

Thema: Patientenverfügung

- Dorothea Magnus* Natürlicher Wille versus vorausverfügter Wille: Die jüngste Rechtsprechung des BGH zur Patientenverfügung, S. 2
- Donata Gräfin v. Kageneck* Die Entscheidungen des BGH vom 16.7.2016 und vom 8.2.2017 und ihre Konsequenzen für die Praxis, S. 12
- Bundesgerichtshof* Anforderungen an eine bindende Patientenverfügung - Bestimmtheitsgrundsatz, Geltungsbereich, Konkretisierung der ärztlichen Maßnahmen und Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen, S. 32

Debatte: Die kriminalpolitische Diskussion um § 219a StGB

- Monika Frommel* Haben Ärzte ein Recht zur Information über ihre Bereitschaft, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen?, S. 17
- Klaus Gärditz* Das strafrechtliche Verbot der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB) - Anachronismus oder sinnvolle Schutzergänzung?, S. 18
- Helmut Satzger* § 219a StGB ist verfassungsrechtlich und strafrechtsdogmatisch nicht zu beanstanden, aber jedenfalls kriminalpolitisch zu überdenken!, S. 22
- Christoph Sowada* Die Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) zwischen strafloser Information und verbotbarer Anpreisung, S. 24
- Tonio Walter* Was sollen und was dürfen Kriminalstrafen? Eine Antwort am Beispiel des § 219a StGB, S. 26
- Kriminalpolitischer Kreis* Stellungnahme zum Straftatbestand der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB) mit einer Einleitung von *Elisa Hoven*, S. 30
- Amtsgericht Gießen* Der Hinweis einer Ärztin auf ihrer Homepage, dass in ihrer Praxis Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden, erfüllt den Tatbestand des § 219a StGB, S. 31

Rezension

- Gunnar Duttge* Festschrift für Franz-Josef Dahm, S. 39

Editorial

- 1 Konzeptlos?

Thema

PD Dr. Dorothea Magnus, Hamburg

- 2 Natürlicher Wille versus vorausverfügter Wille: Die jüngste Rechtsprechung des BGH zur Patientenverfügung

Donata Gräfin von Kageneck, Bornheim/München

- 12 Die Entscheidungen des BGH vom 16.7.2016 und vom 8.2.2017 und ihre Konsequenzen für die Praxis

Debatte

Prof. Dr. Monika Frommel, Kiel

- 17 Haben Ärzte ein Recht zur Information über ihre Bereitschaft, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen?

Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Bonn

- 18 Das strafrechtliche Verbot der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB) – Anachronismus oder sinnvolle Schutzergänzung?

Prof. Dr. Helmut Satzger, München

- 22 § 219a StGB ist verfassungsrechtlich und strafrechtsdogmatisch nicht zu beanstanden, aber jedenfalls kriminalpolitisch zu überdenken!

Prof. Dr. Christoph Sowada, Greifswald

- 24 Die Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) zwischen strafloser Information und verbotbarer Anpreisung

Prof. Dr. Tonio Walter, Regensburg

- 26 Was sollen und was dürfen Kriminalstrafen? Eine Antwort am Beispiel des § 219a StGB

Prof. Dr. Elisa Hoven, Köln

- 30 Einleitung zur Stellungnahme des Kriminalpolitischen Kreises

Kriminalpolitischer Kreis

- 31 Stellungnahme zum Straftatbestand der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB)

Judikatur

- 32 BGH: Anforderungen an eine bindende Patientenverfügung
38 AG Gießen: Der Hinweis einer Ärztin auf ihrer Homepage, dass in ihrer Praxis Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden, erfüllt den Tatbestand des § 219a StGB

Rezension

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen

- 39 Glück auf! Medizinrecht gestalten. Festschrift für Franz-Josef Dahm

Aus der JVL

Prof. Dr. Axel W. Bauer, Mannheim

- 42 Von der Medizingeschichte zur Bioethik
43 Einladung zur Jahrestagung
44 Einladung zur Mitgliederversammlung

III Trends

impressum

Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)

ISSN 0944-4521

Redaktion

Rainer Beckmann, Würzburg (rb); Helene Maria Jaschinski, Freiburg (hmj); Knut Wiebe, Köln (kw); Thomas Windhöfel (verantwortlich), Landau (tw); Dr. Michael Zecher, Ilsfeld (mz)

Anschrift der Redaktion

Klingbachstr. 22
76829 Landau
eMail: zfl@juristen-vereinigung-lebensrecht.de

Herausgeber

Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.
Postfach 50 13 30
D-50973 Köln
Telefon: 02233 / 376 775
Telefax: 02233 / 949 6848

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

Vorstand der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.

Prof. Dr. Christian Hillgruber, Bonn; Rainer Beckmann, Richter am AG, Würzburg; Prof. Dr. Klaus-Ferdinand Gärditz, Bonn; Knut Wiebe, Richter am LG a. D., Köln

Satz & Layout

Rehder Medienagentur, Aachen

Druck

Luthe Druck und Medienservice, Köln

Abonnement

Die ZfL erscheint im Allgemeinen viermal jährlich. Das Jahresabonnement beträgt 22 Euro zzgl. Versand.

Zahlungen erfolgen über die Volksbank Köln Bonn eG, IBAN: DE90 3806 0186 8712 5700 17, BIC: GENODE33HAN. Bestellungen an den Herausgeber erbeten. **Bitte die neue Kontoverbindung beachten.**

Hinweis

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

Leserbriefe und Manuskripte ...

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

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

Herausgeberbeirat

Prof. Dr. med. Axel W. Bauer, Mannheim

Prof. Dr. iur. Gunnar Duttge, Göttingen

Prof. Dr. theol. Ulrich Eibach, Bonn

Prof. Dr. iur. Klaus F. Gärditz, Bonn

Prof. Dr. med. Hermann Hepp, München

Prof. Dr. iur. Christian Hillgruber, Bonn

Prof. Dr. iur. Winfried Kluth, Halle

Prof. Dr. iur. Winrich Langer, Marburg

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Harro Otto, Bayreuth

Prof. Dr. iur. Katharina Pabel, Linz

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. phil. Paul-Ludwig Weinacht, Würzburg

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

Konzeptlos?

„Die wohlgearteten Bürger an Leib und Seele werden die Ärzte heilen, die entgegengesetzten aber, wenn sie in Bezug auf den Leib so sind, lassen sie sterben...“ So beschreibt Platon die Medizin im idealen Staat, und manchmal gewinnt man den Eindruck, in diesem Sinne näherte sich unser Land in der Tat dem platonischen Ideal. Indes, wie Aristoteles gesagt haben soll: „Platon ist unser Freund, doch mehr Freund ist uns die Wahrheit.“

Die Entwicklung der letzten Jahre, vom Urteil des *Bundesgerichtshofs* im Fall *Putz* (ZfL 2010, 92 ff.) bis zur Pentobarbital-Entscheidung des *Bundesverwaltungsgerichts* (ZfL 2017, 64 ff.) und zum „Leben als Schaden“-Urteil des *Oberlandesgerichts München* vom 21. Dezember 2017 (zum Abdruck vorgesehen für ZfL 2/2018) ist nicht zu erklären ohne die Einführung der §§ 1901a ff. BGB über die Patientenverfügung im Jahre 2009. Es verdient daher Aufmerksamkeit, dass der *BGH* nun in zwei Grundlagenentscheidungen vom 6. Juli 2016 (ZfL 2016, 107 ff.) und vom 7. Februar 2017 (in diesem Heft, S. 32 ff.) die Anforderungen an eine wirksame Patientenverfügung präzisiert. Die Abhandlung von *Dorothea Magnus* beleuchtet die Entscheidungen aus wissenschaftlicher Sicht, der Beitrag von *Donata Gräfin v. Kageneck* aus Sicht der anwaltlichen Praxis. Dass der *BGH* dem natürlichen Lebenswillen des Patienten den Vorrang einräumt gegenüber einem vom Gesunden unterschriebenen Formular, gegenüber Ärzten, Angehörigen und Betreuern, wird von unseren Autorinnen mit Recht begrüßt (vgl. auch *Beckmann*, ZfL 2015, 102 ff. und *Windhöfel*, Editorial zu Heft 3/2016).

Den zweiten Schwerpunkt dieses Heftes bildet die kriminalpolitische Diskussion um § 219a StGB. Wir dokumentieren den Auslöser der Debatte, das Urteil des *Amtsgerichts Gießen* im Fall *Hänel*, vor allem aber dokumentieren wir die Debatte selbst in ihren kontroversen Positionen. Aus Sicht der Redaktion sollte diese Kontroverse mit Besonnenheit und ohne Polemik geführt werden, vor allem aber sollte sie überhaupt stattfinden, und zwar *bevor* ein nervöser Gesetzgeber in eifriger Unbedachtheit tätig wird. Wir bedanken uns

bei *Monika Frommel*, die am Gießener Prozess als Verteidigerin mitgewirkt hat, sowie den anderen Wissenschaftlern (*Gärditz, Satzger, Sowada, Walter*), die uns ihr Statement zur Verfügung gestellt haben, ferner bei *Elisa Hoven* für die Genehmigung zum Abdruck der Stellungnahme des Kriminalpolitischen Kreises und ihre Kurzstellungnahme.

Beide Schwerpunktthemen scheinen auf den ersten Blick nichts miteinander gemein zu haben. Doch geht es in beiden Fällen um die Frage des Schutzes menschlichen Lebens, an seinem Beginn in dem einen, an seinem Ende in dem anderen Falle (vgl. auch *Wiebe*, ZfL 2010, 130 ff. zum Zusammenhang zwischen PID und Sterbehilfe). Und auch wenn es für manchen so aussehen mag: es handelt sich weder bei den Anforderungen an Patientenverfügungen noch bei dem Verbot der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche um „formalistische“ Randfragen, sondern im einen wie im anderen Falle um den Kern des Lebensschutzes. In beiden Fällen, bei der Patientenverfügung wie bei § 219a StGB, geht es um die Frage, ob unsere Rechtsordnung ein Konzept für den Schutz des Lebens hat, das der Schutzpflicht des Staates genügt, und ob dieses Konzept – um die Formulierung *Duttges* (in diesem Heft S. 41) aufzugreifen – den Ansprüchen an eine differenzierte und wertebezogene Rechtsordnung entspricht.

Diese Zeitschrift will auch im neuen Jahrgang ein Forum sein, darüber nachzudenken.

Thomas Windhöfel

PD Dr. Dorothea Magnus, LL.M., Hamburg*

Natürlicher Wille versus vorausverfügter Wille: Die jüngste Rechtsprechung des BGH zur Patientenverfügung

Der BGH hat jüngst zwei bedeutende Entscheidungen zur Patientenverfügung gefällt, die ihre Auslegung auf neue Grundsätze stützen. Beide Entscheidungen haben Bedeutung für die Praxis. Zum einen räumen sie dem natürlichen Willen des Einwilligungsfähigen stärkeres Gewicht ein, zum anderen konkretisieren sie die Anforderungen an Patientenverfügungen. Dahinter steht unausgesprochen das Ziel, die Restautonomie des Einwilligungsunfähigen zu stärken sowie durch konkretere Vorgaben in der Patientenverfügung Fehlinterpretationen vorzubeugen und Rechtssicherheit zu schaffen.

I. Entscheidung des BGH zum natürlichen Willen im Rahmen von Patientenverfügungen

1. Rechtliche Bedeutung des natürlichen Willens

Personen, die nicht mehr in der Lage sind, einen selbstbestimmten Willen zu bilden, gelten als autonomieunfähig. Ihr irgendwie artikulierter (natürlicher) Wille entfaltet in rechtlicher Hinsicht bislang keine Bindungskraft. Im Rahmen von Patientenverfügungen findet dieser verbal oder nonverbal ausgedrückte natürliche Wille nur bei der Frage Beachtung, ob die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation des nicht mehr Einwilligungsfähigen noch den vorausverfügten Angaben entspricht. Ansonsten ist der natürliche Wille unbeachtlich. Der BGH hat sich in einer bedeutenden Entscheidung aus dem Jahr 2016 von diesen Grundsätzen bis zu einem gewissen Grad gelöst. Zugleich hat er die Anforderungen an Patientenverfügungen im Zusammenhang mit dem Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen konkretisiert. In dem obiter dictum dieser Entscheidung misst der BGH als Teil der Konkretisierungen dem natürlichen Willen des Betroffenen Einwilligungsunfähigen rechtliche Bedeutung zu. So heißt es in der Entscheidung: „Der Bevollmächtigte muss nach § 1901a Abs. 1, S. 1, Abs. 5 BGB prüfen, ob eine eigene, in einer Patientenverfügung (...) niedergelegte Entscheidung des Betroffenen vorliegt und ob diese auf die aktuell eingetretene Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen zutrifft. In diesem Zusammenhang hat der Bevollmächtigte auch zu hinterfragen, ob die Entscheidung noch dem Willen des Betroffenen entspricht, was die Prüfung einschließt, ob das aktuelle Verhalten des nicht mehr entscheidungsfähigen Betroffenen konkrete Anhaltspunkte dafür liefert, dass er unter den gegebenen Umständen den zuvor schriftlich geäußerten Willen nicht mehr gelten lassen will, und ob er bei seinen Festlegungen diese Lebenssituation mitbedacht hat (vgl. BT-Drucks. 16/8442, S. 14)“.¹ Damit räumt der

BGH dem natürlichen Willen entscheidendes Gewicht bei der Frage der Bindungswirkung der Patientenverfügung ein. Zeigt das aktuelle Verhalten etwa des Demenzkranken, dass er weiterleben will, obgleich er in der Patientenverfügung den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen verfügt hatte, dürfen sich Bevollmächtigte oder Betreuer nicht darüber hinwegsetzen. Zeigt mithin das aktuelle Verhalten einen Lebenswillen, ist dieser beachtlich. Die sich aufdrängende Konsequenz wäre, die Patientenverfügung dann nicht umzusetzen. Die Verfügung ist ferner auch daraufhin zu prüfen, ob der Verfügende seine mögliche Willensänderung vorausgesehen hat und die geänderte Lebenssituation mitbedacht hat. Hat er hierzu Angaben gemacht, so kann sich der Verfügende selbst im Hinblick auf seine Willensänderung binden. Auch das hat der Betreuer bzw. Bevollmächtigte zu beachten. Das sind weitreichende Konsequenzen. Der BGH hat mit diesem obiter dictum klar den Willen des Gesetzgebers umgesetzt. Seine Ausführungen entsprechen fast wortgleich denen des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung zur Einführung des § 1901a BGB.² Der Gesetzgeber führt in seiner Begründung noch konkrete Anhaltspunkte dafür an, die der Betreuer bei der Prüfung, ob der Betroffene seinen Willen geändert hat, zu beachten hat. Ob das „aktuelle Verhalten des nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten unter den gegebenen Umständen den zuvor schriftlich geäußerten Willen nicht mehr gelten lassen will und ob der Betroffene bei seinen Festlegungen diese Lebenssituation mitbedacht hat, zeigt sich z. B. anhand von „situativ spontanem Verhalten des Patienten gegenüber vorzunehmenden oder zu unterlassenden ärztlichen Maßnahmen, nicht jedoch bei unwillkürlichen, rein körperlichen Reflexen. Der Dialog zwischen Arzt und Pflegeteam einerseits und Betreuer bzw. Be-

* Die Verfasserin ist Privatdozentin für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Hamburg.

1 BGH, Beschl. v. 6.7.2016 – XII ZB 61/16, ZfL 2016, 107 = NJW 2016, 3297 = medstra 2017, 32 (35) = MedR 2017, 36 (mit Anm. Sternberg-Lieben) = DNotZ 2017, 199 (mit Anm. Renner) = NZFam 2017, 959 (mit Anm. Weber) = notar 2017, 142 (mit Anm. Raude).
2 BT-Drs. 16/8442, S. 14/15: Der Betreuer hat in den „Fällen nach § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB-E zu prüfen, ob die Patientenverfügung auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, ob sie für diese Situation eine Entscheidung über die anstehende ärztliche Maßnahme enthält und ob sie noch dem Willen des Patienten entspricht. Diese Prüfung umfasst alle Gesichtspunkte, die sich aus der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen ergeben. Das schließt auch die Prüfung ein, ob das aktuelle Verhalten des nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten konkrete Anhaltspunkte dafür zeigt, dass er unter den gegebenen Umständen den zuvor schriftlich geäußerten Willen nicht mehr gelten lassen will und ob der Betroffene bei seinen Festlegungen diese Lebenssituation mitbedacht hat“.

vollmächtigtem und den Angehörigen andererseits gewinnt in solchen Situationen eine entscheidende Bedeutung. Ergibt diese Prüfung, dass sich die Sachlage nachträglich so erheblich geändert hat, dass die frühere selbstverantwortlich getroffene Entscheidung eben diese aktuelle Lebenssituation nicht umfasst, kann der Betreuer von den getroffenen Festlegungen abweichen“.³

2. Berücksichtigung geänderter Wünsche des Einwilligungsunfähigen

Der Gesetzgeber und im Anschluss daran der BGH tragen damit dem Umstand Rechnung, dass die Wünsche und Interessen des Patienten im kranken, einwilligungsunfähigen Zustand von denen im gesunden Zustand abweichen können. Der Blick eines Todkranken, aber auch eines nicht sterbenskranken, jedoch einwilligungsunfähig gewordenen Patienten auf die verbleibende Lebenszeit ist ein anderer als der eines Gesunden. Entscheidungen können daher anders ausfallen, je nach dem gesundheitlichen Zustand, in dem sich der Betroffene befindet. Die Einstellungen des Patienten können sich mithin je nach Alter, Krankheit und persönlicher Situation ändern, so dass den Aussagen über die Zukunft stets eine gewisse Vagheit innewohnt. Diesem Einwand begegnet das Gesetz zwar zum einen damit, dass der – einwilligungsfähige – Patient die Verfügung jederzeit widerrufen kann (§ 1901a Abs. 1 Satz 3 BGB). Zum anderen soll der Betreuer bzw. Bevollmächtigte prüfen, ob der Patientenwille der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation entspricht, § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB. Ergibt sich eine Übereinstimmung, so könnte man sagen, sei damit den Vorstellungen des Verfügenden ausreichend Rechnung getragen. Die Patientenverfügung muss umgesetzt werden. Fehlt es an einer Übereinstimmung, so sind die Behandlungswünsche oder der mutmaßliche Wille des Betroffenen festzustellen und umzusetzen. Auch in diesem Fall könnte man behaupten, sei einer geänderten Einstellung des Patienten ausreichend Rechnung getragen. Die größte Schwierigkeit und Herausforderung ist es dabei, herauszufinden, ob die Patientenverfügung immer noch dem aktuellen Willen des Patienten entspricht. Wenn der Patient die Verfügung nicht widerrufen hat, ist sie nämlich grundsätzlich bindend und muss ausgeführt werden, obgleich ein Arzt auch nicht verpflichtet werden kann, sie durchzusetzen.

3. „Widerruf“ der Patientenverfügung durch Einwilligungsunfähigen zur Vermeidung von Missbrauch

Fraglich ist, ob auch der Einsichtsunfähige die Patientenverfügung widerrufen kann. Nach einer verbreiteten Ansicht ist ein Widerruf durch einen Einsichtsunfähigen nicht möglich.⁴ Als Grund dafür wird angeführt, da die Patientenverfügung nur von einem Einsichtsfähigen er-

stellt werden könne, sei ihr Widerruf als *actus contrarius* auch nur von einem Einsichtsfähigen möglich. Der irgendwie artikuliert natürliche Wille eines nicht mehr Einwilligungsfähigen sei dann nur noch bei der Prüfung des Betreuers relevant, ob die Festlegungen in der Patientenverfügung auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen (§ 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB). Die neue BGH Entscheidung und die Gesetzesbegründung lassen es offen, ob sie dieser Ansicht folgen. Nach hier vertretener Auffassung sprechen die besseren Gründe dafür, auch dem Einsichtsunfähigen ein Widerrufsrecht zuzustehen. Wollte man den natürlichen Willen des Betroffenen nur bei der Auslegung, ob die Patientenverfügung der aktuellen Lebenssituation entspreche, berücksichtigen, läge man diese Auslegung vollständig in die Hände des Betreuers und Bevollmächtigten. Patientenverfügungen schaffen ein erhebliches Missbrauchspotential. Es droht die Gefahr, dass der Betreuer, der in der Regel ein Angehöriger ist, einen etwaigen Lebenswillen des Patienten aus eigensüchtigen Gründen verneint, damit z.B. das Erbe nicht für die letzte Behandlungszeit ausgegeben wird oder damit er nicht die Mühen und Lasten einer aufreibenden Behandlung tragen muss. Schon der Sachverhalt einer Entscheidung des BGH vom 10.11.2010 ist dafür ein deutlicher Beleg.⁵ Hier wollte der Schwiegersohn – ein Betreuer war gar nicht bestellt – das Leben der schwer, aber nicht hoffnungslos kranken Schwiegermutter aus egoistischen Motiven unter Berufung auf eine Patientenverfügung beenden.

Auch die Entscheidung des BGH vom 6.7.2016 zeigt die deutlichen Divergenzen, die zwischen Angehörigen über die Frage entstehen können, ob die betroffene Patientin weiterleben soll oder nicht. Da der Lebenswille gewöhnlich nicht schriftlich niedergelegt ist und der Betreuer einen Auslegungsspielraum hat, ist das Risiko eines Missbrauchs nicht von der Hand zu weisen. Es bestehen kaum Möglichkeiten einen Gegenbeweis zu führen, zumal wenn in der Patientenverfügung selbst der Behandlungsabbruch noch eindeutig gefordert wurde. Damit ist der entscheidungsunfähige Patient faktisch an seine Patientenverfügung gebunden bzw. in die Hand seines Betreuers gegeben. Hätte er keine Patientenverfügung aufgesetzt, müssten die Ärzte ihn weiterbehandeln und weiterleben lassen, sofern noch eine medizinische Indikation besteht. Der Betreuer kann also dafür sorgen, dass die Patientenverfügung durchgesetzt und die Behandlung abgebrochen wird.

