss ihm auch, in des Wortes innerster Bedeutung, unbedingt (ohne Bedingungen der pflegerischen oder medizinischen Ressourcen) ansichtig und erfahrbar gemacht werden. Wie anders geschieht das als durch Menschen, die sich dem Leidenden und Sterbenden zuwenden ohne jeden Vorbehalt? Die theologische Ethik betont daher vehement die objektive Menschenwürde jeder Person. Theologisch gesprochen ist die Gottebenbildlichkeit jeder menschlichen Person gemeint. Solche objektive Menschenwürde vom frühest möglichen Zeitpunkt eines Individuums bis zum spätesten Ende der biologischen Existenz muss aber, und das ist die spezifische Aufgabe der Ethik, die mehr sein will als eine Ansammlung von Gesetzestexten, subjektiv plausibel gemacht werden. Menschenwürde, theologisch-ethisch verstanden, heißt letztlich: Würdig der unbedingten Liebe Gottes zu sein, das ist der Personkern jedes menschlichen Lebewesens.

Von daher plädiert die theologische Ethik für die Ablehnung jeder Form von aktiver und direkter Euthanasie und warnt vor einer schleichenden Ausweitung der passiven und indirekten Sterbehilfe und einer daraus folgenden Wertung des menschlichen Lebens. Theologisch-ethisch ist die Zulässigkeit von passiver und indirekter Sterbehilfe immer nur eine gleichsam auf die technische Außenseite des Aktes bezogene Zulässigkeit. Es dürfte damit niemals eine Bewertung des menschlich-personalen Lebens verbunden sein, dies führte schnell zur schiefen Ebene einer schleichenden Abwertung menschlicher Existenz. Ein moralischer Dammsbrucheffect wäre die Folge, wie ein Blick auf Länder wie Belgien oder die Niederlande mit einer erlaubten Tötung auf Verlangen und der ärztlichen Beihilfe zum Suizid zeigt.<sup>22</sup> Aus dem

Verzicht auf die Anwendung von lebenserhaltenden Maßnahmen wird nämlich dann aktive Euthanasie, wenn eine schuldhaftige Unterlassung die direkte Absicht enthält, ein menschliches Leben vorzeitig zu beenden. Die theologische Ethik besteht darauf, dass es weder der Gesellschaft noch auch dem Individuum zukommen kann, eigenes oder fremdes Leben zu bewerten. Dies ist mit der unveräußerlichen Personwürde des Menschen gemeint. Hier genau liegt das ethische Problem der Patientenverfügung: Ist die Würde des Menschen nicht mehr auf das Leben an sich bezogen, so fällt eine Grenze, die rasch zur schleichenden Bewertung und Verwertung des Menschen führen kann. Daher ist die Moralthologie gegenüber einer Ausweitung der Patientenautonomie und auch gegenüber der Patientenverfügung grundsätzlich skeptisch, jedenfalls dann, wenn damit ein Raum weit vor einem irreversibel eingesetzten Sterbeprozess normiert werden soll. Es ist nicht zuletzt die Aufgabe der theologischen Ethik und der Moralthologie, deutlich darauf hinzuweisen, dass im Sterben eines Menschen sich ein ganzes Leben auf individuelle Weise bündelt. Das hieße aber auch, Menschen zu ermutigen, sich über das eigene Sterben und den eigenen Tod Gedanken zu machen, menschenwürdig sterben zu wollen und unnötiges Leiden vermeiden zu dürfen. Dazu gehört zuletzt, für das Leben dankbar sein zu dürfen, und dies bis in die letzte Minute des Lebens hinein. Hier haben eine christliche Hilfe beim Sterben und zumal die Hospizbewegung ihren genuinen Platz. Nochmals anders gesagt: Sterben ist letztlich nicht einfach technisch machbar; es ist nicht einfach eine technische Wirkhandlung, sondern eine Ausdruckshandlung: Ausdruck der unbedingten Liebe Gottes über das physische Sterben hinaus.

21 Vgl. TOLMEIN, OLIVER: Keiner stirbt für sich allein. Sterbehilfe, Pflegenotstand und das Recht auf Selbstbestimmung, München 2006.

22 Vgl. FRIESS, MICHAEL: „Komm süßer Tod“ – Europa auf dem Weg zur Euthanasie?. Zur theologischen Akzeptanz von assistiertem Suizid und aktiver Sterbehilfe, Stuttgart 2008.

## OLG Rostock: Herausgabe von imprägnierten Eizellen nach dem Tode des Mannes

BGB § 985, ESchG § 4 Abs. 1 Nr. 3

### Leitsätze

1. Konservierte Eizellen sind das Eigentum der Frau, von der sie stammen.
2. Wird eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes imprägniert und stirbt der Mann vor vollendeter Befruchtung der Eizelle, so macht sich eine Klinik nicht wegen Beihil-

fe strafbar, wenn die Eizelle an die Frau herausgegeben wird.

3. § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG verbietet die Verwendung des Samens eines Mannes nach dessen Tode. War die Eizelle bereits mit dem Samen imprägniert, ist dieser Samen bereits verwendet und es liegt kein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG vor, wenn die imprägnierte Eizelle aufgetaut und der Befruchtungsvorgang vollendet wird.
4. Dass der Gesetzgeber (auch) die Weiterverwendung der imprägnierten Eizelle zu Zwecken der Herbeiführung einer Schwangerschaft bei der Frau, von der die Eizelle

stammt, hatte verbieten wollen, wenn der Ehemann verstirbt, ergibt sich weder aus dem Gesetz, noch den Materialien, noch den Normen des ESchG im Zusammenhang. Der Gesetzgeber wollte mit dem Verbot (lediglich) verhindern, dass Spermien eines Verstorbenen verwendet werden.

5. Der Schutz des Kindeswohls steht der Vollendung der Befruchtung nicht entgegen, wenn der zwischenzeitlich verstorbene „genetische“ Vater ausdrücklich den Kinderwunsch seiner Ehefrau geteilt hat.

Urt. vom 07.05.2010, Az. 7 U 67/09 (Vorinstanz: LG Neubrandenburg 2 O 111/09)

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Herausgabe von neun unter ihrem Namen und dem ihres verstorbenen Ehemanns eingelagerten befruchteten kryokonservierten Eizellen.

Die Klägerin und ihr Ehemann unterzogen sich bei der Beklagten einer Behandlung zur In-vitro-Fertilisation. Am 13.03.2008 entnahm die Beklagte der Klägerin neun Eizellen, die sie nach einer morphologischen Kontrolle mit dem Samen des Ehemannes der Klägerin entweder in einem Reagenzglas oder Petrischälchen in speziellen Zellkulturmedien befruchtete – fertilisierte - und im Vorkernstadium kryokonservierte. Anfang Juli 2008 verstarb der Ehemann der Klägerin an den Folgen eines Motorradunfalls. Sehlichster Wunsch ihres verstorbenen Ehemannes war die Herbeiführung einer Schwangerschaft bei der Klägerin mit einem von ihm gezeugten Embryo gewesen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 30.07.2008 forderte die Klägerin die Beklagte zur Herausgabe der Eizellen zum Zwecke der Fortsetzung der Behandlung in Polen auf. Die Beklagte lehnte das Herausgabeverlangen der Klägerin mit Schreiben vom 26.11.2008 unter Berufung auf die möglicherweise gegebene Strafbarkeit bei der Ermöglichung der postmortalen Beendigung des durch die Kryokonservierung unterbrochenen Befruchtungsvorganges ab. Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 12.08.2009 abgewiesen, weil die Klägerin keinen Herausgabanspruch gegen die Beklagte habe. Die Klägerin sei Eigentümerin der Eizellen, die noch nicht als befruchtet gelten würden. Die Kammer ging davon aus, dass die Samenzelle schon in das Zytoplasma der Eizelle eingedrungen war, aber noch keine Verschmelzung von Samen- und Eizelle stattgefunden habe und folglich noch kein Embryo entstanden sei. Die Herausgabe sei aber wegen § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, weil es sich um eine rechtlich unmögliche Leistung handele. Denn durch die Herausgabe würde die Beklagte gegen ein gesetzliches Verbot aus § 4 Abs. 1 Nr. 3 Embryonenschutzgesetz (ESchG) verstoßen. Die Fortsetzung des eingeleiteten Befruchtungsprozesses wertete die Kammer als wissentliche künstliche Befruchtung einer Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tod. Bei den eingelagerten Eizellen der Klä-

gerin handele es sich um imprägnierte Zellen, die noch nicht „fertig“ befruchtet seien.

Die Kammer hat § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG dahingehend ausgelegt, dass die Befruchtung einer Eizelle erst mit dem nach dem Auftauen stattfindenden, sich dann aber selbstständig fortsetzenden Prozess der Kernverschmelzung erfolgt (vollendet ist). Vom Wortlaut der Vorschrift sei dieses Verständnis „noch“ gedeckt. Die Beklagte würde sich wegen § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB der Förderung einer Haupttat und damit der Beihilfe (§ 27 StGB i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG) zur postmortalen Befruchtung strafbar machen.

Die Klage führte zur Abänderung des erstinstanzlichen Urteils dahingehend, dass die Beklagte Klinik verurteilt wird, die streitgegenständlichen kryokonservierten Eizellen an die Klägerin herauszugeben.

### Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung ist begründet. Denn die Beklagte ist nicht berechtigt, die Herausgabe der Eizellen zu verweigern. Sie war deshalb in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zur Herausgabe zu verurteilen.

1. Die Klägerin hat einen gesetzlichen Herausgabanspruch aus § 985 BGB. Die Klägerin ist Eigentümerin ihrer mit dem Samen ihres verstorbenen Mannes imprägnierten und kryokonservierten Eizellen. Auf die zutreffenden Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung wird insoweit verwiesen.

2. Die Beklagte ist Besitzerin der imprägnierten Eizellen.

3. Die Beklagte hat weder ein Recht zum weiteren Besitz noch ist ihr die Herausgabe tatsächlich oder rechtlich unmöglich.

Die Herausgabepflicht der Beklagten entfällt insbesondere nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB. Ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 275 Rdn. 16 m.w.N.) liegt nicht vor. Die Beklagte wird nicht zur Herbeiführung eines Rechtserfolgs, den die Rechtsordnung nicht anerkennt, verpflichtet. Dies wäre der Fall, wenn die Beklagte zur Erfüllung ihrer Verpflichtung gegen ein Strafgesetz verstoßen müsste. Dies ist hier nicht der Fall.

Das Landgericht hat im angefochtenen Urteil mit einer sehr ausführlichen Begründung einen solchen Verstoß der für die Beklagte Handelnden gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG i.V.m. § 9 Abs. 2 Satz 2 und § 27 StGB angenommen.

Diese Rechtsauffassung teilt der Senat nicht. Die für die Beklagte Handelnden verstoßen nicht gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG, wenn sie die bereits mit Samenzellen imprägnierten Eizellen an die Klägerin übergeben. Denn durch die Herausgabe der Eizellen im vorhandenen Zustand wird keine Beihilfe zur Erfüllung der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG geleistet.

Danach ist es strafbar, wissentlich eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode künstlich zu befruchten.

a. Weder das Embryonenschutzgesetz noch ein allgemeineres oder spezielleres (Straf-) Gesetz enthält eine Legaldefinition des (künstlichen) Befruchtens. Vom Embryonenschutzgesetz erfasst sind sowohl unbefruchtete als auch befruchtete Eizellen. Als Zwischenstadium ist auch das Bewirken des Eindringens einer menschlichen Samenzelle in eine menschliche Eizelle (z.B. in § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ESchG) erwähnt. In § 8 Abs. 3 ESchG wird die Keimbahnzelle legal definiert. Insbesondere gehört eine Eizelle vom Einbringen oder Eindringen der Samenzelle an bis zu der mit der Kernverschmelzung abgeschlossenen Befruchtung zu den Keimbahnzellen, deren künstliche Veränderung in § 5 ESchG besonders unter Strafe gestellt wird.

