

- Anton Löhmer* Unterlassungstäterschaft, Garantenstellung und Nothilferecht beim Schwangerschaftsabbruch (S. 38)
- Christian Hillgruber* Dürfen wir die Präimplantationsdiagnostik zulassen? (S. 47)
- Gunnar Duttge* Organmangel – Holzwege, Umwege, Lösungswege (S. 55)
- EGMR* Beleidigung durch den Vorwurf „damals Holocaust / heute Babycaust“ (S. 61)

**Editorial**

- 37 Vom Unrecht zum Menschenrecht?

**Thema**

*Stud. iur. Anton Löhmer, München*

- 38 Unterlassungstäterschaft, Garantenstellung und Nothilferecht beim Schwangerschaftsabbruch

*Prof. Dr. Christian Hillgruber, Bonn*

- 47 Dürfen wir die Präimplantationsdiagnostik zulassen?

**Kontrovers**

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

- 51 Der Hirntod als vernünftiges Zeichen des Todes der menschlichen Person

*Prof. Dr. Walter Schweidler, Eichstätt*

- 53 Der Hirntod ist nicht der Tod des Menschen, sondern seine Ursache

**Beitrag**

*Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen*

- 55 Organmangel – Holzwege, Umwege, Lösungswege

**Judikatur**

- 61 Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte: Beleidigung durch den Vorwurf „damals Holocaust / heute Babycaust“

**Rezension**

- 67 Hirntod  
68 Sterben und Tod

**Umschau**

- 69 Gendiagnose, Schwangerschaftsabbruch und PID  
70 Anschlussfragen zur Präimplantationsdiagnostik  
70 Verbot der heterologen In-vitro-Fertilisation konventionswidrig?  
71 „Stufenmodell“ für Lebensrecht und Menschenwürde?

**Aus der JVL**

- 72 Einladung zum Symposium: „Abtreibung – ein neues Menschenrecht?“

**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 a.D., Köln (kw)

**Anschrift der Redaktion**

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

**Herausgeber**

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

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

**Vorstand der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.**

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

**Satz & Layout**

Rehder Medienagentur, Aachen

**Druck**

Luthe Druck und Medienservice, Köln

**Abonnement**

Die ZfL erscheint viermal jährlich. Das Jahresabonnement 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. Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Ansicht des Herausgebers wieder. Die Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. ist interdisziplinär und nur dem Recht verpflichtet. Sie ist als gemeinnützig anerkannt.

**Leserbriefe und Manuskripte ...**

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

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

## Herausgeberbeirat

Prof. Dr. iur. Gunnar Duttge, Göttingen

Prof. Dr. Klaus F. Gärditz, Bonn

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. 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

## Vom Unrecht zum Menschenrecht?

Das Thema Abtreibung steht zwar schon lange nicht mehr auf der politischen Tagesordnung. Es beschäftigt aber nach wie vor und immer wieder Menschen, die sich für oder gegen die Zulässigkeit von Abtreibungen, die Notwendigkeit der strafrechtlichen Verfolgung oder ihre völlige Freigabe einsetzen. Was vor gar nicht so langer Zeit noch strafbar war und nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch heute noch „Unrecht“ ist, wird von anderen längst als „reproduktives Recht der Frau“, ja als „Menschenrecht“ eingefordert. Wie kann das sein?

Formuliert man einmal ganz neutral, so wird unter Abtreibung die von der Letztentscheidung einer Frau getragene Beendigung ihrer Schwangerschaft verstanden. Ohne Belang ist dabei, ob dieses Ende durch einen operativen Eingriff erfolgt oder durch die Zuführung beziehungsweise Einnahme chemischer Substanzen. Spätabtreibungen (ab 22. Woche) erfolgen weithin durch Fetozid. Dies bedeutet, dass das oft schon extrakorporal lebensfähige ungeborene Kind zuerst im Mutterleib getötet und danach geboren wird. So soll ein Überleben sicher ausgeschlossen werden. Spätestens an diesem Punkt wird offenbar, dass Abtreibungen der Sache nach – ganz unabhängig von Bezeichnungen oder Beschreibungen – wirklich Unrecht sind, weil ein Mensch getötet wird.

Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 hatte sich noch unmissverständlich in § 10 (Teil I) auf die Seite der Ungeborenen gestellt: „Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern, vom Zeitpunkt der Empfängnis an.“ Auch § 219 StGB verweist immerhin darauf, „dass das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft [auch der Schwangeren 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 Opfergrenze übersteigt.“

Sieht man von den nach dem Gesetzeswortlaut nur ganz selten zulässigen Ausnahmen ab, so muss geklärt werden, warum die Durchführung von Abtreibungen ein „Menschenrecht“ sein kann, von wem es eingefordert wird und wem es zustehen soll. Denn Menschenrechte sind regelmäßig nur solche Rechte, die sich aus dem Menschsein selbst ergeben und allen Menschen zustehen, unabhängig von Alter, Geschlecht, Nationalität oder Rasse. Zu den Menschenrechten gehört zweifellos und in erster Linie das Recht auf Leben. Wie kann es dann gleichzeitig ein „Menschenrecht auf Abtreibung“ geben?

Die bevorstehende Tagung der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. am 1. Juli 2011 (s. S. 72) greift diese Fragestellung auf. Abtreibung - ein neues Menschenrecht? Kann es innerhalb weniger Jahrzehnte einen Wandel vom strafwürdigen Unrecht zum Menschenrecht geben? Das wäre ein absolutes Novum in der Rechtsgeschichte. Grund genug, sich damit zu beschäftigen.

*Knut Wiebe*

*Stud. iur. Anton Löhmer, München*

## Unterlassungstäterschaft, Garantenstellung und Nothilferecht beim Schwangerschaftsabbruch

### I. Problemstellung

1. Der Grundsatz, dass die vorsätzliche Vernichtung unschuldigen Lebens unter keinen Umständen rechtmäßig sein könne<sup>1</sup>, gehört zu den elementaren Prinzipien der rechtstaatlichen Ordnung und des Strafrechts. Der Schwangerschaftsabbruch ist stets eine vorsätzliche Vernichtung unschuldigen menschlichen Lebens. Selbst moderate Befürworter des rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruchs, welche sich für eine strenge Bindung an gesetzlich bestimmte Indikationen einsetzen, sind deshalb mit dem Dilemma konfrontiert, dass sie sich in letzter Konsequenz von einem konsequenten Tötungsverbot verabschieden oder dem ungeborenen Kind den Status als Mensch absprechen müssen. Zahlreiche Autoren versuchen dieses Problem zu verschleiern, indem sie den aktiven Tötungsvorgang bei einer Abtreibung in den Hintergrund stellen und stattdessen das passive Element betonen, nämlich die Nichtfortsetzung der Schwangerschaft: Anstatt die Rechtmäßigkeit des Tötens beim Namen zu nennen, ist von der „Unzumutbarkeit des Austragens“ die Rede. In konsequenter Fortsetzung dieser Argumentation wurde von einigen Autoren der Versuch unternommen, den Schwangerschaftsabbruch als Unterlassungstat der Schwangeren zu werten, da nach dem sozialen Sinngehalt weniger eine aktive Tötung vorliege, sondern primär die Verweigerung eines weiteren Austragens der Leibesfrucht gegeben sei. Dahinter verbirgt sich das rechtspolitische Interesse, eine Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs mit Rückgriff auf das im Falle der Unterlassungstäterschaft relevante Kriterium der Unzumutbarkeit pflichtgemäßen Verhaltens zu begründen. Nachfolgend sollen daher die für eine Unterlassungstäterschaft bzw. für eine Begehungstäterschaft vorgebrachten Argumente hinsichtlich ihrer Stichhaltigkeit überprüft und die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen der beiden Lösungsansätze umrissen werden.

2. Auch wenn man der gängigen Auffassung vom Schwangerschaftsabbruch als Begehungsdelikt folgt, sind Konstellationen eines Schwangerschaftsabbruchs durch Unterlassen denkbar. Hierbei spielen insbesondere die Nichtdurchführung eines für das Überleben des ungeborenen Kindes erforderlichen medizinischen Eingriffs sowie die Nichtabwendung einer von Dritten drohenden Gefahr durch einen Garanten eine Rolle. Eine weitere Frage ist, worin die Garantenstellung der Eltern gegenüber dem nasciturus begründet liegt und wie ihre Garantenpflicht inhaltlich zu bestimmen ist. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass eine

Garantenstellung – und somit die vom Bundesverfassungsgericht konstatierte Austragungspflicht der leiblichen Mutter – teilweise nicht mehr als selbstverständlich anerkannt wird.

3. Zuletzt ist im Speziellen darauf einzugehen, inwieweit der Vater (oder auch ein Unbeteiligter) dazu berechtigt ist, das Leben eines ungeborenen Kindes auch vor der eigenen Mutter zu schützen. Dieser Frage kommt dann eine besondere rechtliche Brisanz zu, wenn die Mutter einen „beratenden Abbruch“ gem. § 218a Abs. 1 StGB<sup>2</sup> vornehmen möchte. Bekanntlich handelt es sich bei dem so genannten „beratenden Abbruch“ um eine straflose, aber trotzdem rechtswidrige Handlung – und eine rechtswidrige Handlung begründet normalerweise ein Nothilferecht zugunsten des Opfers, sowohl für Garanten als auch für Unbeteiligte. Der Umstand, dass das geltende Recht zugunsten des Beratungsmodells darauf verzichtet, diese rechtswidrige Handlung strafrechtlich zu sanktionieren, ändert zunächst nichts an dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Nothilferechts von Privatpersonen. Aus der Widersprüchlichkeit der derzeitigen Rechtslage, wonach der „beratene Abbruch“ von der Rechtsordnung einerseits als rechtswidrig missbilligt, andererseits aber staatlicherseits protegiert und mitfinanziert wird, könnte sich die merkwürdige, angesichts der gesellschaftlichen Realität freilich unvorstellbare Konstellation ergeben, dass eine repressive Sanktionierung des rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruchs durch das Strafrecht zwar ausgeschlossen ist, ein privates präventives Nothilferecht aber weiterhin besteht.

Die folgenden Ausführungen gehen von der im 2. Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.5.1993 klargestellten Grundposition aus, dass bereits dem ungeborenen Kind Menschenwürde und ein eigenes, elementares und unveräußerliches Lebensrecht zukommt und somit eine grundsätzliche Schutzpflicht des Staates besteht.

### II. Der Schwangerschaftsabbruch als Unterlassungsdelikt

1. Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen als Politikum

a) Die Abgrenzung zwischen Begehungstäterschaft und Unterlassungstäterschaft ist keine rein akademische Frage, sondern gerade im Zusammenhang mit dem Rechtsgut Leben und somit auch dem Schwangerschaftsabbruch von großer praktischer Relevanz. Die

<sup>1</sup> Roxin, In: Herzberg, FS-Oehler, 1985, S. 187.

<sup>2</sup> §§ ohne Angabe sind solche des StGB.

aktive Tötung eines Menschen ist wegen der Unveräußerlichkeit des Lebensrechts einer Interessenabwägung grundsätzlich unzugänglich, weshalb rechtfertigender Notstand gem. § 34 per se ausscheidet und eine Rechtfertigung nur in einigen sehr eng umgrenzten Ausnahmefällen (Notwehr, finaler Rettungsschuss durch Amtsträger etc.) möglich ist.

Das Recht auf Leben aus Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 GG als „elementares und unveräußerliches Recht, das von der Würde des Menschen ausgeht“<sup>3</sup>, kommt nicht nur dem geborenen, sondern auch dem ungeborenen Leben in jeder Phase der Schwangerschaft von der Nidation bis zur Geburt<sup>4</sup> zu, wie im 2. Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.5.1993<sup>5</sup> bekräftigt wurde. Daraus ergibt sich, dass ein Verzicht auf die Anwendung des Strafrechts zum Schutz des ungeborenen Lebens in Anbetracht des hohen Stellenwertes des Lebensrechts aufgrund des Untermaßverbotes nicht zulässig ist<sup>6</sup> und sich „jegliche Differenzierungen der Schutzverpflichtung mit Blick auf Alter und Entwicklungsstand dieses Lebens oder die Bereitschaft der Frau, es weiter in sich leben zu lassen“<sup>7</sup>, verbieten. Das Bundesverfassungsgericht führt dabei aus, dass entgegenstehenden Rechtsgütern der Schwangeren gegenüber dem Lebensrecht des ungeborenen Kindes kein grundsätzlicher Vorrang zukommen kann und somit kein Recht auf Schwangerschaftsabbruch besteht: „Die miteinander kollidierenden Rechtsgüter [können] hier nicht zu einem verhältnismäßigen Ausgleich gebracht werden [...], weil auf der Seite des ungeborenen Lebens in jedem Fall nicht ein Mehr oder Weniger an Rechten, die Hinnahme von Nachteilen oder Einschränkungen, sondern alles, nämlich das Leben selbst, in Frage steht. Ein Ausgleich, der sowohl den Lebensschutz des nasciturus gewährleistet als auch der schwangeren Frau ein Recht zum Schwangerschaftsabbruch einräumt, ist nicht möglich, weil Schwangerschaftsabbruch immer Tötung ungeborenen Lebens ist.“<sup>8</sup>

b) Bereits eine oberflächliche Untersuchung der vom Bundesverfassungsgericht vorgeschlagenen Maßnahmen zur konkreten Ausgestaltung der §§ 218 ff., welche im Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.8.1995 vom Gesetzgeber weitestgehend umgesetzt wurden, lässt jedoch erkennen, dass die gegenwärtige Rechtslage keineswegs eine konsequente Anwendung des Grundsatzes vom unveräußerlichen Lebensrecht auf den menschlichen nasciturus darstellt. Die §§ 218a Abs. 2, 3 erklären den Schwangerschaftsabbruch für rechtmäßig, wenn die Fortsetzung der Schwangerschaft eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren mit sich bringen würde (medizinisch-soziale Indikation) oder die Schwangerschaft aller Wahrscheinlich nach auf einem Sexualdelikt beruht (kriminologische Indikation). In beiden Fällen scheint die Rechtmäßig-

keit des Abbruchs in einer Interessenabwägung zwischen dem Lebensrecht des nasciturus und den Interessen der Schwangeren begründet zu sein, wobei im Rahmen einer gesetzgeberischen Vorwegabwägung für die Fälle der §§ 218a Abs. 2, 3 ein Vorrang der Interessen der Schwangeren bestimmt wird<sup>9</sup>. Eine Interessenabwägung ist in Hinblick auf die Unveräußerlichkeit des Lebensrechts jedoch prinzipiell unzulässig<sup>10</sup>: Bei konsequenter Anerkennung des nasciturus als Mensch im Sinne der Grundrechte und einer Anwendung der allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe der §§ 32ff. wäre nicht einmal im Falle einer Lebensgefahr für die Schwangere eine Rechtfertigung i.S.d. § 34 möglich, da ein wesentliches Überwiegen des Lebensrechtes der Mutter gegenüber dem Lebensrecht des nasciturus nicht bejaht werden könnte<sup>11</sup>.

Die Anerkennung der indizierten Abtreibungen als rechtmäßig wird daher vom Bundesverfassungsgerecht nicht mittels einer Interessenabwägung, sondern mit Hilfe eines Zumutbarkeitskriteriums begründet: „Das Kriterium für ihre Anerkennung ist, wie das BVerfG festgestellt hat<sup>12</sup>, das der Unzumutbarkeit.“<sup>13</sup> Ein Kriterium der Unzumutbarkeit als Grundlage einer strafrechtlichen Rechtfertigung ist jedoch bei Begehungsdelikten grundsätzlich nicht vorgesehen, sondern lediglich bei Unterlassungsdelikten anerkannt – ein Problem, welches das Bundesverfassungsgericht zwar erkennt, aber schlichtweg ignoriert: „Dieses Kriterium hat – unbeschadet des Umstandes, dass die Beteiligung der Frau an dem Schwangerschaftsabbruch strafrechtlich nicht als Unterlassungsdelikt einzuordnen ist – deshalb seine Berechtigung, weil sich das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs angesichts der einzigartigen Verbindung von Mutter und Kind nicht in einer Pflicht der Frau erschöpft, den Rechtskreis eines anderen nicht zu verletzen, sondern zugleich eine intensive, die Frau existentiell betreffende Pflicht zum Austragen und Gebären des Kindes enthält und eine darüber hinausgehende Handlungs-, Sorge- und Einstandspflicht nach der Geburt über viele Jahre nach sich zieht.“<sup>14</sup>

c) Angesichts der dogmatischen Schwierigkeiten, eine Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs in Indikationsfällen zu begründen und dennoch am grundsätzlichen Schutz des ungeborenen Kindes festzuhalten, wurde insbesondere von *Margot v. Renesse* und *Klaus*

3 BVerfG, NJW 1993, 1753.

4 BVerfG, NJW 1993, 1753; vgl. BVerfG, NJW 1975, 573, 574 f.

5 BVerfG, NJW, 1993, 1751ff.

6 BVerfG, NJW 1993, 1753.

7 BVerfG, NJW 1993, 1754.

8 BVerfG, NJW 1993, 1754; vgl. BVerfGE 39, 1, 43.

9 *Schönke/Schröder-Eser*, §218a, 27. Aufl. 2006, Rn. 22.

10 *Belling*. Ist die Rechtfertigungsthese zu §218a StGB haltbar?, 1987; *Belling*, MedR 95, 184 ff.; *Kluth*, FamRZ 93, 1382, 1390. 11 Vgl. *Bernsmann*, JuS 1994, 13.

12 Vgl. BVerfGE 39, 1, 48 ff.

13 BVerfG, NJW 1993, 1754.

14 BVerfG, NJW 1993, 1754.

*Bernsmann* der Versuch unternommen, den Schwangerschaftsabbruch hinsichtlich der Schwangeren nicht als aktive Tötung und somit als Begehungsdelikt einzustufen, sondern auf das Nichtfortsetzen der Schwangerschaft abzustellen und als Unterlassungsdelikt zu interpretieren<sup>15</sup>.

Eine Strafbarkeit wegen Tötung durch Unterlassen ist gegenüber dem Begehungsdelikt an zusätzliche Kriterien gebunden, insbesondere an eine Garantenstellung und eine entsprechende Garantenpflicht, wobei die Garantenpflicht u.a. durch die Zumutbarkeit pflichtgemäßen Handelns begrenzt wird. Das in § 323c als echtem Unterlassungsdelikt ausdrücklich normierte Zumutbarkeitskriterium als Tatbestandsmerkmal findet nach h.M. als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal auch auf unechte Unterlassungsdelikte Anwendung: Das Gesetz kann zwar generell davon ausgehen, dass die Unterlassung einer Straftat zumutbar ist, kann aber nicht fordern, dass bei Gefahren für die Rechtsgüter Dritter ohne Rücksicht auf eigene Interessen einzugreifen ist<sup>16</sup>. Wann eine Handlung als unzumutbar zu bewerten ist und in welchem Maße eine Preisgabe eigener Interessen erwartet werden kann, hängt von der Art und dem Umfang der Garantenstellung ab, welche anhand des Einzelfalles konkret zu bestimmen ist. Unabhängig davon, unter welchen Umständen die Fortsetzung einer Schwangerschaft nach normativen Kriterien als unzumutbar bewertet werden kann, wäre das vom Bundesverfassungsgericht angeführte Kriterium der Unzumutbarkeit im Rahmen eines Unterlassungsdelikts zumindest kein strafrechtsdogmatischer Fremdkörper, sondern allgemein anerkannter Straflosigkeitgrund, welcher eine Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs begründen könnte, ohne dass dabei die Gleichwertigkeit des ungeborenen und des geborenen Lebens grundsätzlich aufgegeben würde. Wenn beispielsweise ein Vater aus Gründen der Unzumutbarkeit von der Rechtsordnung nicht dazu verpflichtet wird, sein Kind aus einem brennenden Haus zu retten, wenn er dabei selbst eine konkrete Lebensgefahr auf sich nehmen müsste, so bedeutet dies keineswegs, dass das Lebensrecht des Vaters gegenüber dem Lebensrecht des Kindes als grundsätzlich höherwertig eingestuft würde.

d) Gerade aufgrund der Attraktivität, welche eine Einstufung des Schwangerschaftsabbruchs als Unterlassungsdelikt für die Befürworter eines Indikationenmodells aus den genannten Gründen haben mag, ist besonders sorgfältig zu überprüfen, ob diese Einstufung unter Anwendung der allgemeinen Abgrenzungskriterien von Tun und Unterlassen vertretbar und überzeugend erscheint. Es besteht die Gefahr, dass kriminalpolitische Interessen die Objektivität hinsichtlich der Sachfrage trüben könnten. Einerseits wirft etwa *Bernsmann* als Befürworter eines Unterlassungsmodells den „Gegnern eines liberalen strafrechtlichen Umgangs mit dem Schwangerschaftsabbruch“ – namentlich *Bernward Büchner* – vor, diese lehnten „die Unterlassungskonstruktion und das sich

damit verbindende Erfordernis, die Austragungspflicht einer Schwangeren zum Thema zu machen und begründen zu müssen“ deshalb ab, weil die eigenen, auf die Verletzung des Tötungsverbot bezogenen Argumente eine Austragungspflicht nicht begründen und sich deshalb als unhaltbar erweisen könnten<sup>17</sup>. Umgekehrt müssen sich die Befürworter des Unterlassungsmodells selbst der Kritik stellen, dass nicht etwa eine vorurteilsfreie Abwägung von aktiven und passiven Elementen des Schwangerschaftsabbruchs, sondern ihr teilweise unverhohlenen rechtspolitisches Interesse an einem liberalen Abtreibungsrecht und somit an der strafrechtsdogmatischen Untermauerung der rechtmäßigen Abtreibung der eigentliche Grund für die leidenschaftliche Verteidigung des Unterlassungsmodells sein könnte. So formuliert *Bernsmann*, die Einordnung des Schwangerschaftsabbruchs als Unterlassungsdelikt sei der herkömmlichen Einordnung als aktive Tötungshandlung „auch aus anderen Gründen überlegen [...]: Der Satz, dass die vorsätzliche aktive Vernichtung unschuldigen Lebens unter keinen Umständen rechtmäßig sein könne, ist zutreffend. Wird dieser Satz aber wirklich konsequent auf den Schwangerschaftsabbruch angewendet, bereitet es erhebliche Probleme, überhaupt noch Fälle eines nicht rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruchs zu entdecken. [...] Das mag Gegnern einer Liberalisierung nur recht sein. Gleichwohl hätte es äußerst bedenkliche sozialpolitische Konsequenzen, wenn der Kreis strafloser Abbrüche z. B. auf Fälle einer streng gehandhabten sog. medizinischen Indikation begrenzt und insoweit lediglich bzw. allenfalls eine entschuldigte Tat angenommen würde.“<sup>18</sup>

## 2. Der Schwangerschaftsabbruch zwischen Tun und Unterlassen

a) Der erste Schritt einer Abgrenzung von Tun und Unterlassen ist eine Untersuchung des äußeren Geschehensablaufs, wobei der Energieaufwand gegenüber dem Nichtaufwand von Energie in eine bestimmte Richtung das entscheidende Kriterium der Abgrenzung darstellt<sup>19</sup> und ein Begehungsdelikt dann vorliegt, wenn ein gesetzmäßiger Zusammenhang von Energieaufwand und Erfolg besteht<sup>20</sup>. Diese ontisch-phänomenologische Abgrenzungsmethode führt in Anwendung auf den typischen Fall eines Schwangerschaftsabbruchs, bei welchem die Schwangere den Arzt zum Zwecke des Abbruchs aufsucht und von ihm die Vornahme der Eingriffs fordert, zur Bejahung eines kausalen aktiven Handelns<sup>21</sup>. Der Schwangerschaftsabbruch beinhaltet jedoch

15 *v. Renesse*, JuS 1991, 321 ff.; *Bernsmann*, JuS 1994, 9 ff.; vgl auch: *Geilen*, ZStW 103 (1991), 829, 847 f.

16 *Schönke/Schröder-Stree/Bosch*, Vorbemerkungen §13 ff. Rn. 155.

17 *Bernsmann*, JuS 1994, 9, 12.

18 *Bernsmann*, JuS 1994, 9, 13.

19 *Engisch*, in: *Engisch*, FS-Gallas, 1973, S. 167.

20 *Roxin*, Strafrecht AT 2, 2003, §31, Rn. 77 ff.

21 *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 39.



aus Perspektive der Schwangeren neben dem aktiven Handlungselement auch ein Unterlassungselement, insofern nämlich darin zugleich ein Nichtaustragen der Schwangerschaft zu sehen ist<sup>22</sup>. Bei einem doppeldeutigen Geschehen ist nach h.M. danach abzugrenzen, wo bei normativer Betrachtung und bei Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns der Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens liegt<sup>23</sup>.

b) Die Befürworter einer Unterlassungskonstruktion argumentieren dahingehend, dass das Verbot eines Schwangerschaftsabbruchs aus Perspektive der Frau nicht in erster Linie ein Verbot darstelle, einen anderen Menschen zu töten, sondern primär ein Gebot bedeute, einen anderen Menschen unter erheblichem Einsatz eigener Ressourcen am Leben zu erhalten<sup>24</sup> – eben jener Grund, weswegen auch das Bundesverfassungsgericht die Hinzuziehung eines Zumutbarkeitskriteriums entgegen den Grundsätzen der Strafrechtsdogmatik für angemessen hielt. Hierbei wird das Austragen der Leibesfrucht als aktive Handlung begriffen, da „Schwangerschaft und Geburt eine Frau in nicht zu überbietender Weise in Dienst nehmen und in eine wahrhaft umfassende Aktivität hineinreißen“<sup>25</sup>, und auf die vom Bundesverfassungsgericht selbst mehrfach verwendete Formulierung von der „Rechtspflicht vom Austragen“<sup>26</sup> verwiesen, welche sich logischerweise nur auf ein sozial erhebliches Verhalten, somit auf eine Handlung im strafrechtlichen Sinne beziehen könne. Aus diesem Grund sei eine Interpretation der Schwangerschaft als reines Naturgeschehen, welches ohne willensgesteuertes Zutun der Schwangeren ablaufe und somit auch nicht Gegenstand einer Unterlassung sein könne, unzulässig; zudem bedeute eine entsprechende Deutung des Schwangerschaftsgeschehens eine in Hinblick auf die Menschenwürde gem. Art. 1 GG unzulässige Degradierung der Schwangeren zum „bloßen Nährboden der Schwangerschaft und bloßen Instrument der Geburt“<sup>27</sup>. Die aktiven Elemente des Schwangerschaftsvorgangs seien gegenüber dem passiven Element des bloßen Geschehenslassens derart vordergründig, dass bei einem Schwangerschaftsabbruch dem sozialen Handlungssinn nach stets das Verweigern der Austragung im Mittelpunkt stünde und im Zuge einer normativen Abwägung zwischen Tun und Unterlassen der Schwangerschaftsabbruch unabhängig von seiner konkreten Durchführung immer als Unterlassungsdelikt der Schwangeren zu deuten sei<sup>28</sup>.

c) Das ausschließliche Abstellen auf die aktiven Elemente des Schwangerschaftsgeschehens und damit die ausschließliche Annahme eines Unterlassungsdelikts stellen jedoch ebenfalls eine einseitige Deutung der Schwangerschaft dar. Die Schwangerschaft beinhaltet im Optimalfall tatsächlich eine aktive „Hingabe“ (v. *Renesse*) der Frau, welche i.d.R. auf einer grundsätzlich positiven psychischen Einstellung zu ihrer eigenen Schwangerschaft beruht und sich in einer besonderen

Rücksichtnahme in der eigenen Lebensführung – z. B. durch den Verzicht auf Alkohol- und Nikotinkonsum – praktisch widerspiegeln sollte. Dem aktiven „Geben“ der Mutter steht jedoch ein aktives „Nehmen“ des Embryos gegenüber, welches in der Tat unabhängig vom Willen der Schwangeren abläuft und nicht durch eine bloße Unterlassung, sondern lediglich durch aktive Tötung des nasciturus unterbunden werden kann. Ebenso wenig, wie die Mutter als passiver Nährboden eines sich eigenständig entwickelnden nasciturus gesehen werden darf, kann das ungeborene Kind (jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Zeugung) als bloßes Produkt mütterlicher Willensbetätigung gesehen werden.

An eben dieser Tatsache, dass eine Schwangerschaft aus Perspektive der Mutter sowohl passive als auch aktive Elemente enthält, muss auch die Bestimmung des sozialen Handlungssinnes des Schwangerschaftsabbruchs und des Verhaltens der Mutter gegenüber dem ungeborenen Kind im Allgemeinen anknüpfen. Wenn die Mutter eine aktive Hingabe und somit jedwede Rücksichtnahme in ihrer Lebensführung verweigert – wodurch freilich in den seltensten Fällen der Tod des Embryos bewirkt, sondern lediglich seine Entwicklung gehemmt oder seine Gesundheit geschädigt wird –, so ist der soziale Handlungssinn dabei ein Unterlassen, auch wenn dieses Unterlassen durch aktive Handlungen (etwa dem Konsum von Alkohol und Nikotin) seinen konkreten Ausdruck finden mag. Wenn aber das ungeborene Kind aktiv getötet wird, so handelt es sich dabei nicht mehr um eine unbeachtliche Umsetzungsmodalität einer Unterlassung. Das dahinterstehende Motiv, eine Schwangerschaft nicht fortsetzen zu wollen, vermag hierbei den aktiven Tötungsvorsatz und die von zielgerichteter Aktivität geprägte Begehungsweise nicht normativ zu überdecken: Der Suizid beispielsweise kann auch nicht als Unterlassung gewertet werden, obwohl er nach sozialem Handlungssinn weniger als Herbeiführung eines (an sich i.d.R. unerwünschten, weil mit Angst und ggf. Schmerzen verbundenen) Sterbeprozesses, sondern primär als Verweigerung des Weiterlebens gewertet werden könnte, schon allein, weil die Tötung auf Verlangen gem. § 216 damit widersinnigerweise zu einem „Sterbenlassen auf Verlangen“ würde.

d) Ein weiteres Argument gegen die ausschließliche Wertung des Schwangerschaftsabbruchs als Unterlassungsdelikt ist die Tatsache, dass die spezielle Austragungspflicht der Schwangeren das für jedermann geltende Tötungsverbot nicht ersetzt, sondern hinzutritt: Das Tötungsverbot ist keine logische Folge der Austragungspflicht.