Diese Missbrauchsgefahr kann auch nicht von § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeräumt werden, nach dem der Be-

3 BT-Drs. 16/8442, S. 14/15.

4 MK/BGB/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 1901a Rn. 35; Spickhoff, FamRZ 2009, 1949 (1955); im Ergebnis auch Olzen, JR 2009, 354 (357); Olzen/Schneider, MedR 2010, 745; Palandt-Götz, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1901a Rn. 25; wohl auch Albrecht/Albrecht, MittBay-Not 2009, 426 (431).

5 BGH ZfL 2011, 20 = NStZ 2011, 274 m. Anm. Verrel.

treuer den Wünschen des Betreuten zu entsprechen hat. Auch diese Vorschrift gibt dem Betreuer einen Spielraum und die nur auf natürlicher Willensäußerung beruhenden Wünsche können mit Hinweis auf einen ausdrücklichen Willen in der Patientenverfügung übergangen werden. Schließlich bietet auch das nach § 1901b Abs. 1 BGB erforderliche Zusammenwirken von Betreuer bzw. Bevollmächtigtem und Arzt nur wenig Schutz. Denn der Arzt prüft nur, welche ärztliche Behandlung im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert ist und erörtert dies mit dem Betreuer unter Berücksichtigung des Patientenwillens. Ausdruck und Geltung verschafft dem Patientenwillen aber der Betreuer, § 1901a Abs. 1 Satz 2 BGB.⁶ Selbst die Einschaltung des Betreuungsgerichts kann nur dann ein Schutzinstrument sein, wenn das Gericht angerufen wird. Das ist aber in den kritischen Fällen keineswegs immer gewährleistet.⁷ Die Patientenverfügung ist daher ein gefährliches Instrument. Diesen Missbrauchsgefahren kann nur vorgebeugt werden, indem der irgendwie artikuliert – natürliche – Wille, der auf einen Lebenswillen schließen lässt, stets zu berücksichtigen ist und die Patientenverfügung außer Kraft setzt.

4. Verfügung auf den Tod

Es darf auch nicht aus dem Blickfeld geraten, dass Patientenverfügungen wohl in der überwiegenden Zahl der Fälle auf den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen gerichtet sind. Möchte der Verfügende lebenserhaltende Maßnahmen bekommen, so braucht er – in der Regel – keine Patientenverfügung aufzusetzen. Denn gibt es keine anderslautenden Hinweise des Patienten, so muss der Arzt alles medizinisch Sinnvolle und Mögliche tun, um den Patienten – auch am Lebensende – am Leben zu erhalten. Sind aber Patientenverfügungen überwiegend auf den Behandlungsabbruch und damit letztendlich auf den Tod ausgerichtet, so besteht die Gefahr, dass schon Jahre vor dem Eintritt des verfügten Falles klar ist, wie und unter welchen Umständen der Betroffene sterben will. Diese Kalkulierbarkeit des Todes ist ein Instrument, das die Gefahr eines erheblichen psychologischen Druckpotentials in sich birgt. Ist es der Beweggrund des Verfassers einer Patientenverfügung, der häufiger anzutreffen sein dürfte, seinen Angehörigen später nicht zur Last zu fallen, so können gerade diese Angehörigen und damit die Erben mit Erfolg zum Verfassen einer solchen Patientenverfügung drängen, die lebenserhaltende Maßnahmen ausschließt.⁸ Damit würde der Todeswunsch aber schriftlich fixiert und die – sei es auch nur psychologische – Bindung würde deutlich stärker werden, als es ohne die Verfügung der Fall wäre. Tendenziell dürften es eher Personen sein, die wegen bestehender oder sich abzeichnender Krankheit eine Patientenverfügung errichten. In der Regel

sind Gesunde oder nicht Schwerkranke weniger daran interessiert, Festlegungen für den Fall zu treffen, dass sie selbst zu keiner Entscheidung mehr fähig sind und an den Fall eines ernsthaften eigenen Betroffenenseins zu denken.⁹ Trifft das zu, dann lastet der genannte psychologische Druck damit aber auf den ohnehin schon Geschwächten. Umso mehr ist es daher erforderlich, die freiverantwortliche Erstellung der Verfügung sicherzustellen, z.B. auch indem ein Arzt des Vertrauens bei der Erstellung hinzugezogen wird, und zudem dem natürlichen Willen des später Einwilligungsunfähigen entscheidende Bedeutung beizumessen.

5. Autonomer Wille und Anweisungen im Hinblick auf den Widerruf

Nun ließe sich einwenden, dass umgekehrt auch ein Einsichtsfähiger, der seine negative Patientenverfügung genau für den antizipierten Fall seiner Einsichtsunfähigkeit verfasst hat, um den Vorrang eines natürlichen Willens, der sich in dieser Lage möglicherweise zeigen wird, zu verhindern, ebenfalls faktisch gebunden werde und zwar durch das Hinwegsetzen über diese Patientenverfügung durch sein späteres einwilligungsunfähiges Ich. Denn genau das wollte er ja durch die Patientenverfügung verhindern. Dem lässt sich entgegnen, dass die Änderung des Willens gerade in Fällen der Einwilligungsunfähigkeit nicht selten vorkommt – man denke etwa an die Persönlichkeitsveränderungen im Rahmen von Demenz – und eine solche Willensänderung zu beachten ist, selbst wenn sie sich nur in einem rudimentären natürlichen Willen artikuliert und nur falls sie *pro vita* erfolgt. Das gebietet der hochrangige Lebensschutz gegenüber Einwilligungsunfähigen, der in diesen Fällen vorrangig ist. Das bedeutet aber auch im entgegengesetzten Fall, dass der Sterbewille eines Einwilligungsunfähigen, seine im einsichtsfähigen Zustand verfasste Patientenverfügung, die eindeutig die Fortsetzung der

6 So überzeugt auch nicht die Ansicht des BGH, der dem Schutz des Betroffenen vor einem Missbrauch durch den Bevollmächtigten bzw. Betreuer dadurch Rechnung getragen sieht, dass eine wechselseitige Kontrolle zwischen Arzt und Betreuer bei der Entscheidungsfindung stattfindet, BGH ZfL 2016, 107 = NJW 2016, 3297, 3301; BGHZ 202, 226 = ZfL 2014, 57 = FamRZ 2014, 1909 Rn. 18; BT-Drucks. 16/8442, S. 19.

7 Dem Schutz des Patienten vor einem etwaigen Missbrauch der Befugnisse des Bevollmächtigten wird entgegen der Auffassung des BGH nicht dadurch ausreichend Genüge getan, dass „jeder Dritte, insbesondere Ehegatte, Lebenspartner, Verwandter oder Vertrauensperson des Betreuten, aufgrund des Amtsermittlungsprinzips im Betreuungsverfahren jederzeit eine betreuungsgerichtliche Kontrolle der Entscheidung des Bevollmächtigten in Gang setzen kann. BGH ZfL 2016, 107 = NJW 2016, 3297, 3301; BGHZ 202, 226 = ZfL 2014, 58 = FamRZ 2014, 1909 Rn. 18; BT-Drucks. 16/8442 S. 19.

8 Auch insoweit macht der Fall BGH ZfL 2011, 20 = NSStZ 2011, 274 m. Anm. Verrel nachdenklich.

9 Arnold, in: Evangelische Akademie (Boll) (Hrsg.): Patientenautonomie – Patientenvertretung, Begründung und Ansätze zu ihrer Verwirklichung, 2002, 3.

lebensverlängernden Behandlung verlangt hat, nicht außer Kraft setzen kann. Auch hier ist wieder im Sinne des Lebensschutzes zu entscheiden.

Sieht der Ersteller indes bereits beim Verfassen der Patientenverfügung voraus, dass er einen entgegenstehenden natürlichen Willen zu entwickeln vermag und will dieser Situation vorbeugen, so wäre es empfehlenswert, einen entsprechenden Passus in der Patientenverfügung aufzunehmen.¹⁰ Es handelt sich hier um eine sog. Odysseus-Anweisung, also um vorausschauende Bitten von Patienten an Ärzte, eigene spätere Behandlungspräferenzen nicht zu befolgen.¹¹ Odysseus-Anweisungen nennt man sie, weil in Homers *Odyssee* sich Odysseus auf seiner Irrfahrt an einen Mast binden ließ, um nicht dem Gesang der Sirenen zu folgen und sich ins Meer zu stürzen; er gab dabei seinen Matrosen, die sich die Ohren mit Wachs verstopfen mussten, den Befehl, ihn auch dann nicht loszubinden, wenn er dies dringend verlangen würde.¹² Das wäre bei Patientenverfügungen dann der Fall, wenn der Demente die Fortsetzung der Behandlung verlangt, obgleich er zuvor im noch entscheidungsfähigen Zustand eine Weiterbehandlung ausgeschlossen hatte. Damit erklärt er seinen etwaigen späteren Widerruf für unbeachtlich. Hat der Ersteller indes keine solche Odysseus-Anweisung getroffen, ist der Widerruf unter den o.g. Voraussetzungen wirksam und bindet die behandelnden Ärzte. Dass solche vorausschauenden Überlegungen relevant sind, lässt sich auch mit Blick auf die BGH Entscheidung vom 6.7.2016 begründen. Indem der BGH in seinem obiter dictum zum natürlichen Willen darauf abstellt, ob der Betroffene die spätere „Lebenssituation mitbedacht habe“, misst er vorausschauenden Überlegungen auf die spätere Lebenssituation, in welcher der Wille des Betroffenen sich geändert haben könnte, Bedeutung zu.

6. Besonderer Fall: Wachkomapatienten

Besonders schwierig zu entscheiden und ethisch äußerst heikel sind die Fälle, in denen der Patient gar nicht mehr ansprechbar ist, z.B. im Wachkoma liegt. Ist der Wachkoma irreversibel und hat der Patient für diesen Fall Anordnungen in seiner Patientenverfügung getroffen, so ist die Patientenverfügung umzusetzen. Der Widerruf einer etwaigen Patientenverfügung ist ihm hingegen unmöglich. Enthält die Patientenverfügung hingegen für die derzeitige Behandlungssituation der Betroffenen keine hinreichend bestimmten Angaben zu den medizinischen Maßnahmen, in die die Betroffene einwilligt oder die sie ablehnt, dürften sich aus der Patientenverfügung, so ist dann zu prüfen, „ob ein Abbruch der künstlichen Ernährung dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht. Der mutmaßliche Wille ist anhand konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln, insbesondere anhand früherer mündlicher oder schriftlicher Äußerungen (die jedoch keinen Bezug zur aktu-

ellen Lebens- und Behandlungssituation aufweisen), ethischer oder religiöser Überzeugungen und sonstiger persönlicher Wertvorstellungen des Betroffenen (§ 1901a Abs. 2 S. 2 und 3 BGB). Der Betreuer stellt letztlich eine These auf, wie sich der Betroffene selbst in der konkreten Situation entschieden hätte, wenn er noch über sich selbst bestimmen könnte“.¹³

Liegt gar keine Patientenverfügung vor, die diesen Fall erfasst hat und ist auch ein mutmaßlicher Willen – bezüglich einer Weiterbehandlung – nicht feststellbar, so stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien zu entscheiden ist, ob die Behandlung weitergeführt oder abgebrochen werden soll. Die Beschlussempfehlung und der Bericht des 6. Rechtsausschusses enthält für diese Fälle den Hinweis: „Ist ein mutmaßlicher Wille nicht feststellbar, entscheidet der Betreuer nach allgemeinen Grundsätzen, also unter Berücksichtigung der Wünsche und des Wohls des Betreuten. Im Zweifel hat hier der Lebensschutz Vorrang.“¹⁴ Im Gesetz findet sich die entsprechende Umsetzung in § 1901a Abs. 2 BGB.

Dem ist ohne weiteres zuzustimmen. Ist das Wohl auf Lebenserhaltung gerichtet, dann darf eine Behandlung nur in Ausnahmefällen abgebrochen werden, wenn die medizinische Behandlung sinnlos geworden ist. Sinnlos ist eine therapeutische Maßnahme dann, wenn sie weder lebensverlängernd noch leidmindernd wäre.¹⁵ Die Bundesärztekammer hat in diesem Sinne deutlich gemacht, dass „weder der Patient noch sein Vertreter oder seine Angehörigen verlangen können, dass der Arzt eine medizinisch nicht indizierte Maßnahme durchführt. Besteht keine medizinische Indikation zur Einleitung oder Weiterführung einer Maßnahme, so darf diese nicht (mehr) durchgeführt werden“.¹⁶ Das Therapieziel werde dann von lebensverlängernden Maßnahmen auf palliative Ziele umgestellt. Welche Folge die Bundesärztekammer an dieses „nicht dürfen“ knüpfen will, führt sie allerdings nicht aus.¹⁷ Es ist aber zu vermuten, dass sie es als rechtliches „nicht dürfen“ versteht, da es ansonsten folgenlos bleiben würde. Ein Arzt handelte demnach nicht erlaubt und damit rechtswidrig, wenn er nicht indizierte, lebensverlängernde Maßnahmen durchführte. Ob er dafür strafrechtlich belangt werden

10 So auch die Forderung von Lindner/Huber NJW 2017, 6, 10.

11 Hallich, ZPhF 65 (2011), 151 ff.

12 Vgl. Homer: *Odyssee*, XII Gesang, Vers 154-200 (dt. Übersetzung v. J.H.Voß).

13 BGH, Beschl. v. 7.2.2017 – XII ZB 604/15 in diesem Heft S. 32 (36) mit Verweis auf die Senatsbeschlüsse BGHZ 202, 226 = ZfL 2014, 58 = 36, FamRZ 2014, 1909, Rn. 26 m.w.Nachw., und v. 6.7.2016 – XII ZB 61/16 = ZfL 2016, 107 = FamRZ 2016, 1671, Rn. 56.

14 BT-Drs. 16/13314, S. 4.

15 Fischer, in: Heinrich/Jäger/Achenbach u.a. (Hrsg.): *Strafrecht als Scientia Universalis*, FS-Roxin, 2011, 557 (567).

16 Die medizinische Indikation ist „das fachliche Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf dem konkreten Fall“, BGH v. 17.3.2003, NJW 2003, 1588 (1593).

17 Bundesärztekammer, DÄBl v. 7. 5. 2010, A 882.

soll, bleibt offen.¹⁸ Die Auffassung der Bundesärztekammer lässt jedoch vermuten, dass zumindest berufsrechtliche Sanktionen an ein solches Verhalten geknüpft werden können.

Die weitergehende Frage, ob Arzt und Betreuer bei einem Koma-Patienten einen mutmaßlichen Willen auf Lebensbeendigung unterstellen dürfen, wenn eine eindeutige Willensbekundung fehlt, ist umstritten. So sind einige Vertreter im Schrifttum der Ansicht, dass hier eine mutmaßliche Einwilligung abzulehnen sei, weil in Hinblick auf das Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) eine Vermutung dafür gelte, „dass der Grundrechtsinhaber ein unbeeinträchtigtes Fortdauern seines Lebens will“.¹⁹ Die Gegenmeinung hält dem entgegen, dass das normative Konstrukt der Vermutung eines Weiterlebenswillens hier nicht an Interessen und Präferenzen, sondern an einer grundrechtlichen Wertung orientiert werde. Dadurch führe „das grundrechtlich garantierte Lebensrecht zu einer Lebenspflicht in Situationen, in denen die Vermutung eines wirklichen Willens zum Weiterleben in hohem Maße unplausibel ist“.²⁰

Hiergegen kann aus eigener Sicht gesagt werden, dass eine Vermutung sowohl in die eine Richtung wie auch die andere Richtung möglich erscheint. Gibt es keine Anhaltspunkte für einen Willen auf Weiterleben oder Sterben, so sind beide Alternativen plausibel. Da aber das Abbrechen der Weiterbehandlung zugleich ohne Rechtfertigung geschieht – eine mutmaßliche Einwilligung ist mangels Anhaltspunkten schlechterdings nicht möglich – sollte, um eine Strafbarkeit des Arztes zu vermeiden, der Lebenserhaltung der Vorrang eingeräumt werden.

Ein weiterer Einwand, der im Wesentlichen Wachkomapatienten aber auch Fälle schwerster Demenz betrifft, zielt auf einen anderen Punkt. So wird vertreten, dass eine Patientenverfügung bei diesen Betroffenen nicht bindend sei, da sich der gesunde Verfügende und der spätere so deutlich in ihrer Persönlichkeit unterscheiden, dass nicht mehr von einer einheitlichen Identität gesprochen werden könne.²¹ Aufgrund der personalen Verschiedenheit des damaligen vom jetzigen Ich seien die Grundsätze von zulässiger Verfügung über den „eigenen“ Körper in Frage gestellt.

Sicherlich nachvollziehbar ist der Gedanke, dass ein Patient im Wachkoma oder im Endstadium der Demenz dem Patienten im gesunden Zustand im Hinblick auf seine Artikulationsmöglichkeiten und Aktivitätsmöglichkeiten nicht mehr gleicht. Selbst Eigenschaften, Fähigkeiten und Fertigkeiten, die charakteristisch für den Gesunden waren, sind im Zustand des Wachkomas oder bei Formen schwerster Demenz desselben Menschen nicht mehr im selben Maße vorhanden bzw. nicht mehr feststellbar. Dieser Umstand liegt offensichtlich im Wesen der Krankheit bzw. des Komas. Da ihr die Ausdrucksmöglichkeit fast bzw. völlig fehlt, unterscheidet sich diese Person zwar so gesehen von derselben Person im gesunden Zustand. Das macht sie aber noch nicht zu einem *anderen Men-*

schen. Auch zeigt „die biographische Verklammerung des früheren mit dem späterem Ich“, dass es sich nicht um eine *interpersonelle* Entscheidung zweier unterschiedlicher Personen handelt, wenn ein später schwer dementer Patient noch im gesunden Stadium eine Patientenverfügung aufgesetzt hat, sondern dass es sich dabei um eine *intrapersonale* Entscheidung, mithin um eine Entscheidung der verfügenden Person über sich selbst handelt.²² Allein eine – auch schwere – Persönlichkeitsveränderung des Patienten entzieht seiner Verfügung deshalb noch nicht den Boden. Hier würde sonst auch sofort die kaum zu lösende Abgrenzungsfrage auftreten, ab welchem Grad an Veränderung die Verfügung denn ihre grundsätzliche Bindungswirkung verlieren sollte. In Fällen eines schweren Morbus Alzheimer kann sich der Patient beispielsweise nicht mehr an das erinnern, was er damals verfügt hatte und auch die Motive nicht mehr verstehen.²³ Wieso sollte sich der Patient an das binden lassen, was er in keiner Weise mehr erinnert, geschweige denn noch möchte? Dieser Bruch in den Interessen berechtigt den Arzt nicht ohne weiteres, den damals verfügten Willen umzusetzen. Hier sind Zweifel an der Bindungswirkung einer solchen Verfügung angebracht. Eine Persönlichkeitsveränderung kann und sollte deshalb verstärkter Anlass für die Überprüfung sein, ob die Verfügung noch auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft.

7. Zwischenfazit

Es lässt sich also festhalten: Bringt der einwilligungsunfähige Patient seinen Lebenswillen kontinuierlich zum Ausdruck, so bedeutet das einen konkludenten Widerruf der Patientenverfügung.²⁴ Es handelt sich hierbei nicht um einen Widerruf im rechtsgeschäftlichen Sinne. Vielmehr ist darunter ein faktisches Außerkraftsetzen

18 Das LG München I hat indes entschieden, dass wegen Schutzes des Grundrechts auf Leben des betroffenen Patienten nicht jede Behandlung ohne weitergehendes Therapieziel unterlassen werden müsse und dass auch ohne medizinische Indikation eine Behandlung nicht zwingend behandlungsfehlerhaft sei wie z.B. die Weiternahrung durch eine PEG-Sonde ohne Indikation, s. LG München I v. 18.1.2017 – 9 O 5246/14, GesR 2017, 242 (245) mit Anm. Huber GesR 2017, 613 (616).

19 Höfling, JuS 2000, 117.

20 NK-Neumann, StGB, 5. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 115; ähnlich Hufen, NJW 2001, 855.

21 S. zu diesem Problem und dem Bruch in der personalen Identität Merkel, EthikMed 2004, 302 ff.; ders. JZ 1999, 502 ff.; ders. ZStW 117 (2005), 545 ff.

22 So auch Schöne-Seifert, in: Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, Bd. II.1., 2001, K41 (47).

23 Merkel, EthikMed 2004, 302 ff. und JZ 1999, 502 ff.

24 Rechtlich stellt sich hierbei die Frage, ob ein natürlicher nicht-autonomer Wille den autonomen freien Willen von damals außer Kraft setzen kann. Einen direkten Widerruf *im rechtlichen Sinne* wird man kaum annehmen können, da dem einwilligungsunfähigen Patienten schlicht die Widerrufsfähigkeit fehlt. Was hier vertreten wird, ist ein konkludenter Widerruf im *untechnischen* Sinne. Dieser führt dazu, den jetzigen natürlichen Willen vor dem damals verfügten Willen zu berücksichtigen.

der Patientenverfügung zu verstehen. Entsprechend den Anforderungen des Gesetzgebers sind hierbei nicht unwillkürliche, rein körperliche Reflexe gemeint, sondern insbesondere das situativ spontane Verhalten des Patienten gegenüber vorzunehmenden oder zu unterlassenden ärztlichen Maßnahmen. Die Artikulation von Gefühlen, Ängsten und Wünschen, die willensäquivalent sind, und auf einen kontinuierlichen Lebenswillen schließen lassen, binden den Betreuer und setzen die Patientenverfügung außer Kraft. Dass der Lebenswille eine gewisse Konstanz aufweisen muss und nicht durch ständige Gegenäußerungen, die auf Lebensbeendigung gerichtet sind, relativiert werden darf, versteht sich von selbst, sollte aber dennoch erwähnt werden.