Mangels einer gesetzlichen Definition ist daher auf den allgemeinen Wortlaut des künstlichen Befruchtens i.S.d. § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG abzustellen. Demnach ist der Vorgang der (künstlichen) Befruchtung einer Eizelle ein etwa 24 Stunden andauernder Prozess. Er beginnt mit dem Zusammentreffen der Spermien und der Eizelle und endet mit der Vereinigung der Chromosomensätze der Vorkerne (vgl. Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2008, Einf. A Rdn. 35 ff.). Diese Definition der Befruchtung ist vom Landgericht zutreffend angenommen worden. Die Befruchtung der klägerischen Eizellen ist noch nicht vollendet, weil die Befruchtung durch die von der Beklagten vorgenommene Konservierung unterbrochen worden ist (vgl. Krüger, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, Schriftenreihe Medizin-Ethik-Recht, 2010, S. 4 f.).

b. Die Vollendung einer künstlichen Befruchtung, nachdem die Eizelle mit dem Samen des Mannes zu dessen Lebzeiten bereits imprägniert ist, ist vom Tatbestand des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG jedoch nicht erfasst. Dies ergibt sich aus der Auslegung dieser Vorschrift.

aa. Das Grundgesetz (Art. 103 Abs. 2) enthält nicht nur ein Rückwirkungsverbot für Strafvorschriften. Die Regelung verpflichtet den Gesetzgeber auch, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen (BVerfG NJW 2007, 1666). Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Ausgeschlossen ist danach jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Da Gegenstand der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen immer nur der Gesetzestext sein kann, erweist dieser sich als maßgebendes Kriterium: Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation. Der Gesetzgeber hat also zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes

Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich und notwendig erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will. Den Gerichten ist es verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren (BVerfG, a.a.O.).

Der Wortlaut der Vorschrift lässt eine Auslegung des Wortes „befruchten“ sowohl im Sinne eines Tätigwerdens durch Imprägnieren mit Samen als auch eines dauernden Vorgangs vom Imprägnieren mit Samen bis zur Entstehung des Embryos zu.

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung von § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG aber keine Entscheidung getroffen, die Fortsetzung und Vollendung der künstlichen Befruchtung, nachdem die weibliche Eizelle bereits mit dem männlichen Samen imprägniert war, unter Strafe zu stellen, wenn der Mann, dessen Samen verwendet worden ist, verstorben ist. Die Abänderung des angefochtenen Urteils stellt deshalb keine Korrektur der gesetzlichen Entscheidung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dar, sondern die Anwendung des durch Auslegung ermittelten gesetzlichen Verbots.

bb. Im Entwurf der Bundesregierung zu einem „Gesetz zum Schutz von Embryonen“ vom 25.10.1989 (BT-Drs. 11/5460) ist das hier einschlägige sogenannte „Verbot der post-mortem-Befruchtung“ nicht angesprochen worden, ebenso wenig in der Unterrichtung der Bundesregierung „zur künstlichen Befruchtung bei Menschen“ vom 23.02.1988 (BT-Drs. 11/1856), auf die das Embryonenschutzgesetz zurückgeht. Der Gesetzentwurf hebt den Abschluss der Befruchtung hervor, da er davon ausgeht, dass durch die Kernverschmelzung innerhalb der befruchteten Eizelle das menschliche Leben entsteht. Diese Auffassung steht im Einklang mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (BVerfG 88, 203 [251]).

Erstmals in den Beratungen im Rechtsausschuss des deutschen Bundestages wurde das „Verbot der post-mortem-Befruchtung“ in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt. In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses vom 08.10.1990 (BT-Drs. 11/8057) findet sich die dann mit dem Embryonenschutzgesetz in Kraft getretene Vorschrift des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG. Der gegenüber dem Gesetzentwurf der Bundesregierung geänderte § 4 ESchG stand allerdings nicht im Mittelpunkt des Gesetzgebungsverfahrens, wie sich schon aus der Darstellung zum „Inhalt des Gesetzentwurfs“ (BT-Drs. 11/8057, S. 12) ergibt. Denn die Aufzählung berücksichtigt einige der durch die Beschlussempfehlung in den Gesetzentwurf eingefügten Veränderungen, z.B. den neu eingeführten Arztvorbehalt und eine geänderte Umschreibung des Inhalts des § 6, nicht aber § 4 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 ESchG.

Zu § 4 enthält der Bericht des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages die einzigen Motive des Gesetzgebers zu § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG. Demnach sollte die Norm die „Frage künstlicher Befruchtung mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tod“ regeln. Es sollte

„nicht Samen eines Mannes verwendet“ werden, der bereits verstorben ist (BT-Drs. 11/8057, S. 16). Nach eingehender Erörterung sei die Strafbarkeit dessen in den Gesetzentwurf eingeführt worden, der „wissentlich“ eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode künstlich befruchte.

Anlass, das „Verbot der post-mortem-Befruchtung“ in die Beschlussempfehlung aufzunehmen, war ein während der Beratungen zum Embryonenschutzgesetz eingebrachter Entwurf der SPD-Fraktion zu einem „Gesetz zur Regelung von Problemen der künstlichen Befruchtung beim Menschen und bei Eingriffen in menschliche Keimzellen“ (BT-Drs. 11/5710). Dessen Artikel 1 sah ein Fortpflanzungsmedizingesetz vor, in dem es als Ordnungswidrigkeit - weil zwar zu verbieten, aber nicht strafwürdig - geahndet werden sollte, wenn bei der künstlichen Befruchtung Samen des verstorbenen (Ehe-) Mannes verwendet werden sollte. Begründet wurde dies mit Kindeswohlinteressen. Bei der Identitätsfindung des Kindes könnte sich die Vorstellung belastend auswirken, von einem zur Zeit der Zeugung bereits Gestorbenen abzustammen. Demgegenüber müsse das Interesse des Mannes, dass sein Spermium noch nach seinem Tod verwendet werden kann, zurücktreten (BT-Drs. 11/5710, S. 10).

cc. Demnach ergibt sich aus dem Gesetzgebungsverfahren, dass nur die Verwendung des Samens eines Mannes nach dessen Tode bestraft werden sollte. Soweit der Samen eines lebenden Mannes bereits verwendet worden ist, z.B. indem eine Eizelle mit diesem Samen imprägniert worden ist, ist der Tatbestand des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG gerade nicht erfüllt. Denn gesetzgeberisches Ziel war es, „Grenzen der neuen Techniken der Fortpflanzungsmethoden, vor allem der in-vitro-Fertilisation zu ziehen, um Missbräuche mit Hilfe dieser Methode zu verhindern“ (BT-Drs. 11/8057, S. 12). Im Mittelpunkt des Gesetzes stand somit die Verhinderung von Missbräuchen im Bereich der Reproduktionsmedizin und Humangenetik (vgl. Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., Einf. B Rdn. 21).

Der fragmentarische Charakter des Embryonenschutzgesetzes beruht auf der fehlenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für eine umfassendere Regelung der Fortpflanzungsmedizin zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens (vgl. Zuck in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 75 Rdn. 98). Der Rechtsausschuss des Bundestages hatte in der Beschlussempfehlung zum Embryonenschutzgesetz festgestellt, dass eine „Gesamtkonzeption zur Regelung aller ... im Zusammenhang mit den neuen Fortpflanzungstechniken entstandenen ... Problemen“ an der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes scheitere (BT-Drs. 11/8057, S. 3). Die Lückenhaftigkeit der Vorschriften wurde vom Gesetzgeber in Kauf genommen (vgl. Neidert, ZRP 2002, 467 ff.).

Der Bundestag hat von der dann 1994 eingeführten Kompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG bisher keinen

Gebrauch gemacht. Anders als z.B. in Österreich gibt es in Deutschland noch kein Fortpflanzungsmedizingesetz (zum österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetz vgl. EGMR, Urteil vom 01.04.2010 in Sachen S.H. u.a. gegen Österreich, Az. 57813/00).

Nach den allgemeinen Zielen des Embryonenschutzgesetzes soll die extrakorporale Befruchtung auf Fortpflanzungszwecke beschränkt, die Entstehung überzähliger Embryonen ebenso verhindert werden wie die Verwendung der extrakorporal verfügbaren Embryonen zu anderen als zu Fortpflanzungszwecken und der Einstieg in eugenische Maßnahmen (Zuck, a.a.O., Rdn. 88 m.w.N.). Dieses Ziel wird durch die vorgenommene Auslegung erreicht. Eine Ausdehnung der Strafbarkeit über die vom Gesetzgeber abgelehnte Verwendung von Samen eines verstorbenen Mannes hinaus ist zur Verwirklichung der Ziele des Embryonenschutzgesetzes nicht erforderlich. Eine Strafbarkeitslücke entsteht nicht.

Von einer „Verwendung“ des Samens kann nicht mehr gesprochen werden, wenn die Eizelle bereits zu Lebzeiten des Mannes mit dessen Samen imprägniert worden ist. Dann ist der Samen bereits verwendet worden. Dies ergibt sich auch daraus, dass der Samen mit der Eizelle eine „innige Verbindung“ eingeht. Weitere Spermien können nicht mehr eindringen, das eingedrungene Spermium aber auch nicht mehr isoliert werden (Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., Einf. A Rdn. 36). Der Samen ist im vorliegenden Fall zu Lebzeiten des Mannes der Klägerin bereits verwendet worden.

dd. Auch weitere Gesichtspunkte bestätigen die Auslegung, wonach nur die Verwendung des Samens eines Toten strafbar ist.

Wie bereits dargestellt ist die Vorschrift des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG erst durch die Empfehlung des Bundestagsrechtsausschusses in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht worden. Die Vorschrift passt somit nicht in den Zusammenhang des § 4. Denn sie soll andere Rechtsgüter als § 4 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 schützen (Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 4 Rdn. 31).

Wegen der geschilderten historischen Entwicklung der Vorschrift sowie aus noch darzustellenden Gründen kann auch nicht aus anderen Vorschriften auf eine Strafbarkeit wegen eines Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG geschlossen werden. So wird mit § 8 Abs. 3 ESchG nur die Vorschrift des § 5 präzisiert (Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 8 Rdn. 64). Demnach soll durch die Vorschrift klargestellt werden, dass auch die Eizelle vom Eindringen oder Einbringen der Samenzelle an bis zu der mit der Kernverschmelzung abgeschlossenen Befruchtung als Keimbahnzelle anzusehen ist. Auf die Tatbestandsvoraussetzung „mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode künstlich befruchtet“ im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG wirkt sich diese Definition nicht aus.

Auch der Rückgriff auf § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, nach dem die künstliche Befruchtung unter bestimmten Voraussetzungen strafbar ist, und § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2

ESchG, nach denen das Eindringen oder die Verbringung einer Samenzelle in eine Eizelle bestraft wird, führt zu keinem anderen Ergebnis.

Denn die Vorschriften haben eine andere Zielrichtung. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG soll die künstliche Befruchtung zu jedem anderen Zweck als dem der Herbeiführung der Schwangerschaft sowie eine sogenannte gespaltene Mutterschaft verbieten (Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rdn. 1). § 1 Abs. 2 ESchG verfolgt als konkretes Gefährdungsdelikt die gleiche doppelte Schutzrichtung wie § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG. Den besonderen Missbrauchsgefahren, denen eine kryokonservierte imprägnierte Eizelle ausgesetzt ist, sollte begegnet werden. Den Fall, dass die kryokonservierte imprägnierte Eizelle der Frau eingesetzt werden könnte, von der die Eizelle stammt, hat der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang nicht gemeint (vgl. Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 1 Abs. 2 Rdn. 3 ff.), sondern den Embryonentransfer unter Strafe gestellt. In diesem Zusammenhang ist auch der Arztvorbehalt des § 9 Abs. 3 ESchG zu sehen.

ee. Das gefundene Auslegungsergebnis wird auch durch andere Erkenntnisse gestützt. Der Schlussbericht der vom Bundestag eingesetzten Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“ vom 14.05.2002 (BT-Drs. 14/9020, S. 32; im folgenden: Schlussbericht) stellt fest, dass entsprechend § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG „eine post-mortale Verwendung von Keimmaterial ausgeschlossen ist“ (Schlussbericht S. 35). Der Schlussbericht geht dabei nicht davon aus, dass die bereits mit dem Samen imprägnierte Eizelle vernichtet werden müsse, wenn der Mann, von dem der Samen stammt, verstirbt. Im Zusammenhang mit Empfehlungen zu gesetzlichen Regelungen der assistierten Reproduktion merkt der Schlussbericht vielmehr an, dass im Umgang mit Vorkernstadien darauf abgestellt werden sollte, ob die genetischen „Eltern“ weiterhin einen Kinderwunsch oder aber kein Interesse mehr geltend machen, beispielsweise weil sich ihre Partnerschaftssituation verändert hat oder einer der beiden genetischen „Eltern“ verstorben ist (Schlussbericht S. 64). Diese Frage stellte sich nicht, wenn die Verwendung der Vorkernstadien, also die Vollendung der Befruchtung nach dem Tode des Mannes, dessen Samen zu Lebzeiten verwendet worden ist, strafbar wäre. Die an gleicher Stelle im Schlussbericht angesprochene Frage, ob die Lagerungsdauer kryokonservierter Vorkernstadien befristet werden sollte, ist - leider - vom Gesetzgeber trotz der sich im vorliegenden Fall zeigenden Bedeutung nach wie vor nicht beantwortet worden.