22 *Geilen*, ZStW 103 (1991), 829, 847.

23 RGSt 63, 392; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 35. Aufl. 2008, Rn. 700.

24 v. *Renesse*, ZRP 1991, 321, 322; *Bernsmann*, JuS 1994, 9, 11.

25 v. *Renesse*, ZRP 1991, 321, 323.

26 BVerfGE 39, 1, 44.

27 v. *Renesse*, ZRP 1991, 321, 322.

28 v. *Renesse*, ZRP 1991, 321, 322 Fn. 9; *Bernsmann*, JuS 1994, 9, 11.

gungspflicht, sondern die Duldungspflicht der Mutter als Minimalausprägung der Austragungspflicht geht vielmehr aus dem Tötungsverbot zwangsläufig hervor und bedarf deshalb auch keineswegs einer besonderen Begründung, wie von einigen Befürwortern des Unterlassungsmodells behauptet wird<sup>29</sup>. Andernfalls würde die Funktion einer besonderen Pflichtenstellung in ihr Gegenteil verkehrt: Eine Garantenpflicht soll dem Garanten gerade eine besondere Schutzpflicht auferlegen, welche die der jedermann auferlegten sozialen Mindestsolidarität übersteigt. Wenn aber ein Begehungsdelikt des Garanten gegenüber dem Schutzbefohlenen unabhängig von der Begehungsweise pauschal als Unterlassungstat bewertet wird, weil darin zusätzlich ein Missachten der Schutzpflicht gesehen werden kann, so wäre er gegenüber einem unbeteiligten Dritten, welcher die Tat begeht, sogar privilegiert. Eine Mutter etwa, die ihr neugeborenes Kind aktiv tötet, könnte nach derselben Argumentation zur Unterlassungstäterin erklärt werden, weil die Tötung ihrem sozialen Handlungssinn nach als Verweigerung der natürlichen Elternpflicht als Kehrseite des natürlichen Elternrechts gem. Art. 6 Abs. 2 GG gesehen werden könnte, während ein Nichtgarant selbstverständlich aus dem Vorsatzdelikt bestraft würde. e) Abschließend bleibt festzustellen, dass die Deutung des Schwangerschaftsabbruchs als Unterlassungstat der Schwangeren auf der falschen Prämisse aufbaut, dass die Austragungspflicht an die Stelle des Tötungsverbots treten würde, während sie in Wirklichkeit aus dem Tötungsgebot hervorgeht und zu diesem hinzutritt. Ein bloßes, auf die Verweigerung der Austragung gerichtetes Unterlassungsmotiv vermag den unmittelbaren Tötungsvorsatz nicht zu überdecken. Eine Unterlassungskonstruktion wurde daher vom Bundesverfassungsgericht, obgleich sie eine attraktive dogmatische Untermauerung des Zumutbarkeitskriteriums gewesen wäre, zu Recht ausdrücklich abgelehnt<sup>30</sup>.

Zudem ist anzumerken, dass mit der Unterlassungskonstruktion die Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs nur hinsichtlich der Schwangeren erreicht werden könnte, nicht aber für den Arzt, dessen Tun bestenfalls bei der Verschreibung eines abtreibenden Medikaments (z. B. RU 486) noch als bloße Beihilfe zur Unterlassungstat der Schwangeren gewertet werden könnte, sich aber im Falle eines operativen Eingriffes immer als aktives Tun darstellen würde<sup>31</sup>. Schließlich darf bezweifelt werden, ob in allen Fällen der §§ 218a Abs. 2, 3 das Austragen der Schwangerschaft auch nach den entschärften Maßstäben der Zumutbarkeit beim Unterlassungsdelikt wirklich als unzumutbar erachtet werden kann. Wenn insbesondere keine unüblichen physischen und psychischen Belastungen während der Schwangerschaft vorliegen und zur Begründung einer medizinisch-sozialen Indikation lediglich eine Überforderung der Eltern durch die Sorgspflicht nach der Geburt (etwa wegen Behinderung des Kindes oder we-

gen des sozialen Hintergrundes der Eltern) angeführt wird<sup>32</sup>, so ist dies vollkommen unzureichend, um eine Tötung des ungeborenen Kindes zu rechtfertigen. Wenn Eltern mit der Erziehung ihrer Kinder überfordert sind, so sind die durch Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 GG garantierten staatlichen Entlastungs- und Fürsorgeangebote wahrzunehmen oder ist das Kind in die Obhut von Pflege- oder Adoptiveltern zu übergeben. Die Tötung des Kindes sollte jedoch vor der Geburt ebenso wenig wie nach der Geburt als denkbare „Lösung“ des Problems in Betracht kommen<sup>33</sup>.

## II. Garantenstellung und Zumutbarkeit beim Schwangerschaftsabbruch

1. Da die generelle Annahme einer Unterlassungstäterschaft der Schwangeren beim Schwangerschaftsabbruch zurückzuweisen ist, kommen bei lebensnaher Betrachtungsweise nur noch zwei relevante Fallgruppen in Betracht, bei welchen ein Schwangerschaftsabbruch durch Unterlassen der Eltern<sup>34</sup> bejaht werden könnte: zu einen die Unterlassungstäterschaft einer Schwangeren, die einen erforderlichen medizinischen Eingriff zur Rettung des ungeborenen Kindes verweigert<sup>35</sup>, und zum anderen die Unterlassungstäterschaft eines Beschützergaranten, z. B. des Vaters, der gegen einen rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch eines Dritten nicht einschreitet<sup>36</sup>. Die Begründung der Garantenstellung der Eltern und der Umfang ihrer Garantenpflicht sind im Folgenden einzeln darzulegen.

2. Als Begründungsansatz für eine Garantenstellung der Eltern gegenüber dem nasciturus wird teilweise mit der Annahme eines pflichtenbegründenden vorangegangenen Tuns durch die Zeugung des Kindes argumentiert. Dieses Modell scheint auf den ersten Blick auf die Zeugung eines Kindes nur bedingt anwendbar, da es bei der Ingerenz i.d.R. um eine sachlich begrenzte Überwachergarantenstellung in Bezug auf eine selbstgeschaffene Gefahr geht und das Kind selber keine Gefahrenquelle darstellt, sondern vielmehr der Gefahr des Schwangerschaftsabbruchs ausgesetzt ist. Wenn man jedoch eine Einstandspflicht immer dann bejaht, wenn man einen anderen in eine Situation der Verletzlichkeit gebracht hat und zudem der einzige ist, der über Rettungsressourcen verfügt, so könnte man auch die bloße

29 Vgl. etwa „Entwurf eines Gesetzes über Beratung in Fragen der Familienplanung und Schwangerschaft sowie zur Regelung von Schwangerschaftskonflikten“ des Deutschen Juristinnenbunds, In: *Ärztin* 1991, Heft 3, S. 2.

30 BVerfG, NJW 1993, 1754.

31 *Büchner*, ZRP 1991, 431, 433; nicht überzeugend diesbzgl.: *Bernsmann*, JuS 1994, 9, 14 Fn. 56.

32 Vgl. BVerfG NJW 1993, 1754; BVerfGE 39, 80 [Sondervotum *Rupp-von-Brünneck*].

33 *Kluth*, FamRZ 1993, 1382, 1388.

34 Auf den Arzt wird hierbei nicht eingegangen.

35 *MüKo-Gropp* §218 (2003) Rn. 54.

36 *MüKo-Gropp* §218 (2003) Rn. 51.



Zeugung als Herbeiführung einer für das Ungeborene gefährlichen Situation sehen<sup>37</sup>.

Diese Argumentation erweist sich jedoch bei näherer Betrachtung als abwegig. Zu einer „Gefahr“ gehören stets zwei Elemente, nämlich eine Gefahrenquelle und die Existenz eines gefährdeten Objektes. Die Ingerenz bezieht sich jedoch nur auf das erste Element, nämlich dass eine Gefahrenquelle geschaffen bzw. ein bereits existierender Mensch einer bestehenden Gefahrenquelle ausgeliefert wird, nicht aber auf die reine Existenz eines Gefährdungsobjektes. Ein nichtexistenter Mensch kann nicht in eine Gefahr geraten und insofern ist die Zeugung eines Menschen freilich *conditio sine qua non* einer Gefährdungssituation dieses Menschen. Wer einen Menschen zeugt und ihn somit den Widrigkeiten des irdischen Daseins aussetzt, hat zwar eine *conditio* für alle Gefahrensituationen, mit denen dieser Mensch in seinem Leben konfrontiert werden mag, gesetzt, doch die Begründung dieses allgemeinen Lebensrisikos kann nicht als strafrechtlich relevantes Versetzen in eine Gefährdungslage verstanden werden.

3. Obgleich eine Garantenstellung der Eltern aus Ingerenz zurückzuweisen ist, kommt der besonderen Verantwortung der Eltern für das von ihnen gezeugte Kind zumindest bis zum Zeitpunkt ihrer Selbstständigkeit freilich eine rechtliche Relevanz zu, weshalb eine Garantenstellung der Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern meist unproblematisch bejaht wird<sup>38</sup>. Diese Garantenstellung ergibt sich unmittelbar aus der natürlichen Elternpflicht, welche als Kehrseite des natürlichen Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG hervorgeht – Art. 6 Abs. 2 GG zeichnet sich gerade dadurch aus, dass es sich um kein eigennütziges, sondern ausschließlich fremd-, d.h. kindesnütziges Grundrecht handelt<sup>39</sup>. Fraglich ist jedoch, ob sich Art. 6 Abs. 2 GG auch auf das ungeborene Kind bezieht.

Die natürliche Elternpflicht erweist sich bei näherer Untersuchung als besondere Form einer freiwilligen Übernahme von Verantwortung. Die einzigartige Freiheit der Eltern, ein Kind zu zeugen und damit neues, ihnen selbst gleichartiges und gleichwertiges Leben zu begründen, korrespondiert mit einer besonderen Verantwortung, dieses Leben zu achten und im Stadium seiner Schutzbedürftigkeit vor Gefahren zu schützen<sup>40</sup>. Dieses neue Leben ist nach begründeter embryologischer Auffassung bereits im Zeitpunkt der Zeugung<sup>41</sup>, nach Urteil des Bundesverfassungsgerichts spätestens mit der Nidation irreversibel begründet und entwickelt sich von da an nicht etwa zum Menschen, sondern als Mensch<sup>42</sup>; sofern sich die Eltern der Bedeutung des Zeugungsaktes bewusst sind (d. h. wenn insbesondere kein Fall der nicht selbstverursachten Schuldunfähigkeit vorliegt) und der Zeugungsakt in Freiheit stattfindet (d. h. wenn insbesondere kein Fall der Vergewaltigung oder sexuellen Nötigung vorliegt), ist in der Vornahme des Zeugungsaktes konkludent die Bereitschaft erklärt,

die Verantwortung für daraus hervorgehendes Leben (auch wenn dieses nicht beabsichtigt oder sogar unerwünscht ist) zu übernehmen<sup>43</sup>. Die Gegenauffassung, wonach diese bewusste Übernahmeentscheidung erst nach einer gewissen Zeit der Überlegung angenommen und somit den Eltern eine zusätzliche Entscheidungsmöglichkeit gewährt wird, ob sie die Verantwortung für das von ihnen begründete Leben auch übernehmen wollen<sup>44</sup>, widerspricht eindeutig dem Status des ungeborenen Kindes als Träger des Lebensrechts und der Menschenwürde und der Geltung dieser Rechte unabhängig vom Entwicklungsstadium, sondern degradiert ihm zum Unfallprodukt eines ausschließlich auf Lustbefriedigung gerichteten Geschlechtsakts. Diese Bewertung der Sexualität als ausschließliches Instrument der Lustbefriedigung mag zwar einer gesellschaftlichen Realität entsprechen, welche die natürliche Teleologie des Geschlechtsakts in Richtung der Zeugung von Nachkommen durch massenhafte Anwendung künstlicher Empfängnisverhütung *de facto* verdrängt, wird aber weder der Bedeutung von Sexualität und Fortpflanzungsfähigkeit als integrativem Aspekt des Menschseins noch dem Wert des daraus hervorgehenden Lebens gerecht. Aus der Anerkennung des ungeborenen Kindes als Grundrechtsträger hinsichtlich des Lebensrechts und der Menschenwürde ergibt sich also konsequenterweise, dass ihm auch das aus Art. 6 Abs. 2 GG hervorgehende Recht auf elterliche Pflege zuzusprechen<sup>45</sup> und eine Garantenstellung zu bejahen ist; es gibt keinen überzeugenden und tragbaren Grund, hier eine Differenzierung vorzunehmen und die elterliche Verantwortung erst ab einem späteren Zeitpunkt anzunehmen<sup>46</sup>. Nicht zu begründen ist eine Garantenstellung jedoch im Falle einer Vergewaltigung oder im Falle einer unverschuldeten Unzurechnungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Zeugung, weshalb in diesen Fällen nur eine allgemeine Hilfspflicht i.S.d. §§ 323c StGB, 228 BGB bejaht werden kann<sup>47</sup>.

4. Da die Garantenstellung der Mutter auch gegenüber dem ungeborenen Kind auf der natürlichen Elternpflicht i.S.d. Art. 6 Abs. 2 S.1 GG beruht, ist also auch der Umfang der Garantenpflicht im Lichte des Art. 6 Abs. 2 GG zu bestimmen<sup>48</sup>. Inhalt der Elternpflicht ist es, dem Kind Leben und Entwicklung zu ermöglichen, wobei nicht ein Optimum an Erziehung und Pflege,

37 Bernsmann, JuS 1994, 9, 12.

38 BGH, NStZ 2004, 94; Schönke/Schröder-Stree/Bosch, §13 Rn. 18a.

39 Soergel/Strätz, BGB, 12. Aufl. 1987, § 1626 Rn. 11.

40 Lennartz, MedR 1993, 179, 181.

41 Blechschmidt, Wie beginnt das menschliche Leben?, 7. Aufl. 2002, S. 56.

42 BGH NJW 1993, 1753.

43 Lennartz, MedR 1993, 179, 181.

44 Bernsmann, JuS 1994, 9, 13.

45 Kluth, FamRZ 1993, 1382, 1387.

46 Lennartz, MedR 1993, 179 ff.; Burmeister, JR 1989, 52 ff.

47 Lennartz, MedR 1993, 179, 181 Fn. 8.

48 Kluth, FamRZ 1993, 1382, 1387.

sondern die Beachtung gewisser Mindeststandards gefordert ist<sup>49</sup>, zu welcher in jedem Fall die Gewährung der Überlebensbedingungen gehört.

Hierbei ist zu beachten, dass einer Einschränkung der mütterlichen Garantenpflicht durch das Unzumutbarkeitskriterium im Zusammenhang mit einem unechten Unterlassungsdelikt eine grundlegend andere Bedeutung zukommt, als es in der systemwidrigen Anwendung auf den aktiv begangenen Schwangerschaftsabbruch durch das Bundesverfassungsgericht der Fall ist. Unzumutbarkeit i.S.d. zweiten Abtreibungsurteils bedeutet die Unzumutbarkeit einer Fortsetzung der Schwangerschaft als Rechtfertigung eines Angriffes der Mutter auf das ungeborene Kinde. Hier aber liegt Unzumutbarkeit dann vor, wenn es der Mutter nicht zuzumuten ist, eine nicht von ihr selbst ausgehende Gefahr für das Ungeborene abzuwenden. Folglich ist der garantenpflichtigen Schwangeren eine vergleichbare Preisgabe eigener Interessen zugunsten des ungeborenen Kindes zuzumuten, die auch einer Mutter gegenüber ihrem geborenen Kind zugemutet werden könnte. Aufgehoben ist die Garantenpflicht allerdings beim Vorliegen der (beim Festhalten an der Unabwägbarkeit des Lebensrechts schwer zu begründenden, aber nun einmal positivrechtlich verankerten) Indikation des § 218a Abs. 2 als Rechtfertigungsgrund<sup>50</sup>: Wenn es der Schwangeren prinzipiell gestattet ist, ein Kind rechtmäßig abzutreiben, so kann ihr auch nicht vorgeworfen werden, wenn sie ein dem nasciturus anderweitig drohendes Übel nicht abwendet.

Fraglich ist jedoch, wo die Zumutbarkeitsgrenze im Beispielfall anzusiedeln ist, wenn die Schwangere einen erforderlichen medizinischen Eingriff zur Rettung des ungeborenen Kindes verweigert. Teilweise wird angenommen, dass eine Schwangere grundsätzlich nicht dazu verpflichtet sei, einen Eingriff in die eigene körperliche Unversehrtheit hinzunehmen, da eine Eingriffsbefugnis stets über § 34 am wesentlichen Überwiegen des Erhaltungsgutes bzw. an der sozialetischen Schranke der Angemessenheit scheitere<sup>51</sup>. Dem ist in dieser Rigorosität nicht zuzustimmen, sondern es muss eine Differenzierung nach Schwere des Eingriffs und Erfolgsaussichten der Behandlung stattfinden. Ein erfolgsversprechender medizinischer Eingriff zugunsten des ungeborenen Kindes ist als zumutbar zu werten, wenn er nur einen unbedeutenden Eingriff in die Gesundheit der Schwangeren darstellt. So wird auch zu Recht eine Rechtspflicht zur lebensrettenden Blutspende innerhalb enger Garantenbeziehungen angenommen<sup>52</sup>. Wenn sich die Schwangere einem Eingriff von vergleichbarer Geringfügigkeit pflichtwidrig verweigert, so begründet sie damit eine Notwehrlage bzw. eine notwehrähnliche Lage, so dass Nothilfe zugunsten des ungeborenen Kindes in Form einer auch gegen ihren Willen durchgeführte Behandlung in diesem Falle gerechtfertigt wäre<sup>53</sup>.

### III. Garantenpflicht und Nothilferecht des Vaters

1. Da der Vater ebenso wie die Mutter Adressat der natürlichen Elternpflicht ist, kommt ihm gegenüber dem nasciturus dieselbe Schutzpflicht zu, soweit es sich um die Abwendung von Gefahren handelt, welche von Dritten ausgehen (z. B. in Form von Gewaltanwendung gegen die Schwangere).

Umstritten ist hingegen, ob eine Pflicht des Vaters besteht, das ungeborene Kind gegen Angriffe durch die Mutter zu schützen. Ein genereller Ausschluss der Garantenpflicht mit der zynischen Begründung, dass „der Vater nicht strafrechtlich zur Bevormundung der eigenverantwortlich handelnden Mutter verpflichtet“<sup>54</sup> werden könne, wird dem Umstand nicht gerecht, dass die Elternpflicht beiden Eltern gleichermaßen zukommt. Entsprechend kann auch der garantenpflichtigen Mutter nicht die Verpflichtung abgesprochen werden, ihr geborenes Kind im Rahmen des Zumutbaren gegen körperliche Misshandlungen durch den Vater zu schützen, weil von ihr eine Bevormundung des eigenverantwortlich handelnden Vaters nicht erwartet werden könne. Vielmehr ist zu differenzieren: Liegt ein rechtswidriger, strafbarer Abbruchversuch der Mutter vor, bei welcher Nothilfe zugunsten des ungeborenen Kindes generell zugelassen ist, so ist auch von einer Verpflichtung des Vaters zur Nothilfe auszugehen<sup>55</sup>. Hat jedoch die Mutter gem. § 218a Abs. 2, 3 das Recht, eine Abtreibung durchzuführen, so kann es kein dagegenstehendes Nothilferecht und entsprechend auch keine Garantenpflicht zugunsten des ungeborenen Kindes geben. Fraglich hingegen ist, wie im Falle eines Abbruchs nach der Beratungsregel gem. § 218a Abs. 1 zu entscheiden ist. Hierbei ist zu untersuchen, ob überhaupt ein Nothilferecht besteht, da andernfalls eine Garantenpflicht des Vaters von vornherein nicht bejaht werden könnte.

2. Voraussetzung für ein Nothilferecht ist eine Nothilfefolge i.S.d. § 32 Abs. 2, d. h. ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff. Die Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruches gem. § 218a Abs. 1 wäre ausgeschlossen, wenn es aufgrund des Tatbestandsausschlusses bereits an einem rechtfertigungsbedürftigen tatbestandsmäßigen Verhalten fehlen würde, wie der Wortlaut „Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht [...]“ nahelegt<sup>56</sup>, so dass § 218a Abs. 1 noch über eine bloße Rechtfertigung gem. § 218a Abs. 2, 3 hinausginge<sup>57</sup>. Eine

49 Zacher, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1. Aufl. 1989, §134 Rn. 65 ff.

50 Beim Vorliegen des §218a III läge mangels aktiver Übernahme der Elternpflicht von Vornherein keine Garantenstellung und somit keine Tatbestandsverwirklichung vor (s.o.).

51 MüKo-Groß, §218 (2003) Rn. 54.

52 Wessels/Beulke, Rn. 320.

53 vgl. MüKo-Erb, §34 (2003) Rn. 185.

54 Schönke/Schröder-Stree/Bosch §13 Rn. 18a.

55 vgl. Tröndle, NJW 1995, 3009, 3011.

56 Tröndle, NJW 1995, 3009, 3011; Eser, JZ 1994, 503, 505

57 Satzger, JuS 1997, 800, 802.

derartige am Wortlaut orientierte dogmatische Einordnung des Begriffs „Tatbestandsausschluss“ in Hinblick auf § 218a Abs. 1 ist jedoch weder materiell noch von der Entstehungsgeschichte des Gesetzes her vertretbar. Die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung i.S.d. § 218a Abs. 2 (medizinische Indikation) und § 218a Abs. 3 (kriminologische Indikation) sind vom Gesetzgeber an enge Voraussetzungen geknüpft, während die allgemeine Notlagenindikation i.S.d. § 218a Abs. 1 die Einschätzung der persönlichen Notlage allein der Schwangeren überlässt, sobald sie „bestimmte prozedurale Hindernisse überwunden“<sup>58</sup> hat. Es wäre abwegig, trotz der im Vergleich zu § 218a Abs. 2, 3 geringeren Anforderungen des § 218a Abs. 1 eine noch über die Rechtfertigung hinausgehende Rechtsfolge anzunehmen. Vielmehr ist im Gegenteil davon auszugehen, dass aufgrund der gelockerten Voraussetzungen eine Rechtfertigung wie bei § 218a Abs. 2, 3 gerade nicht gewollt ist<sup>59</sup>.

Die Fassung des § 218a Abs. 1 i.S.d. Schwangeren- und Familienhilfegesetzes vom 27.7.1992<sup>60</sup> sah zudem eine Bewertung des „beratenden Abbruchs“ als „nicht rechtswidrig“ vor und wurde durch das zweite Schwangerschaftsabbruchsurteil des BVerfG vom 28.5.1993 als verfassungswidrig erklärt. Es widerspreche den Grundsätzen des Rechtsstaates, Schwangerschaftsbrüche und damit einen Eingriff in das Rechtsgut des ungeborenen Lebens ohne eine vom Gesetzgeber selber normierte Indikation nur aufgrund einer Beratungsregel als gerechtfertigt zu bewerten<sup>61</sup>. Vielmehr sei der Schwangerschaftsabbruch für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich Unrecht und demgemäß verboten<sup>62</sup>. Es sei jedoch dem Gesetzgeber freigestellt, von einer Strafdrohung bei nicht gerechtfertigten Schwangerschaftsabbrüchen abzusehen, wenn andere verfassungsrechtlich ausreichende Schutzmaßnahmen für das Rechtsgut getroffen werden, die einen effektiveren Schutz versprechen (wie von Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht für die Beratungsregelung angenommen)<sup>63</sup>. Dieses Ziel sei nur durch eine Ausnahme aus dem Straftatbestand des § 218, einen „Tatbestandsausschluss“, zu erreichen, ohne dass sich dadurch Folgen für die Bewertung durch die Gesamtsrechtsordnung<sup>64</sup> und in anderen Rechtsbereichen<sup>65</sup> ergeben würden<sup>66</sup>. Gemäß der vom Bundesverfassungsgericht angeordneten Übergangsregelung findet § 218 im Falle einer ordnungsgemäßen Beratung „keine Anwendung“, während im Anschluss deklaratorisch festgestellt wird: „Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs bleibt auch in diesen Fällen unberührt.“<sup>67</sup> Obgleich in der geltenden Gesetzesfassung des § 218a Abs. 1 auf einen dezidierten Hinweis auf das grundsätzliche Verbot des „beratenden Schwangerschaftsabbruchs“ verzichtet wurde, wird aus der Gesetzessystematik deutlich, dass das Konstrukt des Tatbestandsausschlusses gerade darauf abzielt, eine Strafflosigkeit bei gleichzeitigem Festhalten an der Bewertung „rechtswidrig“ zu erzielen<sup>68</sup>.

Somit liegt im Falle eines Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218a Abs. 1 ein rechtswidriger Angriff vor.

3. Ungeachtet des grundsätzlichen Rechtswidrigkeitsverdikt ist jedoch umstritten, ob es sich dabei auch um einen Rechtswidrigkeitsbegriff handelt, der als Anknüpfungspunkt für ein Nothilferecht dienen kann. Das Bundesverfassungsgericht hat im zweiten Schwangerschaftsabbruchsurteil den Gesetzgeber dazu aufgefordert sicherzustellen, dass trotz der Rechtswidrigkeit des Abbruchs „gegen das Handeln der Frau und des Arztes von Dritten Nothilfe zugunsten des Ungeborenen nicht geleistet werden kann.“<sup>69</sup> Entsprechend heißt es in den Gesetzesmaterialien zu § 218a Abs. 1: „Durch den Tatbestandsausschluss als bewusste Herausnahme aus dem strafrechtlich vertypen Unrecht wird zum Ausdruck gebracht, dass Schwangerschaftsabbrüche, die unter den angeführten Voraussetzungen vorgenommen werden, im Bereich des Strafrechts nicht als Unrecht zu behandeln sind. Demnach kommt unter den Voraussetzungen der Beratungsregelung auch Nothilfe (§ 32) zugunsten des Ungeborenen mit dem Ziel einer Verhinderung des Schwangerschaftsabbruchs nicht in Betracht.“<sup>70</sup>

Rechtswidrig i.S.d. § 32 ist jeder Angriff, der den Bewertungsnormen des Rechts (nicht nur des Strafrechts) objektiv zuwiderläuft und nicht durch einen Erlaubnissatz gedeckt ist<sup>71</sup>. Im Gegensatz zur Rechtswidrigkeit i.S.d. §§ 26, 27 Abs. 1 ist hierbei nicht die formelle Strafrechtswidrigkeit erforderlich, sondern ein Angriff kann auch rechtswidrig i.S.d. § 32 sein, wenn er keinen Straftatbestand verwirklicht<sup>72</sup>. Somit sind die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien dogmatisch nicht vertretbar<sup>73</sup>. Der nicht indizierte „beratene Abbruch“ gem. § 218a Abs. 1 bleibt auch ohne „Straf-Rechtswidrigkeit“ rechtswidrig i.S.d. § 32.

4. Ein Nothilferecht könnte weiterhin wegen fehlender Gebotenheit scheitern, wenn ihm nämlich wesentliche sozialethische Einwände entgegenstünden<sup>74</sup>.

Eine „sozialethische Schranke“ des Nothilferechtes könnte, wie von *Albin Eser* behauptet, in einem übergeordneten sozialen Interesse an der Wirksamkeit des

58 *Hassemmer*, Prot. (UA-SFHÄndG) 3/58.

59 *Otto*, Jura 1996, 135, 139.

60 BGBl I, 1050.

61 BVerfG, NJW 1993, 1752.

62 BVerfGE 39, 1, 44; BVerfG, NJW 1993, 1751 ff.

63 BVerfG NJW 1993, 1755, 1757 f.

64 *Kaufmann*, JZ 1992, 981.

65 BVerfG, NJW 1993, 1758.

66 BVerfG, NJW 1993, 1758.

67 BVerfG, NJW 1993, 1752.

68 *Tröndle*, NJW 1995, 3014.

69 BVerfGE 88, 203, 279.

70 BT-Drs. 13/1850, S. 25.

71 *Wessels/Beulke*, Rn. 331.

72 *Haas*, Notwehr und Nothilfe, 1978, S. 257.

73 *Eser*, JZ 1994, 503, 506; *Satzger*, JuS 1997, 800, 802; *Otto*, Jura 1996, 135, 139; *Tröndle*, NJW 1995, 3009, 3014; *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, 2000, S. 19.