Dieser Wille ist anhand der Erfahrungen der Personen, die nächsten Umgang mit dem Betroffenen haben wie Pflegepersonen, Betreuer und nahe Angehörige, zu eruieren. Nach hier vertretener Auffassung genügt der Betreuer seiner vom Gesetz vorgesehenen Prüfpflicht nur dann, wenn er sich in Rücksprache mit diesen Personen in regelmäßigen Abständen ein Bild von der Lebenssituation des Betroffenen macht. Nicht ganz so weitreichend, aber in dieselbe Richtung geht auch das Anliegen des Gesetzgebers, nach § 1901b Abs. 2 und 3 BGB nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Betroffenen Gelegenheit zur Äußerung zu geben, wenn dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist.²⁵

Für einen Lebenswillen sprechen neben Äußerungen hierzu auch nonverbales Verhalten wie z.B. ob der Patient lacht, ob er Interesse an seiner Umwelt hat, noch gerne isst, auf Ansprache erfreut reagiert etc. Erst aus der Gesamtheit dieser Umstände ergibt sich, ob der Patient das Weiterleben beenden oder fortsetzen möchte. Auch wenn es im Einzelfall schwierig sein kann, einen eindeutigen Lebenswillen auszumachen, so lässt sich doch eine Entscheidung darüber treffen, ob eine Grundzufriedenheit im Alltag erkennbar oder genau das Gegenteil davon (und damit ein Todeswunsch) der Fall ist. Dabei besteht auch für diese Beurteilung ein gewisser Spielraum. Der Spielraum des Betreuers ist jedoch insoweit eingegrenzt, dass er auch die Sicht derjenigen heranzuziehen hat, die den Patienten faktisch betreuen und ihn einzuschätzen vermögen.

Hier ist festzuhalten, dass in frühen Stadien einer Demenz ein Lebenswille deutlicher erkennbar sein dürfte als in späteren Stadien. Im Endstadium einer Demenz sind die Ausdrucksmöglichkeiten des Betroffenen natürlicherweise massiv beschränkt. Hier kann deshalb nur das gelten, was der Gesetzgeber bereits 2009 gefordert und festgelegt hat, nämlich dass bei „situativ spontanem Verhalten des Patienten gegenüber vorzunehmenden oder zu unterlassenden ärztlichen Maßnahmen“, der Wille des Betroffenen auszumachen ist, sich an die Patientenverfügung zu halten oder von ihr abzuweichen.“²⁶ Ist der Patient hingegen nur noch zu unwillkürlichen, rein körperlichen Reflexen als Reak-

tion auf eine medizinische Behandlung in der Lage, zeigt sich darin keine Willensäußerung, die respektiert werden muss. Das Postulat, den natürlichen Willen zu beachten, ist für den Betreuer bindend und ausdrücklich vom Gesetzgeber vorgegeben. Daraus folgt nach hier vertretender Auffassung, dass auch dem Patienten, der schon einwilligungsunfähig ist, ein Widerruf möglich sein muss. Dahinter steht das Selbstbestimmungsrecht, das auch dem Einwilligungsunfähigen zusteht, der es nicht mehr ausüben kann. Das ergibt sich direkt aus der Verfassung, die keinen Unterschied macht, ob der Grundrechtsträger der Menschenwürde und des aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht fließenden Selbstbestimmungsrechts einsichtsfähig oder nicht mehr einsichtsfähig ist. Die Teilhabe an den Grundrechten steht auch dem einwilligungsunfähigen Kranken zu und seine Restautonomie ist zu achten.

8. Strafrechtliche Folgen

Als Folge des Widerrufs verliert die Patientenverfügung ihre Bindungswirkung. Weder Arzt, Betreuer noch Angehörige dürfen sich über den Lebenswunsch des Demenzten hinwegsetzen und eine entgegengesetzte frühere Patientenverfügung vollziehen.²⁷ Vielmehr muss die medizinische Behandlung pro vita erfolgen, sofern und solange lebenserhaltende Maßnahmen medizinisch indiziert sind. Gleichwohl gilt auch hier der Grundsatz, dass es keine Lebensverlängerung um jeden Preis gibt und sinnlose weder leidmindernde noch lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben müssen. Was noch und was nicht mehr medizinisch indiziert ist, kann im Einzelfall schwierig zu bestimmen sein. Die Aufgabe, die medizinische Indikation zu bestimmen, ist eine originär ärztliche Aufgabe. Hierbei hat der Arzt zwingend einen gewissen Ermessens- und Entscheidungsspielraum. Dass Ärzte in Situationen des Behandlungsabbruchs, am Ende des Lebens oder in akuten Notfallsituationen mit dieser Aufgabe nicht überfordert sind, zeigt indes die tägliche Praxis. In den wenigen in der Praxis wohl recht seltenen Fällen, in denen ein Arzt nach Rücksprache mit dem Betreuer trotz eines konstanten Lebenswunsches des Patienten, die medizinisch indizierte Behandlung abbricht, hat das zur Strafbarkeit der Beteiligten wegen eines Tötungsdeliktes zu führen.²⁸ Weder die ausdrückliche vorausverfügte Einwilligung in der Patientenverfügung noch eine mutmaßliche Einwilligung, bei welcher mündlich artikulierte Willensäußerungen des Betroffenen zu berücksichtigen sind, rechtfertigen den Arzt und Betreuer. Dies gilt insbesondere dann, wenn

25 Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 15.

26 BT-Drs. 16/8442, S. 14/15.

27 Vgl. Magnus, NStZ 2013, 1; dies. in: Frewer/Bergemann/Jäger (Hrsg.), Interessen und Gewissen, Jahrbuch Ethik in der Klinik 2016, 247 ff.

28 Nach den jeweiligen Handlungsmodalitäten in Mittäterschaft bzw. Anstiftung/Beihilfe zur fahrlässigen Tötung.

das Beratungsgespräch, das Arzt und Betreuer über die medizinische Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens zu führen haben (§ 1901b BGB) nicht stattgefunden hat oder der natürliche Lebenswille des Demenzkranken in diesem Gespräch missachtet wird. Allein Irrtümer über das Verbotene des Tuns (§ 17 StGB) oder über die Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes (Erlaubnisstatbestandsirrtum) können hier ggfs. eine Strafbarkeit im Einzelfall verhindern.

II. Entscheidungen des BGH zu konkretisierten Anforderungen an Patientenverfügungen

1. Problem der Antizipierbarkeit und Bestimmtheit von Patientenverfügungen

Die neue BGH Entscheidung vom 6.7.2016²⁹ und im Anschluss daran die Entscheidung vom 7.2.2017³⁰ adressieren ein weiteres grundlegendes Problem der Patientenverfügungen: Voraussetzungen bleiben inhaltlich häufig hinter dem zurück, wofür sie gedacht sind. So kann es im Einzelfall schwierig sein, detailliert festzulegen, welche Behandlung bei Eintritt des antizipierten Falles nun eingeleitet, weitergeführt oder abgebrochen werden soll. Nicht nur aufgrund dessen kann eine Patientenverfügung zu unbestimmt ausfallen. Das Problem stellt sich in noch verschärfter Form, wenn nicht genau der Fall eintritt, für den die Patientenverfügung gedacht und abgefasst war, sondern sich ein völlig anderes Krankheitsbild ergeben hat, das noch nicht vorausschauend bedacht wurde. Ohnehin können längst nicht für alle später eintretenden Fälle im Voraus alle Eventualitäten festgelegt werden. Die Frage ist dann, wie weit der Betreuer und der Arzt vom Wortlaut der Verfügung abweichen und sie auf den nicht geregelten und nicht bedachten Fall ausweiten dürfen. Dass die Vorausverfügung einer Behandlungssituation für den Ersteller der Patientenverfügung, der seine zukünftige und noch ungewisse Behandlungssituation antizipieren muss, nicht immer leicht ist, lässt sich daher zu Recht behaupten. Doch sind gerade ältere Menschen, die am ehesten Patientenverfügungen aufsetzen, aufgrund ihrer Lebenserfahrung, die Wissen um Krankheit und Genesung, Erfahrungen mit dem Tod anderer, Kontakte mit Ärzten, Krankenhäusern und Versorgungseinrichtungen etc. einschließt, besonders befähigt, eine authentische Patientenverfügung zu formulieren, die sich aufrechterhalten lässt.³¹ Zeichnet sich außerdem bereits eine Krankheit ab, so kann der Verfügende eine bestimmte Behandlungs- bzw. Nichtbehandlungsanweisung in der Patientenverfügung ziemlich genau treffen. Dadurch relativiert sich der häufig vorgebrachte Einwand, man könne im Voraus nicht wissen, wie lebenswert das Leben unter Krankheitsbedingungen sei und welche Behandlung man dann wollen würde.³²

Sinnvoll wäre es sicherlich, eine ärztliche Beratung vor dem Verfassen einer Patientenverfügung zu verlangen. In existentiellen Entscheidungskonflikten und Situationen, wo es um Leben, Sterben und Tod geht, sollte dem Verfasser einer Patientenverfügung eine Beratung durch einen Arzt zur Seite gestellt werden. Der Verfügende, der in der Regel medizinischer Laie ist, wird mit ärztlicher Beratung besser formulieren können, welche Maßnahmen in welcher Behandlungssituation getroffen oder unterlassen werden sollten. Zwar gibt es, ein hohes Angebot an Vordrucken und Textbausteinen für Patientenverfügungen. Doch ersetzt das keine mündliche Beratung und medizinische Aufklärung durch einen Arzt. Das gilt auch für Fälle, in denen sich noch keine konkrete Krankheit abzeichnet. Auch fällt der Widerspruch schwer ins Gewicht, einerseits bei grundsätzlich allen medizinischen Behandlungen eine ärztliche Aufklärung als unabdingbare rechtliche Voraussetzung zu verlangen, bei der Patientenverfügung mit ggfs. lebensbeendender Folge aber auf sie zu verzichten. Da die Patientenverfügung der ausdrücklichen Einwilligung gleichgestellt wird, wäre es nur konsequent, ihre Wirksamkeit – wie sonst völlig unbestritten üblich – von einer vorherigen Aufklärung abhängig zu machen. Nur so kann dem Prinzip des informed consent und der wirklichen Selbstbestimmung des Patienten genügend Rechnung getragen werden.

Es lässt sich festhalten, dass eine Patientenverfügung, auch wenn gewisse Unsicherheiten verbleiben, grundsätzlich eine bestimmte zukünftige Behandlungssituation antizipieren kann. Wie konkret diese Antizipation im Einzelfall sein und – damit verbunden – wie bestimmt sie sein muss, hat der BGH nunmehr in zwei bedeutsamen Beschlüssen näher ausgeführt.

2. BGH, Beschluss v. 6.7.2016 – XII ZB 61/16

a) Sachverhalt und Entscheidungsgründe

Der ersten Entscheidung lag – verkürzt – folgender Sachverhalt zugrunde: Die später wachkomatöse Patientin hatte drei Töchter, von denen eine als Bevollmächtigte eingesetzt wurde. Die Patientin verfügte in einer Patientenverfügung, dass sie bei „realistischer Aussicht auf Erhaltung eines erträglichen Lebens ... ärztlichen Beistand unter Ausschöpfung der angemessenen Möglichkeiten“ wünsche, jedoch das Unterbleiben lebensverlängernder Maßnahmen, „wenn medizinisch eindeutig“ festgestellt

29 BGH Beschl. v. 6.7.2016, ZfL 2016, 107 = NJW 2016, 3297 = MedR 2017, 36 (mit Anm. Sternberg-Lieben) = DNotZ 2017, 199 (mit Anm. Renner) = NZFam 2017, 959 (mit Anm. Weber); notar 2017, 142 (mit Anm. Raude).

30 BGH, Beschl. v. 7.2.2017 – XII ZB 604/15, in diesem Heft S. 32 ff., NJW 2017, 1737 = MedR 2017, 802 (mit Anm. Spickhoff) = ZEV 2017, 335 (mit Anm. Müller) = NZFam 2017 355 (mit Anm. Weber) = notar 2017, 441 (mit Anm. Raude).

31 Vollmann Beiträge zur klinischen Ethik 2008, S. 157.

32 Kritisch zu diesem Einwand MK/StGB-Schneider, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 211ff. Rn. 125.

sei, dass keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins bestehe oder dass aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibe. Diese Entscheidung sei mit der behandelnden Ärztin abzusprechen, die „Einwendungen“ ihrer bevollmächtigten Tochter seien zu „berücksichtigen“. In einem späteren Papier hieß es zudem, eine angemessene und schmerzlindernde Behandlung werde erwünscht, nicht jedoch die künstliche Lebensverlängerung. Die bevollmächtigte Tochter und die behandelnden Hausärzte kamen zu dem Ergebnis, dass der Abbruch der künstlichen Ernährung nicht dem Willen der Betroffenen entspreche. Die beiden anderen Töchter waren geteilter Meinung. Der BGH gab der ersten bevollmächtigten Tochter Recht. Ein offenkundiges Hinwegsetzen über den Willen der Mutter sei nicht festzustellen. Eine streng bindende Patientenverfügung i.S.v. §1901a Abs. 1 BGB liege jedoch nicht vor, da sich die schriftlich fixierten Wünsche nicht auf konkrete Behandlungsmaßnahmen, sondern ganz allgemein auf „lebensverlängernde Maßnahmen“ bezogen. Auch das Kriterium eines schweren Dauerschadens des Gehirns sei nicht ausreichend präzise.³³ In dem Beschluss vom 6.7.2016 hat der BGH deutlich gemacht, „die schriftliche Äußerung, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen, enthalte für sich genommen nicht die für eine bindende Patientenverfügung notwendige konkrete Behandlungsentcheidung des Betroffenen. Die insoweit erforderliche Konkretisierung könne aber gegebenenfalls durch die Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen oder die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen erfolgen“.³⁴ Die Verfügung bei „schweren Dauerschäden des Gehirns“ keine „lebenserhaltenden Maßnahmen“ mehr zu wollen, genüge diesen Anforderungen nicht, da „weder die Umstände der Krankheit noch die Maßnahmen, die nicht durchgeführt werden sollten, genau genug beschrieben seien.“³⁵ Die Entscheidung wurde zurück an das LG verwiesen mit der Vorgabe, frühere Äußerungen der Betroffenen darauf zu überprüfen, ob sich aus ihnen Hinweise auf den mutmaßlichen Willen der Betroffenen entnehmen lassen, da die Patientenverfügung zu unbestimmt sei und die Vorgaben hinsichtlich der Kontrollbetreuung zu beachten.

b) Reaktionen auf die Entscheidung

Die Reaktion auf diese Entscheidung und die restriktiven Anforderungen an den Grad der Konkretheit von Patientenverfügungen war von Seiten der Praxis überwiegend kritisch. Die Befürchtung wurde geäußert, der BGH habe mit diesem Beschluss „Hunderttausende Patientenverfügungen zunichtegemacht.“³⁶ Wegen Unbestimmtheit seien alle diese Patientenverfügungen unwirksam.³⁷ Die Frage wurde laut, ob die derzeit im Umlauf befindlichen Vordrucke und Textbausteine, die als Formulare von den Internetseiten des Bundes-

ministeriums der Justiz, der Bundesärztekammer und den Länderärztekammern heruntergeladen werden können, noch den Anforderungen des BGH an die Bestimmtheit genügen.

Der BGH erließ daraufhin etwa ein halbes Jahr später am 7.2.2017 eine weitere Entscheidung, die sich zwar inhaltlich dem ersten Beschluss anschloss, aber den Konkretisierungsgrad näher ausführte und relativierte.

3. BGH, Beschluss v. 7.2.2017 – XII ZB 604/15

a) Sachverhalt und Entscheidungsgründe

In der Entscheidung ging es – knapp skizziert – um einen Dissens über die Auslegung der Patientenverfügung zwischen dem Sohn der wachkomatösen Betroffenen (ihrem Betreuer), der die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen in Form der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr wünschte und dem Ehemann der Betroffenen, der als Ersatzbetreuer eingesetzt, die Lebenserhaltung wünschte. Die Betroffene hatte eine Patientenverfügung folgenden Inhalts aufgesetzt: „Für den Fall, daß ich (...) aufgrund von Bewußtlosigkeit oder Bewußtseinsstrübung (...) nicht mehr in der Lage bin, meinen Willen zu äußern, verfüge ich: Solange eine realistische Aussicht auf Erhaltung eines erträglichen Lebens besteht, erwarte ich ärztlichen und pflegerischen Beistand unter Ausschöpfung der angemessenen Möglichkeiten. Dagegen wünsche ich, daß lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn medizinisch eindeutig festgestellt ist, – daß ich mich unabwendbar im unmittelbaren Sterbeprozess befinde, bei dem jede lebenserhaltende Therapie das Sterben oder Leiden ohne Aussicht auf Besserung verlängern würde, oder – daß keine Aussicht auf Wiedererlangung des Be-

33 S. Spickhoff MedR 2017, 802 zu BGH ZfL 2016, 107 = NJW 2016, 3297.

34 BGH Beschl. v. 6.7.2016, ZfL 2016, 107 = NJW 2016, 3297.

35 Sternberg-Lieben, MedR 2017, 43 kritisiert, „dass der 12. Zivilsenat sich mit diesen überzogenen Anforderungen in deutlichen Widerspruch sowohl zu seiner eigenen Entscheidung aus dem Jahre 2014 (MedR 2015, 508) als auch zum Verdikt des 2. Strafsenats im „Fall Putz“ (BGHSt 55, 191) gesetzt hat“, ebenso G. Merkel MedR 2017, 1.

36 S. Nachweise bei Renner, DNotZ 2017, 211; Jorzig, jurisPR-MedizinR 10/2016, Anm. 2; Mesch, LMK 2016, 381606; Oldenburger, jurisPR-FamR 21/2016, Anm. 3; Reetz, RNotZ 2016, 571 (574); Weber, NZFam 2016, 959; aA aber Müller, ZEV 2016, 605 (608).

37 Renner weist darauf hin, dass die heute zumeist verwendeten Textmuster „weder grundlegend überarbeitet werden müssen, noch ist eine Phase der Rechtsunsicherheit entstanden ist, DNotZ 2017, 211. Dass tatsächlich gleichwohl ein nicht unerheblicher Teil von Patientenverfügungen zu unbestimmt ist, hat eine Studie ergeben: Leder/Schwarzkopf/Reinhart et al., Studie zur Aussagekraft von Patientenverfügungen in Akutsituationen: Ergebnisse einer Befragung von Ärzten und Angehörigen auf Intensivtherapiestationen Dtsch. Ärzteblatt 2015; 112, 723. Die Studie ergab u.a., dass in der Akutsituation der Wille des Patienten aus dem schriftlichen Inhalt der Patientenverfügung häufig nicht klar abgeleitet werden kann. Weiteres Ergebnis war, dass Angehörige und Ärzte jede zweite Patientenverfügung unterschiedlich bewerteten.

ußtseins besteht, oder – daß aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibt, oder – daß es zu einem nicht behandelbaren, dauernden Ausfall lebenswichtiger Funktionen meines Körpers kommt. Behandlung und Pflege sollen in diesen Fällen auf die Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist. Ich möchte in Würde und Frieden sterben können, nach Möglichkeit in meiner vertrauten Umgebung. Aktive Sterbehilfe lehne ich ab. Ich bitte um menschliche und seelsorgerische Begleitung.“

Der BGH sah, im Gegensatz zum LG, eine wirksame Patientenverfügung mit strikter Bindung i.S.v. § 1901a Abs. 1 BGB tendenziell für gegeben an. Aus der Formulierung keine „aktive Sterbehilfe“ zu wünschen, ergebe sich keine eindeutige, konkrete Festlegung der B für die Fortsetzung der künstlichen Ernährung. Die Erklärung, „keine lebensverlängernden Maßnahmen“ zu wünschen, wenn eine der benannten Behandlungssituationen eintritt, spreche in mindestens gleichem Umfang für den Abbruch der künstlichen Ernährung. Die Betroffene habe nicht nur pauschal bestimmt, lebensverlängernde Maßnahmen sollten in den von ihr beschriebenen Behandlungssituationen unterbleiben. Sie habe vielmehr auch eine Konkretisierung der ärztlichen Maßnahmen vorgenommen, die sie in diesen Fällen wünscht. Danach sollen Behandlung und Pflege auf Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist. Der BGH hat die Entscheidung an das LG zurückverwiesen mit der Vorgabe zu prüfen, ob der konkrete Zustand der Betroffenen im Wachkoma ihr Bewusstsein entfallen lässt und ob in diesem Fall eine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht.³⁸

b) Konkretisierung der Patientenverfügung

In dieser Entscheidung führte der BGH seine ursprüngliche Rechtsprechung fort, nach der eine Patientenverfügung i. S. des § 1901a Abs. 1 BGB unmittelbare Bindungswirkung nur dann entfalte, „wenn ihr konkrete Entscheidungen des Betroffenen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen entnommen werden können.“³⁹ Bindend sei die Verfügung nur, „wenn sie neben den Erklärungen zu den ärztlichen Maßnahmen, in die der Ersteller einwilligt oder die er untersagt, auch erkennen lässt, dass sie in der konkreten Behandlungssituation Geltung beanspruchen soll“ und „sich feststellen lässt, in welcher Behandlungssituation welche ärztliche Maßnahmen durchgeführt werden bzw. unterbleiben sollen. Die erforderliche Konkretisierung kann sich im Einzelfall auch bei nicht hinreichend konkret benannten ärztlichen Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behand-

lungssituationen ergeben. Der Wille des Errichters der Patientenverfügung ist dann durch Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen zu ermitteln.“⁴⁰

Der BGH setzt damit zutreffend voraus, dass es bei der Patientenverfügung um eine geschäftsähnliche Handlung handelt, auf die die Bestimmungen über Willenserklärung entsprechend anzuwenden sind.⁴¹ Entsprechend ist gemäß § 133 BGB der wahre Wille des Erstellers zu ermitteln. einen Auslegungsspielraum innerhalb dessen künftig Patientenverfügungen *im Wege der Auslegung* umfassend zu überprüfen sind. Durch die Auslegungsmaßstäbe, die § 133 BGB zur Verfügung stellt, haben die Beteiligten (Ärzte, Betreuer und ggfs. das Betreuungsgericht) zu ermitteln, welches der wahre Patientenwille ist und ob ihm eine *konkrete Behandlungsentscheidung für eine konkrete Behandlungssituation* entnommen werden kann.⁴²

Die Anforderungen an die Bestimmtheit von Patientenverfügungen stehen im Einklang mit den Vorgaben des Gesetzgebers. Im Gesetzentwurf zu § 1901a BGB heißt es: Angaben wie „Wenn ich einmal dement bin, will ich keine lebenserhaltenden Maßnahmen“, reichen nicht aus: „Solche Äußerungen können von vornherein keine unmittelbare Bindungswirkung haben, weil sie keine hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung in einer bestimmten Krankheitssituation enthalten.“⁴³ Dem Bestimmtheitsgrundsatz muss mithin entsprechend Genüge getan werden.

c) Selbst weniger detaillierte Angaben ausreichend

Um Fehlinterpretationen der Patientenverfügung zu vermeiden, hebt der BGH die Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes hervor, der solche Konkretisierungen erforderlich mache und lässt bspw. Angaben „zur Schmerz- und Symptombehandlung, künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr, Wiederbelebung, künstlichen Beatmung, Antibiotikagabe oder Dialyse“ genügen, wenn der Ersteller diese auf eine konkrete Behandlungssituation bezogen hat. Selbst bei weniger detaillierten Angaben zu ärztlichen Maßnahmen, könne die Patientenverfügung bindend sein, solange sie durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen eine entsprechende Handlungsanweisung an den Arzt enthalte. Dies sei durch Auslegung zu ermitteln.⁴⁴ So

38 BGH, Beschl. v. 7.2.2017 – XII ZB 604/15, in diesem Heft S. 32 (35, Rn. 26) = NJW 2017, 1737 mit Anm. Spickhoff MedR 2017, 802. S. auch bereits BGH ZfL 2016, 107 = NJW 2016, 3297 (3301).