Auch der Bericht der Enquete-Kommission trägt das gefundene Auslegungsergebnis, wonach § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG nur verbietet, den Samen eines toten Mannes zu verwenden. Fälle, bei denen der Samen durch die Imprägnierung bereits verwendet worden ist, sollten nicht erfasst werden.

ff. Nach dem Sinn und Zweck des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG ist nur der konservierte Samen erfasst. Entsprechend

behandeln die einschlägigen Kommentare die Norm auch unter dem Gesichtspunkt der „Zeugungsvorsorge“ und thematisieren in erster Linie die Kryokonservierung des Samens, nicht aber die konservierte imprägnierte Eizelle (z.B.: Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., § 7 Rdn. 358b; Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 4 Rdn. 22 sowie bereits Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz (1992), § 4 Rdn. 28, das durch das Werk Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz (2008) grundlegend neu bearbeitet worden ist). Im Zusammenhang mit § 4 ESchG wird die kryokonservierte Eizelle und deren Befruchtung nur nach dem Tod der Frau, von der die Eizelle stammt, behandelt. Dies ist bereits nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG verboten (vgl. Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 4 Rdn. 32). Demnach kann im vorliegenden Fall nicht von einer künstlichen Befruchtung „mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode“ gesprochen werden, weil der Samen vor dem Tod des Mannes verwendet worden ist.

gg. Der Schutz des Kindeswohls steht dem Auslegungsergebnis nicht entgegen. Dieser Gesichtspunkt ist von der Bundesregierung im Gesetzentwurf zum ESchG nur in der Art und Weise angeführt worden, als Gefahren für die Entwicklung des Kindes entgegengewirkt werden soll, die zumindest dann nicht ausgeschlossen werden könnten, wenn seine Erzeugung in einer dem Willen der Beteiligten nicht entsprechenden Weise erfolgt ist (BT-Drs. 11/5460, S. 10 zu § 4 ESchG). Im vorliegenden Fall ist es aber gerade ausdrücklich Wille des nunmehr verstorbenen Ehemannes der Klägerin gewesen, dass sie durch eine der mit seinem Samen bereits zu Lebzeiten imprägnierten Eizelle schwanger werden solle. Die zur Annahme einer Strafwürdigkeit führenden Überlegungen des Gesetzgebers sind im vorliegenden Fall gerade nicht betroffen.

Das Verbot des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG richtet sich (aber nur) gegen jede Art der Befruchtung, die post mortem begonnen wird (Stichwort: „Zeugungsvorsorge“, vgl. Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 4 Rdn. 25 unter Hinweis auf einige Beispiele, z.B. Soldat im Kriegseinsatz, Kranker vor Strahlentherapie). Anders als dort diene die Imprägnierung der Eizellen der Klägerin hier der Behebung von Fruchtbarkeitsproblemen und eine künstliche Befruchtung war in jedem Falle - auch ohne den unerwarteten Tod des Ehemannes der Klägerin - notwendig, um eine Schwangerschaft zu erreichen.

Bei der von der Klägerin geplanten Einpflanzung bereits imprägnierter Eizellen kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass sie „mit dem Samen eines toten Mannes“ künstlich befruchtet werden (so aber der Wortlaut des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG). Denn zum Zeitpunkt der Imprägnierung handelte es sich um Samen eines lebenden Mannes.

hh. Nach Auffassung des Senats berücksichtigt diese Auslegung des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG angemessen das Recht der Frau, ihre Eizelle für sich zu verwenden und



damit ihren Wunsch nach Mutterschaft zu erfüllen. Dass der Gesetzgeber (auch) die Weiterverwendung der imprägnierten Eizelle zu Zwecken der Herbeiführung einer Schwangerschaft bei der Frau, von der die Eizelle stammt, hatte verbieten wollen, wenn der Ehemann verstirbt, ergibt sich weder aus dem Gesetz, noch den Materialien, noch den Normen des ESchG im Zusammenhang. Der Gesetzgeber wollte mit dem Verbot (lediglich) verhindern, dass Spermien eines Verstorbenen verwendet werden. Im vorliegenden Fall sind sie aber bereits zu Lebzeiten des Mannes verwendet worden.

c. Nach alledem machen sich die für die Beklagte Handelnden nicht wegen einer Beihilfe zu einer Straftat strafbar. Bei der begehrten Herausgabe der Eizellen handelt es sich nicht um eine rechtlich unmögliche Leistung, so dass die Beklagte gemäß § 985 BGB zur Herausgabe verpflichtet ist.

4. Ob sich der Herausgabeanspruch auch aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag zur Verwahrung der Eizellen ergeben könnte, konnte der Senat nicht prüfen. Denn die Parteien haben den Inhalt des Vertrages nicht vorgetragen. ...

6. Die Revision war zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts geboten erscheinen lässt (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO).

## **LG Köln: zur Abgrenzung von Totschlag und Töten auf Verlangen**

StGB §§ 212 Abs. 1, 213, 216; 22, 23; 32, 34, 35

### **Leitsatz der Red.:**

Das eigenmächtige Unterbrechen der Zufuhr von lebenswichtigen Medikamenten und Sauerstoff ist keine Tötung auf Verlangen, wenn die in einer Patientenverfügung festgelegten Voraussetzungen für das Unterbleiben lebensverlängernder Maßnahmen nicht gegeben sind und ein Irrtum darüber vermeidbar war. Vielmehr liegt dann eine Tötungshandlung i.S.v. § 212 StGB vor.

Urteil vom 09.02.2010, Az: 101 KLS 56/09

### **Zum Sachverhalt:**

Die Schwiegermutter des Angeklagten, Frau A., wurde 2009 im Alter von über 80 Jahren in ein Krankenhaus eingeliefert. Sie litt an einer Lungenentzündung und Herzinsuffizienz. Mit ihrer stationären Behandlung, gegebenenfalls auch auf der Intensivstation, wie sie kurz später erforderlich wurde, war Frau A. einverstanden. In ihrer Patientenverfügung hatte sie u. a. bestimmt, dass sie Maßnahmen aktiver Sterbehilfe ebenso ablehne wie lebensverlängernde Maßnahmen nach Beginn des unmittelbaren Sterbeprozesses. Der Angeklagte wusste

von der Existenz der Patientenverfügung, kannte ihren Inhalt im Einzelnen aber nicht.

Nach Rücksprache mit der Ärztin Dr. G. war dem Angeklagten bewusst, dass die behandelnden Ärzte eine Genesung seiner Schwiegermutter für möglich hielten. Dennoch nahm er an, seine Schwiegermutter sei nicht mehr zu retten. Zugleich überlegte er, dass eine nach erfolgreicher Behandlung möglicherweise pflegebedürftige Schwiegermutter seiner Familie zur Last fallen könne, was sie, wie er sich einredete, nie gewollt habe. Deshalb forderte er die Ärztin auf, die Geräte, an denen seine Schwiegermutter zur Aufrechterhaltung ihrer Vitalfunktionen angeschlossen war, abzuschalten. Als die Ärztin sich weigerte, ging der Angeklagte selbst zu den Perfusoren und betätigte - gegen 20:15 Uhr - die Ausschalter der Geräte. Damit unterbrach er die Zufuhr von fünf Medikamenten, darunter das für Frau A. lebenswichtige Adrenalin. Mit Bezug auf den angeblichen Willen seiner Schwiegermutter wollte er deren Tod herbeiführen. Er stellte sich dabei vor, dass durch seine Maßnahmen die Sterbephase unumkehrbar eintreten werde. Das Abschalten der Adrenalinpumpe bewirkte innerhalb von Sekunden einen dramatischen Abfall des Blutdrucks wie auch der Herzfrequenz. Zwischenzeitlich herbeigerufene Zeugen verhinderten das Abschalten auch der Sauerstoffzufuhr durch den Angeklagten; zudem konnten die Perfusoren, die mindestens zehn Sekunden außer Betrieb gewesen waren, wieder eingeschaltet werden. Nach Erhöhung der Adrenalinosis stabilisierten sich die Blutdruckwerte wieder.

Frau A. verstarb um 23:49 Uhr. Todesursache war ein septischer Schock als Folge der schweren, eitrigen Pneumonie. Das kurzfristige Abschalten der Perfusoren durch den Angeklagten konnte nach gutachterlicher Feststellung nicht als todesursächlich angesehen werden. Wären jedoch die vom Angeklagten abgeschalteten Geräte abgeschaltet geblieben und auch die Sauerstoffzufuhr unterbrochen worden, wäre der Tod der Frau A. voraussichtlich innerhalb von 10 bis 15 Minuten infolge Erstickung wegen Sauerstoffmangels in Verbindung mit Herzinsuffizienz - äußerst quälend - eingetreten.

### **Aus den Gründen:**

Der Angeklagte hat sich hiernach des versuchten Totschlags (§§ 212, 22, 23 StGB) schuldig gemacht. Er hat nach seiner Vorstellung zur Verwirklichung des Tatbestands des Totschlags unmittelbar angesetzt, indem er fünf der Perfusoren, durch die Frau A. mit Medikamenten versorgt wurde, darunter den, der ihr das lebenswichtige Adrenalin zuführte, abgeschaltet hat und auf dem Weg war, auch die Sauerstoffpumpe zu stoppen. Wären die Perfusoren abgestellt geblieben und die Sauerstoffzufuhr unterbrochen worden, wäre nach den Ausführungen des gerichtsmedizinischen Sachverständigen der Tod der Frau A. innerhalb von 10 bis 15 Minuten eingetreten.

Durch das Abschalten der medizinischen Geräte sollte nach der Vorstellung des Angeklagten der Sterbeprozess bei Frau A. unumkehrbar eingeleitet werden und binnen einer kurzen Zeitspanne abgeschlossen sein. Der Tatbestand des Totschlags wird auch dann verwirklicht, wenn durch das Handeln des Täters der Tod insgesamt nur geringfügig früher eintritt als es bei natürlichem Verlauf geschehen wäre. Eine Zeitspanne von nur wenigen Stunden zwischen der Handlung, die nach dem Willen des Täters den alsbaldigen Tod herbeiführen soll (hier: das Abstellen der Geräte gegen 20:15 Uhr), und dem Eintritt des Todes bei natürlichem Verlauf (hier: um 23:49 Uhr) reicht aus.

Demgegenüber liegt die dem Angekl. mit der Anklageschrift zunächst zur Last gelegte Straftat der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), die in Betracht kommt, wenn jemand durch das ausdrückliche und ernsthafte Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden ist, schon deshalb nicht vor, weil Frau A. weder selbst (sie lag im künstlichen Koma und konnte keinen Willen bilden und artikulieren) noch durch die Patientenverfügung, deren oben beschriebene Bedingungen zur Tatzeit nicht erfüllt waren, ihre Tötung verlangt hatte. Im Gegenteil hat Frau A. darin mitgeteilt, dass sie aktive Sterbehilfe ablehne, also ärztlich behandelt werden wollte, solange noch eine Chance auf Genesung bestand. Da der Angekl. einerseits wusste, dass aus ärztlicher Sicht noch Hoffnung auf eine Genesung seiner Schwiegermutter bestand, andererseits aber die Bedingungen der Patientenverfügung, wie festgestellt, nicht kannte und von seiner Ehefrau per Telefon nur ein Schlagwort (keine „lebensverlängernde Maßnahmen“) gehört hatte, war er bei Begehung seiner Tat nicht im Irrtum darüber, er erfülle ein ausdrückliches und ernstliches Tötungsverlangen der Frau A.