74 *Wessels/Beulke*, Rn. 342; *Schönke/Schröder-Perron* §32 Rn. 44; *Stree*, JuS 73, 461.

Beratungsschutzkonzeptes bestehen<sup>75</sup>. Das Bundesverfassungsgericht selbst fordert einen Ausschluss des Nothilferechts und der anderen typischen Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit mit der Begründung, dass dieser über die bloße Straflosigkeit hinaus erforderlich sei, damit die Beratung in gewünschter Weise wahrgenommen werde<sup>76</sup>. Die Argumentation, dass die Wirksamkeit des Beratungskonzeptes gegenüber dem Notwehrrecht im Einzelfall Vorrang haben müsse, stellt jedoch eine unzulässige Abwägung von Leben gegen Leben dar. Eine angebliche Verbesserung des Lebensschutzes in ihrer Gesamtheit durch das Beratungskonzept kann – wie im ersten Schwangerschaftsabbruchurteil des Bundesverfassungsgericht vom 25.2.1975 noch dezidiert festgestellt wurde<sup>77</sup> – die Preisgabe des individuellen Rechtsguts Leben im Einzelfall (nachdem der Schutz durch Beratung bereits gescheitert ist) nicht rechtfertigen<sup>78</sup>, da es sich bei dem Schutzgut des § 218 um das individuelle Lebensrecht und nicht etwa um die bevölkerungspolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland handelt<sup>79</sup>. Das Interesse an der Wirksamkeit des Beratungsschutzkonzeptes ist folglich keine sozialetische Schranke des Nothilferechts.

5. Eine Einschränkung des Notwehrrechts könnte sich, wie von *Helmut Satzger* behauptet, aus dem Rechtsbewährungsprinzip ergeben. Das Notwehrrecht dient nach h. L. neben dem Rechtsgüterschutz auch der Bewahrung der Rechtsordnung als solcher<sup>80</sup>. Da der Gesetzgeber aber in §§ 218ff. die Entscheidung getroffen habe, das ungeborene Leben in den ersten zwölf Schwangerschaftswochen nicht durch Zwang, sondern durch Beratung zu schützen, trete der die Abtreibung mit Zwang verhindernde Nothelfer nicht im Namen der Rechtsordnung auf und könne sich folglich nicht auf das Nothilferecht berufen<sup>81</sup>. Unabhängig von der an sich umstrittenen Bedeutung des Rechtsbewährungsprinzips<sup>82</sup> ist jedoch unzutreffend, dass der Nothelfer nicht im Namen der Rechtsordnung auftrete. Die Rechtsordnung hält vielmehr am Lebensrecht der Leibesfrucht und an der Unrechtsbewertung des nichtindizierten Abbruchs ausdrücklich fest<sup>83</sup>. Zwar fordert das Bundesverfassungsgericht aus pragmatischen Gründen (Wirksamkeit des Beratungskonzeptes) dazu auf, die Verteidigung des individuellen Rechts gegen das Unrecht mit Zwang zu unterlassen, doch streng genommen lässt sich aus § 218a Abs. 1 lediglich entnehmen, dass ein rechtswidriger „beratener Abbruch“ nach begangener Tat nicht repressiv geahndet wird. Sogar ein (in der derzeitigen gesellschaftlichen Realität freilich unvorstellbares) präventives polizeiliches Eingreifen gegen rechtswidrige „beratene Abtreibungen“ kann mit Berufung auf § 218a Abs. 1 an sich nicht ausgeschlossen werden, wie *Norbert Hoerster*, obgleich selber Gegner jedweder strafrechtlichen Ahndung der Abtreibung, betont, da die Aufgabe der Polizei im Schutz aller durch die Rechtsordnung geschützten individuellen Rechtsgüter besteht, unab-

hängig davon, ob die drohende rechtswidrige Rechtsgutsverletzung unter Strafe steht<sup>84</sup>. Eine Einschränkung des privaten Nothilferechts kann aus dem Rechtsbewährungsprinzip heraus nicht begründet werden.

Da es kein klassisches strafrechtsdogmatisches Mittel gibt, um das Nothilferecht als übliche Folge der Rechtswidrigkeit auf Ebene der Gebotenheit auszuschließen, hätte der Gesetzgeber den Ausschluss des Nothilferechts ausdrücklich normieren müssen. Solange dies nicht der Fall ist, ist ein generelles Nothilferecht im Fall des § 218a Abs. 1 zu bejahen.

#### IV. Ergebnis

1. Eine Deutung des Schwangerschaftsabbruchs als Unterlassungsdelikt der Schwangeren ist unzulässig, da der soziale Sinngehalt ungeachtet gewisser Unterlassungselemente der eines Begehungsdeliktes bleibt. Aus der Bewertung des Schwangerschaftsabbruchs als Begehungsdelikt ergibt sich, dass das vom Bundesverfassungsgericht hinzugezogene Unzumutbarkeitskriterium strafrechtsdogmatisch keine Berechtigung hat. Auf Grundlage einer Bewertung des Schwangerschaftsabbruchs als Begehungsdelikt erscheinen bei einer etwaigen Neukonzipierung des Abtreibungsrechts nur drei wirklich konsequente Lösungswege möglich:

- Der Grundsatz von der Unantastbarkeit unschuldigen menschlichen Lebens wird in Hinblick auf das ungeborene Leben relativiert<sup>85</sup>, zumindest für den Fall der Perforation<sup>86</sup>.
- Dem ungeborenen Leben wird der Status als Träger des Rechtsguts Leben i.S.d. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG abgesprochen<sup>87</sup>.
- Eine Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs bleibt in jedem Fall unmöglich<sup>88</sup>.

75 *Schönke/Schröder-Eser* §218a Rn 14.

76 BGH, NJW 1993, 1760; vgl. *Hoerster*, JuS 1995, 194f.; vgl. *Kluth*, FamRZ 1993, 1382 f.

77 BVerfGE 39, 58.

78 *Lesch* (Fn. 73), S. 20; *Hoerster*, JuS 1995, 192, 195; *Tröndle*, NJW 1995, 3009.

79 *Satzger*, JuS 1997, 800 Fn. 6; *LK-Spendel*, 24. Aufl. 2001, §32 Rn 169.

80 *Kühl*, JuS 1993, 177, 178 ff.; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 24; *Roxin*, In: *Vogler*, FS-Jescheck, 1985, S. 459.

81 *Satzger*, JuS 1997, 800, 803; *Kluth*, FamRZ 1993, 1382, 1389.

82 kritisch: *Frister*, GA 1988, 291, 295.

83 *Lesch* (Fn. 73), S. 22.

84 *Hoerster*, JuS 1995, 192, 196.

85 Z. B. *Großp*, GA 1994, 163.

86 Z. B. *Roxin*, Strafrecht AT I, 2006, §16 Rn. 79.

87 Z. B. *Hoerster*, JuS 1989, 172 ff.; *Hoerster*, NJW 1991, 2540 ff.

88 Z. B. *Esser*, MedR 1983, 57, 59. Folglich wäre auch im Extremfall einer vitalen Indikation, bei der die Fortsetzung der Schwangerschaft das Leben der Mutter bedrohen würde, eine Rechtfertigung ausgeschlossen, d.h. die Rechtsordnung verlange von ihr in diesem Falle die „heroische Hinnahme des Todesschicksals“. Bei Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs wäre die Schwangere lediglich subjektiv nach §35 entschuldigt, mit der Folge, dass Nothilfe zugunsten des nasciturus durch jedermann möglich und eine Straflosigkeit des abtreibenden Arztes nicht zu begründen wäre.



2. Die Garantenstellung der Eltern gegenüber dem ungeborenen Kind ist darin begründet, dass die natürliche Elternpflicht nach Art. 6 Abs. 2 GG auch auf das ungeborene Kind bezogen ist und durch den freiverantwortlichen Vollzug des Zeugungsaktes konkludent übernommen wird. Der Umfang der Garantenpflicht ist demnach im Lichte des Art. 6 Abs. 2 GG entsprechend umfassend zu bestimmen und begründet auch die rechtliche Verpflichtung der Schwangeren, einen Eingriff in ihre körperliche Unversehrtheit durch erforderliche medizinische Heilbehandlungen zugunsten des ungeborenen Kindes im Rahmen des Zumutbaren zu dulden.

3. Die Garantenpflicht des Vaters beinhaltet die Aufgabe, das ungeborene Kind vor rechtswidrigen Angriffen zu bewahren, auch wenn diese von der eigenen Mutter ausgeht. Bei näherer Untersuchung ergibt sich, dass dem Vater ein Nothilferecht auch im Fall des zwar staatlich geduldeten, aber dennoch rechtswidrigen Abbruchs nach §218a I nicht abgesprochen werden kann<sup>89</sup>.

<sup>89</sup> Angesichts der Tatsache, dass ein Nothilferecht im Fall des § 218a Abs. 1 nur von einer (wenn auch überzeugenden) Mindermeinung angenommen und vom Bundesverfassungsgericht sowie vom Gesetzgeber ausdrücklich nicht gewünscht wird, wird jedoch eine generelle Pflicht des Vaters zum Eingreifen in diesen Fällen freilich als unzumutbar abzulehnen sein.

*Prof. Dr. Christian Hillgruber, Bonn*

## Dürfen wir die Präimplantationsdiagnostik zulassen?\*

### I. Der Ausgangspunkt: der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro

In der Debatte um die PID geht es um Grundsätzliches, um unser Bild vom Menschen, das paradoxerweise naturwissenschaftlich immer schärfer wird, ethisch und rechtlich dagegen zu verschwimmen droht. Sieht so wie ein wenige Tage alter Embryo, ein unförmiger Zellhaufen, etwa ein Mensch aus, lautet eine vielgestellte, suggestive Frage. Lassen wir uns weder sprachlich noch optisch irreführen. Ja, so, genau so sieht er ganz zu Anfang aus, der Mensch, so hat jeder von uns einmal ausgesehen. Wir wissen es doch längst, und dieses Wissen muss auch in unsere Ethik und unser Recht einfließen.

Ausgangspunkt aller rechtlichen Überlegungen kann nur die Feststellung des verfassungsrechtlichen Status des Embryos in vitro sein, nicht etwa die gegenwärtige Regelung der §§ 218 ff. StGB zum Schwangerschaftsabbruch. Aus der Verfassung als höchstrangigem rechtlichem Maßstab ergeben sich zwingende Folgerungen für die Ausgestaltung des einfachen Rechts im Hinblick auf den Schutz des Embryos in vitro wie in vivo und nicht etwa umgekehrt. Im Verfassungsstaat muss die Gesetzgebung der Verfassung gemäß, nicht die Verfassung gesetzmäßig sein. Die Gesetze – das Stammzellgesetz, das Embryonenschutzgesetz, das Strafgesetzbuch, das Gendiagnostikgesetz – müssen sämtlich den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen; sie sollten darüber hinaus nach Möglichkeit auch noch ein in sich stimmiges Regelungssystem bilden. Aber die Forderung, Wertungswidersprüche zu vermeiden, d. h. der Rationalitätsanspruch, den wir an das Recht stellen, ist gegenüber der primär geschuldeten Verfassungsmäßigkeit sekundär.

Deshalb ist es verfehlt, wenn nicht wenige bei Betrachtung der Rechtslage die vorgreifliche Verfassungslage ausblenden und stattdessen die – zudem noch höchst

fragwürdig interpretierte – gegenwärtig geltende, gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs zum archimedischen Punkt in der Debatte um die Zulassung oder ein Verbot der PID machen wollen, wie dies etwa die Schriftstellerin *Eva Menasse* tut. Sie meint, es gehe „schlicht und einfach darum, sich innerhalb der bereits bestehenden Gesetzeslage verhältnismäßig und rational zu verhalten. Um etwas Sinnvolles zum Thema PID sagen und entscheiden zu können, muss man nämlich das ganze Bild in Augenschein nehmen, alles, was in diesem heiklen Bereich erlaubt und was verboten ist, von der Zeugung bis zur Geburt“. Und sie beschreibt dann, wie ihres Erachtens „die Verhältnisse“ sind: „Jede Frau in Deutschland kann jedes gesunde Kind, das sie nicht haben möchte, bis zur zwölften Schwangerschaftswoche abtreiben lassen“. Und das Können wird ihr sogleich zum Dürfen, das nicht hinterfragt werden darf: „Das ist ein Recht, das die Frauenbewegung [...] erkämpft hat [...] und das nicht zurückgenommen werden kann und darf“.<sup>1</sup> Wenn es aber doch ein „Recht auf Schwangerschaftsabbruch“ gibt, warum dann kein „Recht auf Embryoauswahl“ nach Maßgabe der Befunde einer Präimplantationsdiagnostik zur Vermeidung späterer („erlaubter“) Schwangerschaftsabbrüche? Das will *Eva Menasse* wie vielen anderen nicht einleuchten. „[A]ngesichts von 100.000 ganz normalen deutschen Abtreibungen pro Jahr ist jeglicher ‚Embryonenschutz‘ in der ersten Woche nach der künstlichen Befruchtung eine vollkommen irrationale, menschenverachtende Groteske.“<sup>2</sup> Doch was ist in diesem Zusammenhang schon „normal“, was „menschenverachtend“?

\* Dem Beitrag liegt das Manuskript eines Vortrags vor der Katholischen Akademie Bayern in München am 11. Februar 2011 zugrunde.

<sup>1</sup> Zellhaufen mit Potential. Ein Verbot der Präimplantationsdiagnostik ist nicht christlich, sondern falsch, in: *Der Spiegel* 44/2010, S. 140-142, 140.



## II. Der Embryo in vitro – würdebegabter Mensch mit eigenem Lebensrecht

Lassen sie mich also mit verfassungsrechtlichen Überlegungen zur Statusfrage beginnen, ehe ich mich dem einfachen Recht und wirklichen oder auch nur vermeintlichen Wertungswidersprüchen innerhalb desselben zuwende. Ist der menschliche Embryo *etwas*, was man nach Feststellung fehlerhafter Beschaffenheit wegwerfen, aussondern und „verwerfen“ darf oder *jemand*, der Achtung verdient, ein Mensch, dessen Würde unantastbar ist und dem deshalb Grundrechtsschutz, insbesondere der Schutz des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit, zukommt? Ist der Embryo verfügbare Sache oder unveräußerliche Person, Objekt oder Subjekt? Das ist die, wenn nicht alles, so doch vorentscheidende Frage. Verfassungsrechtlich gesprochen: Ist der Embryo ein „Mensch“ im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG und damit Träger unantastbarer Würde und umfasst das „Jeder“ des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch den Embryo, so dass diesem ein eigenes Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zukommt? Der Wortlaut der beiden Grundgesetzbestimmungen ist für eine solche Deutung offen, die genannten Vorschriften könnten sich aber auch nur auf bereits geborene Menschen beziehen.

In seiner ersten Abtreibungsentscheidung von 1975 hat das BVerfG noch etwas vage davon gesprochen, dass der nasciturus „ein selbständiges menschliches Wesen“ sei, das „unter dem Schutz der Verfassung“ stehe.<sup>3</sup> Die zweite Abtreibungsentscheidung von 1993<sup>4</sup> lässt dann aber keinen Zweifel mehr daran, dass der nasciturus nach Auffassung des Gerichts ein Recht auf Leben gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und gemäß Art. 1 Abs. 1 GG Anspruch auf Achtung der Würde hat, die jedem menschlichen Leben zukommt, „nicht erst dem menschlichen Leben nach der Geburt oder bei ausgebildeter Personalität“<sup>5</sup>. Diese Qualifikation des nasciturus als nach der grundgesetzlichen Ordnung mit Würde begabtem und mit eigenem, unabgeleitetem Lebensrecht ausgestattetem Menschen hat der Senat, wie Frau *Grafhof*, die es wissen muss, weil sie als Richterin an dem Urteil mitgewirkt hat, versichert hat, „einstimmig“<sup>6</sup> getroffen.<sup>7</sup> Alle immer wieder unternommenen Versuche, dem Urteil eine andere Meinung des Gerichts entnehmen oder unterschieben zu wollen, sind zum Scheitern verurteilt. Noch nicht entschieden ist damit allerdings die Frage nach dem Status des Embryo in vitro. „Handlungen, deren Wirkung vor Abschluss der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt, gelten nicht als Schwangerschaftsabbruch im Sinne dieses Gesetzes.“ – diese Vorschrift hat das Bundesverfassungsgericht in einem obiter dictum der zweiten Abtreibungsentscheidung für „verfassungsrechtlich unbedenklich“ erklärt<sup>8</sup>. Die Aussage bezieht sich allerdings „nur darauf, dass der Staat im Stadium zwischen Verschmelzung und Nidation nicht zum Schutz durch Strafe verpflichtet ist.“<sup>9</sup>

Sie berührt nicht den verfassungsrechtlichen Status des Embryos in vivo.

Der Zweite Senat hat in seiner zweiten Abtreibungsentscheidung 1993 die in diesem Verfahren nicht entscheidungserhebliche Frage, ob der Mensch bereits mit der Verschmelzung von Ei und Samenzelle entsteht, ausdrücklich offen gelassen.<sup>10</sup> Das heißt jedoch nicht, dass dieser Entscheidung und auch der übrigen Rechtsprechung des BVerfG zur Menschenwürdegarantie nicht Maßstäbe für die Zu- oder Aberkennung von Menschenwürde des Embryos in vitro entnommen werden könnten. In der Entscheidung von 1993 hat das BVerfG nicht nur § 10 I 1 des Allgemeinen Landrechts (ALR) für die Preußischen Staaten von 1794, wonach die allgemeinen Rechte der Menschheit auch den noch ungeborenen Kindern schon von der Zeit ihrer Empfängnis an gebühren, (offensichtlich zustimmend) zitiert, sondern darüber hinaus die Bejahung der Frage als durch Erkenntnisse der medizinischen Anthropologie „nahegelegt“ angesehen. Zur Begründung der Menschenwürde des Ungeborenen jedenfalls ab Nidation hat der Senat maßgeblich darauf abgestellt, dass es sich bei dem Ungeborenen um individuelles, *in seiner genetischen Identität* und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit *bereits festgelegtes*, nicht mehr teilbares Leben handelt, das im Prozess des Wachsens und Sich-Entfaltens sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt.<sup>11</sup> Für diesen Qualitätssprung aber ist die Kernverschmelzung, nicht die Nidation das entscheidende Datum: Die weitere Entwicklung des Embryos ist seit seiner Entstehung durch Kernverschmelzung in ihm selbst als fertiges Programm angelegt, das nur noch gestartet werden muss. Daher erscheint der Embryo genau von diesem Zeitpunkt an als Träger der jedem Menschen immanenten Würde und eines eigenen Lebensrechts.

Dafür spricht auch und vor allem das Würdeverständnis des BVerfG. „Diese Würde des Menschseins liegt auch für das ungeborene Leben im Dasein um seiner selbst willen.“<sup>12</sup> Sie hat daher keine andere Voraussetzung als die Zugehörigkeit zur Spezies *homo sapiens sapiens*. „Menschenwürde in diesem Sinne ist [...] die Würde des Menschen als Gattungswesen. Jeder besitzt sie, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie ist auch dem eigen, der aufgrund seines körperlichen oder geistigen Zustands nicht sinnhaft handeln kann.“<sup>13</sup> Und deshalb sagt das BVerfG

2 Ebd., S. 141.

3 BVerfGE 39, 1, 42.

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

5 BVerfGE 88, 203, 251.

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

7 § 218 Abs. 1 S. 2 StGB, BVerfGE 88, 203, 251.

8 *K. Grafhof* (Fn. 6), 372.

9 BVerfGE 88, 203, 251.

10 BVerfGE 88, 203, 251 f. – Hervorhebung vom Verf.

11 BVerfGE 88, 203, 252.

12 BVerfGE 87, 209, 228; 96, 375, 399.

13 BVerfGE 39, 1, 41; 88, 203, 252.

ganz konsequent: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu.“<sup>14</sup> Das gilt dann auch für den Embryo in vitro. Und weil der Würdeanspruch und das Lebensrecht „unabhängig auch von der voraussichtlichen Dauer des individuellen menschlichen Lebens“<sup>15</sup> bestehen, gilt diese Zusage auch für den Menschen, der voraussichtlich über ein frühes Entwicklungsstadium nicht hinauskommen, der nicht das Licht der Welt erblicken wird, weil es zu einer Fehl- oder Todgeburt kommt oder dem nur ein kurzes nachgeburtliches Leben beschieden ist. Jedes menschliche Leben ist also von Verfassungen wegen ohne Rücksicht auf seine Lebensfähigkeit und Lebenstüchtigkeit „als solches gleich wertvoll“<sup>16</sup>, und es darf, es soll solange leben, wie es kann.

### III. Die Elternverantwortung von Eizellenspenderin und Samenspender

Die Zuerkennung eines Würdeanspruchs und Lebensrechts des Embryos, d.h. sein Status als Rechtsperson, aber hat weitreichende Konsequenzen. Die Würde des Embryos als Menschen zu achten und schützen, verlangt vom Staat, Anforderungen für das Verhalten anderer Menschen gegenüber dem Embryo aufzustellen, indem er durch Gesetz Gebote und Verbote ausspricht, Handlungs- und Unterlassungspflichten festlegt. Dies gilt auch für den Schutz gegenüber seinen Eltern, die treuhänderisch Verantwortung für ihn tragen, aber keine Verfügungsgewalt über ihn besitzen. „Solche Verhaltensgebote können sich nicht darauf beschränken, Anforderungen an die Freiwilligkeit zu sein, sondern sind als Rechtsgebote auszugestalten. Sie müssen, gemäß der Eigenart des Rechts als einer auf tatsächliche Geltung abzielenden und verwiesenen normativen Ordnung, verbindlich und mit Rechtsfolgen versehen sein.“<sup>17</sup>

Eine rechtlich ungebundene, freie Entscheidung der Mutter als Eizellenspenderin darüber, ob und gegebenenfalls, welche künstlich erzeugten Embryonen sie sich in die Gebärmutter transferieren lässt, also über Leben oder Sterben des Embryos, kann es bei Anerkennung von dessen eigenem Würdeanspruch und Lebensrecht schlechterdings nicht geben. Hier ist kein Platz für Gewissensentscheidungen. Durch ihre Einwilligung in die Behandlungsmethode der In-Vitro-Fertilisation mit anschließendem Embryotransfer und die daraufhin mit ihrem Wissen und Wollen erfolgte künstliche Befruchtung haben die Eizellenspenderin und der Samenspender bereits die Elternverantwortung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 GG übernommen, der sie sich nicht nachträglich wieder willkürlich entziehen dürfen. Elternschaft kann man nicht wie Erbschaft beliebig annehmen oder ausschlagen. Diese als Einstandspflicht aus vorangegangenen Tun zu begründende Elternverantwortung konkretisiert sich bei der eizellenspendenden, genetischen Mutter in einer grundsätzlichen – nur unter dem Vorbehalt der nach den Indikationstatbeständen beim Schwangerschaftsabbruch

bruch zu bestimmenden Zumutbarkeit stehenden, d.h. in Ausnahmefällen aufgehobenen – Pflicht, sich den so erzeugten Embryo übertragen zu lassen, um das Kind zu gebären und ihm das Leben zu schenken. Diese Pflicht stellt die – unter den Bedingungen der In-Vitro-Fertilisation mit anschließendem Embryotransfer – notwendige, flankierende Ergänzung des grundsätzlichen Verbots des Schwangerschaftsabbruchs und der grundsätzlichen Rechtspflicht zum Austragen des Kindes dar, mit denen der Staat die ihm obliegende Pflicht zum (rechtlichen) Schutz jedes einzelnen, ungeborenen menschlichen Lebens auch gegenüber der Mutter erfüllt. Das in seiner Menschenwürde wurzelnde Lebensrecht des Embryos darf von Verfassungen wegen nicht, auch nicht im Intervall zwischen künstlicher Erzeugung und Implantierung, der freien, rechtlich nicht gebundenen Entscheidung eines Dritten, und sei es selbst der Mutter, überantwortet werden. Man kann nicht einer an einem existentiellen Konflikt beteiligten Person die Konfliktlösung, d.h. die Entscheidung über Leben oder Tod einer anderen Person überlassen, zumal wenn diese andere Person ihre Rechte nicht selbst geltend zu machen vermag. Niemand darf in eigener Sache über Recht oder Unrecht befinden, das er anderen antut.<sup>18</sup> Hier gibt es keine Gewissensfreiheit. „Dieses Lebensrecht, das nicht erst durch die Annahme seitens der Mutter begründet wird, sondern dem Ungeborenen schon aufgrund seiner Existenz zusteht, ist das elementare und unveräußerliche Recht, das von der Würde des Menschen ausgeht; es gilt unabhängig von bestimmten religiösen oder philosophischen Überzeugungen, über die der Rechtsordnung eines religiösweltanschaulich neutralen Staates kein Urteil zusteht.“<sup>19</sup> Die aus der Elternverantwortung folgende Verpflichtung der Mutter, den Embryotransfer durchführen zu lassen, ist aber, wie viele andere familienrechtliche Verpflichtungen auch, nicht erzwingbar. Gegen den Willen der Frau darf der in der Übertragung des Embryos liegende Eingriff in ihre körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) keinesfalls erfolgen; das verbietet auch die Achtung ihrer eigenen Menschenwürde. Die Nichterzwingbarkeit hebt aber nicht die Rechtspflicht auf. Das ist rechtlich bedeutsam. Denn weil eine Embryoauswahl zwar faktisch vorgenommen werden kann, aber nicht darf, weil der

14 BVerfGE 115, 118, 152.

15 BVerfGE 39, 1, 59; 115, 118, 139.

16 BVerfGE 88, 203, 253.

17 Vgl. BVerfGE 88, 203, 274 ff.

18 BVerfGE 88, 203, 252.

19 Die ad-hoc-Stellungnahme der Nationalen Akademie der Wissenschaften, der Deutschen Akademie für Technikwissenschaften und der Berlin-Brandenburgischen Wissenschaften „Präimplantationsdiagnostik (PID) - Auswirkungen einer begrenzten Zulassung in Deutschland“, Januar 2011, S. 2 verschleierte diesen Tatbestand mit der Formulierung: „Die Präimplantationsdiagnostik (PID) ist ein Diagnose-Verfahren, das Eltern, die ein hohes Risiko für die Geburt eines Kindes mit einer schweren erblichen Krankheit haben, die Geburt eines Kindes ermöglicht, das von der betreffenden Krankheit nicht betroffen ist.“ Die PID ermöglicht aber nicht die Geburt eines gesunden Kindes, sondern die Embryoauswahl nach genetischer Vorbelastung, d.h. Selektion.

Embryotransfer abgelehnt werden kann, aber nicht darf, darf der Staat durch ein Verbot der PID den Eltern auch den Zugang zu durch Untersuchung einer Zelle (Blastomere) erlangbaren Informationen über genetisch bedingte Krankheiten ihres Kindes vorenthalten, die nicht therapeutisch genutzt, sondern einzig dem Zweck dienen können, einen entsprechend belasteten Embryo abzulehnen und zu „verwerfen“.<sup>20</sup> Die PID wird nur zum Zweck der „Aussortierung“ unerwünschter Embryonen durchgeführt, deren Erzeugung unter dem ihr Existenzrecht in Frage stellenden Vorbehalt einer „Qualitätskontrolle“ steht. Die zugrunde gelegten Untersuchungskriterien sind dabei für die Feststellung der dadurch bewirkten Menschenwürdeverletzung (Art. 1 Abs. 1 GG) irrelevant; denn ausnahmslos jeder Mensch hat Würde, ganz ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit seiner Gene. Auch wenn die PID zur Vermeidung schwerer Erbkrankheiten eingesetzt wird, wird dem geschädigten Embryo allein aufgrund seines Gendefekts die Existenzberechtigung abgesprochen. Wird ein Mensch aber nur als solcher anerkannt, wenn er bestimmte Voraussetzungen erfüllt, so wird er nicht vorbehaltlos als Subjekt geachtet. Die darin liegende Verletzung des aus der Menschenwürde resultierenden Achtungsanspruchs löst die unbedingte staatliche Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG aus, die nur durch ein Verbot der PID erfüllt werden kann.

#### IV. Strafbewehrung des Verbots der PID?

Ob dieses Verbot auch strafbewehrt sein muss, darüber mag man streiten. *Paul Kirchhof* hat mit Recht gefordert, „für neue Anfragen an das Recht zunächst zu entscheiden, was erlaubt und was verboten ist. Erst wenn dies geklärt ist, stellt sich die weitere Frage, ob ein Verbot mit einer Strafe verbunden werden soll. Im Streit um die Präimplantationsdiagnostik wäre viel gewonnen, wenn die Rechtsgemeinschaft zunächst klärt, welche Maßstäbe für eine solche Diagnostik gelten. Erst danach stellt sich die Frage der Strafbarkeit.“<sup>21</sup> Aber die verfassungsrechtlichen Maßstäbe sind klar, und sie fordern ein Verbot. Kann zur Sicherung von dessen Beachtung auf das Mittel des Strafrechts verzichtet werden? Das Schutzkonzept der Beratungslösung beim Schwangerschaftskonflikt hat auf Entkriminalisierung gesetzt; es ist damit, wie *Kirchhof* mit Recht bemerkt, „bisher nicht sonderlich erfolgreich“ gewesen. „Die in diesem Konzept angelegte Mäßigung der Strafbarkeit wurde als Erlaubnis fehlinterpretiert, obwohl das Urteil die Rechtswidrigkeit, das Verbotensein des Schwangerschaftsabbruchs nachdrücklich hervorhebt.“ Das darf sich bei der PID nicht wiederholen; wenn die Formel, rechtswidrig, aber straflos, als augenzwinkernde Freigabe aufgefasst wird, die das Rechtsbewusstsein untergräbt, muss das Verbot strafrechtlich bewehrt sein, um ernst genommen zu werden.