39 Senatsbeschluss BGHZ 202, 226 = ZfL 2014, 57 = FamRZ 2014, 1909, Rn. 29; BGH in diesem Heft S. 32 (34, Rn. 17) = NJW 2017, 1737 (1738).

40 BGH in diesem Heft S. 32 (LS1; 34, Rn. 17) = NJW 2017, 1737 (1738); vgl. auch MK/BGB/Schwab, § 1901a Rn. 19, 22 sowie BeckOK/BGB/G. Müller, 43. Ed. 2017, § 1901a Rn. 9.

41 Boenke, NJW 2017, 1707 (1708); Lange, ZEV 2009, 537 (539); Milzer, NJW 2004, 2277; Bund, RNotZ 2004, 23 (25).

42 Vgl. auch G. Müller, ZEV 2017, 335 (341).

43 BT-Drs. 16/8442, S. 15.

44 BGH in diesem Heft S. 32 (35, Rn. 18 f.) = NJW 2017, 1737 (1739); vgl. BeckOK/BGB/G. Müller, 43. Ed. 2017, § 1901a Rn. 9.

könne es ausreichen, wenn der Betroffene eine Behandlungssituationen beschreibe wie beim irreversiblen Bewusstseinsverlust keine weitere Behandlung zu wollen und die Erklärung abgebe, weitere medizinische Versorgung sei ausschließlich auf die Linderung von Schmerzen, Unruhen und Angst zu beschränken. Daraus könne gefolgert werden, dass in einem solchen Fall zugleich eine Einwilligung in den Abbruch der künstlichen Ernährung vorliegt.⁴⁵ Gleichzeitig räumt der BGH ein, dass die Anforderungen nicht „überspannt“ werden dürfen. So sei es nicht erforderlich, „dass der Betroffene seine eigene Biografie als Patient vorausahnt und die zukünftigen Fortschritte in der Medizin vorwegnehmend berücksichtigt. Insbesondere kann nicht ein gleiches Maß an Präzision verlangt werden, wie es bei der Willenserklärung eines einwilligungsfähigen Kranken in die Vornahme einer ihm angebotenen Behandlungsmaßnahme erreicht werden“.⁴⁶

Auf diese Weise relativiert der BGH die höheren Anforderungen an die Bestimmtheit von Patientenverfügungen. Nach beiden BGH Beschlüssen sind hingegen allgemein gehaltene Formulierungen nicht ausreichend wie z.B. die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist oder der Wunsch, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ mehr durchzuführen, vielmehr muss es um „bestimmte ärztliche Maßnahmen“ gehen und den Ärzten gewissermaßen eine Handlungsanweisung bzgl. der dann zu ergreifenden bzw. abgelehnten Maßnahmen zu geben.

d) Mehr Rechtssicherheit, weniger Fehlinterpretationen Die Entscheidung des BGH, Patientenverfügungen seien stärker zu konkretisieren, ist begrüßenswert. Die Vorgaben des BGH sorgen für mehr Rechtssicherheit, indem sie Fehlinterpretationen von zu unbestimmten Verfügungen vermeiden. Allerdings schränken die Vorgaben auf der einen Seite die Verbindlichkeit des vorab erklärten Patientenwillens ein. Denn nur bei einer Patientenverfügung i.S.v. § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB, ist keine stellvertretende Entscheidung des Betreuers und – im Dissensfall – keine gerichtliche Genehmigung nach § 1904 BGB erforderlich. Damit die Verfügung aber § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB unterfallen kann, muss sie nunmehr den höheren Bestimmtheitsanforderungen genügen, was gleichermaßen die Hürden hierzu heraufsetzt.⁴⁷ Ist diese Hürde aber erstmal genommen, bindet auf der anderen Seite, die Verfügung die ärztliche Entscheidung stärker an den Willen und die Festlegungen des betroffenen Patienten. Der Ermessens- und Beurteilungsspielraum für Ärzte und Betreuer verringert sich dann in dem Maße, in dem die Patientenverfügungen konkreter und detaillierter die vorausverfügten Maßnahmen vorherbestimmen. Die Befürchtung der Praxis, 100.000 Patientenverfügungen seien nun zu unbestimmt, lässt sich angesichts des Beschlusses vom 7.2.2017 nicht mehr halten. Auch die Vordrucke von

Patientenverfügungen, die im Umlauf sind, beinhalten in aller Regel einen Fallgruppenkatalog, welcher die Situation beschreibt, in welcher die Patientenverfügung von Bedeutung sein soll sowie, wie vom BGH bspw. angeführt, eine ausführliche Darlegung der in den jeweiligen Situationen gewünschten bzw. verweigerten ärztlichen Maßnahmen. Die Vordrucke sind mithin weiterhin einsetzbar.⁴⁸

III. Schlussbetrachtungen

Beide Entscheidungen haben Bedeutung für die Praxis. Sie räumen der Patientenautonomie größeres Gewicht ein: Zum einen begrenzen konkretere Vorgaben in der Patientenverfügung den Entscheidungsspielraum von Arzt und Betreuer. Zugleich wird dadurch verhindert, dass mangels präziser Angaben Unsicherheit darüber herrscht, ob und wie der Patient behandelt werden will und soll. Dadurch soll eine Rückbindung an den genau dargelegten Patientenwillen erreicht werden. Dass die Anforderungen gleichwohl nicht überspannt werden dürfen, hat der BGH klar herausgestellt. Begrüßenswert ist, dass der BGH in direkter Umsetzung der Gesetzesintention dem natürlichen Willen des Einwilligungsunfähigen rechtliche Bedeutung einräumt. Weder Betreuer noch Bevollmächtigter können sich nach dieser Entscheidung mehr über den irgendwie artikulierten Willen des nicht mehr einwilligungsfähigen Patienten hinwegsetzen. Das wurde schon seit längerem in der Literatur gefordert.⁴⁹ Damit ist die Restautonomie des Einwilligungsunfähigen stärker zu beachten. In Fällen schwerster Demenz ist das situativ-spontane Verhalten des Betroffenen heranzuziehen, das Ausschluss darüber geben kann und soll, ob eine ärztliche Maßnahme vorgenommen oder unterlassen werden soll. Damit stärkt der BGH das Selbstbestimmungsrecht auch dementer Personen und zollt der Verfassung Anerkennung, die keinen Unterschied macht, ob der Grundrechtsträger einsichtsfähig oder nicht mehr einsichtsfähig ist. Die Teilhabe an den Grundrechten steht auch dem einwilligungsunfähigen Kranken zu. Sicherlich lässt sich der Vorwurf erheben, Patienten seien damit selbst in schwersten Krankheitsstadien weiter zu behandeln, nur weil sie eine affektive Abwehrhaltung gegenüber einer medizinischen Behandlung eingenommen haben und obwohl sie im autonomen Zustand etwas Gegenteiliges verfügt hatten. Der Vorwurf lässt sich aber auf zweier-

45 BGH in diesem Heft S. 32 (35, Rn. 23 f.) = NJW 2017, 1737 (1739).

46 BGHZ 202, 226 = ZfL 2014, 57 = NJW 2014, 3572 = FamRZ 2014, 1909 Rn. 29 und BGH ZfL 2016, 107 = NJW 2016, 3297 = FamRZ 2016, 1671 Rn. 46; BGH in diesem Heft S. ■ = NJW 2017, 1737 (1738).

47 Vgl. G. Müller ZEV 2017, 335 (340).

48 So i.E. auch Renner DNotZ 2017, 199 (214); G. Müller ZEV 2017, 335 (341).

49 Magnus, Patientenautonomie im Strafrecht, 2015; dies. RphZ 2017, 225 ff.

lei Weise entkräften. Zum einen gibt der Arzt die medizinische Indikation vor, die über eine sinnvolle oder sinnlose Weiterbehandlung entscheidet. Eine Weiterbehandlung um jeden Preis ist nicht angezeigt. Fehlt die medizinische Indikation, weil die Behandlung aus ärztlicher Sicht sinnlos geworden ist, da sie Leiden ohne Aussicht auf Besserung nicht mindern, sondern nur verlängern würde, muss sie nicht aufgenommen oder fortgeführt werden.⁵⁰ In der Notfallmedizin etwa wird eine solche Entscheidung täglich in zahlloser Weise gefällt. Warum sollte dies nicht auch in Fällen von Patienten mit Patientenverfügungen möglich sein? Zum anderen kann der Verfügende für Fälle seiner späteren Willensänderung Vorsorge treffen, indem er diesen Fall in der Patientenverfügung antizipiert und sich selbst damit bindet. Will er seinen späteren (natürlichen) Willen

nicht gelten lassen, muss er dies in der Patientenverfügung zum Ausdruck bringen. Fehlt ein entsprechender Hinweis, gelten die Anweisungen in der Verfügung, soweit sie der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation entsprechen. Weicht diese Situation von dem ab, was der Verfügende damals wollte, dann entspricht es einem humanitären Verständnis von Einwilligungsfähigkeit auch hier die aktuellen Wünsche zu respektieren. Gerade bei Persönlichkeitsänderungen, die mit fortschreitender Demenz einhergehen, ist eine Änderung der Willenslage kein seltener Fall.

50 Zur Bedeutung der medizinischen Indikation bei §§ 1901a ff. BGB s. LG München I v. 18.1.2017 – 9 O 5246/14, GesR 2017, 242 (245) mit Anm. Huber GesR 2017, 613, die das Spannungsverhältnis von medizinischer Indikation und Patientenwillen aufzeigt und sinnvolle Differenzierungen vorschlägt.

*Donata Gräfin von Kageneck, Bornheim**

Die Entscheidungen des BGH vom 16.7.2016 und vom 8.2.2017 und ihre Konsequenzen für die Praxis

Der 12. Senat des BGH hat in seiner Entscheidung vom 16.7.2016 – XII ZB 61/16 –¹ eine bahnbrechende Entscheidung zu der ausreichenden Bestimmtheit von Patientenverfügungen getroffen, die sowohl in der rechtswissenschaftlichen Diskussion als auch in der Praxis für einen Wirbel gesorgt hat. Viele fragten sich, ob die Patientenverfügungen, die vor Veröffentlichung des Beschlusses erstellt wurden, überhaupt noch ihren Zweck erfüllen und wie eine gegebenenfalls erforderliche Modifizierung konkret erfolgen soll.

Einige Monate später hatte der 12. Senat mit seinem Beschluss vom 8.2.2017 – XII ZB 604/15² – nochmals über eine Patientenverfügung zu entscheiden, deren Wortlaut mit dem in seinem Beschluss vom 16.7.2016 behandelten Fall identisch war. In dieser weiteren Entscheidung hat er zumindest erste Konkretisierungen dazu vorgenommen, unter welchen Voraussetzungen eine Patientenverfügung als ausreichend bestimmt anzusehen ist.

Bei beiden Entscheidungen, bei denen es um den Abbruch der künstlichen Ernährung geht, nimmt die Ermittlung des mutmaßlichen Willens naturgemäß einen großen Raum ein, nachdem die Patientenverfügungen selbst nach Einschätzung des BGH nicht konkret genug formuliert waren. Die Tatsache, daß die beiden Entscheidungen bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens nach den Umständen des jeweiligen Sachverhalts zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, zeigt allerdings, wie wichtig es ist, schon bei der Erstellung der Patientenverfügung auf möglichst konkrete Formulierungen zu achten.

Der vorliegende Aufsatz beschäftigt sich damit, wie die Beschlüsse des BGH bei der Erstellung von Patientenver-

fügungen in der Praxis umgesetzt werden können (siehe hierzu: I.). Zudem können den beiden Entscheidungen Hinweise entnommen werden, die im Rahmen von gerichtlichen Auseinandersetzungen rund um Patientenverfügungen hilfreich sein können (siehe hierzu: II.).

I. Umsetzung der Beschlüsse des BGH vom 16.7.2016 und vom 8.2.2017 bei der Erstellung von Patientenverfügungen

Bei der Umsetzung der Beschlüsse des BGH hilft es, sich zu verdeutlichen, auf welcher Grundlage der BGH in den von ihm zu entscheidenden Fällen zu der Einschätzung kam, die Patientenverfügungen seien zu unbestimmt und damit nicht wirksam (siehe hierzu: 1). Aus den Beschlüssen des BGH ergeben sich zumindest einige Anhaltspunkte dazu, wie Patientenverfügungen so formuliert werden können, daß sie dem Bestimmtheitsgebot genügen (siehe hierzu: 2). Diese Anhaltspunkte können bei der Erstellung von Patientenverfügungen in der Praxis umgesetzt und weiterentwickelt werden (siehe hierzu: 3). Auch wenn in einer Patientenverfügung die Behandlungsmaßnahmen nicht ausreichend konkreten benannt wurden, lassen sich aus den beiden

* Die Autorin ist stellvertretende Vorsitzende des Bundes Katholischer Rechtsanwälte (BKR). Der BKR ist ein Netzwerk katholischer Rechtsanwälte, die sich zum Ziel gesetzt haben, ihren Glauben auch im Berufsalltag zum Maßstab ihres Handelns zu machen und den christlichen Werten in der Gesellschaft Geltung zu verschaffen. Nähere Informationen finden sich unter: <http://www.bkr-netzwerk.de>.

1 BGHZ 2011, 67 = ZfL 2016, 107.

2 In diesem Heft S. 32 ff.

BGH-Entscheidungen Hinweise entnehmen, wie der Patientenverfügung doch noch Geltung verschafft werden kann (siehe hierzu: 4).

1. Grundlagen der Entscheidungen des BGH

Kern der Entscheidungen des BGH vom 16.7.2016 und vom 8.2.2017 war jeweils eine Patientenverfügung mit dem folgenden Wortlaut:

„Für den Fall, daß ich (...) aufgrund von Bewußtlosigkeit oder Bewußtseinstrübung (...) nicht mehr in der Lage bin, meinen Willen zu äußern, verfüge ich:

Solange eine realistische Aussicht auf Erhaltung eines erträglichen Lebens besteht, erwarte ich ärztlichen und pflegerischen Beistand unter Ausschöpfung der angemessenen Möglichkeiten.

Dagegen wünsche ich, daß lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn medizinisch eindeutig festgestellt ist,

- *daß ich mich unabwendbar im unmittelbaren Sterbeprozess befinde, bei dem jede lebenserhaltende Therapie das Sterben oder Leiden ohne Aussicht auf Besserung verlängern würde, oder*
- *daß keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewußtseins besteht, oder*
- *daß aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibt, oder*
- *daß es zu einem nicht behandelbaren, dauernden Ausfall lebenswichtiger Funktionen meines Körpers kommt.*

Behandlung und Pflege sollen in diesen Fällen auf die Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist. Ich möchte in Würde und Frieden sterben können, nach Möglichkeit in meiner vertrauten Umgebung.

Aktive Sterbehilfe lehne ich ab.

Ich bitte um menschliche und seelsorgerische Begleitung.“

In beiden Fällen sollte die jeweilige Vertrauensperson der Betroffenen ermächtigt werden,

„an meiner Stelle mit der behandelnden Ärztin (...) alle erforderlichen Entscheidungen abzusprechen.“

Sie sollte den Willen der Betroffenen

„im Sinne dieser Patientenverfügung einbringen und in [ihrem] Namen Einwendungen vortragen, die die Ärztin (...) berücksichtigen sollte.“

Der BGH knüpft in seinen Beschlüssen vom 16.7.2016 und vom 8.2.2017 an den Wortlaut, den Zweck und die Systematik der §§ 1901a, 1904 Abs. 4 BGB an³:

Eine Patientenverfügung dient ja dazu, seine Einwilligung oder Nichteinwilligung in Untersuchungen oder Behandlungen für den Fall vorwegzunehmen, daß man

einmal nicht mehr selbst für sich entscheiden kann. Wenn die Patientenverfügung den gesetzlichen Anforderungen genügt und zwischen Arzt und Bevollmächtigtem / Betreuer Einvernehmen besteht, wie sie in der konkreten Behandlungssituation umzusetzen ist, hat dies zu geschehen, ohne daß es einer Genehmigung des Betreuungsgerichts bedarf (§ 1904 Abs. 4 in Verbindung mit § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine gerichtliche Kontrolle findet hier gerade nicht statt. Auf diese Weise soll – zumindest im Idealfall – eine rasche Umsetzung des Patientenwillens gewährleistet und sein Selbstbestimmungsrecht gewahrt werden.

Eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB, die automatisch ohne weitere gerichtliche Kontrolle umzusetzen ist, liegt nach dem Wortlaut der Vorschrift nur vor, wenn der Betroffene darin

„in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt.“

Der Betreuer oder Bevollmächtigte hat nach § 1901a Abs. 1 Satz 1 HS 2 zu prüfen, „ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen.“ Ist dies der Fall, hat er dem Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen (§ 1901a Abs. 1 Satz 2 BGB).

Bereits aus dem Wortlaut des § 1901a Satz 1 BGB läßt sich also entnehmen,

- daß sich die Patientenverfügung auf **bestimmte** Untersuchungen oder Behandlungen beziehen muß und
- daß aus ihr deutlich werden muß, in welcher/welchen **Behandlungssituation**/en sie zur Anwendung kommen soll.

Dies hat der BGH in seinen Beschlüssen vom 16.7.2016 und vom 8.2.2017 noch einmal ausdrücklich festgestellt. Letztendlich entsprach dies freilich schon der Rechtslage, bevor die Entscheidungen ergangen sind.

2. Anhaltspunkte aus den BGH-Entscheidungen zur Formulierung einer ausreichend bestimmten Patientenverfügung

Eine Patientenverfügung ist ausreichend bestimmt formuliert, wenn sie die möglichen Behandlungssituationen und die in diesen Situationen gewünschten oder nicht (mehr) gewünschten Behandlungsmaßnahmen hinreichend konkret beschreibt.

³ Vgl. BGH Beschl. v. 16.7.2016, ZfL 2016, 107, Rn. 34 bis 38, 42 und 46; BGH Beschl. v. 8.2.2017, in diesem Heft S. 32, Rn. 29.

Bei der Beschreibung der **Behandlungssituationen**, in denen die Patientenverfügung zur Anwendung kommen soll, verlangt der BGH zwar nicht, daß der Betroffene bereits bei Erstellung der Patientenverfügung vorhersehen muß, unter welcher schweren Krankheit er einmal leiden oder wie sich die Medizin bis dahin entwickelt haben wird⁴.

Nicht ausreichend konkret sind nach Ansicht des BGH allerdings allgemeine Anweisungen, wie die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist⁵. Nicht bestimmt genug ist es damit auch, lediglich von der Situation einer „zum Tode führenden Krankheit“ oder von einem „schweren Dauerschaden des Gehirns“ zu sprechen.