Das Vorgehen des Angeklagten war weder gerechtfertigt noch entschuldigt. Zwar erfüllt jede in die körperliche Unversehrtheit eingreifende ärztliche Behandlungsmaßnahme, also auch der kunstgerecht durchgeführte und erfolgreiche ärztliche Heileingriff, den objektiven Tatbestand der Körperverletzung. Sie bedarf deshalb einer besonderen Rechtfertigung durch die ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Einwilligung des Patienten. Diese hat hier aber vorgelegen. Frau A. war mit der Aufnahme ins Krankenhaus und der Behandlung auf der Normalstation einverstanden. Sie hat, obwohl wach und ansprechbar, zu keiner Zeit Widerspruch gegen ihre Behandlung dort erhoben, insbesondere nicht gegen die unterstützende Sauerstoffzufuhr, von der sie sogar geäußert hat, dank derer habe sie keine Luftnot mehr. Nachdem Frau A. darüber hinaus die Ankündigung der Zeugin Dr. D., bei einer Verschlechterung des Befindens sei gegebenenfalls eine Verlegung auf die Intensivstation notwendig, ruhig und ohne Widerspruch aufgenommen hatte, musste auch insoweit, als die Verschlechterung tatsächlich eintrat, von einer stillschwei-

genden Einwilligung der Patientin ausgegangen werden. Die ärztlichen Maßnahmen auf der Intensivstation waren damit rechtmäßig.

Der Angeklagte seinerseits war nicht befugt, im Wege der Nothilfe (§ 32 StGB) diese Maßnahmen zu beenden und die seiner Schwiegermutter Sauerstoff und Medikamente zuführenden Geräte abzuschalten. Die ihm zur Tatzeit inhaltlich nicht bekannte Patientenverfügung der Frau A. gab dem Angeklagten dazu kein Recht, weil deren Bedingungen nicht erfüllt waren. Weder befand sich Frau A. nach der Beurteilung der behandelnden Ärzte, auf die es nach der Patientenverfügung maßgebend ankommen sollte, zur Tatzeit im unmittelbaren Sterbeprozess noch war es zu einem nicht behebbaren, zum Tode führenden Ausfall lebenswichtiger Funktionen des Körpers gekommen. Im Gegenteil sahen die Ärzte noch Heilungschancen und kämpften um das Leben der Patientin, so dass ein Abschalten der Geräte zu diesem Zeitpunkt aktive Sterbehilfe gewesen wäre, die Frau A. ausdrücklich ablehnte.

Für einen Irrtum des Angekl. über die tatsächlichen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes der Nothilfe ist nach dem festgestellten Sachverhalt kein Raum. Der Angekl. ist von der Zeugin Dr. G. klar und eindeutig darüber informiert worden, dass seine Schwiegermutter schwer, aber nicht hoffnungslos erkrankt sei, und hat das auch richtig wahrgenommen und verstanden. Wenn er ungeachtet dieser unmissverständlichen Ansage einer sach- und fachkundigen Ärztin, die später durch gleichlautende Auskünfte weiterer, von der Zeugin Dr. G. befragte (Ober-)Ärzte bestätigt worden sind, seine eigenen laienhaften Vorstellungen in den Vordergrund stellt und sein Handeln willkürlich nach diesen ausrichtet, kann er sich auf einen Irrtum nicht mit Erfolg berufen. Auch ein Verbotsirrtum unter Hinweis darauf, dass er sein Vorgehen trotz vorhandener Tatsachenkenntnis für rechtmäßig gehalten habe, kann ihm nicht zugutekommen. Ein solcher Irrtum wäre jedenfalls leicht vermeidbar gewesen, wenn der Angekl. vor der Tat einen Blick in die Patientenverfügung geworfen und fachkundigen Rat eingeholt hätte, nachdem die beteiligten Ärzte wegen der ihrer Ansicht nach bestehenden Aussicht auf einen Behandlungserfolg das Abschalten der Geräte verweigert hatten.

Ein rechtfertigender (§ 34 StGB) oder entschuldigender Notstand (§ 35 StGB), auf den sich der Angeklagte hätte stützen dürfen, scheidet ersichtlich aus. Es lag bereits keine Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit der Frau A. vor, da die Körperverletzung in Form der ärztlichen Maßnahmen - wie oben dargestellt - durch die jedenfalls mutmaßliche Einwilligung der Frau A. gedeckt war. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der Patientenverfügung, weil diese im konkreten Fall nicht einschlägig war. Weder befand die Patientin sich im unmittelbaren Sterbeprozess noch war es zu einem nicht behebbaren, zum Tode führenden Ausfall lebenswichtiger

tiger Funktionen ihres Körpers gekommen, was dem Angeklagten durch das Gespräch mit der Zeugin Dr. G. auch bekannt gemacht worden war.

Ebenso wenig liegt ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch vor (§ 24 StGB). Darauf kann sich nur berufen, wer *freiwillig* die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert. Daran fehlt es hier. Die Vollendung der Tat ist den Feststellungen zufolge allein dadurch verhindert worden, dass die Zeugin L. die vom Angeklagten abgestellten Perfusoren auf Anweisung der Zeugin Dr. G. wieder eingeschaltet und hochgefahren hat, während der Zeuge K. sich schützend vor die Sauerstoffpumpe gestellt und den Angeklagten dadurch gehindert hat, diese zu erreichen und ebenfalls abzuschalten. Der Angeklagte selbst hatte nach eigenen Angaben nicht vor, die Geräte wieder in Gang zu setzen. Er wollte sie im Gegenteil bis zum Eintritt des Todes seiner Schwiegermutter abgeschaltet lassen in voller Kenntnis dessen, dass er damit die noch vorhandenen Heilungschancen zerstöre.

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

#### **Anmerkung:**

Das vorstehende Urteil verdient weniger wegen der – eindeutigen – rechtlichen Umstände des Falles Beachtung, sondern wegen des leichtfertigen Umgangs mit der Patientenverfügung des Opfers. An diesem Fall zeigt sich, dass die Gefahr besteht, dass bereits die Existenz einer Patientenverfügung als Vorwand dafür genutzt werden kann, eine notwendige und faktisch nicht von vornherein aussichtslose medizinische Behandlung abubrechen. Hier müssen einer möglicherweise ausufernden Praxis klare Grenzen gesetzt werden. Patientenverfügungen dürfen nicht pauschal als Ausdruck des Sterbenwollens angesehen werden. Die Mühe, sich mit dem Inhalt der Patientenverfügung vertraut zu machen und ihren tatsächlichen Gehalt zu ermitteln, kann sich weder der Vertreter des Patienten noch der behandelnde Arzt ersparen. Wer diese Mühe scheut, muss mit strafrechtlichen Konsequenzen rechnen. (rb)

### **StA Köln: Strafbare Stammzellforschung ohne Genehmigung**

StZG § 13 Abs. 1, StPO § 153 Abs. 1

Einstellungsverfügung vom 15.02.2010 (Az. 118 Js 859/08)

#### **Zum Sachverhalt:**

In der Publikation „Generation of pluripotent stem cells from adult human testis“ (Nature, publ. online 8.10.2008, S. 1 ff.), wurde von einer Forschergruppe, der u. a. Prof. H. angehörte, über die Erzeugung pluripotenter Stammzellen aus menschlichen Hodenzellen

berichtet. Hierbei wurde angegeben, dass im Rahmen des Forschungsvorhabens das Ergebnis einem Vergleichstest unterzogen worden sei, an dem der Beschuldigte beteiligt war. In der Methodenbeschreibung hieß es, dass alle Versuche, die mit den adulten Hodenzellen ausgeführt wurden, zu Vergleichszwecken auch mit der menschlichen embryonalen Stammzell-Linie H 1 im Labor des Beschuldigten H. in K. durchgeführt worden waren. Eine Genehmigung für diese Versuche lag nicht vor.

Die Ermittlungen wurden mit Zustimmung des LG Köln gem. § 153 Abs. 1 StPO eingestellt.

#### **Aus der Begründung der Einstellungsverfügung:**

Die Ermittlungen führten zu der Feststellung, dass den Beschuldigten allenfalls der Vorwurf gemacht werden kann, den Umfang der bereits eingeholten Genehmigungen verkannt und trotz der in Kauf genommenen Möglichkeit, dass zusätzliche Genehmigungen erforderlich waren, diese in Bezug auf zwei Untersuchungsreihen nicht eingeholt zu haben. Der Vorsatzvorwurf läge daher allenfalls im Randbereich zur Fahrlässigkeit.

Dies ergibt sich auch daraus, dass selbst Experten die Frage der Genehmigungspflichtigkeit der durchgeführten Untersuchungen zunächst nicht abschließend beantworten konnten. Anlässlich dieser Problematik musste vielmehr erst eine Arbeitsgruppe aus Mitgliedern des Robert-Koch-Instituts und der Zentralen Ethik-Kommissionen für Stammzellenforschung gebildet und damit betraut werden, den aktuellen internationale wissenschaftlichen Kenntnisstand zu diesem Themenbereich zusammenzutragen. Dies zeigt deutlich, dass die Sach- und Rechtslage für die Beschuldigten im Tatzeitpunkt mehr als unklar war.

Das Handeln der Beschuldigten dient zudem vor dem Hintergrund der grundrechtlich garantierten Forschungsfreiheit ausschließlich dem hochrangigen Forschungsziel des wissenschaftlichen Erkenntnisgewinns für die medizinische Grundlagenforschung.

Auch nach Auffassung des zuständigen Landgerichts Köln wäre daher die Schuld der Beschuldigten denkbar gering.

Ein öffentliches Interesse an der weiteren Aufklärung des Sachverhalts mit dem Ziel der strafrechtlichen Verfolgung und Ahndung des Handelns der Beschuldigten besteht unter diesen Umständen nicht. Es ist davon auszugehen, dass die Beschuldigten bereits aufgrund des Ermittlungsverfahrens hinreichend beeindruckt und gewarnt sind.

#### **Anmerkung:**

Dem letzten Satz der Einstellungsverfügung ist zuzustimmen. Im Übrigen sind die der Einstellung zugrunde liegenden Erwägungen zweifelhaft und teilweise unverständlich. Man hat den Eindruck, die Staatsanwaltschaft hat eifrig – was durchaus ihres Amtes ist – nach entlas-

tenden Gesichtspunkten gesucht, darüber aber die belastenden Aspekte nicht angemessen gewürdigt.

So ist die Formulierung, die Beschuldigten hätten „den Umfang der bereits eingeholten Genehmigungen verkannt“, wenig überzeugend. Als Wissenschaftler im Bereich der Stammzellforschung hatte zumindest der Beschuldigte H. zuvor (vor Eingang des Aufsatzes bei der Zeitschrift Nature am 1. Februar 2008) bereits mehrere Genehmigungen für Forschungsvorhaben an humanen Stammzellen beantragt und auch erhalten. Keiner dieser Anträge bezog sich jedoch auf Vergleichstest mit menschlichen adulten Hodenzellen (s. Genehmigungen Nr. 2, 14, 20 auf der Homepage des Robert-Koch-Instituts, [http://www.rki.de/cln\\_160/nn\\_196928/DE/Content/Gesund/Stammzellen/Register/register\\_\\_node.html?\\_\\_nnn=true](http://www.rki.de/cln_160/nn_196928/DE/Content/Gesund/Stammzellen/Register/register__node.html?__nnn=true)). Der Umfang der erteilten Genehmigungen hätte sich daher auch bei wohlwollendster Betrachtungsweise nicht auf die konkrete Verwendung der verfahrensgegenständlichen Zellen erstrecken können.