Ich bin mir wohl bewusst, dass es auch sehr tragische Fälle gibt, und der Entscheidung des Bundesgerichtshofs

vom Juli letzten Jahres lagen jedenfalls teilweise solche Fälle zugrunde. Fälle, in denen es schon zu Fehlgeburten oder zur Geburt schwerstbehinderter Kinder gekommen war, deren Pflege sich die Eltern aufopferungsvoll widmeten. Es ist daher menschlich verständlich, dass sie unter diesen Umständen glaubten, eine weitere Fehlgeburt nicht ertragen oder mit noch einem schwerstbehindertes Kind endgültig überfordert zu sein und deshalb bei einer Methode Zuflucht gesucht haben, die dieses Risiko ausschließen sollte. In diesen Fällen erschiene eine strafrechtliche Sanktion ihres Verhaltens unangemessen hart. In der Inanspruchnahme der PID drückt sich unter diesen Umständen keine allgemeine Geringschätzung des Wertes ungeborenen menschlichen Lebens aus, sondern pure Verzweiflung. Das rechtfertigt es, angesichts relativ geringer Schuld – bei den Eltern, nicht dem Arzt – von Strafe abzusehen. Ist ihre Entscheidung auch objektiv nach den verfassungsrechtlichen Wertvorstellungen zu missbilligen, so ist sie doch subjektiv nicht in dem Maße vorwerfbar, dass es angezeigt wäre, strafrechtlich vorzugehen.<sup>22</sup> Aber es muss aus den genannten verfassungsrechtlichen Gründen auch in diesen tragischen Fällen am Verbot der PID als solchem festgehalten werden.

#### V. „Keine Gleichheit im Unrecht“ – Wertungswidersprüche verfassungsgemäß auflösen

Alle Eltern wünschen sich ein gesundes Kind. Aber Wünsche und Interessen sind keine Rechte, und müssen dahinter Rechten, hier des Embryos in vitro zurückstehen. Es gibt kein Recht auf ein Kind, geschweige denn ein gesundes Kind. Wer das Risiko, ein erblich schwer krankes Kind zu bekommen, nicht auf sich nehmen will, darf Kinder nicht (er)zeugen, sondern muss sich auf den Weg der Adoption verweisen lassen. Eine Zeugung auf Probe ist unzulässig.

Aber besteht in Deutschland nicht die „rechtmäßige Alternative einer ‚Schwangerschaft auf Probe‘ mit späterer genetischer Diagnostik und einem nachfolgenden Schwangerschaftsabbruch“, der „für Eltern physisch, psychisch und vor allem auch ethisch deutlich problematischer als eine PID“ ist?<sup>23</sup>

20 Präimplantationsdiagnostik oder Was sollen wir wissen?, FAZ Nr. 13 v. 17.1.2011, S. 27.

21 BVerfGE 32, 98, 109 – Gesundheitsberufe.

22 Ad-hoc-Stellungnahme „Präimplantationsdiagnostik (PID) - Auswirkungen einer begrenzten Zulassung in Deutschland“, Januar 2011, S. 24.

23 Die knappe, begründungslose Bejahung der Verfassungsmäßigkeit der embryopathischen Indikation – „ihre hinreichend genaue Umgrenzung vorausgesetzt“ – als Ausnahme von der Pflicht zum Austragen des Kindes durch das BVerfG im zweiten Fristenlösungs-Urteil (BVerfGE 88, 203, 257) ist mit der zuvor erfolgten Zuerkennung der Menschenwürde und der Anerkennung des eigenständigen Lebensrechts des nasciturus schwerlich vereinbar. Sie dürfte zudem durch die nach dem Urteil erfolgte Aufnahme des ausdrücklichen Verbots der Benachteiligung Behinderter (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) überholt sein, durch die der Gesetzgeber die Garantie gleicher Menschenwürde in authentischer Interpretation konkretisiert hat.

Nein, eine rechtmäßige Alternative dieser Art besteht nicht. Die beratenen, nicht indizierten Schwangerschaftsabbrüche sind zwar straflos, aber nicht rechtmäßig, und auch die medizinische Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB rechtfertigt keinen Schwangerschaftsabbruch, weil die postnatale Existenz eines schwer erbkranken Kindes eine unzumutbare Gefahr für das seelische Wohlbefinden der Schwangeren wäre. Das käme einer Wiedereinführung der abgeschafften embryopathischen Indikation durch die Hintertür gleich, die mit dem gleichen Würdeanspruch und Lebensrecht behinderter Menschen unvereinbar ist.<sup>24</sup> Vielmehr kommt eine Rechtfertigung nach § 218a Abs. 2 StGB nur in Betracht, wenn das Leben oder die Gesundheit der Schwangeren bei Fortsetzung der Schwangerschaft ernsthaft bedroht wäre und diese Lebens- oder Gesundheitsgefahr sich nicht anders abwenden lässt. Ist aber nicht die Schwangerschaft selbst bedrohlich, sondern wird allein die Aussicht auf ein Leben mit einem behinderten Kind als unzumutbar empfunden, dann geht es gar nicht um die Bewältigung eines spezifischen Schwangerschaftskonflikts, sondern um die vorsorgliche Abwendung einer Belastung, die für die Eltern nach der Geburt durch die (lebenslange) Verantwortung für dieses Kind entsteht. Die Vermeidung der darin liegenden Belastung liegt indes außerhalb des Schutzzwecks des § 218a Abs. 2 StGB, und sie kann unter der Geltung des Grundgesetzes das jedem Menschen die gleiche Würde und das gleiche Lebensrecht zuspricht, schlechterdings kein legitimer Schutzzweck sein: Kein Mensch ist allein aufgrund seiner Existenz, mag sie noch so defizitär sein, für einen anderen Menschen unzumutbar. Wenn § 218a Abs. 2 StGB gegenwärtig in der Praxis anders interpretiert und gehandhabt wird, dann muss

*dies* korrigiert, nicht die PID zugelassen werden; denn Wertungswidersprüche dürfen nur verfassungsgemäß aufgelöst werden. Es gibt keine „Gleichheit im Unrecht“, keinen Anspruch auf Fehlerwiederholung. Soweit das Recht des Schwangerschaftsabbruchs, mehr noch seine praktische, laxer Anwendung, als in Wertungswiderspruch zu einem strengen PID-Verbot gesehen wird, ist daher auf Änderung des ersteren zu drängen, das nicht dem verfassungsrechtlichen Anspruch genügt, jedes einzelne menschliche Leben wirksam zu schützen.

Die nach § 7 i.V.m. § 15 Gendiagnostikgesetz prinzipiell zulässige PND ist nicht weniger fragwürdig als die PID. Genetische Untersuchungen dürfen an Embryonen und Föten, nimmt man sie als unverfügbare Personen ernst, gleichermaßen nur zu therapeutischen Zwecken durchgeführt werden (vgl. die für nicht einwilligungsfähige Personen geltende Regelung des § 14 Abs. 1 Gendiagnostikgesetz). Der verfassungsrechtlich gebundene, demokratische Gesetzgeber beweist seine Stärke nicht dadurch, dass er unbeirrt einen einmal eingeschlagenen Weg fortsetzt, obwohl er sich damit immer weiter von einem verfassungsgemäßen Zustand entfernt. Er beweist seine Stärke vielmehr dadurch, dass er sich als zur Einsicht und Selbstkorrektur fähig erweist und sich des Schutzes der schwächsten Glieder der Gesellschaft annimmt. Ein Verbot der PID wäre der erste richtige Schritt auf diesem Weg.

<sup>24</sup> Im Übrigen ließe sich die mögliche Überforderung durch die elterliche Verantwortung für ein behindertes Kind in aller Regel durch vielfältige, auch staatliche, Unterstützungsmaßnahmen oder – ultima ratio – durch Abgabe der Elternverantwortung im Wege der Adoptionsfreigabe vermeiden, ohne dass ein Schwangerschaftsabbruch dafür notwendig wäre.

## Kontrovers

Der Beitrag von Prof. Dr. Walter Schweidler im Heft 1/2011 zur Organspende (ZfL 2011, S. 2 ff.) hat Widerspruch herausgefordert. Nachfolgend verteidigt Prof. Dr. Hans-Bernhard Wuermeling den Hirntod als vernünftiges und dem Herztod gleichwertiges Todeszeichen. Schweidler beharrt in seiner Erwiderung darauf, dass es „Leben“ nur als das „Sein von Lebewesen“ gibt.

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

## Der Hirntod als vernünftiges Zeichen des Todes der menschlichen Person

**Zu Walter Schweidler: Gibt es eine moralische Pflicht zur Organspende? (ZfL 1/2011, S. 2 ff.)**

Die Behandlung der Frage nach der moralischen Pflicht zur Organspende beschränkt der Autor auf die postmortale Organspende. Die Lebendspende bleibt

unberücksichtigt. Folgerichtig nimmt das Problem des Hirntodes einen wichtigen Platz in der Argumentation ein. Die Verfechter der These vom Hirntod als Kriterium für den Tod des Menschen seien gezwungen, „zwischen dem biologisch konstituierten leiblichen Leben des Menschen und seiner personalen Existenz zu diffe-



renzieren, (...) einen Unterschied zwischen Menschsein und Personsein zu machen.“ An anderer Stelle ist von einer „Differenz zwischen der Existenz von Personalität und der von menschlichem Leben“ die Rede. Und wieder an anderer Stelle hält der Autor die Differenzierung zwischen „Menschsein“ und Personsein für ethisch höchst bedenklich.

An dieser Differenzierung muss aber aus medizinischer Sicht, die sich hier nicht von der ärztlichen Sicht unterscheiden darf, festgehalten werden. Das, was der Autor als „herrenloses anonymes Leben“ bezeichnet und als existierend anzunehmen ablehnt, gibt es nämlich unzweifelhaft, wobei der pejorative Charakter der Attribute „herrenlos“ und „anonym“ unnötig ist.

Es gibt nämlich zweifellos extrapersonales menschliches Leben, das heißt ein nicht personales Leben, das vom Genom der menschlichen Spezies gesteuert wird. Dieses *extrapersonale* menschliche Leben kann *dreifach* differenziert werden, was hier auch *terminologisch* vorgeschlagen wird.

Es liegt in der Ei- oder in der Samenzelle als *präpersonales* menschliches Leben vor; es findet sich als *parapersonales* menschliches Leben in Zellkulturen oder zur Transplantation entnommenen Organen oder in Blutspenden; schließlich erscheint es als *postmortales* menschliches Leben als Zellteilung mit Synthese von Erbsubstanz und in den verschiedenen postmortalen Lebensvorgängen (mechanische und elektrische Erregbarkeit von Muskeln, Antwort der Pupillen auf pharmakologische Reize). Den herkömmlich festgestellten Tod überleben die Spermien, erkennbar an ihrer Beweglichkeit, und sie dürften auch für eine gewisse Zeit noch zur Befruchtung befähigt sein. Besonders ausgeprägt sind diese postmortalen Erscheinungen, wenn der Ausfall von Herz- und Atemtätigkeit von außen überbrückt wird, nämlich in erster Linie durch künstliche Beatmung – eben beim Hirntod.

Lässt man die Differenzierung von personalem menschlichem Leben, also vom Leben eines Menschen, gegenüber extrapersonalem menschlichem Leben zu, akzeptiert also auch die Existenz von postmortalem menschlichem Leben, dann ist es mindestens denkbar, die Lebensvorgänge nach Hirntod als postmortale und damit als extrapersonale zu verstehen. Schweidler lässt diese Differenzierung nicht zu und muss deswegen die Hirntodthese ablehnen.

Die mit der Anerkennung dieser Differenz verbundene Denkmöglichkeit für den Hirntod als Tod des Menschen, also der menschlichen Person, ist aber noch keineswegs hinreichend, um die Hirntodthese als einigmaßen sicher anzunehmen. Das liegt daran, dass das Ende ebenso wenig wie der Beginn der personalen Existenz eines Menschen sich zeitpunktgenau und sicher von einem biologischen Phänomen ablesen lassen. Schon von Baer, der Entdecker der Eizelle der Säuger, bedauerte, dass es bei den biologischen Befruchtungs-

vorgängen keinen eindeutig erkennbaren Zeitpunkt für den Übergang von den Keimzellen zum neuen Organismus gebe. Und in der Tat erweisen sich die Übergänge beim Beginn eines neuen Organismus ebenso wie bei seinem Ende als in der Zeit fließende. Demgegenüber verlangt der normative Charakter des Personseins nach den Zeitpunkten seines Beginns und seines Endes.

Somit erscheinen eine biologische und eine personale Betrachtung des Beginns und des Endes eines Menschen unvereinbar. Für die praktischen Zwecke muss man sich an erkennbare biologische Phänomene halten, zu Beginn des Lebens etwa an die Vereinigung von Ei- und Samenzelle und für das Lebensende herkömmlich an das endgültige Aufhören der Herz- und Atemtätigkeit. Doch handelt es sich in beiden Fällen keineswegs um zweifelsfreie Feststellungen des Beginns beziehungsweise des Endes eines Menschenlebens. Vielmehr bedient man sich in einem gewissen biologisch vorgegebenen Rahmen vernünftiger Entscheidungen, die den Charakter von Konventionen haben.

Die Lösung des Problems zeigen uns analog die Kartographen. Sie stehen vor der (exakt unlösbaren) Schwierigkeit, Bilder der wegen der Kugelgestalt der Erde dreidimensionalen Erdoberfläche zweidimensional auf ihren Karten wiederzugeben. Die verschiedenen Projektionsverfahren (z. B. nach Mercator) zerlegen dazu die dreidimensionalen Bilder in kleinere Ausschnitte, auf denen die fehlende Kongruenz zwischen den vorgegebenen Bildern und den Abbildungen vernachlässigbar wird. Dann fügen sie die Teilbilder auf der zweidimensionalen Ebene zusammen und nehmen in Kauf, dass dabei Lücken entstehen.

Analog hat der Mensch als Person mindestens eine Dimension mehr als seine rein biologische Existenz. Will man seinen Anfang und sein Ende an Phänomenen seiner minderdimensionalen biologischen Existenz ablesen, dann erfordert das eine Projektion auf diese Ebene und damit unvermeidlich Verzerrungen. Wie ein Kartograph muss man daher diese Verzerrungen minimalisieren.

Für den Beginn des Menschenlebens gibt es dazu ein verhältnismäßig einfaches Verfahren, nämlich die Anwendung des Tutorismus, also des Prinzips, auf jeden Fall eine Entscheidung zu fällen, mit der man auf der sicheren Seite bleibt, in diesem Falle, der etwa bereits existierenden Person Mensch kein Unrecht zu tun. Biologisch lässt sich sagen, dass Ei- und Samenzelle vor ihrer Vereinigung mit Sicherheit noch kein einheitlicher Organismus sind, wie ihn die menschliche Person voraussetzt. Geht man davon aus, dann braucht man sich um das Problem einer etwa späteren Animation nicht zu kümmern und kann „zur Sicherheit“ einfach festsetzen und davon ausgehen, dass mit der Vereinigung von Ei- und Samenzelle das Personsein des Menschen beginnt. Dass eine solche Entscheidung fiktive Züge aufweist, ist nicht zu leugnen. Zu bedenken ist auch, dass sich die Anwendung des Tutorismus nicht aus der



Biologie ergibt, sondern das Ergebnis einer sittlichen Entscheidung in Bezug auf Menschenwürde ist.

Davon abgesehen ist die Annahme durchaus vernünftig, dass der Mensch auch als Person mit der Vereinigung von Ei- und Samenzelle beginnt. Sie korrigiert damit mögliche Projektionsverzerrungen, weil die weitere Entwicklung *des* (und nicht *zum*) Menschen eine kontinuierliche ist und keine Sprünge aufweist (*natura non facit saltus*).

Bei der Projektion des Zeitpunktes des Todes einer menschlichen Person auf den zeitlichen Ablauf des biologischen Sterbens lässt sich das Prinzip des Tutorismus zur Korrektur der Verzerrungen nicht anwenden, jedenfalls nicht so direkt wie beim Beginn des Lebens. Da die extrapersonalen (postmortalen) biologischen Erscheinungen menschlichen Lebens die herkömmlich als Todeszeitpunkt angesehenen Zeichen über Tage überdauern, würde man Wesen mit noch menschlichem biologischem Leben nicht wie üblich begraben dürfen. Vielmehr müsste man den heutigen Gebrauch als Lebendig-Begraben charakterisieren. Das aber wäre unsinnig.

Bei der Projektion des Zeitpunktes des Todes der menschlichen Person auf die Ebene des in der Zeit ablaufenden biologischen Sterbevorganges hat man bereits immer versucht, auf dieser einen Punkt anzunehmen, der so gut wie möglich als Zeitpunkt des Todes gelten kann. Dabei ist es hilfreich, dass sich der biologische Sterbevorgang zumeist langsam anbahnt und dann in eine Phase einmündet, in der sich die Lebensvorgänge schnell vermindern. Man könnte das als steilen Abfalls der Lebenskurve bezeichnen. Danach setzt sich der Sterbevorgang asymptotisch fort. Es ist vernünftig, den anzunehmenden Todeszeitpunkt in den steil abfallenden Teil der Lebenskurve, also den intensivsten Teil des Sterbevorganges zu legen, zumal dieser auch durch das Ende der Herz- und Atemtätigkeit gut erkennbar ist. Insofern ist also auch die bisherige Todesfeststellung Konvention. Im Gegensatz zu der leichten Erkennbarkeit des Sistierens der Herz- und Atemtätigkeit blieb uns der Tod des Gehirns verborgen, bis ihn die durch künstliche Beatmung aufrechterhaltene Herztätigkeit erkennbar machte. Es gab diesen Hirntod aber bereits immer, und zwar in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem bisher allein als Todeskriterium angesehenen Ende der Herz- und Atemtätigkeit. Er ist also nicht erfunden, sondern infolge der Anwendung der künstlichen Beatmung entdeckt worden. Er tritt in engstem zeitlichen Zusammenhang mit dem steilen Abfall der Lebensvorgänge ein. Entweder verursacht er (z. B. nach Hirntrauma oder Hirntumor oder „Schlaganfall“) das Aufhören von Herz- und Atemtätigkeit, oder dieses verursacht umgekehrt das Absterben des Gehirns infolge Sauerstoffmangels. Deswegen tritt der Hirntod, da er nunmehr erkennbar ist, gleichwertig neben das bisherige Todeskriterium. Wenn man deswegen den Hirntod als Zeichen für den eingetretenen Tod der menschlichen

Person nimmt, so ist das nicht weniger eine vernünftige Setzung als die mit den herkömmlichen Todeszeichen. Für die Frage nach einer moralischen Pflicht zur Organspende spielt die Hirntodfrage nur insofern eine gewisse Rolle, als dabei die mögliche Unsicherheit der Feststellung des Hirntodes zu berücksichtigen bleibt. Den grundsätzlichen Einwendungen gegen die These, dass der Hirntod ein Zeichen für den eingetretenen Tod des Menschen als Person ist, muss aber mit den obigen Ausführungen begegnet werden.

*Prof. Dr. Walter Schweidler, Eichstätt*

## **Der Hirntod ist nicht der Tod des Menschen, sondern seine Ursache**

**Antwort an Hans-Bernhard Wuermeling (ZfL 2/2011, S. 51 f.)**

1. Im Ergebnis unterscheidet sich die ethische Beurteilung der Organtransplantation im Zustand eines Menschen, dessen Hirnfunktionen irreversibel erloschen sind, durch Professor Wuermeling nicht signifikant von der in meinem Aufsatz (ZfL 2011, S. 2 ff.) eingenommenen Position. Ich unterstreiche auch den von ihm am Ende gegebenen Hinweis auf die mögliche Unsicherheit der Feststellung des Hirntodes, der eine gewichtige Restproblematik für die von mir in den Abschnitten 5 und 6 meines Aufsatzes dargelegte Beurteilung der Organtransplantation bedeutet. Ebenso dankbar bin ich für den kurzen Hinweis auf die Lebendspende, in deren Kontext heute Anzeichen eines öffentlichen Klimas festzustellen sind, das einen gewissen moralischen Druck auf potentielle „Spender“ beinhaltet. Dazu darf ich aber auf die analog gültigen Bemerkungen in Abschnitt 7 meines Aufsatzes verweisen.

2. Ich sehe mich mit Professor Wuermeling auch einig darin, dass die Bestimmung des Zeitpunktes des Todes eines Menschen auf einem Akt der Entscheidung basiert, mit der wir innerhalb des in der Zeit ablaufenden biologischen Sterbevorganges die nicht biologische Dimension unserer menschlichen Existenz zur Geltung bringen. Richtig ist folglich, dass mit der wissenschaftlichen Entwicklung, die es erlaubt, den Zeitpunkt des irreversiblen Ausfalls der Hirnfunktionen medizinisch zu bestimmen, zwar eine bisher nicht zugängliche Alternative zur herkömmlichen Bestimmung des Todeszeitpunktes eröffnet worden ist, dass mit der Eröffnung dieser neuen Möglichkeit aber die Frage, ob wir die neue Alternative der alten vorziehen sollten, in keiner Weise entschieden ist. Die Entscheidung, an welche empirisch zugänglichen Kriterien wir die Bestimmung des Todes eines Men-

schen binden sollen, bleibt eine ethische Entscheidung. Eben als solche ist sie aber keinesfalls in unsere Willkür gestellt. Deshalb ist Vorsicht geboten bei der Aussage, dass die Annahme des Hirntodkriteriums „nicht weniger eine vernünftige Setzung“ sei als die der herkömmlichen Kriterien. Die Frage ist, ob es vernünftig ist, das neue Kriterium an die Stelle des bisherigen zu setzen, und sie ist keine andere als eben die ethische Frage, ob wir mit der Annahme des neu eröffneten Kriteriums die nicht biologische Dimension unserer menschlichen Existenz innerhalb des in der Zeit ablaufenden biologischen Sterbevorgangs mindestens ebenso gut und richtig zur Geltung bringen wie mit den bisherigen Kriterien.

3. Meine Grundthese ist, dass die nicht biologische Dimension unserer Existenz wesentlich auf der Erkenntnis beruht, dass wir Personen sind.<sup>1</sup> Diese Erkenntnis ist eine ethische (also moralisch und rechtlich bindende) Einsicht, die durch empirische Entdeckungen über biologische Abläufe in der Zeit nicht widerlegt werden kann. Sie betrifft nicht Eigenschaften einzelner menschlicher Individuen, sondern das Verhältnis, durch das sich der Mensch über seine biologische Artbestimmung hinaus von allen anderen natürlichen Wesen unterscheidet. Der Begriff der Person erhält also seine grundlegende philosophische und damit ethische Bedeutung als Kennzeichnung der Differenz zwischen unserem Sein und dem Sein aller anderen uns zumindest bisher bekannten natürlichen Wesen. Das bedeutet für die Frage der Bestimmung des Todeszeitpunkts, dass das ausschlaggebende ethische Kriterium für deren Richtigkeit durch die Forderung definiert wird, darin die Differenz zwischen Mensch und Nichtmensch zu jenem entscheidenden Gesichtspunkt zu machen, unter dem die nicht biologische Dimension unserer Existenz zur Geltung zu bringen ist.

4. In Bezug auf exakt diese Forderung halte ich nun allerdings einige Begriffe in der Darlegung der Position von Professor Wuermeling für erheblich problematisch und nach meiner Einschätzung auch kontraproduktiv für sein eigentliches Anliegen.

a) Die Rede von „extrapersonalem“ menschlichem Leben impliziert, dass die Personalität nur einen Teil der menschlichen Existenz in der Zeit charakterisiert, der in nichtpersonale Umgebungen („präpersonaler“ und „postpersonaler“ Art) eingebettet ist. Denkt man dies zu Ende, dann geht die Differenz von Mensch und Nichtmensch als Definitionskriterium des Personbegriffs verloren. Dann wird „Personalität“ zu einer Bezeichnung für bestimmte Stadien eines Lebensvollzuges, hinsichtlich dessen keine eindeutige Unterscheidung zwischen Mensch und Nichtmensch besteht. Bewusstsein, Kommunikationsfähigkeit, Zukunftsbezug etc. haben auch Tiere, und Menschen haben es nicht immer, sondern nur in Teilen ihrer Existenz.

b) Ich unterstreiche noch einmal mein Argument in Abschnitt 4 meines Aufsatzes, dass mit dem Verständnis von Personsein als ontologischer Implikation der

Grenze zwischen Mensch und Nichtmensch auch das Argument entfällt, wonach der irreversible Ausfall der Hirnfunktionen die Rückkehr eines Menschen in den Zustand sich selbst integrierenden organischen Lebens unmöglich macht. Ebenso wenig wie das bewusste ist es das sich selbst integrierende organische Leben, wodurch die kategoriale Differenz des Menschen zu jedem anderen natürlichen Wesen konstituiert wird; es ist schlicht die Differenz zwischen unserem und dem Sein anderer natürlicher Wesen. Zu bedenken sind im Übrigen weiterhin die Argumente, die Alan Shewmon gegen die Annahme vorgebracht hat, dass das Gehirn überhaupt das „kritische System“ sei, dem der Leib seine organische Einheit verdankt.<sup>2</sup>

c) Richtig ist, dass sich der Rahmen, in dem das Personsein im Umgang mit dem Ende unseres Lebens zur Geltung zu bringen ist, in mancher Hinsicht von dem am Anfang und in anderen Grenzzuständen unterscheidet. Dennoch geht es dabei nicht um „postpersonales“ menschliches Leben, sondern um den ethisch richtigen Umgang mit der Person jenseits der Grenze ihrer natürlichen Existenz als Lebewesen. Körpersubstanzen können funktionsfähig bleiben, auch wenn die Person, der sie entstammen, nicht mehr existiert, das heißt lebt. „Leben“ aber gibt es, diese Position bekräftige ich, nur als das Sein von Lebewesen.

d) Die philosophische Kernproblematik, dass es irreführend ist, von Funktionseinheiten eines Lebewesens wie Organen oder Zellen zu sagen, dass sie „leben“, kann ich hier nur streifen. Schon Aristoteles hat entsprechende Begriffsverwirrungen kritisiert, und heute spricht man vom „Homunkulus-Fehlschluss“: es hat nicht der Magen Hunger, sondern der Mensch, zu dessen Leib ein Magen gehört. Ich darf dazu auf einen überaus erhellenden Aufsatz von Geert Keil verweisen.<sup>3</sup>

e) Abschließend will ich auch noch auf die Konfusionsquelle des Wortes „Hirntod“ hinweisen, die eng damit zusammenhängt. Der „Herztod“ ist nicht der Tod des Herzens, sondern des Menschen. Mit „Herztod“ charakterisieren wir nicht ein Subjekt, das stirbt, sondern eine Ursache, aufgrund derer ein Subjekt stirbt (nicht anders als z. B. mit „Krebstod“). Wenn der „Hirntod“ wirklich als Alternative „nicht weniger eine vernünftige Setzung“ ist als die herkömmlichen Kriterien, dann darf das nicht darüber hinwegtäuschen, dass wir mit dem Wort ganz genauso eine Ursache des Todes des Menschen bezeichnen und nicht ein Subjekt im Subjekt.

1 Zur philosophischen Fundierung des Begriffs in dem hier von mir vorausgesetzten Sinne vgl. vor allem Robert Spaemann: *Personen. Versuche über den Unterschied zwischen ‚etwas‘ und ‚jemand‘*, Stuttgart 2006.

2 Vgl. D. Alan Shewmon: „Hirnstammtod“, „Hirntod“ und Tod: Eine kritische Re-Evaluierung behaupteter Äquivalenz, in: Walter Schweidler/Herbert A. Neumann/Eugen Brysch (Hg.): *Menschenleben – Menschenwürde*, Münster/Hamburg/London 2003, 293 – 316.

3 Vgl. Geert Keil: Über den Homunkulus-Fehlschluss. In: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 57 (2003), 1-26.