Ähnliches gilt für die Beschreibung der konkreten **Behandlungsmaßnahmen**, um deren Durchführung oder Beendigung es geht. Nach Einschätzung des BGH nicht ausreichend ist es, nur ganz allgemein von „lebensverlängernden Maßnahmen“ zu sprechen⁶.

Dazu, wie dann nach Ansicht des BGH konkrete Behandlungssituationen und in der entsprechenden Behandlungssituation gewünschte Maßnahmen beschrieben werden sollen, nennt der BGH in seinem Beschluß vom 8.2.2017⁷ beispielhaft

„Angaben zur Schmerz- und Symptombehandlung, künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr, Wiederbelebung, künstlichen Beatmung, Antibiotikagabe oder Dialyse“.

3. Umsetzung in der Praxis

In der Praxis sieht sich der Verfasser einer Patientenverfügung freilich häufig in genau der Situation, vor der der BGH ihn bewahren will: Patientenverfügungen werden meist schon zu einem Zeitpunkt erstellt, zu dem der Verfasser gesund ist. In dieser Situation fällt es schwer, sich konkrete Behandlungssituationen vorzustellen, die möglicherweise einmal eintreten können und sich zu vergegenwärtigen, welche medizinischen Behandlungen man in dieser Situation wünschen würde.

Deshalb ist dringend zu empfehlen, sich schon bei der Erstellung einer Patientenverfügung von einem Arzt seines Vertrauens beraten zu lassen: Als medizinischer Laie kann man sich in aller Regel nicht vorstellen, welche Situationen bei welchen Krankheitsbildern auftreten können und welche Behandlungsmöglichkeiten dabei jeweils zur Verfügung stehen.

So wies ein Arzt die Verfasserin dieses Aufsatzes anlässlich eines im Jahr 2013 gemeinsam gehaltenen interdisziplinären Vortrags darauf hin, daß der Wunsch, keine künstliche Beatmung durchführen zu lassen, unbewußt dem eigentlichen Willen des Betroffenen widersprechen kann. So dürfte es nicht im Sinne eines 20-jährigen, ansonsten gesunden Patienten sein, der

nach einem Unfall, an dessen Folgen er sterben könnte, zur Erhaltung seines Lebens operiert werden muß: Bei Operationen unter Narkose wird in aller Regel künstlich beatmet. Gleichwohl wäre es hier nicht im Sinne des 20-jährigen Patienten, die Patientenverfügung wortlautgemäß umzusetzen und keine künstliche Beatmung zu veranlassen.

Wer eine Patientenverfügung erstellen will, sollte daher zunächst mit einem Arzt seines Vertrauens das Gespräch suchen, um sich genau über alle möglichen Behandlungssituationen und die dabei gegebenen Behandlungsmöglichkeiten informieren zu lassen. Die so gewonnen Erkenntnisse sollte er in seiner Patientenverfügung durch eine konkrete Wiedergabe dieser Behandlungssituationen und seiner Wünsche zu den in der jeweiligen Situation möglichen Behandlungsmaßnahmen umsetzen.

Dabei muß man auch nach den Entscheidungen des BGH vom 16.7.2016 und vom 8.2.2017 keine Scheu haben, vorformulierte Textbausteine zu verwenden, wie Sie zum Beispiel in der von den Kirchen erstellten Christlichen Patientenverfügung oder in der von dem Bundesministerium der Justiz herausgegebenen Formular enthalten sind. Gerade die dort vorgeschlagenen Textbausteine nehmen auf konkrete Behandlungssituationen Bezug und können so als wichtige Anregung dafür dienen, sich über die von einem selbst gewünschten konkreten Behandlungsmaßnahmen Gedanken zu machen.

Zu beachten ist jedoch immer, daß die in solchen Formulierungsvorschlägen enthaltenen Bausteine bei der Erstellung der Patientenverfügung daraufhin reflektiert werden müssen, ob sie für den Verfasser, seine individuelle Situation und seine persönlichen Wertvorstellungen passen. Darauf weisen die Autoren solcher Formulierungsvorschläge auch stets ausdrücklich hin.

Wer in gesundem Zustand eine Patientenverfügung erstellt hat, in der mögliche Behandlungssituationen und die gewünschten oder nicht (mehr) gewünschten konkreten Behandlungsmaßnahmen benannt sind, darf zwar darauf vertrauen, daß die Patientenverfügung auch noch Jahre später entsprechend umgesetzt wird. Gleichwohl ist zu empfehlen, dann, wenn sich im Laufe der Zeit eine schwerwiegende Krankheit entwickelt hat, noch einmal mit einem Arzt seines Vertrauens in Kontakt zu treten.

In einer solchen neuen Situation lohnt es sich, sich anlässlich dessen noch einmal dazu beraten zu lassen, ob aufgrund der dann gegebenen konkreten Behand-

4 BGH Beschl. v. 16.7.2016, ZfL 2016, 107, Rn. 46 unter Hinweis auf BGHZ 202, 226 = ZfL 2014, 57 = FamRZ 2014, 1909 Rn. 29; ebenso: BGH Beschl. v. 8.2.2017, in diesem Heft S. 32, Rn. 18.

5 BGH Beschl. v. 16.7.2016, ZfL 2016, 107, Rn. 46; BGH Beschl. v. 8.2.2017, in diesem Heft S. 32, Rn. 19.

6 BGH Beschl. v. 16.7.2016, ZfL 2016, 107, Rn. 48.

7 In diesem Heft S. 32, Rn. 18.

lungssituation Ergänzungen der Patientenverfügung zu empfehlen sind.

Gerade angesichts einer konkreten Krankheit kann sich die Einstellung zu Leben und Tod noch maßgeblich ändern und es können sich neue mögliche Behandlungen auftun, an die man – selbst nach Beratung durch einen Arzt – als gesunder Mensch noch nicht gedacht hat. Sollte dies der Fall sein, sollte die Patientenverfügung entsprechend überarbeitet werden.

Auch wenn man bei Vorliegen einer schweren Krankheit feststellt, daß man bei dem bleiben möchte, was man als gesunder Mensch festgelegt hat, hat die nochmalige ärztliche Beratung den Vorteil, daß man dann das gute Gefühl haben kann, sich eingehend mit der neuen Situation auseinandergesetzt und die getroffenen Entscheidungen vor ihrem Hintergrund bewußt reflektiert zu haben. In diesem Fall kann – auch wenn dies keine zwingende Voraussetzung für die Wirksamkeit der Patientenverfügung ist – unten auf der Patientenverfügung mit Unterschrift und Datumsangabe noch einmal dokumentiert werden, daß diese nach wie vor dem Willen des Verfassers entspricht.

4. Umsetzung der Patientenverfügung auch bei nicht ausreichend konkret benannten Behandlungsmaßnahmen

Sofern in der Patientenverfügung die Behandlungsmaßnahmen nicht ausreichend konkret benannt wurden, eröffnet der BGH die Möglichkeit, daß sich die erforderliche Konkretisierung im Einzelfall im Wege der Auslegung durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergibt⁸.

Sofern dies nicht weiterhilft, kann die Patientenverfügung selbst zwar keine unmittelbare Geltung im Sinne der §§ 1901a, 1904 Abs. 4 BGB entfalten, bei der eine Genehmigung des Betreuungsgerichts nicht erforderlich ist.

Dann muß somit für die Einwilligung, die Nichteinwilligung oder den Widerruf der Einwilligung in alle Maßnahmen, bei denen der Betroffene die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet (was im Falle des gewünschten Abbruchs einer lebenserhaltenden Maßnahme natürlich gegeben ist) eine Genehmigung des Betreuungsgerichts eingeholt werden.

Das Betreuungsgericht hat zu ermitteln, ob sich aus der Patientenverfügung selbst, auch wenn sie nicht ausreichend bestimmt und somit wirksam im Sinne des § 1901a BGB ist, sonstige Anhaltspunkte für Behandlungswünsche⁹ ergeben, die dann von dem Bevollmächtigten oder Betreuer und von dem Betreuungsgericht zu beachten sind. Behandlungswünsche können sich darüber hinaus auch aus mündlichen oder sonstigen schriftlichen Äußerungen ergeben.

Wenn der Betroffene auch in diesem informellen Sinne keine Behandlungswünsche geäußert hat, hat das Betreuungsgericht seinen mutmaßlichen Willen zu ermitteln. Der mutmaßliche Wille ist anhand konkreter Anhaltspunkte herauszufinden, insbesondere anhand früherer mündlicher oder schriftlicher Äußerungen (die jedoch keinen Bezug zur aktuellen Lebens- und Behandlungssituation aufweisen), ethischer oder religiöser Überzeugungen und sonstiger persönlicher Wertvorstellungen des Betroffenen (§ 1901 a Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB). Der Bevollmächtigte stellt letztlich eine These auf, wie sich der Betroffene selbst in der konkreten Situation entschieden hätte, wenn er noch über sich selbst bestimmen könnte.¹⁰

Die Sachverhalte der beiden BGH-Entscheidungen zeigen, daß es sich die Gerichte die Entscheidung darüber, ob der Betroffene die Fortsetzung oder den Abbruch einer Behandlung wünscht, nicht leicht machen. So wurde im Rahmen der BGH-Entscheidung vom 16.7.2016 diskutiert, daß die Betroffene der künstlichen Ernährung mittels PEG-Sonde zu der Zeit, als sie selbst noch kommunikationsfähig war, nicht widersprochen hat, und der BGH hat den Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen, damit eine Anhörung der Betroffenen sowie weitere Ermittlungen zu Äußerungen von Verwandten erfolgen konnten¹¹. In seiner Entscheidung vom 8.2.2017¹² wog der BGH Äußerungen, die die Betroffene angesichts künstlich ernährter Patienten in ihrem persönlichen Umfeld getroffen hatte, die religiös geprägten Wertvorstellungen der Betroffenen sowie Äußerungen ihres Ehemannes gegeneinander ab und verwies den Rechtsstreit zur Durchführung weiterer Ermittlungen an das Landgericht.

Wenn auch die Ermittlung des mutmaßlichen Willens immer nur ein Notbehelf sein kann, wenn sie Patientenverfügung mangels Bestimmtheit keine unmittelbaren Wirkungen entfaltet, stimmt dies zuversichtlich, daß auch in solchen Fällen dem Wunsch des Patienten Geltung verschafft werden kann.

Es ist daher zu empfehlen, auch wenn eine möglichst konkret formulierte Patientenverfügung erstellt wurde, zusätzlich die eigenen Wertvorstellungen und Überlegungen dazu, welche Behandlungsmaßnahmen man im Ernstfall wünschen oder nicht (mehr) wünschen würde, schriftlich niederzulegen. Außerdem sollte man darüber mit Angehörigen und anderen nahestehenden Personen zu sprechen. Sollten später Zweifel an der Wirksamkeit der Patientenverfügung aufkommen, können diese schriftlichen und mündlichen Hinweise bei der

8 BGH, Beschl. v. 8.2.2017, in diesem Heft S. 32, Rn. 19.

9 Siehe hierzu: BGH Beschl. v. 16.7.2016, ZfL 2016, 107, Rn. 51 ff. und Beschl. v. 8.2.2017, in diesem Heft S. 32, Rn. 32 f.

10 BGH Beschl. v. 16.7.2016, ZfL 2016, 107, Rn. 56 unter Hinweis auf BGHZ 202, 226 = ZfL 2014, 57 = FamRZ 2014, 1909, Rn. 26; ebenso: BGH Beschl. v. 8.2.2017, in diesem Heft S. 32, Rn. 34.

11 BGH Beschl. v. 16.7.2016, ZfL 2016, 107, Rn. 60 f.

12 In diesem Heft S. 32, Rn. 34 ff.

Ermittlung von Behandlungswünschen oder des mutmaßlichen Willens helfen und so dazu beitragen, daß der wirkliche Wille des Verfügenden umgesetzt wird. Insgesamt haben die Entscheidungen des BGH vom 16.7.2016 und vom 8.2.2017 zwar aufgeschreckt. Wie gezeigt, hat der BGH damit aber letztlich nur die von den §§ 1901a ff. BGB vorgegebene Rechtslage konkretisiert. Auch nach Erlaß dieser Entscheidungen können ausreichend bestimmte Patientenverfügungen erstellt werden. Dabei sollte zuvor ärztlicher Rat eingeholt werden und eine Orientierung an Textbausteinen als Gedankenanstoß für eigene Überlegungen kann hilfreich sein. Auch wenn trotz aller Bemühungen die Patientenverfügung vor Gericht keinen Bestand haben sollte, hilft oft noch die subsidiäre Ausrichtung an Behandlungswünschen oder dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen.

II. Ergänzende Hinweise für Auseinandersetzungen um die Wirksamkeit einer Patientenverfügung

Den Entscheidungen des BGH vom 16.7.2016 und vom 8.2.2017 lassen sich zudem interessante Hinweise zu dem prozessualen Vorgehen bei Vorliegen einer wirksamen Patientenverfügung mit (siehe hierzu: 1) und ohne Einvernehmen mit dem Arzt (siehe hierzu: 2), bei Uneinigkeit zwischen zwei alleinvertretungsberechtigten Bevollmächtigten (siehe hierzu: 3) und bei Uneinigkeit zwischen Bevollmächtigtem und anderen nahestehenden Personen entnehmen.

1. Verhältnis zwischen Patientenverfügung und Anrufung des Betreuungsgerichts bei Einvernehmen zwischen Bevollmächtigtem/ Betreuer und behandelndem Arzt

Wie oben¹³ gezeigt, stellt der BGH in seinen Entscheidungen vom 16.7.2016 und vom 8.2.2017 klar, daß das Betreuungsgericht nicht anzurufen ist, wenn der Inhalt der Patientenverfügung ausreichend bestimmt ist und zwischen dem Bevollmächtigten/ Betreuer und dem Arzt Einvernehmen über die Umsetzung der Patientenverfügung besteht.

Ist dies der Fall und wird dennoch das Betreuungsgericht angerufen, hat das Betreuungsgericht durch ein sogenanntes Negativattest festzustellen, aus dem sich ergibt, dass eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist, und es hat den Antrag ohne weitere Ermittlungen ablehnen¹⁴.

2. Verhältnis zwischen Patientenverfügung und Anrufung des Betreuungsgerichts bei Fehlen eines Einvernehmens zwischen Bevollmächtigtem/ Betreuer und Arzt

Auch wenn eine ausreichend bestimmte und damit im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB wirksame Patientenverfü-

gung vorliegt, ist die Genehmigung des Betreuungsgerichts einzuholen, wenn kein Einvernehmen zwischen Arzt und Bevollmächtigtem/ Betreuer erzielt werden kann¹⁵.

3. Vorgehen bei Uneinigkeit zwischen mehreren Bevollmächtigten/ Betreuern

Sind – wie in dem von dem BGH am 8.2.2017 entschiedenen Fall - mehrere alleinvertretungsberechtigte Bevollmächtigte/Betreuer unterschiedlicher Ansicht, muß ebenfalls eine Genehmigung des Betreuungsgerichts eingeholt werden, auch wenn einer der Bevollmächtigten/Betreuer ein Einvernehmen mit dem behandelnden Arzt erzielt hat¹⁶.

4. Vorgehen bei Uneinigkeit zwischen Bevollmächtigtem und anderen nahestehenden Personen

Wenn der Bevollmächtigte und der Arzt ein Einvernehmen erzielt haben, steht es anderen Angehörigen oder sonstigen nahestehenden, nicht bevollmächtigten Personen, grundsätzlich offen, das Betreuungsgericht anzurufen, weil sie hinsichtlich der Umsetzung der Patientenverfügung anderer Ansicht sind. Der korrekte, gegebenenfalls durch Auslegung zu ermittelnde Antrag richtet sich auf die Anordnung einer Kontrollbetreuung mit dem Recht zum Widerruf der Vollmacht¹⁷.

Einem entsprechenden Antrag ist allerdings nur in Ausnahmefällen stattzugeben, wenn sich der Bevollmächtigte ersichtlich über den Willen des Betroffenen hinweggesetzt hat¹⁸. Unmaßgeblich in diesem Zusammenhang ist, ob der Bevollmächtigte im Sinne des § 1901b Abs. 2 und 3 BGB den nicht bevollmächtigten Angehörigen und sonstigen nahestehenden Personen die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Bei dieser Regelung handelt es sich nach dem eindeutigen Wortlaut lediglich um eine Soll-Vorschrift, deren Nichtbeachtung nicht zur Rechtswidrigkeit der (Nicht-)Einwilligung des Bevollmächtigten führt¹⁹.

13 S.o. unter dem Gliederungspunkt I. 1).

14 BGH Beschl. v. 16.7.2016, ZfL 2016, 107, Rn. 38; Beschl. v. 8.2.2017, in diesem Heft S. 32, Rn. 29.

15 Vgl. BGH Beschl. v. 16.7.2016, ZfL 2016, 107, Rn. 42: „Dem Grundsatz nach soll bei Vorliegen einer wirksamen Vollmacht eine betreuungsgerichtliche Befassung auf die Fälle des Konflikts zwischen Bevollmächtigtem und behandelndem Arzt beschränkt ... vorzunehmen sein.“

16 BGH, Beschl. v. 8.2.2017, in diesem Heft S. 32, Rn. 30.

17 BGH Beschl. v. 16.7.2016, ZfL 2016, 107, Rn. 6.

18 BGH Beschl. v. 16.7.2016, ZfL 2016, 107, Rn. 42 f.

19 BGH Beschl. v. 16.7.2016, ZfL 2016, 107, Rn. 50.

Prof. Dr. Monika Frommel, Kiel*

Haben Ärzte ein Recht zur Information über ihre Bereitschaft, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen?

In der Debatte um § 219a StGB de lege lata und de lege ferenda unterscheiden die Diskussionsteilnehmer nicht zwischen der zu weit gefassten Tathandlung des „Anbieten“, die 1933 wieder eingeführt und danach nie reflektiert worden ist, und „Werbung“. Wer also der veralteten Ansicht folgt, auch Ärzte, welche Schwangerschaftsabbrüche nach der Beratungslösung durchführen, handelten „rechtswidrig“ oder führten gar eine „verbotene“ und nur nicht bestrafte Dienstleistung durch, verkennt die Rechtsprechung des BVerfG aus dem Jahr 1998. Wer meint, auch das „Anbieten“ in § 219a StGB sei verfassungsgemäß, verkennt die Gesetzgebungsgeschichte dieses zu weit geratenen Verbots. Selbstverständlich muss dieses Tatbestandsmerkmal restriktiv ausgelegt werden und an Art. 12 Abs. 1 GG gemessen werden. Außerdem muss EU-Recht beachtet werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Schwangerschaftsabbrüche ärztliche Dienstleistungen. Der deutsche Gesetzgeber kann allerdings „anstößige Werbung“ verbieten (etwas völlig anderes als ein schlichtes „Anbieten“), muss das dann aber gut begründen, da ein solches Verbot in Grundfreiheiten eingreift. Das sachliche Informieren über eigene Leistungen muss erlaubt sein; denn das dürfen Ärzte ohnehin. Zwar sieht das die strafrechtliche Kommentarliteratur zu § 219a StGB (Verbot des öffentlichen Anbietens von Diensten, die zum Schwangerschaftsabbruch geeignet sind) nicht, aber das hängt damit zusammen, dass es eine Tradition gibt, nur strafrechtsdogmatisch zu denken und bei der Auslegung weder explizit Grundrechte zu beachten noch die Entstehungsgeschichte auffällig unbestimmter Verbotsnormen genauer zu analysieren. Kurzkommentare stützen sich zu häufig auf einen zum Stereotyp gewordenen Satz: „Schwangerschaftsabbrüche sind in Deutschland rechtswidrig, aber straflos“. Selbst Rechtswissenschaftler sind hier zu ungenau, da ihnen die komplexe Geschichte der vielfältigen Reformen bei den §§ 218 ff. nicht präsent ist.

Die unhistorische Orientierung an der ersten Abtreibungsentscheidung des BVerfG – ohne Blick auf die Veränderungen bis 1998 – und eine solche Kurzfassung der Reformgeschichte, die etwa 50 Jahre gedauert hat und 1995 zu einer de facto Fristenlösung, allerdings mit der Pflicht zu einer ergebnisoffenen Beratung geführt hat (jedenfalls aus der Perspektive der Ärzte), ist mehr als unangemessen. Sie ist mittlerweile nur noch Propaganda oder die unverstandene Wiederholung von Formeln, die nicht mehr stimmen. Denn der Satz müsste lauten:

Schwangerschaftsabbrüche nach der Beratungslösung sind straflos, aber lösen keine Pflicht der Krankenkassen aus, da die Rechtmäßigkeit nicht festgestellt wird.

Im aktuellen Gießener Strafverfahren¹, das zu einer Verurteilung geführt hat, die nicht rechtskräftig ist, geht es im wesentlichen um das *ärztliche Informationsrecht*. Es kann mit der BVerfGE des Jahres 1998, die gegen das Bayerische Sonderrecht ergangen war, gut begründet werden. Damals ging es zwar nicht um das Informationsrecht, wohl aber um die *Grundrechte von Abtreibungsärzten* aus Art. 12 Abs. 1 GG. Der für Verfassungsbeschwerden zuständige Senat wollte aber damals noch eine Entscheidung des Großen Senats vermeiden und betonte daher die Kontinuität zu BVerfGE 88, 203 (290). Zwar ergibt sich danach, dass schon 1993 unterschieden wurde zwischen der Tatsache, dass Ärzte aufgrund *wirksamer Verträge* handeln, Frauen aber im Rahmen einer Beratungslösung kein „Recht“ hätten, eine Abtreibung zu verlangen, weil ihre „Notlage“ *nicht festgestellt werden kann, wenn jede Drittbewertung entfällt*. So gesehen handelt es sich bei einer Abtreibung um eine ärztliche Dienstleistung, die auch grenzüberschreitend nach EU-Recht angeboten (und bekannt gemacht) werden kann.² Der deutsche Gesetzgeber kann zwar nach der Rechtsprechung des EuGH eine „anstößige Werbung“ verbieten (oder ähnliche Phänomene), nicht aber die sachliche Information. Dies wäre ein unverhältnismäßiger Eingriff in Grundfreiheiten und in die Berufsausübungsfreiheit der Ärzteschaft. Damit sind so

* Prof. Dr. iur. Monika Frommel war bis zu ihrer Emeritierung Direktorin des Instituts für Sanktionenrecht und Kriminologie der CAU zu Kiel, außerdem ist sie Rechtsanwältin. Im Prozess vor dem AG Gießen trat sie als Verteidigerin auf.