Die Behauptung, die Sach- und Rechtslage sei für die Beschuldigten „im Tatzeitpunkt mehr als unklar“ gewesen, ist ebenfalls kaum nachvollziehbar. Zumindest der Beschuldigte H. war als renommierter Stammzellwissenschaftler bei vergleichbaren Forschungsvorhaben offenbar in der Lage gewesen, die Notwendigkeit der Genehmigung nach dem StZG zu erkennen und entsprechende Anträge zu stellen. Weshalb sollte er dann in dem Streitgegenständlichen Fall davon ausgegangen sein, dass eine Genehmigung nicht erforderlich wäre? Das StZG war und ist in diesem Punkt eindeutig: *genehmigungsfreie* Importe oder Verwendungen von humanen Stammzellen gibt es nicht (vgl. § 6 Abs. 1 StZG). Wie bei

dieser Sachlage, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, „selbst Experten die Frage der Genehmigungspflichtigkeit der durchgeführten Untersuchungen zunächst nicht abschließend beantworten konnten“ - so die StA Köln - ist schleierhaft. Auch der Hinweis, es sei zunächst notwendig gewesen, den „aktuellen internationalen wissenschaftlichen Kenntnisstand“ auf dem Gebiet der Stammzellforschung zusammenzutragen, kann insofern nur als Ablenkungsflökel gewertet werden. Denn der wissenschaftliche Kenntnisstand ist für die Frage, ob Vorhaben der Stammzellforschung in Deutschland genehmigungsbedürftig sind, ohne jede Bedeutung.

Schließlich ist auch der (entschuldigende?) Hinweis auf das „hochrangige Forschungsziel des wissenschaftlichen Erkenntnisgewinns für die medizinische Grundlagenforschung“ befremdlich. Die Hochrangigkeit des Forschungsvorhabens ist bereits Tatbestandsvoraussetzung für die Genehmigungsfähigkeit nach dem StZG (§ 5 Nr. 1). Sie kann daher kein mögliches Element der Schuldminderung sein.

Dass ein deutscher Hochschulprofessor allein durch staatsanwaltliche Ermittlungen „beeindruckt und gewarnt“ ist, erscheint naheliegend. Eine wirklich nachvollziehbare Begründung für „geringe Schuld“ enthält die Einstellungsverfügung jedoch nicht. Immerhin kann der Verfügung entnommen werden, dass das Verhalten der Beschuldigten grundsätzlich als strafbar nach dem StZG zu werten ist. Die Vorschriften des StZG sollten nicht auf die leichte Schulter genommen werden. Ein Verstoß kann durchaus strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

RiAG Rainer Beckmann, Würzburg

## rezension

### Gerechtigkeit

Eike von Hippel

*Kampfplätze der Gerechtigkeit. Studien zu aktuellen rechtspolitischen Problemen*

Berliner Wissenschaftsverlag, 2009

262 S., kart., 29,- Euro (ISBN 978-3-8305-1633-0)

Der Hamburger Privatrechtler Eike von Hippel, hat eine Reihe von überwiegend bereits publizierten kleinen Arbeiten zum Thema Rechtspolitik nun in einem Buch vereinigt, dem er einen packenden Titel gegeben hat: „Kampfplätze der Gerechtigkeit“. Der 1931 Geborene hat in seiner akademischen Jugend erfahren, was es bedeutet, eine Qualifikationsarbeit vorzulegen, mit der man mächtige Wirtschaftsinteressen verschreckt. Er

vertrat nämlich die These, dass private Haftung durch Versicherungsschutz ausgeschlossen werden könne, was sowohl gerechter als auch effizienter sei. Die Herren der Versicherungswirtschaft fürchteten, dass dies ihr eingeführtes Geschäftsmodell gefährde. Es würde nicht verwundern, wenn ihn diese im Buch eindrucksvoll geschilderte Erfahrung (S. 36 f.) dazu angestachelt hätte, den Kampf ums Recht prinzipiell aufzunehmen.

In mehr als zwei Dutzend Fallstudien beschreibt er rechtspolitische Probleme wie die eines generationenblinden Rentenrechts, der Selbstbedienung von Abgeordneten, der Missachtung des Verursacherprinzips, des Tabak- und Alkoholmissbrauchs, der Spielsucht, eines riskanten Bevölkerungswandels, einer zugehörigen unzulänglichen Familienpolitik und - was hier zu interessieren hat: des mangelhaften staatlichen Schutzes für ungeborene Kinder.

Der Verfasser analysiert Gründe für diese und andere offenkundige Ungerechtigkeiten, die in mächtigen Interessen lägen, wie sie sich in Massenmedien, Ministerialverwaltungen und Fraktionen eingenistet hätten und im Gesetzgebungsprozess zu behaupten wüssten. Auch weist er immer wieder rechtspolitische Auswege aus den beobachteten Sackgassen. Er sieht sie auf zwei Ebenen: 1. der Jurist dürfe sich nicht auf den Dienst am positiven Recht beschränken, sondern habe sich am Kampf um dessen Verbesserung und um die verfassungsmäßig gefasste Rechtsidee zu beweisen, müsse dabei aber klug, mutig und mit langem Atem vorgehen; 2. die machtopportunistischen Strukturen des Verbände- und Parteienstaats gegenüber müssten fachliche Institutionen verstärkt eingesetzt werden: Bundesverfassungsgericht, Rechnungshof, gesetzgeberische Stabs- und Planungsstellen usw. An zwei bis drei Stellen wendet von Hippel seine Überlegungen auf das Thema des Lebensschutzes an.

Er spricht gleich am Anfang (S. 11) von der „ungerechten“ Tatsache der Massenabtreibung in Deutschland („jährlich mindestens 130.000 Kinder vor der Geburt getötet“). Mit deutlichem Bezug zu dieser Problematik werden sodann konkrete „Reformüberlegungen“ (besser Reformmaßnahmen) vorgestellt: „Gründung eines wissenschaftlichen Instituts für Rechtspolitik“, „periodische Überprüfung besonders wichtiger Gesetze“ und „gegebenenfalls Nachbesserung“, „Berufung von Ombudsmännern für schwache Gruppen“ als Gegengewicht gegen die Herrschaft der Verbände. Im Ausblick scheint er Gruppen wie den Lebensschützern Mut machen zu wollen, indem er den „opferreichen Kampf lange Zeit verfemter ‚Dissidenten‘“ erwähnt, ohne den der Sturz der kommunistischen Systeme nicht möglich gewesen wäre (S. 14).

Ein zweiter Kampfplatz gegen das Unrecht der Abtreibung findet sich im Kapitel über „präventive Jurisprudenz“ (§ 3). Es sei inzwischen erwiesen, dass die in Deutschland eingeführte Pflichtberatung in den ersten zwölf Wochen der Schwangerschaft „erfolglos geblie-

ben“ sei. Die Rechtsvergleichung habe gezeigt, dass die Abtreibungsquote „durch die Art der jeweiligen rechtlichen Regelung sehr viel weniger beeinflusst wird als durch andere Faktoren (insbesondere durch Sexualsitten, Aufklärung über Geburtenkontrolle, Verfügbarkeit und Qualität von Verhütungsmaßnahmen sowie der Einstellung der Bevölkerung zur Abtreibung)“. Die Bevölkerung, die Recht und Unrecht unterscheiden können muss, wird vom Verfasser darin belehrt, dass „das Lebensrecht des ungeborenen Kindes ... schwerer [wiegt] als das Recht der Mutter auf Selbstbestimmung, zumal die Mutter (außer bei Vergewaltigung) für den Eintritt der Schwangerschaft mitverantwortlich ist. Dass der Staat inzwischen aus pragmatischen Gründen (und nicht zuletzt unter dem Druck der Frauenbewegung) auf eine Bestrafung von Abtreibung verzichtet, ändert nichts an dieser Wertung“. Konsequenter kritisiert der Autor auch, dass der Staat in den meisten Fällen für die Abtreibungskosten aufkomme (S. 32).

Als präventiv gegen Abtreibung gilt auch die angemessene Familienpolitik (Fn. 33 S. 27). Von Hippel kommt damit ein drittes Mal auf den Lebensschutz zu sprechen (§ 8). „Zum Geburtenschwund tragen nicht zuletzt die Abtreibungen bei ... Zugleich suchten viele Menschen erfolglos nach Kindern, die sie adoptieren können“ (Fn. 2 S. 69).

Das Buch v. Hippels nennt die rechtspolitischen Desiderate in unserem Land beim Namen und zeigt Reformmöglichkeiten auf. Aus der Sicht des Rezensenten hätte der Verfasser gut daran getan, ein eigenes Kapitel statt nur cursorischer Hinweise auf die ungerechte Tatsache der Massenabtreibung in unserer Gesellschaft zu verwenden. Er hat sich verdient darum gemacht, auf dem „Kampfplatz der Gerechtigkeit“ Waffen sichtbar zu machen, die zu gegebener Zeit auch gegen den Skandal „beratener“ Massenabtreibung Abhilfe schaffen können.

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

## umschau

### Anonyme Geburt und Sozialdatenschutz

Die Ermöglichung „anonymer Geburten“ oder der „anonymen Übergabe von Neugeborenen“ versteht sich genauso wie die Bereitstellung von „Babyklappen“ als ein Hilfsangebot für Frauen in einer existentiellen Notlage. Anstatt ihr Neugeborenes auszusetzen oder gar zu töten, soll die Möglichkeit eröffnet werden, dass die Frau ihr Kind in staatliche Obhut gibt, ohne ihre Identität preisgeben zu müssen. Doch dieser Weg ist alles andere

als unproblematisch, wie nicht zuletzt die Stellungnahme des Deutschen Ethikrates vom 26. November 2009 über „Das Problem der anonymen Kindesabgabe“ und die sich daran anschließende kontroverse Diskussion gezeigt hat (vgl. zur Diskussion: **Julia Haas**, „**Vertrauliche Kindesabgabe mit vorübergehend anonymer Meldung**“ – Grundrechtliche Bewertung der Empfehlung des Deutschen Ethikrates in dessen Stellungnahme vom 26. November 2009, FamRZ 2010, S. 781 – 785; sowie die Beiträge von **Axel W. Bauer**, **Klaus Baumann**/Dieter

**Fuchs** und **Johannes Beckermann** in ZfL 2010, S. 2 ff.). Steht eine anonyme Kindesweggabe an sich schon im Widerstreit mit den Rechten des Kindes insbesondere auf Kenntnis der eigenen Abstammung, verschärfen sich die Probleme noch, wenn die Kindesmutter ihre Identität der Institution, welcher sie ihr Kind anvertraut, ausnahmsweise preisgegeben hat. Ein solcher Fall ereignete sich im Jahre 2007 in Köln. Da sie die gesuchte „Babyklappe“ nicht fand, traf sich eine Frau nach vorheriger Absprache mit einer Mitarbeiterin des „Sozialdienstes katholischer Frauen“ (SkF), übergab ihr Neugeborenes und offenbarte bei dieser Gelegenheit ihre Identität. Von diesem Vorgang in Kenntnis gesetzt, beantragte die Staatsanwaltschaft Köln eine richterliche Anordnung zur Übermittlung der persönlichen Daten der Kindesmutter (§ 73 Abs. 1 und 3 SGB X). Denn es stand im Raum, dass sich die Kindesmutter bei einer anonymen Übergabe ihres Kindes eines Vergehens der Verletzung von Unterhaltungspflichten und einer Personenstands Fäl schung durch Unterlassen strafbar gemacht hatte (vgl. dazu bereits Stephanie Wiesner-Berg ZfL 3/2006, S. 87 ff.).