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen

## Organmangel – Holzwege, Umwege, Lösungswege

### I. Alte und neue Zweifel am Transplantationsrecht

Die aktuelle Debatte um die Zukunft der Organtransplantation ist von zwei gegenläufigen Impulsen geprägt: Einerseits hat spätestens das im Dezember 2008 publizierte „White Paper“ des *US-President's Council on Bioethics*<sup>12</sup> wieder Zweifel am Hirntod-Kriterium wachgerufen. Der Rat räumte in seiner Stellungnahme ein, dass die Integration der körperlichen Funktionen mit dem Eintritt des Hirntodes nicht zwingend in nahem zeitlichen Zusammenhang verloren gehe.<sup>3</sup> Inzwischen halten es deshalb auch namhafte Philosophen und Medizinethiker nicht für ausgeschlossen, dass hirntote Menschen möglicherweise doch noch nicht „tot“ i.e.S. sind – woraus sich freilich Konsequenzen in unterschiedlicher Richtung ziehen lassen.<sup>45</sup> Andererseits mehren sich in jüngster Vergangenheit innerhalb der politischen Debatte Stimmen, die mit Rücksicht auf den anhaltenden Organmangel für einen radikalen Wechsel des rechtlichen Rahmens plädieren, genauer: für eine Abkehr von der (erweiterten) Zustimmungslösung (vgl. §§ 3, 4 TPG) und Einführung der (erweiterten?) Widerspruchslösung nach dem Vorbild etwa Spaniens, Österreichs oder Polens. In diesem Sinne haben sich zuletzt vor allem der Bayerische Gesundheits- sowie der hessische Sozialminister,<sup>6</sup> zuvor aber ebenso EU-Gesundheitskommissar *Dallí*<sup>7</sup> ausgesprochen, während die Haltung der Ärzteschaft offenbar gespalten ist<sup>89</sup> und der (frühere) Bundesgesundheitsminister *Rösler* für die Devise „Überzeugung anstelle von Zwang“ eintritt.<sup>10</sup>

Die beiden Fragenkreise stehen keineswegs unverbunden nebeneinander: Denn sollte sich derzeit tatsächlich nicht ausschließen lassen, dass die Explantation von Organen bei Hirntoten möglicherweise gar keine „post-mortale Organspende“, sondern eine Organentnahme bei sterbenden Menschen<sup>11 12</sup> zum Gegenstand hat, dann wäre die – sei es enge, sei es erweiterte – Widerspruchslösung beim besten Willen rechtsethisch nicht zu halten. Die Annahme, sterbende Menschen auch ohne oder ggf. sogar gegen ihren Willen zur Abwehr der Notlage von potentiellen Organempfängern zu Tode bringen zu dürfen, verstieße derart fundamental gegen ihr Lebens- und Selbstbestimmungsrecht, dass sich eine dahingehende Befugnis nur in einer Gesellschaft vorstellen ließe, die ihren Mitgliedern die Anerkennung von Individualrechten kategorisch verweigert. Deshalb hat *Schweidler* in dieser Zeitschrift nachdrücklich herausgestellt, dass die Organtransplantation nur zu rechtfertigen sei, wenn der Organspender (höchstpersönlich) seine Zustimmung „aufgrund reiflicher Überlegung im Kontext eines Vertrauensverhältnisses zu einem Arzt

konkret geäußert hat“<sup>13</sup>. Auch dann versteht sich jedoch ihre Legitimation – bei Annahme eines nicht restlos gesicherten „Todes“-Zustands nach Anwendung der Hirntoddiagnostik – keineswegs von selbst: Denn wenn sich mit ihr i.d.R. zuerst eine Verlängerung des Sterbevorgangs (durch medizintechnische Aufrechterhaltung der vitalen Funktionen zwecks Erhaltung der Organe) und im Anschluss eine Tötung des Spenders durch Organentnahme verbinden sollte, dann lassen sich ethische Bedenken selbst auf dem Boden einer (engen) Zustimmungslösung nicht von vornherein abweisen. Zum einen besteht nach vorherrschendem Verständnis kein Recht des Patienten auf lebensverlängernde Maßnahmen, wenn solche „nach Auffassung der behandelnden Ärzte von vornherein nicht indiziert, sinnlos geworden oder aus sonstigen Gründen nicht möglich“ sind.<sup>14</sup> Zum anderen versieht § 216 StGB die vorsätzliche Tötung eines Menschen – gleich auf welche Weise begangen – selbst dann mit einem strikten Verbot, wenn ihr ein „ausdrückliches und ernstliches Verlangen“ des

1 Unter dem Titel: Controversies in the determination of death, Dezember 2008 ([http://www.thenewatlantis.com/docLib/20091130\\_determination\\_of\\_death.pdf](http://www.thenewatlantis.com/docLib/20091130_determination_of_death.pdf)). Zugriff am 24.5.2011.

2 Vgl. *President's Council on Bioethics* (Fn i), S. 41 f., 55: Nicht das Gehirn sei der Integrator der verschiedenen Körperfunktionen, vielmehr sei die Integration eine emergente Eigenschaft des gesamten Organismus.

3 Zu den Optionen im Überblick S. Müller, APuZ (Aus Politik und Zeitgeschichte) 20-21 (2011), 3, 7 ff.: (1) Neudefinition von Leben und Tod, (2) Abschaffung der Tote-Spender-Regel, (3) Verbot der Organentnahme aus hirntoten Patienten.

4 Deutsches Ärzteblatt v. 3.5.2011 (<http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/45660/>). Zugriff am 24.5.2011.

5 Deutsches Ärzteblatt v. 8.12.2010 (<http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/43843/>). Zugriff am 24.5.2011.

6 Ablehnend z.B. *Montgomery*, berichtet in: *Ärztezeitung online* v. 10.2.2011; dagegen hat der 113. Deutsche Ärztetag 2010 mehrheitlich der Auffassung zugestimmt, dass „eine zeitnahe neue gesetzliche Regelung im Sinne der Widerspruchslösung angestrebt werden“ müsse (Beschlussprotokoll, S. 105 f.).

7 *Rösler*, Eine Organspende kann und darf nicht gesetzlich verordnet werden, in: *Welt am Sonntag* v. 29.8.2010.

8 In diesem Sinne z.B. *Birnbacher*, in: Byrd/Hruschka/Joerden (Hrsg.), *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2007, 459, 474 f.; *Stoecker*, *Der Hirntod. Ein medizinethisches Problem und seine moralphilosophische Transformation*, 1999/2010.

9 *Schweidler*, ZfL 2011, 2, 9, jedoch mit dem abmildernden Zusatz, dass es keiner persönlichen Absprache mit dem transplantierenden Arzt, sondern lediglich eines „Vertrauensverhältnisses“ mit einem Repräsentanten des „Ärztstandes im ganzen“ bedürfe.

10 BGHZ 154, 205, 225 = NJW 2003, 1588, 1593.

11 BGH NJW 2010, 2963, 2967 = MedR 2011, 32, 35 f. m. krit. Anm. *Duttge*.

12 *Birnbacher*, Interview in: *Gehirn & Geist* 12/2006, S. 37.

13 Zu dieser Problematik eingehend am Beispiel der neurowissenschaftlichen Herausforderungen *Duttge*, in: ders. (Hrsg.), *Das Ich und sein Gehirn*, 2009, S. 13, 33 ff.

14 *Birnbacher*, in: Byrd/Hruschka/Joerden (Hrsg.), *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2007, 459, 472.

Getöteten vorausgegangen ist. Hieran hat sich auch durch die jüngste Grundsatzentscheidung des BGH zum „aktiven Behandlungsabbruch“ („Fall Putz“) nichts geändert, weil eine „gerechtfertigte Sterbehilfe“ danach nur in Betracht kommt, „wenn sich das Handeln darauf beschränkt, einen Zustand (wieder-)herzustellen, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt (...); „Fälle eines gezielten Eingriffs, der die Beendigung des Lebens vom Krankheitsprozess abkoppelt“, sind somit weiterhin verboten und strafbar.<sup>15</sup> Lässt sich in diesem Lichte die konsentrierte Organtransplantation – notabene: bei potentiell „lebenden“ Organ Spendern – gleichwohl rechtfertigen?

## II. Erlaubte Organentnahme bei Lebenden?

Es liegt auf der Hand, dass sich die vorstehend skizzierten Bedenken jedenfalls nicht durch ad-hoc-Postulate wie etwa jene von dem Philosophen *Birnbacher* vorgetragene entkräften lassen, wonach Hirntote unabhängig von ggf. bestehenden empirischen Zweifeln dennoch kraft gesellschaftlicher Setzung – „der Not gehorchend“ – einfach als „tot“ betrachtet werden dürfen.<sup>16</sup> Das würde nicht nur die Legitimationsproblematik rechtlicher Setzung ignorieren (weil nicht von allen Gesellschaftsmitgliedern akzeptierbar), sondern auch dem Selbstverständnis des Rechtsapparates zuwiderlaufen, der seine Bewertungen nicht auf Seinsannahmen stützen will (und kann), die in der jeweiligen naturwissenschaftlichen science community als zweifelhaft oder gar widerlegt gelten.<sup>17</sup> Soweit „aus ethischer Sicht“ darüber hinaus angeführt wird, dass „dem Bewusstseinsleben ein höherer moralischer Status“ zuzusprechen sei „als dem unbewussten Leben“, mithin „die Spanne des Bewusstseinslebens eines Menschen zu verkürzen ... als ein größerer Unwert“ gelten müsse „als die Verkürzung des Lebens eines Menschen um die Spanne der Bewusstlosigkeit“,<sup>18</sup> wird eine Position eingenommen, die erstens die ihr zugeordnete Beweisführung gar nicht leistet (warum darf menschliches Leben mit – angeblich – „niedrigerem moralischen Status“ getötet werden?) und zweitens wegen des ihr inhärenten reduktionistischen Menschenbildes<sup>19</sup>, aber auch mit Blick auf die mir ihr einhergehenden weitreichenden Konsequenzen (z. B. für Wachkomapatienten, Personen mit schwerster geistiger Behinderung etc.), nachhaltig bestritten ist.

Weiter führt dagegen ein analytischer Vergleich des sozialen Kontextes einer Organentnahme im Verhältnis zur Situation von Patienten „am Lebensende“<sup>20</sup> und deren mittlerweile eingehend beleuchteten rechtsethischen Bewertung. In diesem Sinne sieht die Berliner Neurophilosophin *Sabine Müller* zwei Unterschiede, die der Transplantationsmedizin unabhängig vom Todesbegriff Raum für ihr Wirken geben könnten: Zum einen werde „keine Hilfe zum oder beim Sterben geleistet, sondern das Sterben verlängert ...“, wenn auch

nicht zum Wohle des Patienten“; zum anderen finde die „Autonomie des sterbenden Patienten“ Anerkennung, wenn die Organentnahme auf seinen ausdrücklichen Wunsch hin erfolge: Wenn eine evtl. Missachtung des Selbstbestimmungsrechts und die Wegnahme seiner Lebenszeit die allein denkbaren Unrechtsgründe sein sollten, „dann wäre eine Tötung durch Organentnahme mit Zustimmung des Patienten kein Unrecht“<sup>21</sup>. Diese Analyse ist zutreffend, gibt aber keine Antwort auf die schon aufgeworfene Frage, ob – einen noch „lebenden“ Menschen trotz Eintritts seines Hirntodes weiterhin unterstellt – eine solche „Sterbensverlängerung“ mit anschließender aktiver Tötung zu Transplantationszwecken nicht rechtlich geschützte Interessen verletzt, die jenseits des Selbstbestimmungsrechts liegen. Mit Blick auf den ersten Teilakt – die Verlängerung des Daseins in hirntotem Zustand – lässt sich der naheliegende Einwand, hier werde der Patient „künstlich“ am Leben erhalten und damit der „natürliche Sterbensprozess“ aufgehalten, aber vergleichsweise leicht entkräften: Obgleich auch die jüngste höchstrichterliche Rechtsprechung Anklänge an diese Formeln im Kontext der Therapiebegrenzung enthält,<sup>22</sup> besteht heute weithin Einigkeit, dass es im Zeitalter der modernen Intensivmedizin kein „natürliches Sterben“ i.e.S. mehr gibt und Wertvorstellungen von einem „guten Sterben“ mangels Objektivierbarkeit in die Entscheidungshoheit und Folgenverantwortung des Einzelnen fallen (Behandlungsveto, Patientenverfügung etc.).<sup>23</sup> Im Hinblick auf das ärztliche Selbstverständnis kann die „Indikation“ zur Transplantation den Wegfall der Behandlungsnotwendigkeit zugunsten des Patienten

15 Dazu eingehend jüngst *Rehbock*, Ethik in der Medizin 2011, 15 ff.

16 Im erweiterten Sinne gemeint, als nicht nur in unmittelbarer Todesnähe (= sog. Terminalphase).

17 *S. Müller* (Fn. 2), 8.

18 Vgl. BGH NJW 2010, 2963, 2967: „...einen Zustand (wieder-)herzustellen, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt...“; BGH NJW 2010, 161, 162: „...und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen“.

19 Statt vieler etwa *Duttge*, Selbstbestimmung bei einwilligungsunfähigen Patienten aus rechtlicher Sicht, in: *Breitsameter* (Hrsg.), Autonomie und Stellvertretung in der Medizin, 2011 [im Erscheinen]; *ders.*, Selbstbestimmung am Lebensende, in: *Eckart/Forst/Briegel* (Hrsg.), Repetitorium Intensivmedizin (Loseblatt Handbuch), Stand: 39. Erg. Lfg. 2010, Kap. XIV – 13.

20 Bekanntlich hat die Bundesärztekammer den assistierten Suizid kürzlich aus dem ärztlichen Aufgabenkreis hinaus verwiesen – mit allerdings unklaren Konsequenzen für dennoch vorgenommene Beihilfetaten durch Ärzte, vgl. Grundsätze der BÄK zur ärztlichen Sterbebegleitung v. 21.1.2011 (DÄBl.108 [2011], A-346 ff.).

21 Implizit ist hiermit natürlich auf die kantische Moralphilosophie als Ausprägung eines deontologischen Ethikkonzepts (= Pflichtenlehre) angespielt; zu den verschiedenen Grundtypen ethischer Konzeption näher *Düsing*, Fundamente der Ethik, 2005, S. 9 ff.

22 Zu dieser jüngeren Rechtsprechung vgl. BGHSt 49, 34, 42 und 49, 166, 170 f. (jew. m. krit. Bspr. *Duttge*, NJW 2005, 260 ff.), allerdings unter Einbeziehung auch „positiv-kompensierender Zwecke“ in die Bewertung.

23 Im Überblick: Münchener Kommentar/*Schneider*, StGB. Kommentar, Bd. 3, 2003, § 216 Rn 2 ff. m.w.N.



ersetzen, solange die Organverpflanzung als „ärztliche Aufgabe“ Anerkennung findet.<sup>24</sup>

Schwerer fällt eine Beantwortung der Legitimationsfrage mit Blick auf den zweiten Teilakt, der Organentnahme mit potentiell tödlicher Folge: Hier drängt der erste Anschein zu der Sorge, es werde das „Leben“ eines Menschen utilitaristisch dem Nutzen anderer geopfert; bei zwingender Zustimmungsbedürftigkeit des Geschehens durch den Organspender ist dieser jedoch dem kollektivistischen Nutzenkalkül entzogen und auf sich selbst als „Zweck an sich“<sup>25</sup> verwiesen, vorausgesetzt, er verfügt über die nötige Einsichtsfähigkeit und Urteilskraft. Das Prinzip „volenti non fit iniuria“ vermag seine legitimierende Wirkung aber nur so weit zu entfalten, wie dem Einzelnen die Dispositionsbefugnis übertragen ist; wie die Strafvorschriften der §§ 216, 228 StGB belegen, zieht das geltende Recht jedoch bei einer zielgerichteten, aktiv („von außen“) herbeigeführten Tötung und bereits bei willentlichen Körperverletzungen mit „konkreter Todesgefahr“<sup>26</sup> eine de lege lata nicht überschreitbare Grenze. Allerdings wird deren Legitimität im Lichte des Selbstbestimmungsrecht schon seit längerem bezweifelt<sup>27</sup> und sind auch die Gründe, die insbesondere für die Beibehaltung eines kategorischen Verbots der „Tötung auf Verlangen“ angeführt werden (scil.: „Missbrauch“, „Dammbruch“, Beweisschwierigkeiten, Generalprävention)<sup>28</sup>, für eine durch strikte Verfahrensregeln kontrollierte Organentnahme<sup>29</sup> offensichtlich nicht tragfähig. Dies gibt Raum für eine neue „Ethik der Organverpflanzung“ selbst bei einer Preisgabe des Hirntodkriteriums,<sup>30</sup> deren nähere Ausarbeitung freilich noch aussteht.

### III. Erhöhung der Zustimmungsrates vor Zustimmungsfiktion

Unverzichtbare Basisvoraussetzung hierfür ist jedoch eine höchstpersönlich erklärte, auch in ihrer lebensweltlichen Substanz und nicht nur formaliter „selbstbestimmte“<sup>31</sup> Zustimmung des potentiellen Organspenders zu Lebzeiten, weil sich das Risiko seiner „Instrumentalisierung“<sup>32</sup> nur so auf das größtmögliche Minimum reduzieren lässt. Einer Überantwortung der Entscheidungsfindung auf Angehörige oder juristische Stellvertreter (sei es durch Bevollmächtigung oder durch Betreuerbestellung) wohnt dagegen unvermeidlich ein Moment der Fremdbestimmung<sup>33</sup> mit erhöhtem Risiko der Fehldeutung und erheblichem Konfliktpotential beim Kampf um die Deutungshoheit<sup>34</sup> inne, wie einschlägige Fälle im Kontext der Therapiebegrenzung nachdrücklich veranschaulichen.<sup>35</sup> Dies gilt um so mehr, wenn den Angehörigen im Sinne der ganz vorherrschenden Interpretation des § 4 Abs. 1 TPG subsidiär zur Wiedergabe einer tatsächlichen (mündlichen) Willensbekundung des Spenders und zu einer faktenbasierten Ermittlung des „mutmaßlichen Willens“<sup>36</sup> auch

die Befugnis zur Entscheidung „in eigener Kompetenz“ übertragen sein soll.<sup>37</sup>

Wie wenig diese Erweiterung der „Zustimmungslösung“ positive Effekte zugunsten potentieller Organempfänger hat, lässt sich nicht nur mit Blick auf die besondere Belastungssituation der Angehörigen im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang<sup>38,39</sup> mit dem ärztlichem Bescheid über die „infauste Lage“ vorstellen, sondern auch anhand konkreter Zahlen belegen: So beruht der Umstand, dass nur gut 2/3 aller medizinisch realisierbaren Organspenden tatsächlich durchgeführt werden, in der Hauptsache auf ein ablehnendes Votum der Angehörigen.<sup>40</sup> Gleichwohl würde ihre gänzliche Herausnahme aus dem Kreis der Entscheidungsträger zweifelsohne zu einer noch viel stärkeren Limitierung des Angebots auf Spenderseite führen<sup>41</sup> und damit das akute Problem des

24 Dazu näher *Duttge*, in: ders./Kettler/Anselm/Lipp/Simon (Hrsg.), *Selbstbestimmung am Lebensende*, 2006, S. 36, 36, 48 ff.

25 Siehe insbesondere die Richtlinie der Bundesärztekammer zur Feststellung des Hirntodes (DÄBl. 95 [1998], A-1861 ff.).

26 In diesem Sinne auch das Plädoyer von *Stoecker* (Fn. 7).

27 Zum ambivalenten Verständnis des juristischen Verständnisses von „Selbstbestimmung“ siehe näher *Duttge*, *Zeitschrift für Palliativmedizin* 2006, 48 ff.

28 Zum „Instrumentalisierungsverbot“ als weithin anerkannter Bedeutungsgeldder Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) statt vieler nur *Birnbacher*, in: *Kettner* (Hrsg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, 2004, S. 249, 256 f.; *K. Braun*, ebd., S. 81, 89 („Totalinstrumentalisierung“); *Neumann*, ebd., S. 42, 51 ff.; siehe auch *Hörnle*, ARSP 2003, 318, 325 ff. („Verbot einer utilitaristischen Verrechnung von Menschenleben“).

29 So explizit BVerfGE 72, 155, 171; s. auch *Schwab*, in: FS für Rainer Frank 2008, S. 496 f.: Risiko der Fremdbestimmung „als Preis dafür, als rechtlich Handelnder existent zu bleiben“.

30 Zur streitigen Deutungshoheit bei Patientenverfügungen vgl. *Duttge*, *Intensiv- und Notfallmedizin* 2011, 34 ff.

31 Vgl. etwa Generalstaatsanwaltschaft Nürnberg, NSZ 2008, 343 f.; *Duttge/Schander*, *Ethik in der Medizin* 2010, 345 f. (Kommentar zu einem Fallbeispiel, ebd. S. 341 ff.).

32 Zu den Schwierigkeiten und Inkonsistenzen beim Mutmaßen über den „mutmaßlichen Willen“ eindrucksvoll *Beckmann*, in: ders./Löhr/Schätzle (Hrsg.), *Sterben in Würde*, 2004, S. 205, 212 ff.

33 Statt vieler z.B. *Schroth*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* (Hrsg.), *TPG. Kommentar*, 2005, § 4 Rn 13.

34 In der Mehrzahl erfolgen Todesfeststellung, sämtliche Abklärungen und die Organentnahme innerhalb von 12-18 Stunden, siehe *Deutsche Stiftung Organtransplantation* (DSO), *Organspende und Transplantation in Deutschland, Jahresbericht 2010*, S. 19.

35 *DSO* (Fn. 334), S. 13.

36 Immerhin beruhen 17,4 % der konsentierten Organentnahmen auf einem Angehörigenvotum „in eigener Kompetenz“, vgl. *DSO* (Fn. 334), S. 14.

37 So auch der Bericht der Bundesregierung zur Situation der Transplantationsmedizin 10 Jahre nach Inkrafttreten des TPG v. 1.4.2009, BT-Drucks. 16/12554, S. 13.

38 *DSO* (Fn. 334), S. 18, 20: 87 % der Spender wurden mehrere Organe entnommen.

39 *Nationaler Ethikrat*, Stellungnahme: Die Zahl der Organspenden erhöhen – Zu einem drängenden Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland, April 2007, insbes. S. 53 f.: „Stufenmodell“.

40 Siehe die Übersicht im Jahresbericht der *DSO* (Fn. 334), S. 24.

41 Zum befürwortenden Votum des 113. Deutschen Ärztetages 2010 bereits o. Fn. 5; ebenso die Forderung der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie, berichtet in: *Katholische Nachrichtenagentur* (KNA) v. 17.12.2010.



Organmangels weiter verschärfen. Noch immer stirbt etwa jede(r) Dritte auf der Warteliste (vgl. §§ 10 Abs. 2 Nr. 1, 2; 12 Abs. 3 S. 2 TPG)<sup>42</sup> und bildet die – wenn gleich zuletzt gestiegene – Zahl von 1.296 (überwiegend Mehrfach-) Spendern<sup>43</sup> bei insgesamt ca. 840.000 Todesfällen pro Jahr einen geradezu beschämend marginalen Anteil (ca. 0,15 %).

Vor diesem Hintergrund ist es nur allzu verständlich, dass seit längerem über Möglichkeiten der Abhilfe, insbesondere in Richtung einer Steigerung der Angebotsseite, intensiv nachgedacht wird. Schon der *Nationale Ethikrat* hat bekanntlich neben organisatorischen Verbesserungen auch ein Absenken der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen empfohlen, das – wenn gleich durch eine vorausgehende Stufe der Informationspflicht etwas abgemildert – cum grano salis auf eine Widerspruchslösung hinausliefe.<sup>44</sup> In der aktuellen Debatte wird dabei bekräftigend auch auf die bescheidene proportionale Spendequote je Bevölkerungszahl im internationalen Vergleich verwiesen, in dem Deutschland nur einen Platz im unteren Mittelfeld einnimmt – u.a. auch hinter der Tschechischen Republik, Irland oder Malta.<sup>45</sup> Die damit suggestiv nahegelegte Monokausalität in dem Sinne, dass sich dem Organmangel einfach durch Einführung der Widerspruchslösung abhelfen ließe, simplifiziert die Zusammenhänge jedoch arg (weil sämtliche kulturellen und organisatorischen Einflussfaktoren ausgeklammert werden) und lässt sich nicht einmal anhand der blanken Statistiken verifizieren: So nimmt etwa Polen trotz geltender Widerspruchslösung einen noch weit schlechteren und etwa die USA auf der Basis der (erweiterten) Zustimmungslösung einen Platz gleich hinter den beiden Spitzenreitern Spanien und Estland ein. Das jeweils gültige Rechtsregime mag zwar durchaus Effekte haben, aber längst nicht derart durchgreifende, wie paradoxerweise gerne Nichtjuristen annehmen.<sup>46</sup>

Davon abgesehen sollte sich im Lichte einer freiheitlich verfassten Rechtsordnung eigentlich von selbst verstehen, dass der Verzicht auf eine Legitimation des hoheitlichen Zugriffs durch die jeweils betroffenen Rechtssubjekte – sofern überhaupt – nur als ultima ratio akzeptierbar ist. Unbedingten Vorrang beanspruchen damit alle denkbaren Anstrengungen zur Verbesserung der organisatorischen Abläufe wie etwa durch die jetzt auf den Weg gebrachte Pflicht der Entnahmekrankenhäuser zur regelhaften Implementierung eines sog. „Transplantationsbeauftragten“ (§ 9a Abs. 3 TPG-E)<sup>47 48</sup>. Zudem spricht schon die Lebensklugheit gerade in einem Grenzbereich der Medizin entschieden dafür, das Einverständnis der betroffenen Personen nicht einfach zu unterstellen (und damit die Organentnahme bei ausbleibendem Widerspruch ohne vorausgehende bewusste Entscheidung zu erzwingen)<sup>49</sup>, sondern für jeden Einzelfall konkret zu erfragen. Nur so kann die Transplantationsmedizin nachhaltig gesellschaftliche Akzeptanz erfahren und nicht

nur duldende Hinnahme einer tatenlosen Mehrheit. Mehr noch: Würde den Bürgern mit Einführung einer Widerspruchslösung geradezu demonstriert, dass ihre persönliche Haltung als solche nichts gilt (soweit diese nicht eigeninitiativ rechtzeitig und zweifelsfrei kundgetan wird), wäre eher umgekehrt die grundsätzlich positive Grundhaltung der Bevölkerung absehbar gefährdet, noch dazu mit Blick auf durchaus bestehende Ängste insbesondere hinsichtlich eines lebensverkürzenden Einflusses auf die Frage einer Therapiebegrenzung.<sup>50</sup>

Die überaus positive Einschätzung der Organtransplantation in der Bevölkerung steht freilich in auffälligem Kontrast zum Anteil tatsächlich erklärter Zustimmung in eine evtl. Organspende für die eigene Person. Viele können sich in Umfragen ernstlich vorstellen, posthum auch die eigenen Organe anderen, hilfebedürftigen Menschen zur Verfügung zu stellen, doch nur eine kleine Minderheit hat sich bisher entschlossen, einen Organspendeausweis realiter auszufüllen. Die jüngste, von der *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* im Jahre 2010 durchgeführte Erhebung<sup>51 52</sup>, nennt eine Quote von 74 % an Spendebereiten und lediglich von 18 % der Befragten, die eine Organentnahme für sich dezidiert ablehnen; 95 % wussten auch,

42 Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des TPG v. 18.4.2011 in Umsetzung der RiLi 2010/53/EU über die Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte Organe v. 7.7.2010 (ABl. L 243 v. 16.9.2010, S. 14). Zu weiteren Ansätzen einer verbesserten Organisations- und Verfahrensstruktur näher *Breyer/van der Daele* u.a. (Hrsg.), Organmangel: Ist der Tod auf der Warteliste unvermeidbar?, 2006, S. 65 ff.

43 Von einem „Trick“ spricht deshalb Mainzer Moralthologie *Johannes Reiter*, berichtet in: KNA v. 1.9.2010: „Bislang fallen der menschliche Körper und seine Organe nicht unter die Forderungen der Verteilungsgerechtigkeit, sondern unterliegen ausschließlich der Verfügung der individuellen Person“.

44 Kürzlich berichteten belgische Medien, dass in Antwerpen und Lüttich die Organentnahme auch im Anschluss an eine (aktive) „Sterbehilfe“ zulässig sei; nach Auskunft der DSO sei jedoch in Deutschland nicht nur dies, sondern auch die Verwendung von Organen belgischer Sterbehilfepatienten ausgeschlossen, vgl. KNA v. 25.2.2011.

45 Repräsentativbefragung: Wissen, Einstellung und Verhalten der Allgemeinbevölkerung zur Organspende, 2010, im Auszug online abrufbar unter: [www.dso.de](http://www.dso.de).

46 Nach einer Erhebung im Auftrag der Techniker-Krankenkasse für das Jahr 2008 (ebenfalls abrufbar unter: [www.dso.de](http://www.dso.de)) gibt es beinahe jeder zweiten Hausarztpraxis keine Informationsmaterialien zur Organspende.

47 Ähnlich die Ergebnisse der TK-Erhebung (vorstehende Fn): grundsätzliche Spendebereitschaft: 79 %, Besitz eines ausgefüllten Organspendeausweises: 14 %. Die Umfrage des Allensbacher Instituts für Demoskopie beziffert den Anteil an Trägern eines Organspendeausweises für das Jahr 2004 lediglich mit 8 %.

48 Diese Angst ist nach der Umfrage des Allensbacher Instituts für Demoskopie (vorstehende Fn.) zwar im letzten Jahrzehnt „kleiner geworden, aber bei vielen immer noch vorhanden“.

49 Wie Fn. 44.

50 Berichtet in: KNA-Nachrichten v. 12.1.2011, mit der Ankündigung eines Gesetzentwurfs „in den kommenden Monaten“.

51 Zum Folgenden: *Thaler/Sunstein*, Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 3. Aufl. 2009 (das Original erschien 2008 unter dem Titel: *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, New Haven & London).