1 Das AG Gießen, Az 507 Ds-501 Js 15031/15 (schriftliche Urteilsgründe vom 22.12.2017) verurteilte am 24.11.2017 eine Ärztin wegen eines Link auf ihrer Webseite, der es potentiellen Patientinnen ermöglicht, ein ärztliches Gespräch und eine Beratung wegen eines Schwangerschaftskonfliktes bei ihr zu erhalten. Angesichtes der prozeduralen Ausgestaltung des geltenden Rechts ist es klar, dass die Patientin erst dann die ärztliche Dienstleistung „Schwangerschaftsabbruch“ erhalten kann, wenn sie diese Anforderungen erfüllt hat. Die Information ist also kein Angebot, das angenommen werden kann. Die Entscheidung wurde in den Medien ausführlich kommentiert und stieß überwiegend auf Widerspruch:

Pia Lorenz, AG Gießen verurteilt Ärztin zu 6.000 Euro Geldstrafe, LTO vom 24.11.2017 <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/ag-giessen-geldstrafe-aerztin-angebot-schwangerschaftsabbruch/>; 6000 Euro Strafe für Informationen über Abtreibung, Ärzte Zeitung online vom 24.11.2017 https://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/recht/?sid=948165; Joachim Pohl, Abtreibung: Ab wann machen Ärzte Werbung?, zdf heute vom 24.1.2017 <https://www.zdf.de/nachrichten/heute/abtreibungsgegner-gegen-frauenarztin-100.html> (je zuletzt abgerufen am 20.2.2018).

2 Jörg Gerkrath § 219a StGB und diese Sache mit Europa, LTO vom 8.12.2017 <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-antrag-219a-abschaffen-eu-recht-werbung-dienstleistungsfreiheit/> (zuletzt abgerufen am 20.2.2018).

schillernde Formulierungen, wie sie noch in den Motiven zur Indikationenlösung (1976), nach der ersten Abtreibungsentscheidung des BVerfG 1975, gefallen sind, obsolet.³ Das BVerfG und die Gesetzgebung haben das *Lebensschutzkonzept* in den Jahren nach 1975 und insbesondere in den 1990er Jahren grundlegend verändert und zwar im Sinne einer zeitgemäßen und konsensfähigen Sichtweise. Die Richter nannten das Aktualisierung. Es ist daher nicht mehr vertretbar, zu behaupten, dass auch Ärzte „rechtswidrig“ und nur straflos handeln. Die 1. Alternative des § 219 a StGB (Verbot des öffentlichen Anbietens) ist jedenfalls dann verfassungswidrig, wenn sie auch Ärzte betrifft und wenn diese sachlich informieren. Eine mit dem Lebensschutz und der Stellung der Ärzte im Rahmen dieses Konzepts unverträgliche Werbung darf hingegen verboten werden. Aber Eingriffe in das Grundrecht der Ärzte müssen erforderlich sein. Dies muss konkret begründet werden und die Einschränkungen müssen dann auch zum Lebensschutz geeignet sein. Wir leben in einem sozialen Klima, in dem Embryonen und Foeten achtsam behandelt werden. Zum Moralisieren besteht kein Anlass. Es gibt somit zwei Wege: eine

verfassungskonforme Auslegung und eine moderate Reform. Keineswegs kann die 1. Alternative des § 219a StGB nur de lege ferenda geändert werden. Die Tathandlung des „Anbietens“ muss restriktiv ausgelegt werden, da ansonsten unverhältnismäßig in den Kern der ärztlichen Berufsausübungsfreiheit eingegriffen wird, ohne dass eine solche Einschränkung geeignet ist, den Lebensschutz zu verbessern. Erforderlich ist ein solches Verbot ohnehin nicht, da „anstößige Werbung“ verboten bleibt.

3 Zur besseren Orientierung seien die verschiedenen *Etappen der Änderungsgesetzgebung* noch einmal kurz dargestellt: Am 18.05.1976 tritt nach heftigem politischen Streit und der Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat, ferner nach der Zurückweisung erhobener Einsprüche des Bundesrats durch den Bundestag das 15. Strafrechtsänderungsgesetz (15. StrÄG) in Kraft. Es belässt es bei der Zuständigkeit der Länder, darüber zu entscheiden, welche Einrichtungen sie zulassen. Dies führt zu einer erheblichen Ungleichheit, da in Bayern und Baden-Württemberg Praxen, welche ambulante Schwangerschaftsabbrüche durchführen, nicht genehmigt werden. Verwaltungsgerichtsverfahren hiergegen führen nicht zum Erfolg. Am 21.8.1995 wird das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHÄndG) erlassen (neu ist eine praktikable Beratungslösung ohne Drittfeststellung, aber dem Recht der Frau auf Letztentscheidung).

*Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Bonn**

Das strafrechtliche Verbot der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB) – Anachronismus oder sinnvolle Schutzergänzung?

Infolge der Verurteilung einer Frauenärztin wegen Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB) im November 2017 durch das Amtsgericht Gießen¹ sind die strafrechtlichen Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs nach einer Epoche weitgehender gesellschaftlicher Befriedung jüngst wieder in die rechtspolitische Diskussion geraten. Namentlich wird rechtspolitisch verbreitet eine Abschaffung der – rechtsanwendungspraktisch eher bedeutungsarmen² – Regelung des § 219a StGB gefordert. Obgleich der Straftatbestand in seiner ursprünglichen Entstehungsfassung³ (wie auch andere Vorschriften des Strafrechts) auf einer historischen Teleologie gründete, die evident diskreditiert ist (nämlich Bevölkerungspolitik)⁴ und keine verfassungskonforme Strafbegründung mehr zu tragen vermag, stellt sich die Frage, welche Regelungsfunktion der gegenwärtig geltenden Bestimmung, die ihre heutige Fassung unter dem Dach des Grundgesetzes und damit notwendig auch mit einer gänzlich anderen Teleologie zuletzt (unter Fortschreibung des § 219b StGB a. F.) im Jahr 1992 erhalten hat⁵, noch zukommen kann und ob es sinnvoll ist, hieran festzuhalten.

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

1 AG Gießen, Urt. v. 24.11.2017 - 507 Ds - 501 Js 15031/15.

2 Die Kriminalstatistik weist für die Jahre 2015 und 2016 27 bzw. 35 erfasste Fälle auf: Bundesministerium des Innern (Hsrg.), Bericht zur polizeilichen Kriminalstatistik, 2017, S. 98. Verurteilungen kommen aber kaum vor. Für das Jahr 2013 ist statistisch eine Verurteilung ausgewiesen: Statistisches Bundesamt (Hsrg.), Rechtspflege: Strafverfolgung, 2015, S. 34.

3 Art. I Nr. 14 des Gesetzes zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften v. 26.5.1933 (RGBl. I S. 295). Die damalige Zählung war § 220 StGB. Die qualifizierenden Tatbestandsmerkmale des Vermögensvorteils bzw. der groben Anstößigkeit waren seinerzeit noch nicht vorgesehen.

4 Ulrike Lembke, Schwangerschaftsabbruch in Deutschland: Eine medizinische Dienstleistung als Tötungsdelikt, Legal Tribune Online, 21.11.2017, https://www.lto.de/persistent/a_id/25631/ (Zugriff am 20.2.2018).

5 Art. 13 Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs (Schwangeren- und Familienhilfegesetz) v. 27.7.1992 (BGBl. I S. 1398). Zuvor Art. 1 Nr. 8 Fünfzehntes Strafrechtsänderungsgesetz v. 18.5.1976 (BGBl. I S. 1213); zur dortigen Teleologie BT-Drs. 7/1981, S. 17. Zur redaktionell angepassten Fortschreibung des früheren Rechts im Rahmen der geltenden Fassung wiederum BT-Drs. 12/2605, S. 22.

I. Das symbolische Schutzkonzept des Rechts des Schwangerschaftsabbruchs

Die §§ 218 ff. StGB sind das filigrane Produkt eines politischen Kompromisses, der einen mehrpoligen Güterkonflikt aufzulösen versucht und an dessen Konturierung wahrscheinlich das Bundesverfassungsgericht keinen geringeren Anteil hatte als der Gesetzgeber. Die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung hat bekanntlich aus der Schutzpflicht für das Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) weitreichende Folgerungen abgeleitet und hierbei (durchaus mit einer der Tragweite dieser strafbegründungstheoretisch voraussetzungsvollen Festlegung nicht wirklich gerecht werdenden Oberflächlichkeit in der Begründung) die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs zum (mehr oder weniger selbstverständlichen) regulativen Ausgangspunkt genommen.⁶ In elementare Bereiche der Lebensführung hineingreifende Persönlichkeitsentfaltung werdender Mütter einerseits und vitale Integritätsinteressen von Embryonen bzw. Föten andererseits sind jeweils freiheitsgrundrechtlich hochrangig geschützte Positionen und müssen zu einem Ausgleich gebracht werden, bei dem es keine für alle Seiten verlustfreien Lösungsangebote geben kann. Das geltende Strafrecht des Schwangerschaftsabbruchs bildet hierbei einen – aufgrund der Intensität des Güterkonflikts nachgerade zwangsläufig unvollkommenen – Kompromiss ab, der die „Radikallösungen“ einer generellen Kriminalisierung einerseits sowie einer generellen Entkriminalisierung andererseits vermeidet und an die Stelle des den weiterhin konzeptionellen Ankerpunkt bildenden, aber partiell zurücktretenden Strafrechts ein anderweitiges Konzept treten lässt, das angemessenen Lebensschutz für Ungeborene gewährleisten soll. Im Mittelpunkt steht ein symbolischer sowie sozialkommunikativer Schutz des ungeborenen Lebens, der nach der Rechtsprechung gerade auch Bedingung eines weitgehenden Strafverzichts sein soll.⁷ Der Schutzanspruch des ungeborenen Lebens soll – ungeachtet des partiellen Verzichts auf Strafandrohung – im öffentlichen Bewusstsein erhalten bleiben.⁸

II. Die Funktion des Werbeverbots

Auch § 219a StGB ist konsequenter Bestandteil dieses aufgefücherten Lebensschutzkonzeptes.⁹ Die Vorschrift soll nach heutiger Lesart vor allem einer Kommerzialisierung und gesellschaftlichen Normalisierung des (straffreien) Schwangerschaftsabbruchs entgegenwirken.¹⁰ Eine gezielte Werbung, die den Schwangerschaftsabbruch von einem tragischen Grenz- und Interessenkonflikt zu einer merkantilen Dienstleistung deformiert, würde den Achtungsanspruch des Nasciturus, der diesem kraft seiner Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) zukommt,¹¹ offensiv in Frage stellen. Daraus folgt zwar nicht, dass eine Kriminalisierung der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch durch

§ 219a StGB verfassungsrechtlich zwingend *geboten* wäre. Mit der verfassungsunmittelbaren Herleitung von Bestrafungsgeboten sollte man ganz allgemein sehr zurückhaltend umgehen, zumal die Verfassung *in concreto* eine technische Vertatbestandlichung ärztlicher Verhaltenspflichten offensichtlich ohnehin nicht vorwegnehmen kann. Die konkrete Ausgestaltung des Lebensschutzes bleibt in erster Linie eine Aufgabe des einfachen Gesetzgebers. Gerade deshalb bedarf es aber eines rechtspolitisch sinnvoll tarierten Schutzkonzeptes, das auf ein Werbeverbot kaum verzichten kann, ohne den regulativen Anspruch preiszugeben, Föten als schutzbedürftige Subjekte zu behandeln und damit den – nicht nur psychischen, sondern auch normativen – Konfliktcharakter des Schwangerschaftsabbruchs zumindest gesetzlich sichtbar zu unterstreichen.

Ob man eine Sanktionierung regelungstechnisch über das Kriminalstraf- oder das Ordnungswidrigkeitenrecht¹² organisiert, ist angesichts der grundsätzlichen funktionalen Austauschbarkeit der Sanktionstypen innerhalb des materiellen Strafrechts von eher sekundärer Bedeutung. Bedenken sollte man hierbei freilich, dass die normstabilisierende Symbolik, um die es im Rahmen der §§ 218 ff. StGB vornehmlich geht, durch eine Integration in das Kriminalstrafrecht leichter zu erreichen sein wird, weil dieses auf öffentliche Institutionen verweisen kann, die normative Erwartungen und gesellschaftliche Wertentscheidungen qualifiziert sichtbar machen.¹³ Gerade symbolisches Strafrecht kann

6 BVerfGE 88, 203 (258). Kritisch zur apodiktischen und oberflächlichen Begründung Klaus Ferdinand Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 60 f. Erforderlich wäre es zumindest gewesen, die abstrakte Funktion von Strafe zu diskutieren, zumal eine auf Realfolgen zielende negative Generalprävention und einer normstabilisierende positive Generalprävention gänzlich unterschiedliche Rechtfertigungen erfordert. Auch die keineswegs klare Festlegung, ob sich ein Schutzkonzept primär durch seinen normativen Anspruch oder durch eine (an welchem Referenzwert zu bemessende?) Reduktion der Abtreibungszahlen zu bewähren hat, bleibt offen. Dies hat die späteren Diskussionen, ob die geltenden §§ 218 ff. StGB denn nun wirkungsvollen Lebensschutz gewährleisten oder nicht, nicht unerheblich belastet. Richtigerweise läge die abstrakte Festlegung der einer Pönalisierung zugrunde liegenden Strafzwecke primär beim Gesetzgeber.

7 BVerfGE 88, 203 (264 ff.).

8 BVerfGE 88, 203 (261): „Der Schutzauftrag verpflichtet den Staat schließlich auch, den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewusstsein zu erhalten und zu beleben. Deshalb müssen die Organe des Staates in Bund und Ländern erkennbar für den Schutz des Lebens eintreten.“

9 So auch Helmut Satzger, § 219a StGB ist verfassungsrechtlich und strafrechtsdogmatisch nicht zu beanstanden, aber jedenfalls kriminalpolitisch zu überdenken!, in diesem Heft, S. 22 (23).

10 BT-Drs. 7/1981, S. 17; LG Bayreuth, Urt. v. 11.1.2006 – 2 Ns 118 Js 12007/04, ZfL 2007, 16; Nino Goldbeck, Zur Verfassungskonformität des § 219a StGB, ZfL 2007, 14 (15); Reinhard Merkel, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ulrich Paeffgen (Hrsg.), StGB, Bd. 2, 5. Aufl. (2017), § 219a Rn. 1.

11 BVerfGE 88, 202 (251).

12 Hierfür Kriminalpolitischer Kreis, Stellungnahme zum Straftatbestand der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB), in diesem Heft, S. 31 (32).

13 Gärditz (o. Fußn. 6), S. 21 ff.

– obgleich nicht selten in der Kritik¹⁴ – daher seinen Eigenwert haben,¹⁵ wie zuletzt etwa die Kontroverse um den neuen § 184j StGB gezeigt hat, der unabhängig von damit absehbar verbundenen Anwendungsproblemen¹⁶ (und der Frage, ob man die Regelung für sinnvoll erachtet) eben auch ein Vehikel ist, auf wahrgenommene Vulnerabilität zu reagieren und einen gestiegenen gesellschaftlichen Wert des Schutzes sexueller Selbstbestimmung zu normativieren. Eine Strafvorschrift kann wertbildend wirken, ohne systematisch und kohärent in Einzelfällen angewendet werden zu müssen.

III. Sachgerechte Auslegung

Der verquaste und zugleich denkbar weit formulierte Tatbestand des § 219a StGB ist gleichwohl mit Interpretationsunsicherheiten belastet.

1. Ärztliche Entscheidungsfreiheit und ihre Publizität

Der Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB ist keine zu erbringende Dienstleistung der öffentlichen Gesundheitsversorgung und kein Heileingriff,¹⁷ sondern ein sperriges Aliud hierzu, bei dem es letztlich um die Ermöglichung von Selbstbestimmung der werdenden Mutter (unter Inkaufnahme von vitalen Rechtsverlusten des insoweit fremdbestimmten Fötus¹⁸) geht. Korrespondierend zu den damit verbundenen höchstpersönlichen – nicht zuletzt von unverletzlichen ethischen bzw. religiösen Überzeugungen geprägten – Wertungskonflikten bleibt auch die Entscheidung eines Arztes oder einer Ärztin, ob er oder sie zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen überhaupt bereit ist, weiterhin eine individuelle Gewissensentscheidung. Eine Verpflichtung zur Mitwirkung an Schwangerschaftsabbrüchen ist grundsätzlich unzumutbar. § 12 Abs. 1 SchwKG¹⁹ bestimmt daher konsequent, dass niemand verpflichtet ist, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken. Abweichendes gilt nach § 12 Abs. 2 SchwKG nur bei drohender Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung der Schwangeren,²⁰ also insoweit auch nach § 218a Abs. 2 StGB gerechtfertigte Eingriffe. Wer zur Mitwirkung an einem Schwangerschaftsabbruch hiernach legalerweise nicht bereit ist, dürfte dies fraglos auch öffentlich kommunizieren, also etwa auf der Homepage der Arztpraxis ausflaggen, dass man keine Schwangerschaftsabbrüche durchführe. Reziprok muss es aber auch möglich sein, die gleichermaßen höchstpersönliche Entscheidung, grundsätzlich zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen im Rahmen des geltenden Rechts bereit zu sein, öffentlich zu kommunizieren.

2. Möglichkeit der sachlichen (nicht werbenden) Information

Für eine betroffene Patientin ist es notwendig zu wissen, wer von den in Betracht kommenden Ärztinnen

und Ärzten bereit ist, einen nach Maßgabe des § 218a Abs. 1 StGB straffreien Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen,²¹ was auch die – begrenzte – tatbestandliche Rückausnahme²² des § 219a Abs. 2 StGB erklärt. § 219a StGB soll gesellschaftlichen Normalisierungsmechanismen entgegenwirken. Es ist indes ersichtlich kein Bestandteil des Schutzkonzeptes, den Zugang zu gesetzlich vorgesehenen Schwangerschaftsabbrüchen durch faktische Invisibilisierung in der Öffentlichkeit zu behindern, also gleichsam gesetzliche und damit *par excellence* öffentliche Handlungsoptionen sozialkommunikativ zu tabuisieren. Das verquere und in seiner technischen Rabelistik gesellschaftlich kaum verständliche (und auch verbreitet nicht verstandene) Konzept des „rechtswidrig, aber straffrei“ ändert nichts an der gesetzlich zwingend vorgesehenen (§ 218 Abs. 1 Nr. 2 StGB) Mitwirkung von Ärztinnen und Ärzten an Schwangerschaftsabbrüchen, die sich nicht als soziales Arkanum vernebeln lassen. Dementsprechend hat auch das Bundesverfassungsgericht in einer Kammerentscheidung festgestellt: „Wenn die Rechtsordnung Wege zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen durch Ärzte eröffnet, muss es dem Arzt auch ohne negative Folgen für ihn möglich sein, darauf hinzuweisen, dass Patientinnen seine Dienste in Anspruch nehmen können.“²³ Es kann daher bei einem Verbot letztlich nur um die *Form* der Kommunikation gehen. *Sachliche* Hinweise auf die Bereitschaft, an straffreien Schwangerschaftsabbrüchen nach § 218a Abs. 1 StGB mitzuwirken, müssen möglich sein. Erst recht gilt dies für die Mitwirkung an *rechtmäßigen* Schwangerschaftsabbrüchen nach § 218a Abs. 2 StGB, auf die § 219a StGB bei teleologischer Auslegung freilich ohnehin nicht anwendbar sein dürfte.²⁴ Auch mit sachlichen Hinweisen mögen fraglos Normalisierungstendenzen einhergehen, doch wären diese dann schlichte

14 Z. B. Winfried Hassemer, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NSStZ 1989, S. 553 ff.; Cornelius Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1992, S. 255 ff.; Kurt Seelmann, Risikostrafrecht, KritV 1992, S. 452 ff.

15 Gärditz (o. Fußn. 6), S. 52.

16 Eingehende Kritik bei Thomas Fischer, „Straftaten aus Gruppen“ (§ 184j StGB) – Ein Lehrstück zwischen Horden, Dogmatik und deren Simulation, in: Festschrift für Ulfrid Neumann, 2017, S. 1089 ff.

17 Vgl. kritisch dazu Ruth Esser, Der Arzt im Abtreibungsstrafrecht, 1992, S. 24-26.

18 Vgl. Thomas Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), Vor §§ 218-219b Rn. 10a.

19 Schwangerschaftskonfliktgesetz v. 27.7.1992 (BGBl. I S. 1398), das zuletzt durch Art. 14 Nr. 1 des Gesetzes v. 20.10.2015 (BGBl. I S. 1722) geändert worden ist.

20 Abweichend Esser (o. Fußn. 17), S. 88 ff., die diese Rückausnahme (mit kaum haltbarer Begründung) für verfassungswidrig erachtet.