Eine solche erzwungene Offenbarung persönlicher Daten birgt die Gefahr, die Idee der „Babyklappe“ bzw. der anonymen Übergabe von Neugeborenen selbst zu konterkarieren. Die Entscheidung des Amtsgerichts Köln vom 12. September 2008, durch die der Antrag der Staatsanwaltschaft abgewiesen wurde, und die – das Amtsgericht bestätigende – Beschwerdeentscheidung des Landgerichts Köln vom 25. September 2008 haben diese Gefahr zwar zunächst gebannt, begegnen aber – wie der Beitrag von Dr. **Stephanie Wiesner-Berg** („**Anonyme Kindesabgabe und Sozialdatenschutz**“, NSTZ 2010, S. 243 – 250) zeigt – nicht unerheblichen Bedenken. Wiesner-Berg hält die Bereitstellung von „Babyklappen“ sowie die Ermöglichung anonymer Geburten – wie der Deutsche Ethikrat – mit den bestehenden Gesetzen für unvereinbar und die Betreiber derartiger Einrichtungen dazu verpflichtet, die „Sozialdaten“ des Säuglings und der Eltern an die Staatsanwaltschaft weiterzugeben. Denn für die Vergehen einer Unterhaltungspflichtverletzung sowie einer Personenstands Fäl schung durch Unterlassen bestehe ein hinreichender Anfangsverdacht. Weder das Sozialgeheimnis nach § 35 SGB I noch der Sozialdatenschutz gemäß § 65 SGB VIII (analog) sei geeignet, eine Vorenthaltung persönlicher Daten zu rechtfertigen und die staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit einzuschränken. (us)

## Präimplantationsdiagnostik

Die Präimplantationsdiagnostik (PID) bewegt sich – wie nicht zuletzt der Beschluss des Kammergerichts Berlin vom 9. Oktober 2008 (ZfL 2009, S. 25 ff.) und das Urteil des Landgerichts Berlin vom 14. Mai 2009 (ZfL

2009, S. 95 ff.) zeigen – in Deutschland auf unsicherem rechtlichen Boden. Während das Gendiagnostikgesetz vom 31. Juli 2009 keine Aussagen über die Zulässigkeit der PID trifft, ist eine Strafbarkeit der PID nach dem Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990 lebhaft umstritten. Vor diesem Hintergrund plädieren **Berit Ruso** und **Magdalena Thöni** für die Schaffung eines eigenständigen Fortpflanzungsmedizingesetzes (**Quo vadis Präimplantationsdiagnostik?**, MedR 2010, S. 74 – 78). Ausgangspunkt einer gesetzlichen Regelung – so meinen die Autorinnen – müsse ein Verbot der Präimplantationsdiagnostik sein, welches – in Anlehnung an § 218 a Abs. 2 StGB – nur bei Vorliegen einer medizinisch-sozialen Indikation ausnahmsweise durchbrochen werden dürfe. Eine Ausnahme sei nur angängig, „um Chromosomenstörungen aufzufinden, die mit einem Überleben des Kindes nicht vereinbar sind und dazu führen, dass die aufwändigen und belastenden reproduktionsmedizinischen Behandlungen ohne Erfolg bleiben“. Die Autorinnen halten überdies eine vorherige Beratung desjenigen, der um eine PID nachsucht, für notwendig und fordern die Schaffung einer nationalen Behörde, welche – nach dem Vorbild der englischen „Human Fertility and Embryology Authority (HFEA) – den Einsatz der PID regulieren und überwachen könne.

Die Überlegungen von Ruso und Thöni hinterlassen einen zwiespältigen Eindruck. Nicht nur erscheinen die Kriterien für eine ausnahmsweise zulässige PID unscharf. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit § 218 a Abs. 2 StGB steht überdies zu befürchten, dass das befürwortete Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Praxis eher unbeachtet bleiben wird. Die Ernsthaftigkeit dieses Postulats wird überdies durch die abschließende Empfehlung der Autorinnen relativiert, Deutschland solle versuchen, bei der Entwicklung wichtiger Therapie- und Diagnosemethoden im Rahmen der Reproduktionsmedizin „Schritt zu halten“, „den Forschern keine unnötigen Steine in den Weg zu legen und einen deutschen Sonderweg zu vermeiden“. Bei ihrem Vorschlag für ein Fortpflanzungsmedizingesetz lassen sich die Autorinnen denn auch weniger von grundsätzlichen Erwägungen, denn von der Sorge leiten, ob ihr Vorschlag einer breiteren Öffentlichkeit vermittelbar sei. (us)

## Kind als Schaden: Rechtslage in Österreich

Die höchstrichterliche Rechtsprechung in Österreich verfolgt in der Frage, ob die Unterhaltungspflicht der Eltern für ein behindertes oder ein gesundes Kind als Schaden angesehen werden könne, bekanntlich eine andere Linie als etwa die Gerichte in Deutschland und in der Schweiz. Nach Auffassung des Obersten Gerichtshofs in Österreich verbietet im Grundsatz die

„personale Existenz und ihr Eigenwert“ die Zuerkennung von Schadensersatz für die Geburt eines Kindes. Dieser Grundsatz wird allerdings in zwei Fällen eingeschränkt: Zum einen kann die Geburt eines behinderten Kindes („wrongful birth“) zur Geltendmachung von Schadensersatz berechtigen, wenn die Behinderung während der Schwangerschaft von dem behandelnden Arzt fehlerhaft nicht erkannt worden ist und der Frau aus diesem Grunde die Möglichkeit genommen wird, die Schwangerschaft aufgrund einer embryopathischen Indikation „abzubrechen“. Zum anderen kann der Unterhaltsaufwand für ein gesundes Kind („wrongful conception“) dann als Schaden eingeklagt werden, wenn die „Unterhaltsbelastung ungewöhnliche und geradezu existenzielle Erschwerungen wegen [...] zu geringer verfügbarer Unterhaltsmittel für das Kind und die Eltern zur Folge“ haben würde. Ob es für diese Unterscheidungen eine tragfähige Grundlage gibt, ist in Österreich lebhaft umstritten und auch die Rechtsprechung selbst ist – trotz ihrer vordergründigen Einheitlichkeit – inkohärent. Dies hat seinen Grund darin, dass es innerhalb des OGH keinen allein für Schadensersatzansprüche zuständigen Senat gibt und die Begründungsansätze daher teilweise widersprüchlich

sind. Prof. Dr. **Erwin Bernat** von der Universität zu Graz zeichnet in seinem Aufsatz „**Wrongful Birth und Wrongful Conception in der Rechtsprechung des österreichischen OGH: Kann nur die Geburt eines behinderten Kindes die Quelle eines Schadens sein?**“ (MedR 2010, S. 169 – 176) die Entwicklung der Rechtsprechung in Österreich nach und unterzieht sie einer grundlegenden Kritik. Er macht keinen Hehl daraus, dass seiner Ansicht nach die gefundenen Differenzierungen nicht überzeugend sind und er – wie der Bundesgerichtshof in Deutschland – allein eine schadensersatzrechtliche Sichtweise für folgerichtig und vertretbar hält. Auch die in Österreich diskutierten gesetzgeberischen Reformvorschläge, welche überwiegend auf eine Beschränkung von Schadensersatz in Fällen von „wrongful birth“ oder „wrongful conception“ zielen, hält der Autor daher mit schadensersatzrechtlichen Prinzipien für unvereinbar (vgl. zu demselben Thema: **Juliana Mörsdorf-Schulte, Geburt eines behinderten Kindes als Schaden** – Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs vom 11. Dezember 2007, ZeuP 2010, S. 147 – 167, sowie **Jacob Cornides, Die Kind-als-Schaden-Rechtsprechung des Österreichischen Obersten Gerichtshofs**, ZfL 2009, S. 3 ff.). (us)

## aus der jvl

*Bernward Büchner, VRiaVG a. D.*

### Defizite der Bewusstseinsbildung

Einführung zum Symposium der Juristen-Vereinigung Lebensrecht am 8.5.2010 in Würzburg

In der in Würzburg erscheinenden Zeitung „Die Tagespost“ schrieb kürzlich *Guido Horst*: „Abtreibung gilt heute in der westlichen Welt als gesellschaftlich völlig akzeptiertes Mittel der Verhütung und Familienplanung. Sie wird vom Staat geschützt, kein Gericht geht dagegen vor, das Gesundheitswesen bietet sie jeder Schwangeren an und finanzstarke internationale Organisationen arbeiten hart daran, sie auch in der sogenannten Dritten Welt zu verbreiten.“ Diese ernüchternde Zustandsbeschreibung steht, was Deutschland betrifft, in Kontrast zu dem Glauben an den Schutz des Lebens Ungeborener durch das gesetzliche „Beratungskonzept“. Was von der Schutztauglichkeit dieses Konzepts zu halten ist, hat unsere Vereinigung und haben ihre Mitglieder in zahlreichen Beiträgen dargelegt.

Die gesetzliche Regelung noch länger in Frage zu stellen, halten manche inzwischen allerdings für müßig. Für eine Gesetzesänderung gebe es auch auf längere

Sicht keine Mehrheit und deshalb müssten wir mit dem Kompromiss von 1995 leben.

Die Schutzpflicht des Gesetzgebers für das Leben Ungeborener sowie die aus ihr folgende Pflicht, die Auswirkungen des gesetzlichen Konzepts zu beobachten und dieses erforderlichenfalls zu korrigieren oder nachzubessern, sind jedoch unabhängig von politischen Mehrheitsverhältnissen. Die Beobachtungspflicht betrifft insbesondere die Frage, ob die an der Verwirklichung des gesetzlichen Konzepts Beteiligten ihren Pflichten nachkommen. Sie betrifft vor allem aber auch die Frage nach dem allgemeinen Rechtsbewusstsein, dessen Erhaltung und Stärkung das BVerfG im Abtreibungsurteil von 1993 zu Recht als unverzichtbar bezeichnet hat. Denn ein Konzept, das sich den wirksamen Lebensschutz Ungeborener von einer Beratung erhofft, lebt ganz offenkundig davon, dass das gesetzlich dekretierte Bewusstsein von dem Lebensrecht des ungeborenen Kindes auch der Schwangeren gegen- über – während der gesamten Dauer der Schwangerschaft – im Bewusstsein der Menschen auch tatsächlich lebendig ist. Wo es nämlich an diesem Bewusstsein fehlt, abtreiben gar als Recht empfunden wird, muss schon die gesetzliche Pflicht, das Beratungsangebot einer anerkannten Beratungsstelle entgegenzunehmen und sich dies als Bera-

tung bescheinigen zu lassen, als Zumutung erscheinen und erst recht das Ansinnen, von dem vermeintlichen Recht keinen Gebrauch zu machen.

Das Recht ungeborener Kinder auf Leben und ein Recht auf Abtreibung verhalten sich zueinander wie Feuer und Wasser. In einem Rechtsstaat, der das Lebensrecht aller Menschen, auch der noch nicht geborenen Kinder, garantiert, kann es ein „Recht auf Abtreibung“ nicht geben. Dennoch wird dieses angebliche Recht – meist unter der verschleiernenden Bezeichnung als „Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit“ - immer nachdrücklicher propagiert, bei internationalen Konferenzen, in Entschliefungen des Europäischen Parlaments und in Äußerungen einzelner Politiker.

Im Abtreibungsurteil des BVerfG von 1993 heißt es jedoch, sein Schutzauftrag verpflichte den Staat auch, „den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewusstsein zu erhalten und zu beleben. Deshalb müssen die Organe des Staates in Bund und Ländern erkennbar für den Schutz des Lebens eintreten.“ Wann und wie sind die staatlichen Organe dieser Verpflichtung jemals erkennbar nachgekommen? Von einem „Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit“ ist häufig die Rede, von dem Recht ungeborener Kinder auf Leben so gut wie nie. Wie aber soll das Bewusstsein für dieses Recht und dementsprechend für den rechtlichen Schutzanspruch Ungeborener wach erhalten und gestärkt werden, wenn hierüber nie gesprochen wird? Glaubt jemand ernsthaft, in der Kürze eines Beratungsgesprächs könne nachgeholt werden, was man an allgemeiner Bewusstseinsbildung nicht zu leisten bereit ist?

Die Verpflichtung der staatlichen Organe, erkennbar für den Schutz des Lebens einzutreten, betreffe, so das

BVerfG, „auch und gerade die Lehrpläne der Schulen“. Deshalb haben wir bei den für die Schulen zuständigen Länderministerien angefragt, wie sie ihrem Schutzauftrag bisher nachgekommen sind und wo und wie konkret in den Lehrplänen für die einzelnen Schulen das Eintreten für den Schutz des Lebens ungeborener Kinder im Unterricht sichergestellt wird. Sobald uns die Antworten auf unsere Anfrage vollständig vorliegen, werden wir sie auswerten und hierüber berichten.

Was das Eintreten der Kirchen für den Lebensschutz ungeborener Kinder betrifft, hätte man eigentlich erwartet, dass der Ökumenische Kirchentag in der kommenden Woche in München hierzu seinen Beitrag leistet. Wer jedoch auf der Programmdatebank dieses Kirchentags nach diesbezüglichen Veranstaltungen sucht, findet hierzu nichts. Auch in der von der Deutschen Bischofskonferenz und der Evangelischen Kirche in Deutschland jährlich veranstalteten „Woche für das Leben“ ist der Lebensschutz ungeborener Kinder ganz allgemein seit 1991 kein Thema mehr gewesen.