52 *Thaler/Sunstein* (Fn 50), S. 13 Fn \*.

dass es einen Organspendeausweis gibt (obgleich längst nicht in allen Hausarztpraxen zugänglich)<sup>53</sup>, aber nur 25 % (im Jahr 2009 gar nur 8,8 %) waren tatsächlich im Besitz eines solchen (deutschlandweit: geschätzte 8-12 %).<sup>54</sup> Bemerkenswerterweise werden als Gründe hierfür, also bis auf Weiteres die Option des Organspendeausweises nicht zu ergreifen, keineswegs nur die Sorge vor „Missbrauch durch Organhandel“ (47 %)<sup>55</sup> genannt sowie die Befürchtung, „dass von Ärzten nicht mehr alles für mich getan wird“ (33 %). Vielmehr hindert daran offenbar vor allem die eigene Haltung, sich jetzt noch gar nicht entscheiden zu wollen (62 %), obgleich die allgemeine Informationslage über das Thema Organspende überwiegend als „eher gut“ beurteilt wird.<sup>56</sup> Vor diesem Hintergrund erscheinen die fortlaufend aufs neue wiederholten Appelle in Richtung einer besseren Aufklärung der Bevölkerung augenfällig als Zeichen allgemeiner Ideen- und Ratlosigkeit und wirft auch die jüngste, u. a. vom CDU/CSU-Fraktionsvorsitzenden *Kauder* getragene Initiative „Pro-Organ spende“ im Sinne einer sog. Erklärungspflicht (bspw. bei Ausstellung des Führerscheins oder Reisepasses)<sup>57</sup> eher Bedenken auf. Obgleich das hierdurch beeinträchtigte Selbstbestimmungsrecht – wie diverse anderweitige Erklärungs- und Meldepflichten zeigen – mitnichten schrankenlose, absolute Geltung beanspruchen kann, dürfte die Zumutung, zu einem fremdbestimmten Zeitpunkt eine (vorläufige) Entscheidung treffen zu müssen, aller Voraussicht nach weit mehr ablehnende Voten provozieren, als die Zustimmungsraten signifikant zu steigern. Auch dies könnte somit der Transplantationsmedizin sowie den potentiellen Organempfängern eher ein Bärendienst erweisen.

#### IV. Die sanfte Macht der „Nudges“

In dieser Situation lohnt es sich, fern von rein rechtlichen Überlegungen einmal die Frage aufzuwerfen, wie die weit mehrheitlich bestehende Neigung in der Bevölkerung zugunsten einer Organspende ohne Zwang dahin verstärkt werden könnte, dasjenige auch in die Tat umzusetzen, was „eigentlich“ für „richtig“ gehalten und verbal nachdrücklich unterstützt wird. Denn das Auseinanderklaffen zwischen grundsätzlicher Bereitschaft und tatsächlicher Bereitschaftserklärung springt derart ins Auge, dass hier – sofern sich die Bekundungen in Umfragen auch nur zu einem Teil als wahrhaftig und ernst gemeint erweisen sollten – ein gewaltiges, bisher brachliegendes Potential zur Verringerung des Mangelzustandes läge. Der entscheidende Hebel wäre dann aber kein rechtlicher, sondern vorwiegend ein psychologischer: der nämlich das „Trägheitsgesetz“ leichter überwinden ließe, das Menschen dazu veranlasst, im Zweifel am Status quo festzuhalten und vor einer eigeninitiativ ins Werk gesetzten Veränderung samt Verantwortungsübernahme für alle damit

einhergehenden Risiken im Zweifel zurückzusehen. Die Antwort, welche die beiden renommierten Wissenschaftler *Richard H. Thaler* und *Cass R. Sunstein* hierauf gefunden haben, der erstgenannte ein Verhaltensökonom an der Universität von Chicago, der zweitgenannte ein Jurist an der Harvard Law School, ist ebenso verblüffend wie einleuchtend. Sie lautet: Es bedarf nur der richtigen „Nudges“!<sup>58,59</sup>

Was aber ist ein „Nudge“? Das englische Verb „to nudge“ bedeutet nichts anderes als „sanft schubsen“; es geht also – so erklären *Thaler/Sunstein* – nurmehr „darum, jemandem einen kleinen Schubs zu geben, um ihn auf etwas aufmerksam zu machen, an etwas zu erinnern oder sanft zu warnen“<sup>60</sup>. Ein solcher „Schubs“ in eine allgemein (und „eigentlich“ auch von dem jeweils Einzelnen) für vorzugswürdig gehaltene Richtung, eine Veränderung der äußerlichen Gegebenheiten, der sog. „Entscheidungsarchitektur“ der Geschehensabläufe, verhilft Menschen dazu, sich eher für die „richtige“ und weniger häufig für die „falsche“ Verhaltensalternative zu entscheiden. „Entscheidungsarchitekten können anderen Menschen das Leben erleichtern, indem sie ein benutzerfreundliches Umfeld schaffen“<sup>61</sup> – sei es in einem realen Gebäude, bei ihrem Streben nach einer gesundheitsbewussten Ernährung in der Mensa oder beim Umweltschutz. Aus rechtsethischer Perspektive ist dabei von besonderer Wichtigkeit, dass die „sanfte Macht der Nudges“ keine Optionen ausschließt und damit das Selbstbestimmungsrecht nicht beeinträchtigt. „Nudges“ wirken vielmehr subtil im Sinne einer Empfehlung, die man annehmen oder ausschlagen kann. Sie bewirken kleinere Modifikationen der alltäglichen Situationen und Strukturen, die aber ggf. erhebliche Auswirkungen auf das Verhalten der Menschen haben. In den Kategorien und Begrifflichkeiten der politischen Theorie handelt es sich somit um eine Ausprägung des sog. „libertären Paternalismus“: „Wir beharren konsequent auf Entscheidungsfreiheit – (...) alle Menschen sollen generell frei entscheiden können, was sie tun möchten und was sie lieber ablehnen wollen“; doch viele sozialwissenschaftliche Studien zeigen, dass der Mensch in der modernen, komplexen Lebens-

53 *Thaler/Sunstein* (Fn 50), S. 23.

54 *Thaler/Sunstein* (Fn 50), S. 14 f.

55 *Thaler/Sunstein* (Fn 50), S. 15.

56 Dazu näher *Thaler/Sunstein* (Fn 50), S. 123 ff.

57 *Thaler/Sunstein* (Fn 50), S. 103.

58 Eine weit eingehenderen Untersuchung bedürfte es, ob bzw. inwieweit hierzu auch finanzielle Anreize zählen sollten. Bei den „Botschaftern“ wäre etwa an eine Beratungsgebühr oder Aufwandsentschädigung (neben einer immateriell wirkenden „Auszeichnung“ z.B. als „Botschafter der Organspende“) zu denken, bei den Organspendern bspw. an eine Ermäßigung der Krankenversicherungsbeiträge.

59 Vgl. *Thaler/Sunstein* (Fn 50), S. 248 ff.

60 Siehe jetzt auch die von der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung getragene Initiative „Organpate“, dazu näher [www.organpate.de](http://www.organpate.de) (Zugriff am 28.5.2011).

61 Oben Fn 41.

welt häufig überfordert ist und „Entscheidungen trifft, die er nicht getroffen hätte, wenn er richtig aufgepasst hätte, umfassend informiert gewesen wäre und unbegrenzte kognitive Fähigkeiten sowie absolute Selbstkontrolle besessen hätte“<sup>62</sup>. D.h.: „Es handelt sich hierbei um eine relativ leichte, weiche und unaufdringliche Art des Paternalismus, weil die Auswahl der Möglichkeiten nicht eingeschränkt und keine der Optionen mit strengen Auflagen versehen wird. Wenn jemand Zigaretten rauchen, jede Menge Süßigkeiten essen, eine ungeeignete Krankenversicherung abschließen oder nicht für sein Alter vorsorgen möchte, dann werden libertäre Paternalisten ihn weder daran hindern noch ihm Steine in den Weg legen. (...) Ein Nudge muss zugleich leicht und ohne großen Aufwand zu umgehen sein; er ist nur ein Anstoß, keine Anordnung“<sup>63</sup>!

Wie lässt sich diese bestechende Idee aber für die Transplantationsmedizin nutzbar machen, oder genauer: durch intelligente Veränderung der praktischen Abläufe die tatsächliche Manifestation der doch weithin vorhandenen Spendebereitschaft erhöhen? Allgemein gilt, dass ein „Nudge“ um so größere Effekte der gewünschten Art verspricht, je zielgenauer er dort ansetzt, wo Menschen sich im Rahmen ihrer sozialen Interaktion ohnehin bereits „in Bewegung befinden“: Wer am Ende seines Hausarztbesuches, in der Apotheke, Fahrschule oder in einer universitären Lehrveranstaltung an den akuten Organmangel erinnert wird, und mehr noch bei Verknüpfung dieser Information mit einer positiven Bewertung von Organspenden („Leben retten“) und bei ergänzendem Hinweis auf bereitliegende Ausweisformulare, schafft günstige Gelegenheiten, um das theoretisch Gewusste ohne nennenswerten Aufwand auch praktisch wirksam werden zu lassen („Weg des geringsten Widerstands“)<sup>64</sup>. Menschen nach ihrer persönlichen Einstellung und nach ihren Absichten zu fragen, verändert tendenziell ihr Verhalten (sog. „Mere-Measurement-Effekt“)<sup>65</sup>, ebenso wie prominente Vorbilder („Botschafter“) und positives Feedback oder sonstige Anreize wichtige Puzzlestücke auf dem Weg zu einer neuartigen „Organspendekultur“ sein können. *Thaler/Sunstein* berichten u. a. über das „Illinois First Person Consent-Register“, das 2006 realisiert wurde und dazu beigetragen hat, innerhalb von nur zwei Jahren ca. 2,3 Millionen Organspender zu gewinnen: Auf einer Internetseite werden die spendebereiten Personen jeweils persönlich vorgestellt und berichten über ihre Motivation. Sie wirken damit als positives, nachahmenswertes Beispiel. Was hindert Universitätskliniken oder Stadtverwaltungen, Schulen oder Kirchen, auf der eigenen (zentralen) Homepage oder in einer eigenen Rubrik der lokalen Zeitung in dieselbe Richtung zu wirken?

Auf die Vorschläge im Einzelnen soll es hier nicht ankommen, sondern vielmehr auf die allgemeine Einsicht: Wer die Idee der „Nudges“ erst einmal angenommen hat, wird unschwer eine Vielzahl innovativer

Möglichkeiten entdecken – der Phantasie und Kreativität sind dann kaum noch Grenzen gesetzt. Der Charme liegt – wie schon erwähnt – vor allem darin, dass nicht Dirigismus und Zwang, sondern das Grundbedürfnis der Menschen nach Anerkennung und Respekt im Mittelpunkt stehen. Dies zu betonen ist heute um so mehr veranlasst, als der moderne Sozialstaat schon seit längerem dazu neigt, mit Bürokratie und Methoden der (juristischen) Planwirtschaft auf die Hyperkomplexität der modernen Lebenswelten zu reagieren, statt auf intelligente Lösungen zu setzen.

Die zuletzt im hiesigen Kontext in Kraft getretene EU-Richtlinie 2010/53/EU über Qualitäts- und Sicherheitsstandards sowie die zu ihrer Umsetzung derzeit in Vorbereitung befindlichen innerdeutschen Rechtsvorschriften (Ergänzung des TPG und neue Ausführungsverordnung) sind nur aktuelle Beispiele eines solcherart eindimensionalen Denkens in Außerachtlassung des sozialen und personalen Sinnhorizonts und letztlich für die damit riskierte Fehlsteuerung, i.Ü. auch zum Schaden für die Geltungskraft des Rechts. Mit Blick auf die Transplantationsmedizin bedarf es auch künftig in besonderer Weise des Vertrauens der Gesellschaft und der Menschen, und hierfür ist deren Freiwilligkeit schlechterdings unverzichtbar. Darum muss, wie *Adolfs Laufs* schon vor mehr als 20 Jahren betont hat, auch weiterhin „das Bemühen um den freiwilligen Spender ... im Vordergrund stehen; ein allgemeines Vorrecht der kranken Lebenden führte zu einer unzulässigen, gemeinnützigen Ausbeutbarkeit toter Körper“. Hingegen auf „Staatsleichen“ zu setzen, wäre das Ende der Transplantationsmedizin!

62 Die für sich sprechende Betitelung lautet: „Verordnung über die Anforderungen an die Organ- und Spendercharakterisierung und den Transport von Organen nach § 10a des Transplantationsgesetzes sowie über die Anforderungen an die Meldung schwerwiegender Zwischenfälle und schwerwiegender unerwünschter Reaktionen und zur Änderung der TPG-Gewebeverordnung und der Arzneimittel- und Wirkstoffverordnung“ v. 18.4.2011.

63 Zur wichtigen Kategorie des „personalen Sinnhorizonts“ in Nutzbarmachung „anthropologischer Reflexion und Kritik“ grundlegend *Rehbock*, *Personsein in Grenzsituationen. Beiträge zur Kritik der Ethik medizinischen Handelns*, 2005.

64 *Laufs*, in: *Hiersche/Hirsch/Graf-Baumann* (Hrsg.), *Rechtliche Fragen der Organtransplantation*. 3. Einbecker Workshop der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht, 1990, S. 57, 58; zuletzt ebenfalls für die Beibehaltung der Zustimmungslösung: *Lilie*, Vortrag auf dem 110. Deutschen Ärztetag 2007 (abrufbar unter: [www.bundesaerztekammer.de](http://www.bundesaerztekammer.de) – Zugriff am 28.5.2011); *Schreiber*, in: *Amelung-FS 2009*, S. 487, 491.

65 *Laufs*, ebd.

## Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte: Beleidigung durch den Vorwurf „damals Holocaust / heute Babycaust“

EMRK Art. 6, 10; StGB §§ 185, 194

### Leitsatz der Redaktion:

1. Die Bewertung der deutschen Gerichte, der Vorwurf gegenüber einem Arzt, der Abtreibungen vornimmt, „damals: Holocaust / heute: Babycaust“, erfülle den Tatbestand der Beleidigung, verstößt nicht gegen Art. 10 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.
2. Eine Verfahrensdauer von knapp sechseinhalb Jahren zur Entscheidung über eine Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht ist nicht angemessen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 der Konvention.

*Urteil v. 13.01.2011 (Az. 397/04, 2322/07)*

### Gründe

#### Verfahren

1. Der Rechtssache lagen zwei Individualbeschwerden (Nrn. 397/04 und 2322/07) gegen die Bundesrepublik Deutschland zugrunde, die Frau H., die die australische und italienische Staatsbürgerschaft besitzt, und Herr A., deutscher Staatsangehöriger, („die Beschwerdeführer“), am 22. Dezember 2006 nach Artikel 34 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten („die Konvention“) beim Gerichtshof eingereicht hatten.
2. Die Beschwerdeführer wurden von Herrn L., Rechtsanwalt in E., vertreten. Die deutsche Regierung („die Regierung“) wurde durch ihre Verfahrensbevollmächtigte, Frau W. vom Bundesministerium der Justiz, vertreten.
3. Die Beschwerdeführer rügten insbesondere, dass ihre strafrechtliche Verurteilung ihr Recht auf freie Meinungsäußerung verletzt und die Verfahrensdauer vor dem Bundesverfassungsgericht das Erfordernis der „angemessenen Frist“ im Sinne von Artikel 6 Abs. 1 verletzt habe.
4. Am 4. Februar 2010 entschied der Präsident der Fünften Sektion, der Regierung die Beschwerden zur Kenntnis zu bringen. Es wurde ferner beschlossen, über die Zulässigkeit und die Begründetheit der Beschwerden gleichzeitig zu entscheiden (Artikel 29 Abs. 1). Die italienische Regierung, die mit Schreiben vom 9. Februar 2010 über die Rechtssache informiert wurde, hat keinen Wunsch nach Beteiligung gemäß Artikel 36 Abs. 1 der Konvention geäußert.
5. Da sich die für Deutschland gewählte Richterin, Frau J., in der Rechtssache für befangen erklärte, benannte die Regierung Herrn S. als Richter ad hoc.

### Sachverhalt

#### I. Die Umstände der Rechtssache

6. Die Beschwerdeführer wurden 1945 beziehungsweise 1951 geboren und sind in H. beziehungsweise W. wohnhaft.
7. Am 8. Oktober 1997 verteilten die Beschwerdeführer vor einer Klinik in Nürnberg vierseitige Faltblätter an Passanten. Auf der ersten Seite stand folgender Text: „‘Tötungs-Spezialist‘ für ungeborene Kinder Dr. F. auf dem Gelände des Klinikum Nord Nürnberg“.
8. Die mittleren Seiten enthielten Ausführungen zur Entwicklung des menschlichen Fötus und zu Abtreibungsmethoden. Darüber hinaus enthielt das Faltblatt folgende Appelle: „Bitte, helfen Sie uns im Kampf gegen die straflose Tötung ungeborener Kinder!“ und „Deshalb: Abtreibung nein!“ Die Rückseite lautete: „Unterstützen Sie unseren Protest und unsere Arbeit. Helfen Sie, damit in Zukunft das 5. Gebot ‚Du sollst nicht töten!‘ und das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland von allen Ärzten in Nürnberg eingehalten wird! Stoppen Sie den Kinder-Mord im Mutterschoß auf dem Gelände des Klinikum Nord. damals: Holocaust heute: Babycaust Wer hierzu schweigt wird mitschuldig!“
9. Der Beschwerdeführer war als für den Inhalt rechtlich verantwortliche Person mit Namen und Adresse auf dem Faltblatt aufgeführt.
10. Die Stadt Nürnberg erstattete im Namen des Klinikums und im Namen von Dr. F. Anzeige wegen Beleidigung gegen die Beschwerdeführer.
11. Am 16. Juli 1998 sprach das Amtsgericht Nürnberg die Beschwerdeführer frei und begründete dies damit, dass ihre Handlung nach § 193 StGB (siehe „Das einschlägige innerstaatliche Recht“) gerechtfertigt gewesen sei. Das Amtsgericht war der Auffassung, dass die Verteilung der Flugblätter vom Grundrecht der Meinungsfreiheit nach Artikel 5 GG gedeckt sei, da es bei dem Flugblatt insgesamt nicht darum gegangen sei, Dr. F. oder das Klinikum zu diffamieren, sondern zum Ausdruck zu bringen, dass die Beschwerdeführer Abtreibungen generell ablehnten. Das Amtsgericht stellte fest, dass die Beschwerdeführer der Auffassung seien, die in Deutschland vorgenommenen Abtreibungen seien in ihrer Anzahl ein ebenso verabscheuenswürdiges Verbrechen wie der Holocaust. Das Amtsgericht habe diese Aussage, die vom Recht auf Meinungsfreiheit gedeckt sei, nicht zu bewerten.
12. Nach einer Prüfung der im Flugblatt enthaltenen Äußerungen vertrat das Amtsgericht die Auffassung,



dass das Recht der Beschwerdeführer auf Meinungsfreiheit gegenüber dem Interesse des Arztes am Schutz seiner persönlichen Ehre überwiege.

13. Am 26. Mai 1999 hob das Landgericht Nürnberg-Fürth das Urteil des Amtsgerichts auf und verurteilte die Beschwerdeführer wegen Beleidigung zum Nachteil des Klinikums und des Dr. F. Das Landgericht war der Auffassung, dass die Äußerung „damals: Holocaust / heute: Babycast“ im Zusammenhang mit den anderen im Flugblatt gemachten Äußerungen so zu deuten sei, dass sie die rechtmäßige Tätigkeit von Dr. F. auf eine Stufe mit dem Holocaust stelle, einem Synonym für die abscheulichsten und durch nichts zu rechtfertigenden Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Nach Auffassung des Landgerichts war diese Aussage nicht von dem Recht der Beschwerdeführer auf freie Meinungsäußerung gedeckt, da sie den Arzt in einer Weise erniedrige, die nicht erforderlich sei, um die Auffassung der Angeklagten zum Ausdruck zu bringen. Beiträge in einer die Öffentlichkeit berührenden Frage genossen stärkeren Schutz als Äußerungen, die nur der Verfolgung privater Interessen dienen, es sei aber darauf abzustellen, ob und in welchem Ausmaß der Betroffene an der öffentlichen Debatte teilgenommen habe. Ferner sei zu prüfen, ob dem Meinungsäußernden zumindest zugemutet werden könne, seine Äußerungen durch weniger ehrverletzende Äußerungen zu ersetzen. In Anwendung dieser Grundsätze war die Kammer der Auffassung, dass die Beschwerdeführer die Interessen des Arztes nicht hinreichend berücksichtigt hätten. Zwar sei einzuräumen, dass die Angeklagten als Abtreibungsgegner ein politisches Ziel verfolgten und dieses auch mit überspitzter und polemischer Kritik verfolgen dürften. Indem sie die legale Tätigkeit des Arztes mit der willkürlichen Tötung von Menschen durch ein Unrechtsregime auf eine Stufe stellten, hätten die Beschwerdeführer ihn jedoch als Massenmörder im Wortsinn bezeichnet. Nach Ansicht des Landgerichts war diese Äußerung als un gerechtfertigte Schmähkritik zu werten.

14. Das Landgericht war darüber hinaus der Auffassung, dass die übrigen in dem Flugblatt gemachten Äußerungen vom Recht der Beschwerdeführer auf freie Meinungsäußerung gedeckt seien und hingenommen werden müssten. Unter Berücksichtigung aller Umstände der Rechtssache hielt das Landgericht es für angemessen, die Beschwerdeführerin zu zwanzig Tagessätzen zu je 20,00 DM und den Beschwerdeführer als presserechtlich Verantwortlichen zu dreißig Tagessätzen zu je 60,00 DM zu verurteilen.

15. Am 8. Dezember 1999 verwarf das Bayerische Oberste Landesgericht die Revision der Beschwerdeführer.

16. Am 7. Januar 2000 erhoben die Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht.

17. Am 24. Mai 2006 hob eine aus drei Richtern bestehende Kammer des Bundesverfassungsgerichts das Urteil des Landgerichts insoweit auf, als die Beschwerdeführer wegen einer Beleidigung des Klinikums ver-

urteilt worden waren, und wies die Beschwerden der Beschwerdeführer im Übrigen ab.

18. Das Bundesverfassungsgericht vertrat zunächst die Auffassung, dass die Strafgerichte bei der Auslegung und Anwendung des Strafrechts die durch das nach Artikel 5 GG garantierte Recht auf freie Meinungsäußerung gesetzten Grenzen zu beachten hätten. Das Gericht war weiterhin der Auffassung, das Landgericht habe diese Grundsätze beachtet.

19. Das Bundesverfassungsgericht vertrat die Auffassung, die Beschwerdeführer hätten sich nicht darauf beschränkt, Abtreibungen generell zu kritisieren, was ihnen weiterhin freistehe, sondern hätten ihre Äußerungen direkt gegen Dr. F. gerichtet. Aus dem Gesamtkontext sei klar ersichtlich, dass sich die inkriminierte Äußerung auf Dr. F. beziehe, der auf der Vorderseite des Flugblatts ausdrücklich erwähnt worden sei. Das Bundesverfassungsgericht stellte ferner fest, dass die Fachgerichte davon ausgegangen seien, die angegriffene Äußerung setze die berufliche Tätigkeit des Arztes mit dem Holocaust gleich. Es führte weiterhin aus, dass der Bundesgerichtshof in einem gesonderten Verfahren zum selben Flugblatt angenommen habe, die Äußerung habe zum Ausdruck bringen sollen, dass die von dem Arzt vorgenommenen Abtreibungen eine Massentötung darstellten. Diese Deutung der Äußerung, die auch den Holocaustbezug beinhalte, enthalte aber ebenfalls einen schweren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Arztes.

20. Das Bundesverfassungsgericht vertrat weiterhin die Auffassung, dass die Äußerung die Persönlichkeitsrechte des Arztes schwer verletzt habe. Zwar sei die Äußerung der Beschwerdeführer nicht als Schmähung einzustufen, das Landgericht habe jedoch die widerstreitenden Interessen – d.h. das Recht der Beschwerdeführer auf freie Meinungsäußerung und die Persönlichkeitsrechte des Arztes – in nicht zu beanstandender Weise gegeneinander abgewogen. Insbesondere habe das Landgericht berücksichtigt, dass der Arzt im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen tätig gewesen sei und sich nicht aktiv an der öffentlichen Auseinandersetzung um Abtreibung beteiligt habe. Ferner sei es den Beschwerdeführern zuzumuten gewesen, ihre grundsätzliche Kritik ohne eine schwerwiegende Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Arztes zu äußern. Diese Entscheidung wurde den Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführer am 22. Juni 2006 zugestellt.

21. Nach der Zurückverweisung setzte das Landgericht Nürnberg am 9. November 2006 die wegen der Beleidigung zum Nachteil des Arztes verhängten Geldstrafen neu fest. Am 26. Juni 2007 hob das Oberlandesgericht Nürnberg dieses Urteil auf und verwies die Sache zurück an das Landgericht Nürnberg.

22. Am 25. September 2008 nahm das Landgericht Nürnberg eine Nachprüfung des Strafmaßes vor und verurteilte die Beschwerdeführerin zu einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je 10,00 EUR und den Beschwer-

deführer – unter Berücksichtigung seiner früheren Verurteilungen – zu zehn Tagessätzen zu je 10,00 EUR.

23. Am 2. April 2009 verwarf das Oberlandesgericht Nürnberg die Revision der Beschwerdeführer.

## II. Das Einschlägige innerstaatliche Recht und die einschlägige innerstaatliche Praxis

24. Artikel 5 des Grundgesetzes bestimmt:

„(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.“

25. Die einschlägigen Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuchs lauten:

### § 185 Beleidigung

„Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung mittels einer Tätlichkeit begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

### § 193 Wahrnehmung berechtigter Interessen

„[...] Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden [...] sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.“

26. Am 30. Mai 2000 wies der Bundesgerichtshof in einem gesonderten Verfahren die gegen die Beschwerdeführer gerichtete Zivilklage des Klinikums Nürnberg auf Unterlassung der Verteilung des streitgegenständlichen Faltblatts zurück. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs sollte die Äußerung „damals: Holocaust / heute: Babycast“ zum Ausdruck bringen, dass die Vornahme von Abtreibungen eine verwerfliche Massentötung menschlichen Lebens darstelle. Der Bundesgerichtshof war ferner der Ansicht, vor dem Hintergrund der öffentlichen Auseinandersetzung mit der grundlegenden Frage des Schutzes von ungeborenem Leben müsse das Klinikum die Meinungsäußerung der Beschwerdeführer hinnehmen.

27. Am 25. Oktober 2005 urteilte das Bundesverfassungsgericht unter Bestätigung seiner bestehenden Rechtsprechung in einem anderen Verfahren (115/2005), dass hinsichtlich der Prüfung strafrechtlicher oder zivilrechtlicher Sanktionen für bereits erfolgte Meinungsäußerungen die Meinungsfreiheit verletzt werde, wenn das Gericht bei mehrdeutigen Äußerungen die Deutung zugrunde lege, die zu einer Verurteilung führe, ohne zuvor die anderen, keine Sanktionierung recht-

fertigenden Deutungsmöglichkeiten ausgeschlossen zu haben. Für Ansprüche auf zukünftige Unterlassungen gälten diese Standards jedoch nicht im gleichen Maße.

## Rechtliche Würdigung

### I. Verbindung der Beschwerden

28. Angesichts des ähnlichen Gegenstands der Individualbeschwerden hält es der Gerichtshof für angemessen, diese zu verbinden.

### II. Behauptete Verletzung von Artikel 10 der Konvention

29. Die Beschwerdeführer rügten, dass ihre strafrechtlichen Verurteilungen wegen der Verteilung der Flugblätter ihr Recht auf freie Meinungsäußerung nach Artikel 10 der Konvention verletzt hätten, der wie folgt lautet:

„1. Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Hörfunk-, Fernseh- oder Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben.

2. Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.“ Insbesondere rügten sie, dass die Strafgerichte ihre Äußerung, die sich nicht gegen irgendeine bestimmte Person, sondern allgemein gegen Abtreibungen gerichtet habe, falsch ausgelegt hätten.

30. Die Regierung trat diesem Vorbringen entgegen.

### A. Zulässigkeit

31. Der Gerichtshof stellt fest, dass diese Rüge nicht im Sinne von Artikel 35 Abs. 3 der Konvention offensichtlich unbegründet ist. Sie ist auch nicht aus anderen Gründen unzulässig. Folglich ist sie für zulässig zu erklären.

### B. Begründetheit

#### 1. Das Vorbringen der Beschwerdeführer

32. Nach Ansicht der Beschwerdeführer hatten die innerstaatlichen Gerichte unrichtigerweise angenommen,

dass Dr. F. ihnen keinen Anlass gegeben habe, ihn als Einzelperson herauszugreifen. 1996 habe Dr. F. zusammen mit weiteren Ärzten eine Verfassungsbeschwerde eingereicht, in der er bestimmte Einschränkungen bei der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen, die durch das Bayerische Schwangerenhilfseergänzungsgesetz auferlegt worden seien, gerügt habe. Das Verfahren und das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zugunsten der Ärzte vom 27. Oktober 1998 hätten in der Öffentlichkeit erhebliches Aufsehen erregt.

33. Die Tatsache, dass die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen nach einer verpflichtenden Beratung nach deutschem Recht nicht strafbar sei, sei genau der Grund dafür, dass eine heftige Debatte darüber entbrannt sei, ob und in welchem Umfang Schwangerschaftsabbrüche zulässig seien.