21 Vgl. auch BVerfG-K, Beschl. v. 8.6.2010 – 1 BvR 1745/06, NJW 2011, 47 Rn. 23.

22 Thomas Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 219a Rn. 5.

23 BVerfG-K, Beschl. v. 24.5.2006 – 1 BvR 1060/02, BVerfGK 8, 107 (116).

24 Zutreffend Satzger (o. Fußn. 9), S. 23. Anders freilich ausdrücklich noch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 7/1981, S. 17.

Folge des gesetzlichen Regelungskonzeptes des § 218a Abs. 1 StGB, dessen (der inhärenten Kompromisshaftigkeit geschuldeten) Wertungswidersprüche²⁵ sich nicht dadurch aus der Welt schaffen lassen, dass man über die Anwendung der Regelung Stillschweigen wahrt.

3. Tatbestandliche Offenheit

Ein verhältnismäßiges gesetzliches Verbot kann vor diesem Hintergrund erst bei einem Verhalten ansetzen, das über eine schlichte sachliche Bereitschaftsbekundung hinausgeht.²⁶ Hier kommt § 219a Abs. 1 StGB ins Spiel, der diesen Differenzierungsbedarf nur unvollkommen abbildet. Wer hiernach öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) seines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Zwar wird die Tatbestandvariante „in grob anstößiger Weise“ bei einer sachlich gehaltenen Information durchweg nicht erfüllt sein. Durch das ärztliche Honorar entsteht jedoch ein Vermögensvorteil, der als solcher bereits die alternative tatbestandliche Voraussetzung des § 219a Abs. 1 StGB („seines Vermögensvorteils wegen“) erfüllen soll.²⁷ Während ein Anpreisen eine positive und werbende Kundgabe voraussetzt,²⁸ ist dies beim Anbieten, Ankündigen oder Bekanntgeben jedenfalls nicht semantisch angelegt. Insoweit wäre auf den ersten Blick tatsächlich schon der bloße Hinweis, dass man Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen bereit ist, tatbestandlich.

4. Teleologische Reduktion im Lichte der amtlichen Überschrift

Allerdings hat § 219a StGB eine *amtliche* Überschrift, die Bestandteil des Gesetzeswortlauts²⁹ und damit bei dessen Auslegung zu berücksichtigen ist.³⁰ Eine zutreffend geforderte funktionale Beschränkung auf ein zum Lebensschutz geeignetes Werbeverbot³¹ ist insoweit durch eine teleologisch reduzierende Auslegung im Lichte des durch Überschrift textuell fixierten Gesetzeszwecks möglich.³² Auch die Gesetzesbegründung der geltenden Sprachfassung deutet auf die Auslegungsrelevanz hin, sollte doch lediglich „die echte oder als Information getarnte Werbung“ pönalisiert werden,³³ insoweit offenbar aber keine nichtwerbende Sachinformation. So lassen sich unverhältnismäßige Folgen vermeiden, die durch eine schematische Gesetzesanwendung entstehen könnten. Werbung setzt begrifflich voraus, dass über den Schwangerschaftsabbruch nicht nur informiert, sondern ihm – nach Inhalt, Aufmachung oder Begleittext der Verlautbarung – eine positiv konnotierte

Bewertung beigemessen und zur Inanspruchnahme einer angebotenen Dienstleistung aufgefordert wird. Keine Werbung ist insoweit der bloße – sprich: nicht kommerzialisierende, nicht verharmlosende uns auch nicht auf sonstige Weise das Schutzkonzept der §§ 218 ff. StGB sozialkommunikativ unterlaufende³⁴ – Hinweis (etwa auf der Praxishomepage), dass man grundsätzlich auch Schwangerschaftsabbrüche im Rahmen des geltenden Rechts nach § 218a StGB vornimmt.

IV. Resümee

Die Aufrechterhaltung eines gesellschaftlichen Klimas, in dem Embryonen und Föten achtsam behandelt werden,³⁵ hängt auch vom jeweils geltenden Recht ab, das nicht nur ein Derivat gesellschaftlicher Anschauungen ist, sondern gleichermaßen durch seine autonomen Kommunikationsleistungen auf gesellschaftliche Wertbildungsprozesse zurückwirkt. Ob konkret ein Fötus zunächst einmal als Rechtssubjekt wahrgenommen wird, dessen Rechte tangiert sind und das eigenständigen Schutz verdient (wie auch immer dieser dann regelungstechnisch ausgestaltet ist), wird nicht zuletzt davon beeinflusst, wie das Recht den Umgang mit Schwangerschaftskonflikten regelt. In diesem Kontext ist ein Werbeverbot weiterhin sinnvoll angesiedelt, was deutlich gegen eine Abschaffung des § 219a StGB

25 Fischer (o. Fußn. 18), Vor §§ 218-219b Rn. 10a.

26 In diese Richtung auch Christoph Sowada, Stellungnahme zu § 219a StGB, in diesem Heft, S. 24 (25), freilich beschränkt auf anpreisende Werbung.

27 LG Bayreuth, Urt. v. 11.1.2006 – 2 Ns 118 Js 12007/04, ZfL 2007, 16; Fischer (o. Fußn. 22), § 219a Rn. 2; Christian Kühl/Martin Heger, StGB, 28. Aufl. (2014), § 219a Rn. 4; Merkel (o. Fußn. 10), § 219a Rn. 15.

28 Vgl. Merkel (o. Fußn. 10), § 219a Rn. 12.

29 Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. (2008), Rn. 321.

30 Karsten Gaede, in: Klaus Leipold/Michael Tsambikakis/Mark Alexander Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. (2015), § 1 Rn. 34; Matthias Jahn, Gesetzgebung im Putativnotwehrerzeß – Zur verfassungskonformen Auslegung des § 246 StGB n. F., in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (Hrsg.), Irrwege der Strafgesetzgebung, 1999, S. 195 (203); Eric Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 388 ff. Zur Kongruenz von amtlicher Überschrift und Inhalt auch BT-Drs. 7/1261, S. 10.

31 Monika Frommel, Haben Ärzte ein Recht zur Information über ihre Bereitschaft Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen?, in diesem Heft, S. 17 (18).

32 Hiergegen aber LG Bayreuth, Urt. v. 11.1.2006 – 2 Ns 118 Js 12007/04, ZfL 2007, 16 (17), mit der apodiktischen Begründung, dies scheitere am eindeutigen Wortlaut und am Willen des Gesetzgebers. Ein Gebot, die semantischen Spielräume einer Strafbestimmung auszuschöpfen, gibt es freilich nicht. Der Wille des Gesetzgebers wird vom Gericht nicht näher entfaltet, was angesichts der wechselvollen Geschichte des Abtreibungsstrafrechts und seiner Überlagerung durch die Verfassungsrechtsprechung auch schwer gelingen dürfte.

33 BT-Drs. 7/1981, S. 17.

34 Für eine deutlich höhere Schwelle, obgleich auf der Grundlage eines abweichenden Verständnisses der Teleologie der Regelung aber Merkel (o. Fußn. 10), § 219a Rn. 15.

35 Frommel (o. Fußn. 31), S. 18.

spricht.³⁶ Anders als ungewollt Schwangere befinden sich zudem Ärztinnen und Ärzte in keiner prekären Lage, sodass die flankierende (und damit das Regelungskonzept der §§ 218, 218a StGB entlastende) Strafandrohung des § 219a StGB eigentlich an der richtigen Stelle ansetzt.

Man mag allenfalls erwägen, die Tatbestandsvariante des Vermögensvorteils zu entschärfen, um zu vermeiden, dass bereits allein die Aussicht eines gebührenrechtlich normierten³⁷ ärztlichen Honorars zur Strafbarkeit führt. Diese Tatbestandsvariante ist im dargestellten Schutzkonzept ohnehin dysfunktional, weil die potentiellen gesellschaftlichen Normalisierungswirkungen positiver Werbung nicht davon abhängen, ob hiermit von der werbenden Person zugleich auch pekuniäre Motive verfolgt werden. Warum das geltende Recht umgekehrt die (nicht grob anstößige) Werbung für *kostenlose* Schwangerschaftsabbrüche privilegiert,³⁸ ist unter Zugrundelegung einer schutzbezogenen Deutung kaum nachvollziehbar. Mögliche Schwierigkeiten, auf der Grundlage des geltenden § 219a StGB unerlaubte Werbung von einer schlichten Information abzugrenzen, lassen sich durch sachgerechte Auslegung beheben, ohne dass man das Gesamtkonzept des Abtreibungsstrafrechts legislativ aufschnüren müsste, was kaum ohne schmerzliche und sehr grundsätzliche gesellschaftlich Konflikte möglich wäre.

Monika Frommel hat in diesem Heft darauf hingewiesen, dass auch der Konfliktfall der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch keinen Anlass zum Moralisieren bie-

tet.³⁹ Das ist fraglos richtig, zumal in Zeiten, in denen die freiheitssichernde Formalität des Rechts und seiner Institutionen zunehmend durch eine öffentliche Hypermoralisierung untergeben wird. Moralisieren sollte nie das Anliegen von Rechtspolitik sein. Um Moral geht es aber bei einem verfassungskonform unterfütterten § 219a StGB nicht,⁴⁰ sondern um eine sinnvolle Flankierung des in den §§ 218 ff. StGB angelegten, notwendig kompromisshaften Rechtgutsschutzkonzeptes, dem man kaum vorwerfen kann, die Schärfe des Strafrechts zu überdosieren.

36 In diesem Sinne auch MdB Elisabeth Winkelmeier-Becker, <https://www.cdusu.de/presse/pressemitteilungen/werbung-fuer-abtreibung-waere-inakzeptable-einflussnahme>: „Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion hält am Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche nach § 219a StGB grundsätzlich fest. Es darf kein Geschäftsmodell gefördert werden, das auf der Tötung ungeborenen Lebens beruht. Wer den § 219a StGB ersatzlos aufheben möchte, muss in Zukunft mit offener Werbung im Internet, Fernsehen, Zeitschriften, etc. für Abtreibungen rechnen. Dies wird dem Sachverhalt nicht gerecht. Allenfalls wäre zu prüfen, ob schon die sachliche Information für eine Tätigkeit, die nach der einschlägigen Gebührenordnung für Ärzte vergütet wird, diese Voraussetzungen erfüllt“.

37 § 5a i. V. mit Nr. 1055, 1056 nach Anlage Gebührenverzeichnis für ärztliche Leistungen der Gebührenordnung für Ärzte in der Fassung der Bekanntmachung v. 9.2.1996 (BGBl. I S. 210), die zuletzt durch Art. 7 des Gesetzes v. 27.6.2017 (BGBl. I S. 1966) geändert worden ist.

38 Die amtliche Begründung misst offenbar der Entgeltlichkeit ein sozial schädliches Potential zu, diskutiert aber die umgekehrte Frage nicht. Vgl. BT-Drs. 7/1981, S. 18.

39 Frommel (o. Fußn. 31), S. 18.

40 Anders Merkel (o. Fußn. 10), § 219a Rn. 2, wonach die Regelung einer „moralischen Indolenz“ entgegenwirken wolle und lediglich dem gesellschaftlichen „Klimaschutz“ diene.

*Prof. Dr. Helmut Satzger, München**

§ 219a StGB ist verfassungsrechtlich und strafrechtsdogmatisch nicht zu beanstanden, aber jedenfalls kriminalpolitisch zu überdenken!

Auf Basis der geltenden Rechtslage, die maßgeblich durch die Rechtsprechung des BVerfG angestoßen wurde, ergibt sich **im Ergebnis** grundsätzlich keine strafrechtsdogmatische oder verfassungsrechtliche Notwendigkeit, den § 219a StGB abzuschaffen. Gleichwohl ist es überlegenswert, inwieweit es aus rechtspolitischen Erwägungen sinnvoll ist, die Werbung zu kriminalisieren.

Zunächst zum **strafrechtsdogmatischen Hintergrund**: Legal ist ein Schwangerschaftsabbruch nach der klaren Vorgabe des BVerfG (BVerfGE 39, 1 ff.) nur ausnahmsweise, wenn er „gerechtfertigt“ durchgeführt wird, d.h. insbesondere dann, wenn eine Indikation i.S.d. § 218a Abs. 2 und 3 StGB vorliegt.¹

Läge die Fallgestaltung also so, dass ein Arzt in seiner „Werbung“ lediglich darüber informiert, dass er „indizierte Schwangerschaftsabbrüche“ vornimmt, so spricht

nichts für eine Strafbarkeit für diese rechtmäßige Informationsübermittlung. Dieser Vorbehalt bezüglich rechtmäßiger Werbung ist zwar wichtig, um alle Fallgestaltungen einzubeziehen, selbstverständlich geht es – auch und gerade in der aktuellen Diskussion – natürlich ganz maßgeblich um die Bewertung des sog. „bera-

* Der Autor hat den Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München inne.

1 Nur ausnahmsweise kommt ein Rückgriff auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe (insbesondere § 34 StGB) in Betracht, v.a. dann, wenn ein Nicht-Arzt den Abbruch zur Rettung der Schwangeren in einer Notsituation durchführt, s. dazu Eser, in: Schönte/Schröder/StGB, 29. Aufl. 2014, § 218, Rdnr. 37; Momsen/Momsen-Pflanz, in: SSW/StGB, 3. Aufl. 2017, § 218, Rdnr. 16; vgl. ferner zur weiterführenden Frage der Strafbarkeit von Rettungshandlungen Dritter zum Schutze des ungeborenen Lebens Satzger, JuS 1997, 800.

tenen Schwangerschaftsabbruchs“, also der dem § 218a Abs. 1 StGB unterfallenden Tathandlung.

Ein solcher „beratener Schwangerschaftsabbruch“ ist nach der klaren Aussage des BVerfG nur tatbestandslos, nicht aber rechtmäßig. Eine Fristenlösung in dem Sinn, dass bis zu einem bestimmten Zeitpunkt der Schutz des ungeborenen Lebens stets hinter das Selbstbestimmungsrecht der Mutter zurücktrete, sei mit den Wertungen des Art. 1 I GG nicht vereinbar; die Rechtsordnung müsse folglich „von einer Pflicht zur Austragung der Schwangerschaft ausgehen, ihren Abbruch also grundsätzlich als Unrecht ansehen“.² In Umsetzung dieser Vorgabe sieht § 218a Abs. 1 StGB vor, dass der beratene Schwangerschaftsabbruch unter den weiteren dort genannten Voraussetzungen nicht bestraft wird, legal ist er jedoch nicht.³ Letztlich akzeptiert der Staat im Rahmen der Erbringung seiner grundrechtlichen Schutzpflicht zugunsten des ungeborenen Lebens in den ersten zwölf Schwangerschaftswochen das Beratungskonzept als letztlich praktisch effektiveres Mittel zum Lebensschutz. Die Beendigung des ungeborenen Lebens wird – jenseits der Indikationen – jedoch nie als „rechters“ erachtet. Dementsprechend ist das Beratungskonzept darauf ausgerichtet, Leben zu schützen – wenn auch diesem Beratungskonzept inhärent ist, dass die Verbesserung des Lebensschutzes abstrakt, nicht aber bezogen auf jede einzelne Schwangerschaft eintritt. Dementsprechend kann Inhalt und Grundgedanke des Beratungskonzeptes nicht sein, dass jede werdende Mutter am Ende die Schwangerschaft austrägt; es sind auch Fälle hinzunehmen, in denen sich die Schwangere – nach erfolgter Beratung – für einen Abbruch entscheidet; sie wird dann aber nicht bestraft.⁴ Folgt man dieser verfassungsgerichtlich vorgezeichneten – und dem Gesetz zugrundeliegenden Konzeption – **folgt daraus für § 219a StGB Folgendes:** Soll das Beratungskonzept und die Strafflosigkeit des beratenen Schwangerschaftsabbruchs praktikabel sein, muss eine Schwangere, die sich beraten lassen hat und gleichwohl am Wunsch, die Schwangerschaft abubrechen, festhält, erfahren können, wo sie einen solchen Eingriff vornehmen lassen kann. Sie muss also auf Ärzte und Praxen hingewiesen werden können, die einen solchen Abbruch vornehmen. Das verkennet auch das Gesetz nicht – denn § 219a StGB sieht in dessen Abs. 2 einen Vorbehalt vor: „Absatz 1 Nr. 1 gilt nicht, wenn Ärzte oder auf Grund Gesetzes anerkannte Beratungsstellen darüber unterrichtet werden, welche Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen bereit sind, einen Schwangerschaftsabbruch unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 vorzunehmen.“⁵ Dass ein Arzt – darüber hinausgehend – von sich aus „Werbung“ betreibt, in den Worten des § 219a StGB: „eigene oder fremde Dienste anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt“ und somit direkt auf Schwangere zugeht, um darüber zu informieren, dass und wo sie

einen solchen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen können, ist für das Beratungskonzept weder erforderlich noch vorgesehen.

Auf Basis der Illegalität des beratenen Schwangerschaftsabbruchs ist es daher jedenfalls gesetzlich nicht inkonsequent, wenn durch strafbewehrtes Verbot anpreisender (etc.) Werbung dem – was die aktuelle Diskussion unter Beweis stellt – bereits weit verbreiteten Eindruck entgegengewirkt werden soll, dass ein beratener Schwangerschaftsabbruch „normal“ und von der Rechtsordnung sogar gebilligt sei.⁶ Natürlich erinnert dies an die gesetzgeberische Motivation zur Einführung des § 217 StGB (unabhängig davon, inwieweit dieser auch Werbemaßnahmen erfasst). Auch hier hat der Gesetzgeber sein Tätigwerden u.a. damit begründet, dass eine gesellschaftliche „Normalisierung“, ein „Gewöhnungseffekt“ an organisierte Formen des assistierten Suizids einzutreten drohten.⁷ Nun darf aber nicht übersehen werden, dass der wesentliche Unterschied darin liegt, dass § 217 StGB auf die Förderung einer grundsätzlich legalen Handlung (Suizid) gerichtet ist, während es hier um ein – nochmals: nach verfassungsgerichtlicher Konzeption – illegales Verhalten geht. Insofern lässt sich das Motiv, es solle nicht der Eindruck entstehen, die Rechtsordnung billige den beratenen Abbruch, hier viel besser hören.

Meine Schlussfolgerung ist daher: Für **indizierte** Schwangerschaftsabbrüche sollte § 219a StGB nicht zur Anwendung kommen können, das halte ich aber bereits durch eine teleologische Reduktion des Tatbestandes für umsetzbar. Für den – hier v.a. interessierenden – **beratenen** Schwangerschaftsabbruch erscheint mir § 219a StGB in der jetzigen Form als jedenfalls nicht unpassender Baustein des Beratungskonzeptes, so wie es vom BVerfG vorgezeichnet und vom Gesetzgeber umgesetzt worden ist. Einer zu weitgehenden Strafbarkeit kann man hier auch im Rahmen der Auslegung entgegenwirken, wenn die Tatbestandsmerkmale „seines Vermögensvorteils wegen“ bzw. „in grob anstößiger Weise“ restriktiv ausgelegt werden. Jenseits der Kritik, die man generell gegenüber der – sicherlich nicht gänzlich widerspruchsfreien – gesetzlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchsrechts vorbringen kann, halte ich

2 BVerfGE 39, 1, 44.

3 Zur dogmatischen Einordnung im Einzelnen s. *Satzger*, JURA 2008, 424, 430.

4 Zum Beratungskonzept s. ferner *Eser*, in: Schönke/Schröder/StGB, 29. Aufl. 2014, Vor § 218, Rdnr. 8; *Satzger*, JURA 2008, 424, 425;

5 In den Gesetzesmaterialien heißt es dazu ausdrücklich: „Andererseits muß die Unterrichtung der Öffentlichkeit (durch Behörden, Ärzte, Beraterstellen) darüber, wo zulässige Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden, möglich sein.“, vgl. BT-Drucks. 7/1981 S. 17.

6 In den Gesetzesmaterialien heißt es dazu ausdrücklich: Die Vorschrift „will verhindern, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird.“, vgl. BT-Drucks. 7/1981 S. 17.

7 So die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drucks. 18/6573 S. 2.

somit das dem § 219a StGB zugrundeliegende grundsätzliche Werbeverbot für verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden und strafrechtsdogmatisch jedenfalls nicht inkonsequent.⁸

Auf einem anderen Blatt steht die Frage, ob es **rechtspolitisch** sinnvoll ist, diese Strafvorschrift in dieser Form aufrecht zu erhalten. Zweifel können hier zum einen insoweit aufkommen, ob nicht eine Einstufung des werbenden Verhaltens als Ordnungswidrigkeit genügen würde, ob der „Vermögensvorteil“ und die „grob anstößige Weise“ nicht durch engere Tatbestandsmerkmale ersetzt und ob wirklich sämtliche aufgeführten Verhaltensweisen gleichermaßen sanktioniert werden müssen. Insbesondere im Hinblick auf die Tatvarianten „ankündigen“ und „anbieten“ erscheint dies zweifelhaft. Dies sind m.E. aber keine Fragen, die sich strafrechtsdogmatisch abschließend beantworten lassen, hier ist der

Gesetzgeber gefragt, dem – an dieser Stelle einmal wirklich – ein weiterer Einschätzungsspielraum zugestanden werden soll und muss.⁹

8 Der teilweise in der Diskussion angesprochene europarechtliche Kontext (Werbung für Schwangerschaftsabbruch als Teil der Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 ff. AEUV) ist zwar grundsätzlich nicht unerheblich, jedoch lässt sich daraus nicht von vornherein eine Liberalisierungsvorgabe im Zusammenhang mit § 219a StGB ableiten: Denn zum einen muss der Anwendungsbereich des AEUV eröffnet sein (rein innerstaatliche Sachverhalte werden nicht erfasst, bei Werbung über Internet mag man u.U. aber ein ausreichendes grenzüberschreitendes Element erkennen). Zum anderen stellt der AEUV seinen Grundfreiheiten unter (ungeschriebene) Vorbehalte aufgrund zwingender Gründe des Allgemeinwohls bzw. enthält *ordre public*-Klauseln (s. dazu nur *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 493 ff.), was insbesondere für die rechtliche Bewertung des Schwangerschaftsabbruchs im nationalen Recht von Relevanz ist.