Umso dringlicher ist es, dass die Lebensrechtsorganisationen in Deutschland nicht müde werden, immer wieder für das Lebensrecht ungeborener Kinder ihre Stimme zu erheben. Wenn sie das tun, indem sie von ihrem grundgesetzlich garantierten Demonstrationsrecht Gebrauch machen, um unter Verzicht auf jede Aggressivität ihre Trauer über die Tötung von in Deutschland arbeitstäglich etwa 1000 ungeborenen Kindern zum Ausdruck zu bringen, dann können sie es inzwischen nur noch unter dem Schutz eines starken Polizeiaufgebots tun. Auch das ist ein Beleg für den Bewusstseinsstand unserer Gesellschaft.

## leserbrief

### Donum Vitae

In ZfL 2010, 15 ff. setzt sich Bernward Büchner mit den - wie er schreibt - „Versuchen einer Rechtfertigung von Donum vitae e. V.“ durch Sabine Demel (Zur Verantwortung berufen – Nagelproben des Laienapostolats, Freiburg Basel Wien 2009, S.237 ff.) auseinander. Als aktives Mitglied der „Juristenvereinigung Lebensrecht e. V.“ und zugleich überzeugter Begleiter der Arbeit von „Donum vitae“, insbesondere des Landesverbands Baden-Württemberg, möchte ich dazu – weniger unter rechtlichen Gesichtspunkten, als vielmehr aus meiner Kenntnis der Beratungspraxis von „Donum vitae“ nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG) – Stellung nehmen.

Zutreffend weist Büchner darauf hin, dass „... die Möglichkeiten der staatlichen Rechtsordnung, das Leben

Ungeborener zu schützen, ... begrenzt ...“ seien, Aber eben im Rahmen dieser – auch nach meiner Auffassung – jedenfalls insoweit – oftmals mehr noch in ihrer Anwendung – defizitären Rechtsordnung (Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts – BVerfG – und SchKG) ist die Tätigkeit von „Donum vitae“ auf nachhaltigen Lebensschutz ausgerichtet. Das wird schon daran deutlich, dass die Beratungsstellen von „Donum vitae“ die Bescheinigung gemäß § 7 SchKG erst aushändigen, wenn die um Beratung nachsuchende schwangere Frau an einem echten (also dialogischen) Gespräch teilgenommen und beispielsweise nicht nur – im Übrigen schweigend – ihr Verlangen eines Schwangerschaftsabbruchs erklärt hat. Auf die zwischen den Kontrahenten strittige Rechtsfrage (Darlegungs- oder bloße Anwesenheitspflicht der Frau als eine der Voraussetzungen für Aus-



stellung und Übergabe der Beratungsbescheinigung; vgl. Demel, a.a.O., S.260 f.; Büchner, a.a.O., S. 17 f.) kommt es angesichts dieser Praxis der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bei „Donum vitae“ insoweit nicht an. Als ehemaliger Beamter des Landes Baden-Württemberg war ich neben anderen Aufgaben lange Jahre mit der Umsetzung des SchKG und also mit Fragen der staatlichen Anerkennung von Beratungseinrichtungen betraut.

Ich nehme für mich in Anspruch, auch jetzt noch das Geschehen um den Schutz ungeborenen (und verlöschenden) Lebens aufmerksam zu verfolgen. Daher wusste und weiß ich, wie sehr „Donum vitae“ sein Angebot nicht nur in seiner Satzung, sondern mehr noch in der Alltagspraxis aus dem christlichen Menschenbild herleitet und dementsprechend gezielt „hin zum Leben“ berät. Gerade als Mitglied der „Juristenvereinigung Lebensrecht e. V.“ und (ehrenamtlich in der Diözese Rotenburg-Stuttgart mitwirkender) Katholik hätte ich mir bei allem kollegialen Verständnis für juristisches „Klingenkreuzen“ eine positive Würdigung der *inhaltlichen* Arbeit von „Donum vitae“ auch in der ZfL gewünscht. Wie mir bekannt ist, machen gerade die Beraterinnen und Berater von „Donum vitae“ in jedem Beratungsgespräch der Frau bewusst, „...dass das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat und dass deshalb nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmesituationen in Betracht kommen kann, wenn der Frau durch das Austragen des Kindes eine Belastung erwächst, die so schwer und außergewöhnlich ist, dass sie die zumutbare Obergrenze übersteigt“ (§ 219 Abs. 1 Satz 3 StGB). Unabhängig von dieser Rechts-

lage (vgl. auch BVerfGE 88, 203 f.) fließt ein solcher Beratungsinhalt schon aus dem laienkatholischen Auftrag und Selbstverständnis von „Donum vitae“. Nicht verschwiegen werden soll in diesem Zusammenhang, dass dazu für „Donum vitae“ – in menschlich respektabler Zuwendung und verfassungsrechtlich statthafter Weise – bei der erwähnten Ausnahmesituation im Einzelfall auch die Beistandsgewährung für eine Frau in auswegloser Notlage gehören kann.

Den bedauerlicherweise noch immer fortdauernden Streit um den (kirchen- und vereinsrechtlichen) Status von „Donum vitae“ halte ich seit jeher für überflüssig und nicht zielführend. Als Zusammenschluss katholischer Christinnen und Christen in Gestalt eines freigemeinnützigen Wohlfahrtsverbands im verfassungsrechtlichen Sinn genießt „Donum vitae“ in allen seinen Gliederungen Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG und institutionelle Garantie (vgl. z. B. Art. 87 der Landesverfassung für Baden-Württemberg). Weil „Donum vitae“ überdies hinsichtlich seiner Beratungsstellen die Voraussetzungen des § 9 SchKG im einzelnen erfüllt (hat), bestand ein Rechtsanspruch auf jeweils staatliche Anerkennung dieser Einrichtungen. Im Rahmen des § 10 Abs. 3 SchKG (Überprüfung des dauerhaften Vorliegens der Anerkennungsvoraussetzungen durch die zuständige Behörde) ist für „Donum vitae“ der Fortbestand seiner Beratungsstellen gesichert. Einer darüber hinausgehenden besonderen „Rechtfertigung“ von „Donum vitae“ bedarf es nach meiner Überzeugung nicht.

25. Mai 2010

Ltd. Ministerialrat a. D. Dieter Ellwanger, Stuttgart

## dokumentation

Bundesrat Drucksache 149/10, 23.03.10, Gesetzesantrag des Landes Rheinland-Pfalz

### **Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches - Strafbarkeit der Werbung für Suizidbeihilfe (... StRÄndG)**

#### **A. Problem und Ziel**

Da das deutsche Strafrecht den Suizid bzw. den Suizidversuch straflos lässt, ist -entsprechend den Akzessorienregeln des Strafrechts - auch die Beihilfe dazu straflos. Dies ist solange unbedenklich und soll auch grundsätzlich so bleiben, wie die Beihilfe zum Suizid nicht zum Gegenstand der Profilierungssucht Einzelner oder zum Gegenstand des Gewinnstrebens gemacht wird. Nicht hinnehmbar und mit dem Menschenbild des

Grundgesetzes nicht vereinbar ist es aber (jedenfalls), wenn Menschen in verzweifelter Lebenssituation durch entsprechende Werbung geradezu zum Suizid ermuntert und eingeladen werden, indem ihnen vermeintlich leichte Wege vom Leben zum Tod aufgezeigt werden. Es ist zu befürchten, dass die Annahme derartiger Angebote oftmals einem wirklich frei verantwortlichen Suizidwillen gar nicht entspricht und nur die Augenblickssituation einer Lebenskrise verzweifelter Menschen eigennützig und unumkehrbar ausgenutzt wird. Weiter ist zu befürchten, dass die Anpreisung der Möglichkeit des scheinbar leichten Übergangs vom Leben zum Tod in Teilen der Bevölkerung eine zutiefst unmoralische und unmenschliche Erwartungshaltung gegenüber schwerstkranken und alten Menschen zu erzeugen geeignet ist.

Derartigen Erscheinungsformen ist mit Mitteln des Strafrechts Einhalt zu gebieten. Sie gefährden die natürliche Achtung vor dem menschlichen Leben, indem sie die Selbsttötung zu etwas Alltäglichem bzw. zu einer Handelsware herabwürdigen. Der Entwurf bezweckt daher, darauf abzielende Werbemaßnahmen fortan strikt zu unterbinden.

### B. Lösung

In das Strafgesetzbuch wird ein eigener Straftatbestand zum Verbot der Werbung für Suizidbeihilfe eingestellt, der im Grundtatbestand nicht hinnehmbare Formen der Werbung für die Suizidbeihilfe unter Strafe stellt und für den Fall, dass derartige Methoden tatsächlich zu einem Suizid bzw. Suizidversuch geführt haben, eine Qualifizierung mit erhöhtem Strafmaß vorsieht.

### C. Alternativen

Keine. Die Schaffung einer Regelung, die die gewerbliche und/oder die organisierte Suizidbeihilfe ganz generell unter Strafe stellt, berücksichtigt nicht, dass Suizidbeihilfe nach deutschem Strafrecht grundsätzlich straflos ist, sodass allein die Gewerbsmäßigkeit bzw. die organisierte Form dieses straflosen Verhaltens für sich gesehen keinen ausreichenden Strafgrund im Sinne der ultima-ratio-Funktion des Strafrechts darstellen und damit eine Anknüpfung lediglich daran verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen kann.

### Entwurf

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

#### Artikel 1: Änderung des Strafgesetzbuches

Das Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom ... wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu § 217 wie folgt gefasst:

„§ 217 Werbung für Suizidbeihilfe“.

2. Nach § 216 wird folgender § 217 eingefügt:

„§ 217

#### Werbung für Suizidbeihilfe

(1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) seines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise

1. eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung einer Selbsttötung

oder

2. Mittel, Gegenstände oder Verfahren, die zur Selbsttötung geeignet sind, unter Hinweis auf diese Eignung anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekannt gibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Hat die Werbung zur Folge, dass eine Person unter Inanspruchnahme der Angebote des Absatzes 1 eine Selbsttötung unternimmt, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.“

Artikel 2: Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

### Begründung

#### A. Allgemeines

#### I. Zielsetzung des Entwurfs

Nach deutschem Strafrecht ist die Suizidbeihilfe straflos, nachdem auch der Suizid selbst bzw. der Suizidversuch strafrechtlichen Sanktionierungen entzogen ist. Daran will der vorliegende Entwurf grundsätzlich nichts ändern. Unberührt bleiben auch Behandlungen im Rahmen der Palliativmedizin, die einen ganz anderen Ansatz - nämlich der Sterbebegleitung - verfolgt. Nicht hinnehmbar und mit dem Menschenbild des Grundgesetzes nicht vereinbar ist es jedoch, wenn werbend in anstößiger Weise oder zu kommerziellen Zwecken Menschen in verzweifelter Lebenssituation, die sie an Suizid denken lassen, zu Suiziden geradezu ermuntert und eingeladen werden. Es ist unerträglich, wenn die natürliche Hemmschwelle vor dem Tod dadurch abgebaut werden soll, dass vermeintlich leichte Wege vom Leben zum Tod aufgezeigt werden und der Suizid so zum Gegenstand von Profilierungsversuchen bzw. des Gewinnstrebens Einzelner herabgewürdigt wird. Hinzu kommt, dass keine Gewähr dafür besteht, dass die „geworbenen“ Suizidenten stets auch frei verantwortlich handeln und nicht nur unbedacht - und unumkehrbar - auf Augenblickskrisen ihres Lebens reagieren. Zudem ist zu befürchten, dass die scheinbare Möglichkeit des leichten Übergangs vom Leben zum Tod eine zutiefst unmoralische und unmenschliche Erwartungshaltung gegenüber schwerstkranken und alten Menschen zu erzeugen geeignet ist.

Dementsprechend hat auch der Bundesrat am 4. Juli 2008 eine entsprechende Entschließung (BR-Drs. 436/08) gefasst.

Den genannten Erscheinungsformen ist mit Mitteln des Strafrechts zu begegnen. Es ist notwendig, einschlägige unverantwortliche Werbemethoden unter Strafe zu stellen und ein erhöhtes Strafmaß vorzusehen, wenn diese tatsächlich zu einem „Erfolg“ geführt haben. Die Strafbarkeit wird auf die Fälle beschränkt, in denen durch öffentliche Werbung eine Außenwirkung entsteht. Denn die schädliche und damit strafwürdige Wirkung entsteht vornehmlich durch das werbende Auftreten in der Öffentlichkeit. Ein generelles Verbot der gewerblichen bzw. organisierten Beihilfe zum Suizid begegnet dagegen – wie bereits im Vorblatt unter Buchstabe C. ausgeführt – verfassungsrechtlichen Bedenken und soll deshalb nicht weiter verfolgt werden. ...