34. Die Beschwerdeführer brachten ferner vor, dass das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung durch seine Entscheidung vom 25. Oktober 2005 geändert habe und Persönlichkeitsrechte in Zweifelsfällen über das Recht auf freie Meinungsäußerung stelle. Hätte das Bundesverfassungsgericht früher in der Rechtssache der Beschwerdeführer entschieden, so hätten sie ihrer Ansicht nach von den zuvor geltenden liberaleren Maßstäben profitiert. Die Änderung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sei für sie nicht vorhersehbar gewesen.

35. Die Verurteilung der Beschwerdeführer sei in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Es gebe keine deutsche Rechtsnorm, die es verbiete, eine Kritik mit einer bestimmten Person zu verbinden. Der Fall müsse vor dem Hintergrund einer breiten gesellschaftlichen Debatte über die Gesetze zu Schwangerschaftsabbrüchen betrachtet werden, welche die Regierung nicht einseitig zur Wahrung anderer Konzepte und Vorstellungen beeinträchtigen dürfe. Die Regierung könne sich nicht auf die Entscheidung des Gerichtshofs über die frühere Individualbeschwerde des zweiten Beschwerdeführers (vgl. A. ./ Deutschland (Entsch.), Individualbeschwerden Nrn. 2373/07 und 2396/07, 30. März 2010) berufen, da die vorliegende Rechtssache strafrechtliche Verurteilungen zum Gegenstand habe, die schwerwiegender seien als die Verurteilungen zur Unterlassung, die Gegenstand jenes Verfahrens seien.

## 2. Vorbringen der Regierung

36. Die Regierung brachte vor, dass der Eingriff in das Recht des Beschwerdeführers auf freie Meinungsäußerung nach Artikel 10 Abs. 2 der Konvention gerechtfertigt sei, da er in einer demokratischen Gesellschaft notwendig gewesen sei.

37. Unter Berücksichtigung aller Umstände der Rechtssache hätten die innerstaatlichen Gerichte die Äußerung „damals: Holocaust / heute: Babycaust“ so ausgelegt, dass sie sich unmittelbar auf Dr. F. beziehe. Die innerstaatlichen Gerichte hätten das Recht der Be-

schwerdeführer auf freie Meinungsäußerung und die Persönlichkeitsrechte des Dr. F. ordnungsgemäß gegeneinander abgewogen. Die angegriffene Äußerung stelle einen besonders schweren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Arztes dar, weil sie die von diesem vorgenommenen Schwangerschaftsabbrüche mit dem Holocaust gleichsetze, und die verhängten Strafen seien relativ niedrig.

38. Die Tatsache, dass Dr. F. 1996 Verfassungsbeschwerde erhoben habe, könne nicht gegen ihn verwendet werden, da die Inanspruchnahme von Rechtsschutzmöglichkeiten in einem Rechtsstaat nicht zu einem verminderten Schutz der Persönlichkeitsrechte führen dürfe.

39. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Oktober 2005 (siehe Rdnr. 27) habe die Rechtsprechung des Gerichts hinsichtlich strafrechtlicher Verurteilungen wegen mehrdeutiger Meinungsäußerungen nicht geändert, da es ausschließlich auf die zivilrechtliche Verpflichtung, solche Äußerungen in der Zukunft zu unterlassen, bezogen gewesen sei.

## 3. Würdigung durch den Gerichtshof

40. Der Gerichtshof ist der Auffassung – und die Regierung trat dem nicht entgegen –, dass die Verurteilungen der Beschwerdeführer durch die innerstaatlichen Gerichte einen „Eingriff“ in ihr Recht auf freie Meinungsäußerung darstellten. Ein solcher Eingriff verletzt die Konvention, wenn er nicht die Erfordernisse aus Artikel 10 Abs. 2 erfüllt. Es muss daher festgestellt werden, ob er „gesetzlich vorgeschrieben“ war, ob er eines oder mehrere der in Artikel 10 Abs. 2 genannten rechtmäßigen Ziele verfolgte und ob er „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ war, um diese Ziele zu erreichen.

41. Der Gerichtshof stellt fest, dass die Verurteilungen der Beschwerdeführer auf § 185 StGB beruhten. Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass das einschlägige innerstaatliche Recht nach seiner Rechtsprechung so präzise formuliert sein muss, dass die betroffenen Personen – nötigenfalls mit entsprechender Rechtsberatung – in einem Maß, das unter den jeweiligen Umständen angemessen ist, voraussehen können, welche Folgen eine bestimmte Handlung nach sich ziehen kann (siehe u.v.a. *Grigoriades ./ Griechenland*, 25. November 1997, Rdnr. 37, *Urteils- und Entscheidungssammlung* 1997-VII). Zwar ist § 185 StGB eher weit gefasst. Allerdings entspricht er nach Ansicht des Gerichtshofs dem oben genannten Standard. Aus der gewöhnlichen Bedeutung des Begriffs „Beleidigung“ hätte sich für die Beschwerdeführer ergeben müssen, dass sie eine Strafe zu erwarten hätten. Daher war der gerügte Eingriff „gesetzlich vorgeschrieben“.

42. Der Gerichtshof stellt ferner fest, dass die Verurteilungen der Beschwerdeführer dem „Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer“ dienten, nämlich dem Ruf und den Persönlichkeitsrechten des Dr. F.

43. Es bleibt noch festzustellen, ob die Eingriffe „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ waren. Hierzu bedarf es eines „dringenden gesellschaftlichen Bedürfnisses“. Die Vertragsstaaten haben einen gewissen Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Frage, ob ein solches Bedürfnis besteht; dieser geht jedoch Hand in Hand mit einer Kontrolle durch den Gerichtshof (siehe u.v.a. *Perna ./ Italien* [GK], Individualbeschwerde Nr. 48898/99, Rdnr. 39, ECHR 2003-V).

44. Bei der Ausübung seiner Kontrollfunktion muss sich der Gerichtshof davon überzeugen, dass die Behörden die erheblichen Tatsachen nachvollziehbar bewertet haben und Regeln anwendeten, die mit den in Artikel 10 enthaltenen Grundsätzen vereinbar sind (siehe u.v.a. *Chauvy u.a. ./ Frankreich*, Individualbeschwerde Nr. 64915/01, Rdnr. 70, ECHR 2004-VI). Der Gerichtshof wird auch den besonderen Schutz von Meinungsäußerungen berücksichtigen, die im Laufe einer Diskussion über Angelegenheiten des öffentlichen Interesses getätigt werden (vgl. z.B. *Sürek ./ Türkei (Nr. 1)* [GK], Individualbeschwerde Nr. 26682/95, Rdnr. 61, ECHR 1999-IV und *Kubaszewski ./ Polen*, Individualbeschwerde Nr. 571/04, Rdnr. 38, 2. Februar 2010)

45. Im Hinblick auf die Umstände der vorliegenden Rechtssache stellt der Gerichtshof zunächst fest, dass das Landgericht ausdrücklich anerkannte, dass die Äußerungen der Beschwerdeführer Fragen des öffentlichen Interesses betrafen, und dass sie ihre politischen Ziele sogar mittels überspitzter und polemischer Kritik weiter verfolgen durften. Das Gericht war daher bereit, zu akzeptieren, dass alle Äußerungen des Flugblatts außer die Äußerung „damals: Holocaust / heute: Babycaust“ ein akzeptables Element der öffentlichen Meinungsbildung darstellten und somit in den Geltungsbereich der Meinungsfreiheit fielen. Der Gerichtshof beschränkt seine Prüfung demnach auf die letztgenannte Äußerung.

46. Nach Ansicht der innerstaatlichen Gerichte hatten die Beschwerdeführer, indem sie die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen mit dem während des Holocaust verübten Massenmord verglichen, die Persönlichkeitsrechte des Arztes in besonders schwerwiegender Weise verletzt; es habe von ihnen erwartet werden können, dass sie ihre Kritik in einer Form äußerten, welche die Ehre des Arztes weniger beeinträchtigt.

47. Der Gerichtshof stellt ferner fest, dass das Bundesverfassungsgericht anerkannte, dass die Äußerung der Beschwerdeführer unterschiedlich ausgelegt werden könne, jedoch der Auffassung war, dass alle Auslegungen eine äußerst schwerwiegende Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Arztes darstellten.

48. Der Gerichtshof stellt fest, dass die Auswirkung einer Meinungsäußerung auf die Persönlichkeitsrechte einer anderen Person nicht vom historischen und sozialen Zusammenhang, in dem die Äußerung getätigt wurde, losgelöst werden kann. Der Verweis auf den Holocaust muss auch im speziellen Zusammenhang der deutschen

Vergangenheit betrachtet werden. Der Gerichtshof erkennt daher die Schlussfolgerung der deutschen Gerichte an, dass die angegriffene Äußerung eine äußerst schwerwiegende Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Arztes darstelle.

49. Im Ergebnis ist der Gerichtshof der Auffassung, dass die innerstaatlichen Gerichte das Recht der Beschwerdeführer auf freie Meinungsäußerung und die Persönlichkeitsrechte des Arztes ordnungsgemäß gegeneinander abgewogen haben. Daraus folgt, dass die von den innerstaatlichen Gerichten angeführten Gründe ausreichten, um nachzuweisen, dass der gerügte Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ war. Darüber hinaus waren die relativ niedrigen Strafen verhältnismäßig. Im Hinblick auf alle genannten Faktoren und insbesondere auf den Ermessensspielraum, den die Staaten in diesem Bereich haben, ist der Gerichtshof der Auffassung, dass die innerstaatlichen Gerichte einen fairen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen herbeigeführt haben.

50. Folglich ist Artikel 10 der Konvention nicht verletzt worden.

### III. Behauptete Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 der Konvention

51. Die Beschwerdeführer rügten, dass die Dauer des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht mit dem Gebot der „angemessenen Frist“ nach Artikel 6 Abs. 1 der Konvention unvereinbar gewesen sei, der wie folgt lautet:

„Jede Person hat ein Recht darauf, dass ... über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem ... Gericht ... innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.“

52. Die Regierung räumte ein, dass das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht relativ lange gedauert habe.

53. Der zu berücksichtigende Zeitraum begann am 7. Januar 2000 mit dem Einlegen der Verfassungsbeschwerde durch die Beschwerdeführer und endete am 22. Juni 2006 mit der Zustellung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an die Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführer. Er betrug daher fast sechseinhalb Jahre in einer Instanz.

#### A. Zulässigkeit

54. Der Gerichtshof stellt fest, dass diese Rüge nicht im Sinne von Artikel 35 Abs. 3 der Konvention offensichtlich unbegründet ist. Sie ist auch nicht aus anderen Gründen unzulässig. Folglich ist sie für zulässig zu erklären.

#### B. Begründetheit

55. Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass die Angemessenheit der Verfahrensdauer im Lichte der



Umstände der Rechtssache sowie unter Berücksichtigung folgender Kriterien zu beurteilen ist: Komplexität des Falls, Verhalten der Beschwerdeführer und der zuständigen Behörden sowie Bedeutung des Rechtsstreits für die Beschwerdeführer (s. u. v. a. *Frydlender ./.* *Frankreich* [GK], Individualbeschwerde Nr. 30979/96, Rdnr. 43, ECHR 2000-VII).

56. Der Gerichtshof hat in Fällen, die ähnliche Fragen wie der vorliegende aufwerfen, bereits häufig Verstöße gegen Artikel 6 Abs. 1 der Konvention festgestellt (siehe u.v.a. *L. F. e. V. u. a. ./.* *Deutschland*, Individualbeschwerde Nr. 58911/00, Rdnrn. 59-66, 6. November 2008 und *K. und T. ./.* *Deutschland*, Individualbeschwerden Nrn. 45749/06 und 51115/06, Rdnrn. 61-65, 22. Januar 2009).

57. Der Gerichtshof ist nach Prüfung sämtlicher ihm vorgelegter Unterlagen der Auffassung, dass die Dauer des Verfahrens in der vorliegenden Rechtssache überlang war und dem Erfordernis der „angemessenen Frist“ nicht entsprach.

58. Folglich ist Artikel 6 Abs. 1 verletzt worden.

#### IV. Andere behauptete Konventionsverletzungen

59. Unter Berufung auf Artikel 7 Abs. 1, Artikel 10 und Artikel 6 der Konvention rügten die Beschwerdeführer weiter, dass ihnen nicht bewusst gewesen sei, welche Bedeutung die Strafgerichte ihrer Äußerung beilegen würden. Daraus folge, dass sie nicht die Absicht gehabt hätten, eine strafbare Handlung zu begehen. Darüber hinaus sei das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht unfair gewesen, weil der gesamte Senat und nicht eine aus drei Richtern bestehende Kammer über ihre Rechtssache hätte entscheiden müssen. Der Beschwerdeführer rügte zudem, dass seine Strafe lediglich deshalb erhöht worden sei, weil er die rechtliche Verantwortung für den Inhalt des Flugblatts übernommen habe.

60. Unter Berücksichtigung aller ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und soweit die gerügten Angelegenheiten in seine Zuständigkeit fallen, stellt der Gerichtshof aber fest, dass hier keine Anzeichen für eine Verletzung der in der Konvention oder den Protokollen dazu bezeichneten Rechte und Freiheiten ersichtlich sind. Insbesondere gibt es kein Anzeichen für eine rückwirkende Anwendung des Strafrechts.

61. Daraus folgt, dass dieser Teil der Beschwerde offensichtlich unbegründet und nach Artikel 35 Abs. 3 und 4 der Konvention zurückzuweisen ist.

#### V. Anwendung von Artikel 41 der Konvention

62. Artikel 41 der Konvention lautet:

„Stellt der Gerichtshof fest, dass diese Konvention oder die Protokolle dazu verletzt worden sind, und gestattet das innerstaatliche Recht der Hohen Vertragspartei nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Fol-

gen dieser Verletzung, so spricht der Gerichtshof der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zu, wenn dies notwendig ist.“

#### A. Schaden

63. Die Beschwerdeführer stellten die Bemessung des immateriellen Schadens in das Ermessen des Gerichtshofs.

64. Die Regierung hat sich zu der Angelegenheit nicht geäußert.

65. Der Gerichtshof entscheidet nach Billigkeit und spricht beiden Beschwerdeführern je 4.000 EUR als Entschädigung für den immateriellen Schaden wegen der Dauer des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht zu.

#### B. Kosten und Auslagen

66. Die Beschwerdeführerin machte 4.364,52 EUR für die vor den innerstaatlichen Gerichten entstandenen Kosten und Auslagen und 2.403,80 EUR für Kosten und Auslagen vor dem Gerichtshof geltend. Der Beschwerdeführer machte 6.479,27 EUR für die vor den innerstaatlichen Gerichten entstandenen Kosten und Auslagen und 2.403,80 EUR für Kosten und Auslagen vor dem Gerichtshof geltend.

67. Die Regierung brachte vor, dass der Beschwerdeführer die Kosten für das Strafverfahren teilweise falsch angegeben habe.

68. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs hat ein Beschwerdeführer nur insoweit Anspruch auf Ersatz von Kosten und Auslagen, als nachgewiesen wurde, dass diese tatsächlich und notwendigerweise entstanden sind und der Höhe nach angemessen waren. In vorliegender Rechtssache ist der Gerichtshof unter Berücksichtigung der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der oben genannten Kriterien der Auffassung, dass die Beschwerdeführer nicht nachgewiesen haben, dass ihnen die für das Verfahren vor den innerstaatlichen Gerichten geltend gemachten Kosten entstanden waren, um die durch die überlange Verfahrensdauer verursachte konkrete Verletzung zu verhindern oder ihr abzuwehren. Deshalb weist der Gerichtshof die Forderung nach Erstattung der in dem innerstaatlichen Verfahren entstandenen Kosten und Auslagen zurück.

69. Hinsichtlich der Anwaltsgebühren für das Verfahren vor dem Gerichtshof hält es der Gerichtshof unter Berücksichtigung dessen, dass die Rügen der Beschwerdeführer nur teilweise zum Erfolg führten, für angemessen, den Beschwerdeführern unter dieser Rubrik je 1.000 EUR zuzüglich gegebenenfalls zu berechnender Steuern zuzusprechen.

#### C. Verzugszinsen

70. Der Gerichtshof hält es für angemessen, für die Berechnung der Verzugszinsen den Spitzenrefinanzierungssatz (*marginal lending rate*) der Europäischen Zen-

tralbank zuzüglich drei Prozentpunkten zugrunde zu legen.

### **Aus diesen Gründen entscheidet der Gerichtshof einstimmig:**

1. Die Individualbeschwerden werden verbunden;
2. die Rüge nach Artikel 10 der Konvention und die Rüge nach Artikel 6 Abs. 1 der Konvention wegen der Dauer des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht werden für zulässig und die Individualbeschwerden im Übrigen für unzulässig erklärt;
3. Artikel 10 der Konvention ist nicht verletzt worden;
4. im Hinblick auf die Dauer des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht ist Artikel 6 Abs. 1 der Konvention verletzt worden;
5. a) der beschwerdegegnerische Staat hat der Be-

schwerdeführerin und dem Beschwerdeführer binnen drei Monaten nach dem Tag, an dem das Urteil nach Artikel 44 Abs. 2 der Konvention endgültig wird, jeweils die folgenden Beträge zu zahlen:

- 4.000 EUR (viertausend Euro) für immateriellen Schaden, zuzüglich gegebenenfalls zu berechnender Steuern;
  - 1.000 EUR (eintausend Euro) für Kosten und Auslagen, zuzüglich gegebenenfalls zu berechnender Steuern;
- b) nach Ablauf der vorgenannten Frist von drei Monaten fallen für die obengenannten Beträge bis zur Auszahlung einfache Zinsen in Höhe eines Zinssatzes an, der dem Spitzenrefinanzierungssatz (marginal lending rate) der Europäischen Zentralbank im Verzugszeitraum zuzüglich drei Prozentpunkten entspricht;
6. im Übrigen wird die Forderung der Beschwerdeführer nach gerechter Entschädigung zurückgewiesen.

## rezension

### **Der Hirntod**

Ralf Stoecker

*Der Hirntod: Ein medizinethisches Problem und seine moralphilosophische Transformation.*

Verlag Karl Alber, Freiburg i. Br. 2010

367 Seiten, Euro 36,00

Viel Denkarbeit steckt in dem neu aufgelegten Band des Philosophen Ralf Stoecker, der das Thema Hirntod ins Zentrum vielfältiger Perspektiven stellt. Im Gegensatz zur deutschen Gesetzeslage und Praxis hat sich in den USA 2008 eine Neubewertung vollzogen; die Stellungnahme „Controversies in the Determination of Death“ des President's Council on Bioethics erklärte das Hirntodkonzept für untauglich. Die Konsequenz: eine medizinische und juristische Neubewertung ist auch hierzulande unumgänglich, sie dürfe keine vagen Hilfskonstruktionen oder Notlösungen akzeptieren, sondern habe eine verantwortbare Ethik auf philosophischer Basis zu erarbeiten. Denn sicher ist: auch ohne funktionsfähiges Gehirn kann der Mensch aufgrund gut koordinierter Subsysteme als beseelter Leib weiterleben. Der Hirntote liegt im Sterben und ist kein Toter.

Nach gründlicher Erwägung der Begriffe Leben, Tod und Sterben zieht Stoecker Bilanz: keines der von ihm vorgestellten philosophischen Modelle liefert zureichende Gründe für die Beibehaltung des Hirntodkonzepts. Die Basis der bisherigen Hirntoddebatte erweist sich als brüchig. Wie ist es dazu gekommen?

Die Intensivmedizin hat die einzelnen Verlust-Phasen während des Sterbevorgangs zeitlich gedehnt, so dass die deskriptiven (biologischen, personalen, phänomenalen) Charakteristika des Lebens beim Sterbenden quasi im Zeitlupentempo ablaufen. Hirn- und Organfunktionen versterben nicht als Ganzes punktuell, sondern schrittweise. Im klinischen Erscheinungsbild spiegelt sich dies wieder: ‚phänomenal‘ ist der Hirntote kaum vom Intensivpatienten als solchem zu unterscheiden. Auch fällt das ‚Personale‘ am Menschen weder mit der Psyche, noch mit Bewusstsein oder Interessensbekundungen zusammen; andernfalls könnten geistig Schwerstbehinderte und Demente im Endstadium als ‚hirntote Ganztote‘ gelten. Dagegen schützt die im Grundgesetz verankerte Unantastbarkeit der Menschenwürde unmissverständlich.

Dem (noch) lebenden Menschen ist ein besonderer moralischer Status eigen. Wie weit reicht dieser achtunggebietende Bereich beim Hirntoten? Was bleibt verboten, wenn der Versterbende am point of no return angekommen, aber noch nicht tot ist? Einige Bioethiker in Deutschland versuchen pragmatisch vorzugehen, indem sie den Hirntod als Lebensgrenze buchstäblich festlegen. Mancherorts handelt man so bereits am (vermeintlich) „Herztoten“. Dürfen wir uns als Mit-Menschen aber einen solchen Weg ethisch erlauben – und wäre er „gut“? Sie Verantwortlichen sind herausgefordert, mittels der Vernunft neu zu entscheiden und nicht weiter auf philosophisch-ethisch brüchigem Grund zu operieren. Die vertretbar-gute Lösung steht noch aus.

Der Theologe Jürgen in der Schmittgen und andere Autoren sehen eine ethische Berechtigung zur Organentnahme in dem Argument, der Betroffene habe einer „Verlängerung des eigenen Sterbens“ ja selbst zugestimmt. Reicht das für die Vertretbarkeit unseres Handelns? Bisher verlängern wir das Sterben, brechen es durch oder nach Organentnahme ab, und jetzt erst ist der „Spender“ tot!

Stoeckers Resümee: „Das Problem ist also nicht, ob hirntote Menschen tot sind, sondern wie man sie behandeln darf, obwohl sie noch nicht tot sind“. Damit sollte die Debatte in Politik, Medizin, Justiz und in der philosophischen und theologischen Ethik wieder eröffnet sein. Mit „Richtlinien“ ist dieser Pflicht nicht genügt. Das legt die Lektüre offen.

*Dr. med. Maria Overdick-Gulden*

## Sterben und Tod

*Héctor Wittwer, Daniel Schäfer, Andreas Frewer (Hg.)  
Sterben und Tod. Ein Interdisziplinäres Handbuch  
Verlag J.B. Metzler, Stuttgart 2010  
390 Seiten, Euro 49,95*

Die Thanatologie, so lautet die Bezeichnung für die systematische Erforschung von Phänomen wie Tod, Sterben und Bestattung, hat derzeit Konjunktur. Dass die wissenschaftliche Beschäftigung mit diesen Phänomenen seit einigen Jahren derart rapide angewachsen ist, dass es kaum noch möglich ist, den Überblick zu behalten, hat viele Ursachen. Sie reichen vom medizintechnischen Fortschritt, über die Differenzierung der Geschichtswissenschaft in Felder wie Kultur-, Sozial-, und Mentalitätsgeschichte, die sich mehr mit der Entstehung kultureller Einstellungen und Haltungen als mit politischen Ereignissen beschäftigen, bis hin zu auch politisch überaus bedeutsamen Entwicklungen wie dem demografischen Wandel in den westlichen Industrienationen.

Vor diesem Hintergrund kommt das vorliegende Handbuch, dem ersten interdisziplinären Nachschlagewerk zu Themen wie Tod und Sterben, zur richtigen Zeit. Wer sich – sei es hauptberuflich, sei es ehrenamtlich als engagierter Lebensrechtler – mit diesen Themen auseinandersetzen muss, dem bietet dieses Handbuch die Möglichkeit, sich in relativ kurzer Zeit einen Überblick über den Stand der wissenschaftlichen Forschung zu einzelnen Themen zu verschaffen. Gegliedert ist das fast vierhundert Seiten umfassende Werk in fünf Teile.

Ein erster beleuchtet die Sicht verschiedener Einzelwissenschaften (Medizin, Psychologie, Soziologie, Geschichte) sowie der Religionen auf die Phänomene Sterben und Tod, ein zweiter klärt einige wichtige Begriffe und medizinische Konzepte wie etwa das Koma, den klassischen Scheintod und den Hirntod. In einem

dritten Teil werden allgemeine Haltungen zu Tod und Sterben und Umgangsweisen mit diesen Phänomenen näher beschrieben. Hier finden sich zum Beispiel sehr interessante medizinhistorische Abrisse zur Geschichte der Lebensverlängerung oder auch der ars moriendi, der Kunst des Sterbens. Behandelt werden hier ferner die Todesfurcht als Thema der Philosophie sowie der Glaube an eine unterschiedliche Formen einer Fortexistenz nach dem Tod. Der vierte Teil beschäftigt sich dann näher mit einigen der derzeit in der Diskussion befindlichen Umgangsformen; angefangen bei der Patientenverfügung, über die so genannte Sterbehilfe, bis hin zur Palliativmedizin um nur die bioethisch relevanten Themen zu nennen. Der fünfte Teil, der mit „Töten und den Tod erleiden“ überschrieben ist, widmet sich schließlich ausführlich Themen wie Abtreibung, Euthanasie, der nachgeburtlichen Kindstötung und dem Suizid. Aber auch Themen wie die Todesstrafe, Menschenopfer, Kannibalismus, das freiwillige Opfer des eigenen Lebens sowie – davon klar unterschieden – Selbstmordattentate werden hier behandelt.

Zu jedem einzelnen Thema versammelt das interdisziplinäre Handbuch mehrere Beiträge. So finden sich etwa zum Thema Abtreibung in dem Band drei Aufsätze verschiedener Experten, die das Phänomen jeweils aus medizinhistorischer (Robert Jütte), rechtmedizinischer (Hans-Bernhard Wuermeling) und medizinethischer Perspektive (Tanja Krones) beleuchten. Am Ende jedes Beitrags wird dankenswerter Weise auch die Literatur angegeben, auf die sich die Autoren bei der Abfassung ihres Beitrages gestützt haben.

Obgleich sich die einzelnen Beiträge überwiegend auf die Darstellung der wichtigsten wissenschaftlichen Theorien und Konzepte zu dem behandelten Thema beschränken, nehmen einzelne Autoren doch auch Wertungen vor, die aus Sicht von Lebensrechtlern problematisch sind. So stilisiert die Philosophin Dagmar Fenner die Beihilfe zum Suizid zum „Gebot der Fürsorge“, wo es „trotz aller Bemühungen nicht mehr gelingt, die Lebensbedingungen der Sterbewilligen so umzugestalten, dass der Suizidwunsch verschwindet“.

Auch wenn Lebensrechtler daher keineswegs sämtliche in dem Band vertretenen Thesen und Wertungen unterschreiben werden können, so kann doch positiv vermerkt werden, dass klassische Pro-life-Positionen – die in vielen anderen „wissenschaftlichen“ Werken wortreich beschwiegen werden, hier – von wenigen Ausnahmen abgesehen – überwiegend eine faire Auseinandersetzung erfahren.

Wer regelmäßig mit dem Handbuch arbeitet, wird auch den stolzen Preis, den dieses Werk besitzt, sehr schnell verschmerzen, zumal er bei einem Handbuch dieser Güte und diesen Umfangs nicht als übersteuert bezeichnet werden kann.

*Stefan Rehder*

## Gendiagnose, Schwangerschaftsabbruch und PID

Mit der Fähigkeit, genetisch bedingte Krankheitsdispositionen festzustellen, hat sich nach Einschätzung von Prof. Dr. **Jens Kersten** (**Die genetische Optimierung des Menschen** – Plädoyer für eine Kritik unserer genetischen Vernunft, JZ 2011, S. 161 – 168) auch unser Verständnis von „Krankheit“ und „Therapie“ verändert. Die alleinige Tatsache, dass eine genetisch bedingte Veranlagung zu einer Krankheit besteht, wird bereits als Krankheit empfunden (Phänomen des „gesunden Kranken“). Dies hat zur Folge, dass sich im Rahmen einer „personalisierten Präventivmedizin“ das Augenmerk nicht mehr auf die Heilung bestehender, sondern auf die Verhinderung und Verzögerung zukünftiger Krankheiten richtet. Selbst wenn es keinen zuverlässig voraussagbaren Zusammenhang zwischen einer genetischen Krankheitsdisposition und dem Ausbruch einer entsprechenden Erkrankung gibt, steht überdies zu erwarten, dass der Einzelne sein Handeln – etwa im Erwerbsleben – an den Ergebnissen genetischer Analysen ausrichten wird („Genetisierung des Verhaltens“).

Die sich stetig erweiternde Gendiagnostik schlägt sich – so Kersten – aber auch in einem veränderten Verhältnis zum Schwangerschaftsabbruch nieder. Die Entscheidung über Abbruch oder Fortsetzung einer Schwangerschaft wird nämlich zunehmend von den Erkenntnissen abhängig gemacht, welche bei einer pränatalen Untersuchung des Embryos gewonnen werden. Der Gesetzgeber hat insoweit § 15 des am 1. Februar 2010 in Kraft getretenen Gendiagnostikgesetzes für die Gewinnung von Daten, welche im Rahmen einer pränatalen Diagnostik gewonnen werden dürfen, Einschränkungen vorgesehen. Eine genetische Untersuchung darf danach vor der Geburt allein zu medizinischen Zwecken und nur vorgenommen werden, soweit die Untersuchung auf bestimmte genetische Eigenschaften des Embryos abzielt, die „nach dem anerkannten Stand der Wissenschaft und Technik“ seine Gesundheit während der Schwangerschaft oder nach der Geburt beeinträchtigen (§ 15 Abs. 1 GenDG). Ferner ist es untersagt, genetische Eigenschaften des Embryos für eine Erkrankung festzustellen, die erst nach der Vollendung des 18. Lebensjahres ausbrechen (§ 15 Abs. 2 GenDG). Die hier vom Gesetzgeber gezogene Grenzlinie zwischen zulässiger und unzulässiger Untersuchung birgt erhebliche Unsicherheiten und Konflikte, wie etwa das Beispiel der „Trisomie 21“ zeigt.