## Ärztetag will Organspende rechtlich neu regeln

Der 113. Deutsche Ärztetag hat sich überraschend für eine Neuregelung der Organspende in Deutschland ausgesprochen. Völlig unerwartet und ohne jede weitere Diskussion votierte das „Ärzte-Parlament“ bei seiner Tagung Mitte Mai in Dresden mehrheitlich für einen Antrag, der die Einführung der so genannten Widerspruchsregelung in Deutschland fordert. Der Antrag war von einem Delegierten der Bayerischen Landesärztekammer gestellt worden. Im vergangenen Jahr hatte sich die Bayerische Landesärztekammer als bislang einzige Landesärztekammer für eine derart weitreichende Änderung der durch das Transplantationsgesetz rechtlich geregelten Organspende ausgesprochen. Nach der Widerspruchsregelung wäre jeder Bundesbürger, bei dem Ärzte die Diagnose „Hirntod“ stellen, als Organspender zu betrachten, es sei denn, er hätte einer Organentnahme zuvor ausdrücklich widersprochen. Bislang gilt in Deutschland die „erweiterte Zustimmungslösung“. Danach dürfen Organe nur Patienten entnommen werden, die sich zuvor ausdrücklich zu einer „postmortalen“ Organspende bereit erklärt haben oder bei denen die Angehörigen im Falle des Fehlens einer entsprechenden Willenserklärung, einer Organspende zustimmen.

Vor drei Jahren hatte der 110. Ärztetag noch beschlossen, die Widerspruchsregelung so lange nicht zu empfehlen, wie nicht alle anderen Optionen ausgeschöpft seien. In Deutschland standen laut Angaben der Deutschen Stiftung Organspende (DSO) im Jahr 2008 rund 12.000 Menschen, die ein fremdes Organ benötigten, rund 1.200 Menschen gegenüber, die einer so genannten „postmortalen“ Organentnahme zugestimmt hatten.

## Euthanasie potentieller Organspender gefordert

Der Bioethiker Julian Savulescu, Gründer und Direktor des „Uehrio Zentrum für Praktische Ethik“ an der Universität Oxford glaubt, einen Weg gefunden zu haben, mit dem der Mangel an Spenderorganen behoben werden könnte. In einem Aufsatz für die Zeitschrift „Bioethics“ fordert Savulescu, Krankenhausärzte sollten künftig Wachkoma-Patienten, Sterbende und irreversibel Bewusstlose straffrei töten können, um die Anzahl und die Qualität transplantierbarer Organe zu steigern. Laut Savulescu sterben in Großbritannien derzeit jedes Jahr rund 450 Patienten, weil für sie kein passendes Organ gefunden werden könne, in den Vereinigten Staaten von Amerika sollen es im Jahr 2007 sogar 18 pro Tag gewesen sein.

Dass sein Vorschlag das ärztliche Ethos auf den Kopf stellen würde, ist dem Autor, der seinen Aufsatz mit „Organ Donation Euthanasia“ überschrieb, dabei durchaus bewusst. Gerechtfertigt sieht der Savulescu den Tabubruch, den die Euthanasie potentieller Organspender mit sich brächte, jedoch durch den immensen Nutzen, den diese Regelung für alle Beteiligten hätte. So würde das Leiden derer gemindert, die entweder ohnehin dem Tod geweiht wären oder im Falle von Wachkoma-Patienten und anencephalen Neugeborenen, denen Teile des Gehirns fehlen, „vor sich hinvegetierten“. Auch die hohen Kosten, welche die Intensivmedizin verursache, ließen sich spürbar verringern, wenn Ärzte sich häufiger und schneller für einen Behandlungsabbruch entschieden. Statt diese Patienten einfach sterben zu lassen und ihre Organe mit ihnen „zu begraben“ oder „zu verbrennen“, sollte ihnen die Euthanasie dieser Patienten zum Zwecke der Organentnahme erlaubt werden. Denn schließlich könnte eine „Organ Donation Euthanasia“ die Zahl der verfügbaren Organe maximieren helfen, wel-

che zahlreiche Menschen vor dem ansonsten sicheren Tod bewahren könnte. Allein in Großbritannien könnten, rechnet Savulescu vor, damit pro Jahr rund 2.200 zusätzliche Organe gewonnen werden.

## Jurist gegen Werbeverbot für Beihilfe zum Suizid

Der Göttinger Medizinrechtler Gunnar Duttge hat Bedenken gegen ein Werbeverbot für Suizidbeihilfe angemeldet. Der Leiter des Zentrums für Medizinrecht der Universität Göttingen, kritisierte einen entsprechenden Gesetzentwurf, den das Bundesland Rheinland-Pfalz in den Bundesrat eingebracht hatte, (s. auch S. 67) mit den Worten: „Gegen diese Vorhaben bestehen gravierende rechtliche Bedenken.“ Der Entwurf weise nicht nur eine Reihe handwerklicher Fehler auf. Seine Verfasser erklärten, auch eine „Moralwidrigkeit kurzerhand zur Straftat.“ Gewinnstreben sei in einer Marktwirtschaft nicht verwerflich, solange die Methoden und Folgen sozialverträglich seien. „Dass kommerzielle Werbung für Suizidhilfe strafwürdig sein soll, kommerzielle Suizidbeihilfe aber nicht, ist unlogisch“, so Duttge weiter.

## Neues Rekordtief bei Lebendgeburten

Die Zahl der Geburten sinkt weiter. 2009 wurden, wie das Statistische Bundesamt in Wiesbaden mitteilte, in Deutschland 651.000 Kinder lebend geboren. Das sind 3,6 Prozent weniger als im Jahr 2008. Damit hat Deutschland ein neues Rekordtief erreicht. Sieht man von den beiden Weltkriegen ab, lag der bisherige Tiefststand bei 673.000 Geburten im Jahr 2006. Hauptgrund für das neue Tief ist laut Bundesfamilienministerin Christina Schröder (CDU) ein dramatischer Rückgang der Zahl von Frauen im gebärfähigen Alter (15 bis 45 Jahre).

## trends

### *US-Amerikaner sind mehrheitlich „pro-life“*

Nur noch 38 Prozent der US-Amerikaner halten Abtreibungen für „moralisch akzeptabel“. 47 Prozent lehnen vorgeburtliche Kindstötungen generell ab. So lautet das Ergebnis der aktuellen Umfrage des Meinungsforschungsinstituts Gallup, das seit 15 Jahren einmal jährlich die Einstellung der US-Amerikaner zum Schwangerschaftsabbruch ermittelt. Sprachen sich damals noch 56 Prozent der US-Bürger für und nur 33 Prozent gegen Abtreibungen aus, so konstatiert das Meinungsinstitut längst eine Trendumkehr, die sich in den letzten Jahren erkennbar verfestigt habe. Laut Gallup sei es den USA inzwischen „normal“, für den Schutz des Lebens ungeborener Kinder einzutreten. Zu diesem Schluss kommt das Institut auch, weil das Bewusstsein für den Schutz des Lebens in allen Altersgruppen kontinuierlich gewachsen sei; am stärksten bei jungen Erwachsenen und den über 50-jährigen.

### *Vereinte Nationen kritisieren Polen wegen Lebensschutz*

Der UN-Sonderberichterstatter für das Recht auf Gesundheit, Anand Grover, hat – gemessen an den diplomatischen Gepflogenheiten – Polens Lebensschutzgesetz scharf kritisiert. In einem Bericht, den Grover dem Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen in Genf vorgelegte, fordert der UN-Sonderberichterstatter „konkrete Maßnahmen, um den Zugang von Frauen zur Gesundheitsvorsorge zu verbessern, insbesondere zu Leistungen für sexuelle und reproduktive Gesundheit“. Hinter dem Terminus Zugang zu Leistungen „sexueller und reproduktiver Gesundheit“ verbergen Diplomaten gewöhnlich die Forderungen nach dem Zugang zu

Abtreibungen, Verhütungsmitteln und Sterilisationen. Laut Grover widerspreche die polnische Gesetzgebung Artikel 12 der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau. Dort werden die Staaten aufgefordert, jede Art der Diskriminierung von Frauen hinsichtlich des Zugangs zu Gesundheitsleistungen zu bekämpfen.

In Polen sind vorgeburtliche Kindstötungen nur nach medizinischer, bzw. embryopathischer Indikation und nach Vergewaltigung erlaubt. Die polnische Delegation wies in ihrer Antwort im Menschenrechtsrat darauf hin, dass die aktuelle Gesetzgebung für die Gesundheit von Müttern und Kindern von Vorteil sei. Die Kindersterblichkeit sei in den letzten beiden Jahrzehnten um 71 Prozent zurückgegangen, die Müttersterblichkeit um 82 Prozent. In Irland, das die Abtreibung ebenfalls verbiete, gebe es eine der niedrigsten Müttersterblichkeitsraten weltweit. Das werde auch durch die Daten von UN-Berichten bestätigt.

### *Schweizer Regierung will PID zulassen*

Die Schweizer Regierung will den umstrittenen Entwurf zur Änderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes überarbeiten. Das beschloss der Schweizer Bundesrat Ende Mai. Das Fortpflanzungsmedizingesetz der Schweiz war 2001 in Kraft getreten. Ende 2005 beauftragte das Parlament den Bundesrat mit der Überarbeitung des Gesetzes und verpflichtete ihn, das Verbot der Präimplantationsdiagnostik (PID) zu lockern.

Wie das Eidgenössische Departement des Inneren nun ausführte, wurde inzwischen die vor einem Jahr erfolgte „Vernehmlassung“ zur Änderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes ausgewertet. Die Vernehmlassung ist eine Etappe im Schweizer Gesetzgebungsverfahren, bei der Interessengruppen und Einzelpersonen Stellungnahmen zu Gesetzentwürfen abgeben können. Dabei habe sich ge-

zeigt, dass in rund 78 Prozent der Stellungnahmen eine Zulassung der PID grundsätzlich bejaht werde und die große Mehrheit den bisherigen Entwurf als zu restriktiv ablehne. Kritisiert würden insbesondere die Regel, wonach pro Behandlungszyklus maximal drei Embryonen erzeugt werden dürfen, das Verbot zur Aufbewahrung von Embryonen, die strenge behördliche Überwachung sowie die Einschränkung, die PID nur für genetisch belastete Paare zuzulassen.

Bislang müssen in der Schweiz alle erzeugten Embryonen sofort in die Gebärmutter übertragen und die Risiken von Mehrlingsschwangerschaften in Kauf genommen werden. Künftig solle es möglich sein, nur einen Embryo zu transferieren und die anderen für weitere Versuche zur Herbeiführung einer Schwangerschaft aufzubewahren. Dazu müsse das Verbot zur Aufbewahrung von Embryonen in der Fortpflanzungsmedizin insgesamt fallen, unabhängig davon, ob eine PID durchgeführt wird oder nicht.

Der Bundesrat bleibe jedoch dabei, dass die PID ausschließlich von Paaren mit schwerer genetischer Belastung in Anspruch genommen werden dürfe. Mittels PID sollen sie sicherstellen können, dass eine gefürchtete Erbkrankheit nicht auf ein geborenes Kind übertragen werde. Andere Anwendungen der PID sollen weiterhin verboten bleiben. Die eingegangenen Stellungnahmen vermochten den Bundesrat indessen davon zu überzeugen, dass die PID in der Schweiz nur dann zur Anwendung komme, wenn pro Behandlungszyklus eine hinreichend große Chance auf einen erblich unbelasteten Embryo besteht. Diese Chance sei jedoch minimal, wenn die Dreier-Regel beibehalten werde. Der Bundesrat habe deshalb entschieden, zwar an der Dreier-Regel in der Fortpflanzungsmedizin festzuhalten, bei der PID von diesem Grundsatz aber abzuweichen. Damit trage er der besonderen Situation erblich schwer belasteter Paare Rechnung, so die Begründung.