Kersten plädiert dafür, die in § 15 GenDG vorgesehenen Beschränkungen pränataler genetischer Untersuchungen des Embryos auch für eine gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik zu übernehmen, welche nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 6. Juli 2010 notwendig geworden ist. Die genetischen Untersuchungen, die bei einem Embryo in vivo rechts-

konform seien, sollten – so Kersten – auch bei einem Embryo in vitro legal sein. Dies sei sowohl mit dem Selbstbestimmungsrecht der Frau als auch mit dem Lebensrecht des Embryos vereinbar. Zugleich stelle eine derartige gesetzliche Regelung sicher, dass nicht jedweden Wunsch nach Aufklärung über genetische Dispositionen des Embryos nachgegeben und die Entscheidung über die Fortsetzung einer Schwangerschaft von Bedingungen abhängig gemacht werde, die von der Rechtsgemeinschaft zu missbilligen seien.

Wenn aber § 15 GenDG nicht nur für das Recht des Schwangerschaftsabbruchs eine zentrale Bedeutung zukommt, sondern auch als Muster für eine Regelung der Präimplantationsdiagnostik geeignet ist, so rückt die Frage nach den genetischen Eigenschaften in den Vordergrund, die – so heißt es in § 15 Abs. 1 S. 1 GenDG – nach dem allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft und Technik die Gesundheit des Embryos oder Fötus während der Schwangerschaft oder nach seiner Geburt beeinträchtigen und auf die eine genetische Untersuchung gerichtet sein darf. Auf diese Frage sucht man im Gendiagnostikgesetz vergeblich nach einer Antwort. Vielmehr ermächtigt das Gesetz eine beim Robert-Koch-Institut eingerichtete Gentechnik-Kommission dazu, „in Bezug auf den allgemeinen Stand der Wissenschaft und Technik Richtlinien insbesondere für die Beurteilung genetischer Eigenschaften hinsichtlich ihrer Bedeutung nach § 15 Abs. 1 S. 1 GenDG für eine Beeinträchtigung der Gesundheit des Embryos oder des Fötus während der Schwangerschaft oder nach der Geburt zu erstellen (§ 23 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 d GenDG). Hinter dieser eher kryptischen Formulierung verbirgt sich eine einfache Erkenntnis: Es wird die Gentechnik-Kommission sein, welche in der Zukunft den allgemeinen Stand der Wissenschaft und Technik festlegt (vgl. BT-Drucksache 16/10532, S. 39 zu § 23 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 5 GenDG) und damit zugleich die genetischen Eigenschaften benennen wird, auf die der Embryo oder der Fötus im Rahmen der pränatalen Diagnostik untersucht werden darf. Kersten hält diese Befugnis der Kommission zur Ausfüllung des Gesetzes für verfassungsrechtlich bedenklich. Denn der Gesetzgeber sei angesichts des Zusammenhanges von § 15 Abs. 1 S. 1 GenDG mit den §§ 218 ff. StGB und seiner Bedeutung für das Lebensrecht des Embryos gehalten, selbst die genetischen Eigenschaften festzulegen, auf die der Embryo untersucht werden dürfe (Wesentlichkeitstheorie, Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 2 und 3 GG). Die Zusammensetzung der Gentechnik-Kommission gewährleiste im Übrigen nicht in ausreichendem Maße eine unabhängige und neutrale Beschlussfassung.

Die Einschätzung von Kersten, dass § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 d GenDG nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genüge, wird im Ergebnis auch von Privatdozent Dr. **Markus Winkler** (**Die Gendiagnostik-Kommission und der Vorbehalt des Gesetzes**, NJW 2011, S. 889



– 892) geteilt. Er hält es zwar im Gegensatz zu Kersten für vertretbar und verfassungsrechtlich zulässig, den allgemeinen Stand der Wissenschaft und Technik durch eine Kommission feststellen zu lassen. Seine verfassungsrechtliche Kritik wendet sich aber dagegen, dass die Kommission im Rahmen einer von ihr selbst zu erlassenden Geschäftsordnung sowohl über die Hinzuziehung externer Sachverständiger entscheiden als auch das Verfahren festlegen kann, nach dem die Richtlinien gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 d GenDG erlassen werden. Für eine derartige Regelung fehlt es der Kommission nach Ansicht Winklers an einer Geschäftsordnungsautonomie. Es sei nämlich dem Gesetz- oder Verordnungsgeber vorbehalten, die Verfahrensregelungen zu treffen, nach denen der „allgemein anerkannte Stand von Wissenschaft und Technik“ festzulegen sei. In dieser Weise sei bei dem Gentechnik- und dem Stammzellgesetz verfahren worden, wo die „Verordnung über die Zentrale Kommission für Biologische Sicherheit“ und die Verordnung über die Zentrale Ethik-Kommission für Stammzellenforschung und über die zuständige Behörde nach dem Stammzellgesetz“ u. a. die Zusammensetzung des jeweiligen Gremiums, die Durchführung seiner Sitzungen und die Beschlussfassung regelt. So müsse auch beim Gendiagnostikgesetz verfahren werden. Zuletzt sei angemerkt, dass auch die Kompetenz der Gendiagnostik-Kommission zum Erlass berufsrechtlicher Richtlinien kritisiert und als unzulässig eingeschätzt wird (**Marlis Hübner/Wiebke Pühler, Das Gendiagnostikgesetz – neue Herausforderungen im ärztlichen Alltag**, MedR 2010, S. 676 ff., 679 ff.). (us)

## **Anschlussfragen zur Präimplantationsdiagnostik**

Aus der Bundestagsdebatte über eine Regelung der Präimplantationsdiagnostik (Plenarprotokoll Nr. 17/105, S. 11945 ff., 12113 ff.) klingt es noch im Ohr: Nein, nein, es sei kein Dammbbruch zu befürchten, man habe es doch lediglich mit einer vernachlässigenswerten Zahl von Fällen zu tun, in denen eine Präimplantationsdiagnostik in Frage komme. Doch schon während der Debatte wurde deutlich, dass das in § 1 Abs. 1 Nr. 3 Embryonenschutzgesetz enthaltene Verbot einer Befruchtung von mehr als drei Eizellen bei einer – wenn auch beschränkten – Zulassung der Präimplantationsdiagnostik nicht wird aufrechterhalten werden können. Denn zur Durchführung der Präimplantationsdiagnostik bedarf es der Befruchtung von etwa 7 bis 9 Eizellen, so dass es eine nicht unerhebliche Zahl von Embryonen gebe, die der Frau nicht eingesetzt, sondern „verworfen“ würden. In Erwartung einer Zulassung der Präimplantationsdiagnostik in Deutschland mahnt **Hartmut Kreß**, Professor für Ethik an der Evangelisch-Theologischen Fakultät

in Bonn, über die Aufgabe der sog. Dreierregel in § 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG hinaus weitere „sachlogische“ Folgeänderungen an, die das Gendiagnostik- und das Stammzellgesetz betreffen sollen (**Präimplantationsdiagnostik: Anschlussfragen für das Embryonenschutz- und Gendiagnostikgesetz und Auswirkungen auf das Stammzellgesetz**, ZRP 2011, S. 68/9). Nach Ansicht von Kreß ist es nämlich weder bei der Präimplantationsdiagnostik noch bei vorgeburtlichen genetischen Untersuchungen gem. § 15 GenDG sachlich gerechtfertigt, eine Feststellung spätmanifestierender Krankheiten zu verbieten, da eine Grenzziehung zwischen Krankheiten, welche vor oder nach dem 18. Lebensjahr auftreten, nicht durchzuhalten sei. Vor allem soll aber nach Kreß in Abkehr von dem bisherigen Verbot in § 4 Abs. 2 S. 1 Buchstabe b des Stammzellgesetzes eine Forschung an humanen embryonalen Stammzelllinien erlaubt sein, welche aus „überzähligen, nämlich beiseitegelegten krankheitsbelasteten PID-Embryonen stammen“. Schließlich bezweifelt Kreß die Sinnhaftigkeit der beabsichtigten Beschränkung einer Präimplantationsdiagnostik auf Trophoblastzellen, welche keine Totipotenz mehr besitzen. Denn im Ausland werde die Präimplantationsdiagnostik durchgängig an totipotenten Zellen des Embryos bzw. an solchen Zellen durchgeführt, die dem Embryo im Sechs- bis Achtzellstadium entnommen worden sind. Die von Kreß geäußerten rechtspolitischen Vorstellungen lassen aufhorchen: Die Präimplantationsdiagnostik mag vielleicht nicht zu einem Massenverfahren werden, doch könnten die in der „Logik des Verfahrens“ angelegten Folgeforderungen für den Umgang mit menschlichen Embryonen sehr weitreichende Änderungen im Embryonenschutz nach sich ziehen. (us)

## **Verbot der heterologen In-vitro-Fertilisation konventionswidrig?**

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des deutschen Embryonenschutzgesetzes wird bestraft, wer auf eine Frau eine fremde unbefruchtete Eizelle überträgt (Nr. 1) oder es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt (Nr. 2). Beiden Vorschriften liegt die gesetzgeberische Vorstellung zugrunde, dass eine Eizellspende ausgeschlossen sein soll. Denn eine Aufspaltung zwischen genetischer und biologischer Mutterschaft birgt nach Auffassung des Gesetzgebers Gefahren für das Kindeswohl und zieht familienrechtliche Komplikationen nach sich, die von vornherein verhindert werden können und sollen. Muss bei einer „gespaltenen Mutterschaft“ nicht folgerichtig dem Kind ein Recht eingeräumt werden, die Identität seiner genetischen Mutter zu erfahren? Ist nicht zu befürchten, dass Konflikte zwischen der geneti-

schen und der biologischen Mutter entstehen? Wie lässt sich eine gespaltene Mutterschaft in das geltende Familienrecht integrieren?

Obwohl durchaus ernst zu nehmende Gründe dafür bestehen, eine Eizellspende zu verbieten, gibt es Anzeichen, dass ein solches Verbot auf lange Sicht nicht wird aufrechterhalten werden können. Anlass für diese Einschätzung bildet eine Kammerentscheidung der EGMR vom 1. April 2010, welche zu dem österreichischen Fortpflanzungsmedizinergesetz ergangen ist und die von Prof. Dr. **Ferdinand Wollschläger** einer eingehenden Analyse unterzogen wird (**Das Verbot der heterologen In-vitro-Fertilisation und der Eizellspende auf dem Prüfstand der EMRK**, MedR 2011, S. 21 – 28). Wie nach deutscher Rechtslage ist es auch in Österreich verboten, fremde Eizellen (und Spermata) für eine In-vitro-Fertilisation zu verwenden. Wenn der EGMR dieses Verbot in seinem Urteil vom 1. April 2010 als konventionswidrig erachtet hat, so ist damit zugleich auch mittelbar ein Verdikt über die entsprechende deutsche Regelung gesprochen.

Wie Wollschläger im Einzelnen prägnant darzustellen weiß, gelangt der EGMR auf recht verschlungenen Wegen zu seinem Ergebnis einer Konventionswidrigkeit der österreichischen Gesetzesregelung. Denn grundsätzlich erlegt sich der Gerichtshof eine gewisse Zurückhaltung auf, wenn es um ethisch-moralische Fragen geht, in denen kein Konsens zwischen den Konventionsstaaten besteht. Hier wird grundsätzlich eine Einschätzungsprärogative der Mitgliedstaaten hingenommen, die allerdings umso begrenzter ist, desto gewichtiger die individuellen Rechte des Einzelnen sind, die von der nationalen Regelung betroffen sind. Genau an diesem Punkt setzt die Begründung des EGMR an und verweist auf Art. 8 Abs. 1 EMRK, der jeder Person die Achtung seines Privat- und Familienlebens verbürgt. Hierzu gehört es nach der Rechtsprechung auch, dass der Einzelne im Rahmen seines „Rechts auf Fortpflanzung“ auch auf Techniken der künstlichen Befruchtung zurückgreifen kann. Ist auf diese Weise das Tor zu einer Überprüfung der nationalen Regelung eröffnet, so wendet sich der EGMR in einem weiteren Schritt der inneren Stimmigkeit des österreichischen Fortpflanzungsmedizinergesetzes zu. Seiner Auffassung nach ist es nicht zu rechtfertigen, dass der österreichische Gesetzgeber einerseits die homologe In-vitro-Fertilisation (alleinige Verwendung von Eizellen und Samen der Ehegatten oder Lebensgefährten für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung) und die heterologe Insemination (Samenspende eines Dritten) erlaubt, andererseits aber die heterologe In-vitro-Fertilisation (künstliche Befruchtung mit der Samen- oder Eizelle eines/einer Dritten) untersagt. Die Gründe, welche von der österreichischen Regierung genauso wie von der deutschen Regierung für eine Ungleichbehandlung der verschiedenen Fallgruppen im Verfahren geltend gemacht worden waren, ließ der EGMR nicht gelten.

Das letzte Wort ist allerdings noch nicht gesprochen. Auf Antrag Österreichs ist die Rechtssache am 4. Oktober 2010 unter Verweis auf die im Verfahren aufgeworfenen Fragen allgemeiner Bedeutung an die Große Kammer des Gerichtshofs verwiesen worden. Zur Kritik an der Entscheidung des EGMR vgl. auch den Beitrag von **Jakob Cornides**, **Das Verbot der Eizellspende als „Diskriminierung“** (ZfL 2010, S. 106 ff.). (us)

## „Stufenmodell“ für Lebensrecht und Menschenwürde?

Seit einigen Jahren vertreten renommierte Verfassungsrechtler weitgehend unangefochten die These von einem „abgestuften Lebensrecht“ bzw. einer „abgestuften Menschenwürde“, insb. Horst Dreier (Würzburg) und Wilhelm Hufen (Mainz). Diese „Stufenmodelle“ vermögen jedoch rechtlich nicht zu überzeugen (s. zu Dreier auch Beckmann, „Wachsendes Lebensrecht?“, ZRP 2003, S. 97 ff.). In einem kurzen Aufsatz für die Zeitschrift JURA nimmt nun Prof. Dr. Dr. **Norbert Hoerster** die genannten Konzepte aufs Korn (**„Sind Lebensrecht und Menschenwürde ‚abstufbar‘?**, Heft 4/2011, S. 241 – 244).

Wer Hoersters Grundauffassung zum Lebensschutz kennt (s. Ethik des Embryonenschutzes, 2002) weiß, dass es dem Autor nicht darum geht, ungeborenen Kindern eine bessere Rechtsposition zu verschaffen. Von seinem rechtsphilosophischen Ausgangspunkt her haben Embryonen von vornherein keinen Anteil am Grundrechtsschutz aus Art. 1 und 2 GG. Aber soweit einem Lebewesen dieser Schutz grundsätzlich zusteht, will es ihm nicht logisch einleuchten, dass dieser Schutz nur „abgestuft“ und sozusagen scheinbarweise nach Maßgabe der individuellen Entwicklung zugesprochen werden darf. Er vermutet hinter einer solchen Vorgehensweise vordergründige rechtspolitische Interessen. Hoerster kritisiert, dass etwa als Begründung für die Abstufung des Lebensrechts vor der Geburt einfach die geltende strafrechtliche Regelung verwendet wird, als ob das einfache Recht den Inhalt der Verfassung bestimmen könne (S. 242). Es geht ihm weiterhin um die inhaltliche Stringenz des „Stufenmodells“. Denn merkwürdigerweise endet die Abstufung des Lebensrechts etwa bei Dreier mit der Geburt, ohne dass dies nachvollziehbar begründet werde. Die Berufung auf das einfache Recht oder auf „rechtsethische Intuitionen“ (s. S. 243) reiche nicht aus.

Im Ergebnis hält Hoerster sowohl das Konzept eines „abgestuften Lebensrechts“ als auch einer „abgestuften Menschenwürde“ für nichts anderes „als eine Ad hoc-Erfindung zur Pseudolegitimation bestimmter (teils geltender, teils gewünschter) Rechtsnormen.“ (rb)

**Aktion Lebensrecht für Alle (ALfA)  
Christdemokraten für das Leben (CDL)  
Juristen-Vereinigung Lebensrecht (JVL)**

**Symposium:**

## **„Abtreibung – ein neues Menschenrecht?“**

Freitag, 1. Juli 2011  
Mercure Hotel Severinshof Köln City  
Severinstr. 199, 50676 Köln

### **Programm**

- 10.45 Uhr Begrüßung
- 11.00 Uhr *Prof. Dr. iur. Katharina Pabel*  
„Recht auf Abtreibung – reproduktive Rechte der Frau?  
Europäische Perspektiven“
- 12.00 Uhr *Alexandra Maria Linder M. A.*  
„Hilfe für die ‚Dritte Welt‘?  
Internationale Ziele und Strategien zur Bevölkerungsentwicklung“
- 13.00 bis 14.00 Uhr Mittagspause
- 14.00 Uhr *Maria Grundberger*  
„Abtreibung – Fakten, Methoden, Hintergründe“
- 15.00 Uhr *Dr. med. Peter Liese MdEP*  
„Die europäische Dimension –  
Welche Rolle spielen Europaparlament und Kommission?“
- 16.00 Uhr *Prof. Dr. theol. Peter Schallenberg*  
„Recht auf Leben als Menschenrecht –  
Eine sozialetische Analyse“
- 16.45 Uhr Schlusswort

Tagungsbeitrag: 20 Euro (inkl. Tagungsgetränke und Mittagsimbiss).  
Anmeldung: Aktion Lebensrecht für Alle e. V., Ottmarsgässchen 8,  
86152 Augsburg, Fax: 0821-156407; E-Mail: info@alfa-ev.de

### *Juristen streiten über PID bei Expertenanhörung*

Befürworter und Gegner einer Zulassung der Präimplantationsdiagnostik (PID) haben sich bei der Öffentlichen Anhörung vor dem Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages gegenseitig vorgeworfen, eine mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbarende Regelung herbeiführen zu wollen. So erklärte der Bonner Staatsrechtler Matthias Herdegen, der als Sachverständiger von den Initiatoren des Gesetzentwurfes für eine kaum begrenzte Zulassung der PID (Bundestagsdrucksache 17/5451) benannt worden war, sowohl ein gesetzliches Verbot als auch eine weitreichende Beschränkung der PID griffen in die Grundrechte potentieller Eltern ein. Jedes Paar sei „aus verfassungsrechtlicher Sicht im Hinblick auf die Verwirklichung eines Kindeswunsches und im Hinblick auf die Bedingungen einer Schwangerschaft grundrechtlich frei.“ Dazu gehöre auch „diese Entscheidung als eine zu wissende zu treffen.“ Der mit einem gesetzlichen Verbot der Durchführung einer PID verbundene „Zwang zum Nichtwissen im Hinblick auf genetische Dispositionen vor der Implantation“ tangiere sowohl das „Elternrecht“, als auch das „Selbstbestimmungsrecht der Frau“ sowie das „allgemeine Persönlichkeitsrecht von Mann und Frau“. Eine Einschränkung dieser Grundrechte lasse sich weder mit der „Achtung der Menschenwürde“ noch mit dem „Diskriminierungsverbot zugunsten behinderter Menschen“ rechtfertigen. Da es keine Pflicht der Frau gebe, sich sämtliche in vitro erzeugten Embryonen implantieren zu lassen, gebe es für künstlich gezeugte Embryonen auch keine „grundrechtlich gesicherte Lebensperspektive“. Die Implantation eines Embryos müsse daher selbst

dann als eine „qualitative Zäsur“ im Prozess „des ungehinderten Heranreifens des Embryos“ betrachtet werden, wenn man davon ausgehe, dass der Schutz der Menschenwürde mit dem frühestmöglichen Zeitpunkt, der Verschmelzung von Ei- und Spermazelle einsetze. Wer in der PID ein Werkzeug sehe, „angeblich lebensunwertes Leben“ zu verwerfen, verfälsche die „grundrechtlichen Zusammenhänge“. Denn weder zwingt die Menschenwürde zur Implantation noch verlange sie eine „Schwangerschaft im Schleier der Unwissenheit über genetische Dispositionen zu schwerer Krankheit“, so Herdegen. Eine auf schwere Erbkrankheiten beschränkte Diagnostik habe auch „nichts Verächtlichmachendes oder Erniedrigendes“, noch stellten Eltern, die diese durchführen ließen, den „personalen Achtungsanspruch des Embryos in Frage“. Dagegen erklärte der ehemalige Richter am Bundesverfassungsgericht Ernst-Wolfgang Böckenförde, der für ein Verbot der PID (Bundestagsdrucksache 17/5450) plädierte, auch der in vitro gezeugte Embryo sei Träger der Menschenwürde, die darin bestehe, dass ein Mensch um seiner selbst willen anerkannt und geachtet würde. Böckenförde begründete dies damit, dass die Würde, die ein fertiges Wesen auszeichne, sich nicht von dessen Lebensprozess abspalten lasse, sondern ihn umfassen müsse. Andernfalls werde „ein Loch“ in den Entwicklungsprozess des Menschen gerissen. Der ivf-gezeugte Embryo, der einer PID unterzogen werde, werde jedoch „nicht als Subjekt und Zweck an sich selbst anerkannt und gewollt, sondern nur abhängig von bestimmten Anlagen oder Merkmalen, die er hat oder nicht hat.“ Nur unter dieser Voraussetzung, werde ihm „die Chance zum Weiterleben“ eingeräumt. Dies sei jedoch mit unserer Rechts- und Verfassungsordnung nicht zu vereinbaren, die den Staat verpflichte, sich schützend vor das Leben von Menschen und ihrer Entwicklung zu stellen.

### *Russland vor Novellierung von Abtreibungsgesetzgebung*

Russland erwägt offenbar ernsthaft eine verschärfte Abtreibungsgesetzgebung. Das bestätigte die Vorsitzende des Parlamentarischen Ausschusses, Yelena Mizulina, Anfang Juni gegenüber der Nachrichtagentur „Associated Press“. Während der Sowjetzeit sei die Abtreibung eine gängige Methode der Verhütung gewesen. Der Aufklärungsunterricht in den Schulen sei hingegen vernachlässigt worden. Eine Gesetzesvorlage sieht nun unter anderem vor, dass der Kindsvater seine Zustimmung zu einer Abtreibung geben muss. Auch soll der Verkauf der sogenannten „Pille danach“ verboten werden. Mit rund 1,3 Millionen gemeldeten vorgeburtlichen Kindstötungen besitzt Russland eine der höchsten Abtreibungsraten der Welt.

### *Polen: Sejm muss sich mit Abtreibungsgesetz befassen*

Das polnische Parlament muss sich erneut mit den geltenden gesetzlichen Bestimmungen zur Abtreibung befassen. Eine Koalition von polnischen Organisationen hat die für die Einbringung einer Petition geforderten 500.000 Unterschriften erbracht und ein generelles Abtreibungsverbot gefordert. Abtreibungen sind in Polen seit 1993 nur noch bei medizinischer, embryopathischer und kriminologischer Indikation erlaubt. Die Petition trägt den Namen „Gesetz zum Schutz des menschlichen Lebens ab dem Zeitpunkt der Empfängnis“. Die Koalition wurde von den beiden Organisationen „PRO – Stiftung für das Lebensrecht“ und die „Stiftung für einen Nationaltag für die Ungeborenen“ geschmiedet und erhielt die Unterstützung des einflussreichen Instituts Fr. Piotr Skarga (SKCh im. Ks. Piotra Skargi). Das polnische Parlament, der Sejm, ist nun verpflichtet, die Petition anzunehmen und zu beraten.



### 114. Deutsche Ärztetag aktualisiert Berufsordnung

„Ärztinnen und Ärzte haben Sterbenden unter Wahrung ihrer Würde und unter Achtung ihres Willens beizustehen. Es ist ihnen verboten, Patienten auf deren Verlangen zu töten. Sie dürfen keine Hilfe zur Selbsttötung leisten“. So lautet der Beschluss, mit dem der 114. Deutsche Ärztetag Anfang Juni in Kiel seine Berufsordnung aktualisierte. Damit setzten sich innerhalb der Ärzteschaft jene Kräfte durch, die sich in den vergangenen Monaten gegen eine drohende Liberalisierung des Standesrechts in der Frage des ärztlich assistierten Suizids gewandt hatten.

### Arzt leistete Suizidhilfe in bis zu 200 Fällen

Der Berliner Urologe Uwe Christian Arnold will in den vergangenen 15 Jahren bis zu 200 Patienten Beihilfe zum Suizid geleistet haben. Das behauptete der 65-Jährige, der als Stellvertretender Vorsitzender zeitweise dem Vorstand des Vereins „Dignitas Deutschland“ angehörte, vor laufender Kamera Anfang Juni in einem vom ARD-Magazin „Report Mainz“ Anfang Juni ausgestrahlten Beitrag. Wie der Berliner Kurier meldete, hat die Berliner Ärztekammer Arnold am Tag nach der Ausstrahlung daraufhin wegen Verstoßes gegen die ärztliche Berufsordnung verklagt.

### Frankreich: Liberalisierung von Bioethik-Gesetz abgelehnt

Die französische Nationalversammlung hält am grundsätzlichen Verbot der Forschung an menschlichen Embryonen und menschlichen embryonalen Stammzellen fest. Ende Mai

lehnten die Abgeordneten eine vom Senat geforderte Liberalisierung der Embryonenforschung ab. Für das Bioethik-Gesetz, das ein grundsätzliches Verbot der Embryonenforschung vorsieht, stimmten 280 Abgeordnete, 217 votierten dagegen. Nun muss sich der Senat erneut mit dem Gesetz befassen. Halten die Senatoren ihre bisherige Position aufrecht, muss der Vermittlungsausschuss tätig werden. Erzielt dieser keine Einigung, kann die Nationalversammlung ihre Haltung mittels einer weiteren Abstimmung durchsetzen.

Die Abgeordneten stimmten ferner dafür, die Präimplantationsdiagnostik (PID) nur in Ausnahmefällen zuzulassen. Auch hier hatten die Senatoren eine liberalere Regelung gefordert. Ferner hält das Gesetz an dem geltenden Verbot von Leihmutterchaften fest. Darüber hinaus wies die Nationalversammlung auch Vorschläge des Senats zurück, die künstliche Befruchtung zu liberalisieren. Nach dem Willen der Nationalversammlung soll sie auch künftig nur Paaren erlaubt sein, die aus medizinischen Gründen ungewollt kinderlos sind.

### Belgien: Leihmutterchaft auch für Homosexuelle

In Belgien können homosexuelle Paare künftig ein Kind von einer Leihmutter austragen lassen. Wie die Zeitung *De Standaard* berichtet, habe die Ethikkommission der Universitätsklinik Gent dafür grünes Licht gegeben. Es würden die gleichen Kriterien angewandt wie bei heterosexuellen Paaren. Danach müsse eine Leihmutterchaft abgelehnt werden, wenn Zweifel an der Stabilität der Partnerschaft oder an der psychologischen Stabilität der Leihmutter bestünden.

Bei heterosexuellen Paaren würden wegen solcher Vorbehalte derzeit jede zweite Anfrage abgelehnt. Sie erwarte, dass die Rate bei homosexu-

ellen Paaren ähnlich sei, zitiert das Blatt die Leiterin der Abteilung für Reproduktionsmedizin der Universitätsklinik, Petra de Sutter. Die Prüfung eines Gesuchs dauere zwischen sechs und zwölf Monaten. Erst dann könne mit der künstlichen Befruchtung begonnen werden. Dabei könne das homosexuelle Paar selbst entscheiden, wer als Samenspender in Betracht komme. Die benötigte Eizelle dürfe nicht von der Leihmutter, sondern müsse von einer anonymen Spenderin stammen. Damit solle gewährleistet werden, dass die Leihmutter bereit sei, das Kind nach der Geburt abzugeben. Juristisch betrachtet hätten homosexuelle Paare nämlich keine Rechte an dem neugeborenen Kind.

### Kabinettsverabschiedet Novelle des Transplantationsgesetzes

Das Bundeskabinetts hat einen Gesetzentwurf zur Änderung des Transplantationsgesetzes beschlossen. Darin werden die Krankenhäuser ausdrücklich verpflichtet, den Hirntod möglicher Organspender zu melden und aktiv an einer Organentnahme mitzuwirken.

Dem Entwurf zufolge soll es in jeder Klinik künftig einen Transplantationsbeauftragten geben. Er soll potenzielle Organspender melden sowie die Verbindungsstelle zwischen Krankenhaus, Transplantationszentren und der Deutschen Stiftung Organtransplantation (DSO) einnehmen. Zudem soll er das Krankenhauspersonal informieren und beraten. Zwar sind die Kliniken bereits heute verpflichtet, mögliche Organspender zu melden. Tatsächlich sollen aber nur 40 Prozent dieser Verpflichtung nachkommen.

Der Gesetzentwurf stärkt auch die Rolle der DSO als Koordinierungsstelle. Sie soll eine wesentliche Funktion in dem von der EU vorgeschriebenen System für Qualität und Sicherheit einnehmen.