9 Siehe dazu auch die ganz ähnlichen Empfehlungen des Kriminalpolitischen Kreises zu § 219a StGB in diesem Heft, S. 31 ff.

*Prof. Dr. Christoph Sowada, Greifswald**

Die Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) zwischen strafloser Information und verbotener Anpreisung

Es geht nicht um die Strafbarkeit von Schwangerschaftsabbrüchen. Und irgendwie doch. Wer für eine Freigabe von Schwangerschaftsabbrüchen in den ersten zwölf Wochen eintritt, wird für die Streichung des Werbeverbots (als kleiner Schritt in die für richtig gehaltene Richtung) eintreten. Wem der durch die §§ 218, 218a StGB statuierte Schutz des ungeborenen Lebens als unzulänglich erscheint, wird sich aufgerufen fühlen, jedem weiteren Abbau des als spärlich angesehenen Schutzkonzepts entgegenzutreten (schon um den Anfängen einer noch weitergehenden Liberalisierung zu wehren). Der Streit um die Vorschrift des § 219a StGB hat das Zeug zum „Stellvertreterkrieg“, und eben dies erklärt wohl auch die Vehemenz der anlässlich des Gießener Strafverfahrens entbrannten Auseinandersetzung.

Doch auch für diejenigen, denen nicht schon von vornherein „alles klar“ ist, dürfte es ratsam sein, sich ihres Vorverständnisses zu vergewissern, um sich dann vor diesem Hintergrund der besonderen Thematik und den hier maßgeblichen Argumenten zuzuwenden. Ganz subjektiv und in aller Kürze: Für mich stellt die „Beratungslösung“ einen politisch durch die Wiedervereinigung bedingten, aber letztlich auch in der Sache akzeptablen Kompromiss zwischen einem reinen Indikationenmodell und der Fristenlösung dar. Hierbei ist die (zielorientierte, aber gleichwohl ergebnisoffene) Beratung kein bloßes „Feigenblatt“ für eine verkappte Freigabe des ungeborenen Lebens, sondern ein wesentlicher Baustein in einem Lebensschutzkonzept, das auf den Grundgedanken „Hilfe statt Strafe“ setzt.

Angesichts des hohen Stellenwerts, der dem Beratungsgespräch zukommt, erscheint es (mir) auch legitim, diese Kommunikationsbeziehung als einen „geschützten Raum“ durch prozedurale Vorkehrungen (keine Identität zwischen beratendem und den Abbruch vornehmendem Arzt, Drei-Tage-Frist) abzusichern und gegenüber unsachlichen Einflussnahmen abzuschirmen. Andererseits ist zu bedenken, dass Werbung für einen Schwangerschaftsabbruch die Offenheit des Beratungsgesprächs nicht unmittelbar beeinträchtigt. Ist schon die Schwangerschaftskonfliktberatung im Vorfeld der eigentlichen rechtsgutsbeeinträchtigenden Handlung (dem Abbruch) angesiedelt, so soll ein Werbeverbot abstrakte Gefahren im Vorfeld dieses Vorfeldes unterbinden. Es handelt sich um ein mittelbar dem Lebensschutz dienendes „Klimadelikt“, das nach meinem Dafürhalten wegen des hohen Schutzguts und seiner besonderen Vulnerabilität grundsätzlich legitim, wegen der deutlichen Entfernung zur Rechtsgutsverletzung aber eng auszugestalten ist. Zwar enthält § 219a StGB bereits Restriktionsmerkmale („öffentlich ... seines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise“), doch wirft die (nicht rechtskräftige) Verurteilung der hessischen Ärztin die Frage auf, ob diese Strafnorm einen angemessenen Zuschnitt hat.

Eine Beschränkung der Reichweite könnte sich an der Leitfrage orientieren, wofür geworben werden darf.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafverfahrensrecht an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald.

Diesbezüglich ließe sich zwischen der Werbung für verbotene, (nur, aber immerhin) tatbestandslose oder rechtmäßige Schwangerschaftsabbrüche unterscheiden und die These aufstellen, dass zumindest alle auf ein rechtmäßiges Handeln gerichteten Werbemaßnahmen erlaubt sein müssen. Gleichwohl würde mich eine solche Verengung nicht überzeugen. Eine Zeitungsanzeige oder einen ins Internet gestellten Text, der auf die Möglichkeit einer Spätabtreibung hinweist, wird man nicht deshalb als unproblematisch empfinden, weil der Schwangerschaftsabbruch in § 218a Abs. 2 StGB unter den dort genannten Voraussetzungen als gerechtfertigt ausgewiesen ist. Vielmehr wird die ethisch besonders sensible Problemlage einer Spätabtreibung, insbesondere wenn sie aus Anlass einer Behinderung des Kindes wegen der daraus für die Schwangere resultierenden Gefahren in Betracht gezogen wird, eher umgekehrt den Wunsch wecken, diesen Bereich möglichst weitgehend von öffentlichen Stellungnahmen abzuschirmen, um eine unvoreingenommene Erörterung dieser existenziellen Problemlage in der individuellen Beratung zu ermöglichen.

Trifft die Rechtmäßigkeit des Eingriffs nicht den entscheidenden Punkt, dann rücken die Form und der Inhalt der vermittelten Botschaft in den Fokus. Insoweit ist zu bedenken, dass Denk- und Kommunikationsverbote mit dem Selbstverständnis einer offenen Gesellschaft kaum zu vereinbaren sind. Aus diesem Grund können sich sanktionsbewehrte Verbote nur gegen anpreisende Werbung richten; sachliche Informationen über die bestehende Rechtslage oder über medizinische Abläufe sind hingegen hinzunehmen. Zwar könnte man einwenden, die gegenüber einem allgemeinen Publikum geäußerte Bereitschaft zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen (gegen ein angemessenes Entgelt und damit nach überwiegend vertretener Ansicht „seines Vermögensvorteils wegen“) gehe über eine reine Sachinformation hinaus. Allerdings besteht gegenüber einer Einbeziehung in den Strafbarkeitskontext ein durchgreifender strafrechtsdogmatischer Einwand:¹ Der Sache nach handelt es sich bei dieser Mitteilung um ein Sich-Erbieten. Ein solches Verhalten ist gemäß § 30 Abs. 2 StGB nur dann unter Strafe gestellt, wenn es sich bei der betreffenden Tat um ein Verbrechen (im Sinne einer mit einem Mindestmaß von einem Jahr Freiheitsstrafe bedrohten Tat) handelt. Abgesehen davon, dass § 218 StGB als Vergehen (vgl. § 12 Abs. 2 StGB) diesen Schwellenwert nicht erreicht, würde es sowohl bei einem rechtmäßigen als auch bei einem nach Beratung tatbestandslosen Schwangerschaftsabbruch an einer „rechtswidrigen Tat“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB überhaupt fehlen. Damit käme allenfalls eine Ahndung im Rahmen eines neu zu schaffenden Ordnungswidrigkeitentatbestandes in Betracht. Bezüglich eines durch § 218a Abs. 2 und 3 StGB ausdrücklich als gerechtfertigt ausgewiesenen Schwangerschaftsabbruchs bliebe die

Friktion freilich auch gegenüber einer Bußgeldnorm bestehen. Weil aber ein so gravierendes Wertgefälle zulasten des tatbestandslosen „beratenden“ gegenüber dem gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruch nicht zu erkennen ist (s. oben) und die Konstruktion des rechtswidrig-tatbestandslosen Abbruchs ohnehin problematisch erscheint, sollte der Gesetzgeber von der denkbaren formalen Differenzierung absehen.

Der hier skizzierten restriktiven Position kann entgegengehalten werden, dass die Bestimmung dessen, was als „anpreisende“ Werbung anzusehen ist, erhebliche Schwierigkeiten bereitet und dass eine so weit zurechtgestutzte Sanktionsbefugnis den an einem effektiven Lebensschutz Interessierten letztlich Steine statt Brot gibt. Die Bestimmtheitsprobleme lassen sich nicht leugnen, und es erscheint auch plausibel, dass eine möglichst weitgehende Tabuisierung des Schwangerschaftsabbruchs in der öffentlichen Diskussion den Schutzinteressen des ungeborenen Lebens am besten entspricht. Dennoch: Eine Rechtsordnung muss (ggf. über die Schmerzgrenze des moralisch Akzeptablen hinaus) die sachliche Information über zulässiges Verhalten aushalten können; auch das Interesse an einem effektiven Rechtsgüterschutz rechtfertigt nicht die Statuierung von sanktionsbewehrten Schweigegeboten über die Rechtslage. Aus diesem Grunde darf beispielsweise ein Verteidiger seinem Mandanten „stimulierungsneutral“ (!?) mitteilen, welche Staaten Beschuldigte nicht nach Deutschland ausliefern – ungeachtet der Gefahr, dass der Mandant dieses Wissen zu einer Flucht nutzt, die den Strafanspruch des Staates unterläuft. Darf deshalb die sachgemäße Information über die bestehende Rechtslage nicht als „Klimadelikt“ mit einer Sanktion belegt werden, beginnt der einer Sanktionierung zugängliche Bereich erst jenseits der reinen Aufklärung. Im Übrigen sind die damit aufgeworfenen Auslegungs- und Beweisprobleme auch nicht größer, als sie bereits gegenwärtig durch das Merkmal „in grob anstößiger Weise“ (oder der „stimulierungsneutralen“ Information im Rahmen des § 258 StGB) bestehen. Ob der Gesetzgeber für das verbleibende schmalere Feld eine Sanktionsnorm vorsehen oder auf sie verzichten will, muss er entscheiden. Wo eine solche Norm verortet werden soll (weiterhin im StGB oder als Ordnungswidrigkeit z.B. im Schwangerschaftskonfliktgesetz) ist zwar nicht gleichgültig, aber eher zweitrangig.

Mit der Stoßrichtung einer Beibehaltung der gegenwärtigen Gesetzeslage ließe sich einwenden, die hier befürwortete Restriktion könne bereits im Rahmen einer einschränkenden Auslegung oder einer teleolo-

1 Vgl. zum Folgenden *Mitsch*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl., 2015, § 219a Rn. 1.

2 So z.B. *Gärditz*, Das strafrechtliche Verbot der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB) – Anachronismus oder sinnvolle Schutzergänzung?, in diesem Heft, S.18 (20 f.); *Hillenkamp*, Hessisches Ärzteblatt 2/2018, S. 92, 93 f.

gischen Reduktion erfolgen.² Eine solche Möglichkeit soll nicht bestritten werden. Allerdings ist Folgendes zu bedenken: Eine höchstichterliche Stellungnahme des BGH ist in absehbarer Zeit nicht zu erwarten, da das Gießener Verfahren vor dem Amtsgericht begann, somit beim OLG Frankfurt endet und der die Zuständigkeit des BGH eröffnende Weg bis zu einer etwaigen Divergenzvorlage weit ist. Zugleich liegen einerseits mehrere auf die Aufhebung des Werbeverbots gerichtete Gesetzesentwürfe vor, die eine parlamentarische Befassung mit dem § 219a StGB nach sich ziehen werden.³ Andererseits tritt die rechtspolitische Sprecherin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, *Elisabeth Winkelmeier-Becker*, dafür ein, zur Vermeidung einer „Verharmlosung“ auch die sachliche Information (weiterhin) unter Strafe zu stellen.⁴ Vor diesem Hintergrund besteht durchaus rechtspolitischer Klärungsbedarf. Sofern der Gesetzgeber diese Aufgabe übernimmt, sollte er die sachlich gebotene Einschränkung vornehmen.

Die hier dargestellte Position hat sich im Zuge einer per E-Mail geführten Diskussion innerhalb des „Kriminalpolitischen Kreises“ herausgebildet. Hierbei handelt es sich um den Zusammenschluss von 35 Strafrechtsprofessorinnen und Strafrechtsprofessoren, die sich über

strafrechtspolitische Fragen austauschen und ggf. gemeinsame Positionen in den allgemeinen Diskurs einbringen wollen. Auch zu § 219a StGB entstand eine von 23 Mitgliedern unseres Kreises (u.a. auch von mir) unterzeichnete Stellungnahme, die die ZfL in dieser Ausgabe dokumentiert. Im Rahmen dieses Meinungsaustauschs haben mir mehrere dort (auch von Kollegen, die die Erklärung nicht mittragen) vorgebrachte Argumente sehr zu denken gegeben. Rückblickend erscheint mir mein mäandernder Klärungsprozess nicht als Wankelmütigkeit, sondern als eine gerade bei ethischen Konflikten angemessene Vorgehensweise, bei der sich die eigene Sichtweise in der gedanklichen Auseinandersetzung mit anderen Positionen entwickelt. Nicht zuletzt deshalb gebührt der ZfL Dank für ihre Bereitschaft, unterschiedliche Ansichten zum Problem des § 219a StGB abzudrucken. Auf diese Weise werden die unterschiedlichen Grautöne (auch hinter einer gemeinsam nach außen getragenen Erklärung) erkennbar.

3 Vgl. BTags-Drs. 19/93; BRats-Drs. 761/17 – neu.

4 Taz vom 17.1.2018 (<http://www.taz.de/!5474676/>, zuletzt abgerufen am 28.1.2018). Gegen eine die sachliche Information abschließende Interpretation des § 219a StGB auch LG Bayreuth, ZfL 2007, 16 (17) mit zust. Anm. *Goldbeck*, ZfL 2007, 14 ff.

*Prof. Dr. Tonio Walter, RiOLG, Regensburg**

Was sollen und was dürfen Kriminalstrafen? Eine Antwort am Beispiel des § 219a StGB

I. Einführung: Verfassungsrecht trifft Straftheorie

Es ist immer wieder die gleiche Frage, die in der rechtspolitischen Diskussion die höchsten Wellen schlägt: Soll ein bestimmtes Verhalten strafbar sein? Zum Beispiel ein „Grabschen“? Oder Doping im Sport? Oder Hilfe beim Suizid? Antworten auf solche Fragen liefert im Idealfall eine Straftheorie, das heißt eine Theorie zum Zweck von Kriminalstrafen. Denn nur wer weiß, welchen Zweck Strafen haben, kann sinnvoll sagen, was strafbar sein sollte. Grenzen zieht solchen Überlegungen die Verfassung: Sie erlaubt Kriminalstrafen nur, wenn deren Zweck erstens auch im Sinne der Verfassung ein legitimer ist, wenn die fragliche Strafe zweitens geeignet und erforderlich erscheint, ihn zu erreichen – und wenn sie dazu drittens als ein verhältnismäßiges Mittel gelten kann. Umgekehrt gebietet sie in seltenen Fällen sogar, ein Verhalten unter Strafe zu stellen. Ein solcher Fall ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts die Abtreibung: Sie dürfe nur unter besonderen Voraussetzungen straffrei bleiben.¹ In der Nähe dieses Gebotes steht § 219a StGB, wenn er – nach seiner amtlichen Überschrift – eine „Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft“ strafbar macht. Daher treffen in

dieser Norm Straftheorien und Verfassungsrecht besonders deutlich aufeinander. Um das Ergebnis dieser Kollision zu ertasten, sei im Folgenden kurz der Fall vorgestellt, der dazu Anlass gibt (II.); sodann die Varianten des § 219a StGB, um die es geht (III.), dann die verfassungsrechtlichen Vorgaben für straftheoretische Überlegungen (IV.) und schließlich diese selbst (V.). Inwieweit man deren Ergebnis schon durch eine Auslegung umsetzen kann oder durch eine Rechtsfortbildung – oder nur durch eine Änderung des Gesetzes, ist Thema des letzten Abschnitts (VI.).

II. Der Fall

Eine Ärztin wies auf den Seiten ihrer Praxis im Netz darauf hin, dass sie auch Abtreibungen anbiete. Auf Anforderung informierte sie in einer automatisch versandten E-Mail über Voraussetzungen und Einzelheiten des Eingriffs – und wohl² auch über ihre Preise. Dafür hat das

* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht an der Universität Regensburg und Richter am Oberlandesgericht Nürnberg.

1 BVerfGE 39, 1 ff.

2 Vgl. *Michael Kubiciel*, Augsburger Papier zur Kriminalpolitik 4/2017, S. 3.

Amtsgericht Gießen sie zu einer Geldstrafe verurteilt, gestützt auf § 219a Absatz 1 Nummer 1 StGB.

III. Die Norm

Diese Strafvorschrift hat drei Varianten: Der Täter muss eine Abtreibung entweder anbieten, ankündigen oder anpreisen. In allen Fällen muss er dies öffentlich tun und entweder „seines Vermögensvorteils wegen“ handeln oder „in grob anstößiger Weise“. Keinen Unterschied macht der Wortlaut der Vorschrift zwischen strafbaren, gerechtfertigten und solchen Abtreibungen, die zwar nicht gerechtfertigt sind, aber (straf-)tatbestandslos bleiben. Eine Rechtfertigung folgt aus § 218a StGB, wenn die Schwangerschaft die Frau gefährdet oder auf einem Sexualdelikt beruht. Straftatbestandslos bleibt die Abtreibung – auch das steht in § 218a StGB –, wenn sich die Frau in einer anerkannten Beratungsstelle hat beraten lassen, dann ein Arzt abtreibt und dies in den ersten 12 Wochen der Schwangerschaft geschieht. Zwischen Beratung und Abtreibung müssen mindestens drei Tage liegen.

IV. Verfassungsrechtliche Vorgaben

1. Muss es § 219a StGB geben – ganz oder zu einem Teil?

Fangen wir mit der Frage an, ob den Staat eine grundgesetzliche Pflicht trifft, § 219a StGB zu erhalten, sei es ganz oder in Teilen. Wie schon erwähnt, gebietet ihm das Grundgesetz, Abtreibungen nur ausnahmsweise straffrei zu stellen. Jedenfalls hat dies das Bundesverfassungsgericht schon wiederholt betont. Es ist anzunehmen, dass es diese Ansicht noch immer vertritt. Ein kluger Gesetzgeber richtet sich danach. Diese Pflicht, Abtreibungen nur dann straffrei zu stellen, wenn besondere Umstände vorliegen, legt es nahe, dass § 219a StGB zumindest zu einem Teil erhalten bleiben muss; und zwar mit den Varianten des öffentlichen Anbietens, Ankündigens und Anpreisens einer *strafbaren* Abtreibung. Denn solche Handlungen kommen einer öffentlichen Aufforderung zu Straftaten nach § 111 StGB zumindest nahe, und dieser Tatbestand ist eine fast zwingend erforderliche, jedenfalls überaus konsequente Ergänzung jener gesetzlichen Deliktsbeschreibungen, zu deren Verwirklichung aufgefordert wird; hier § 218 StGB. Dass § 219a leicht über § 111 StGB hinausgeht, weil keine nachdrückliche Aufforderung ausgesprochen werden muss,³ lässt sich damit erklären, dass den Abtreibungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht nur eine Pflicht zur Inkriminierung von Abtreibungen zu entnehmen ist, sondern auch eine Art Problematisierungspflicht: die Pflicht, in der Bevölkerung das Bewusstsein wachzuhalten, dass Abtreibungen keine Bagatellen sind, vor allem nicht die Fortsetzung der Verhütung mit anderen Mitteln.

Zudem spricht viel dafür, die Variante des „Anpreisens“ auch dann mit einer Sanktion zu bedrohen, wenn es um tatbestandslose Abtreibungen geht. Denn solches Verhalten, also die „lobende oder empfehlende Erwähnung und Beschreibung“ oder „rühmende Darstellung“⁴ der Bereitschaft, Abtreibungen vorzunehmen, sabotiert die Funktion der staatlich anerkannten Beratungsstellen. Eine solche Beratungsstelle müssen Schwangere aufsuchen, wenn sie ohne Rechtfertigung abtreiben wollen, also im Rahmen der Fristenlösung. Und die Beratung dort hat ein klares Ziel: Sie „dient dem Schutz des ungeborenen Lebens“ (§ 219 Absatz 1 Satz 1 StGB). Diese Pflichten – der Schwangeren und der Beratenden – waren der Preis, den die heutige Fristenlösung verfassungsrechtlich gekostet hat.⁵ Ohne diese Pflichten hätte das Bundesverfassungsgericht das Fristen-Modell verworfen und täte dies heute erneut. Daher liegt es wiederum nahe, dass es die Verfassung gebietet, alle Versuche zu unterbinden, auf anderem Wege öffentlich auf die Entscheidung der Schwangeren Einfluss zu nehmen. Und hierzu dürfte auch die Pflicht gehören, solche Versuche mit einer Sanktion zu bedrohen. Weniger sicher erscheint allerdings, dass dies zwingend eine Kriminalstrafe sein müsste.

2. Ist § 219a StGB in Teilen verfassungswidrig?

Nun zu der Gegenfrage, ob die verbleibenden Teile des § 219a StGB womöglich verfassungswidrig sind? Dass dieser Tatbestand ein legitimes, auch von der Verfassung gebilligtes Ziel verfolgt, scheint zunächst evident. Denn der Schutz ungeborenen Lebens ist unstreitig ein solches Ziel. Allerdings wendet sich § 219a StGB nach seinem Wortlaut auch gegen eine Werbung für gerechtfertigte Abtreibungen. Und eine Rechtfertigung ist nicht bloß die Neutralisierung eines Verbotes mit dem Ergebnis, dass man wieder auf der moralischen Null-Ebene stünde. Sondern sie ist die rechtlich stärkste Bekräftigung dessen, dass ein bestimmtes Interesse ein anderes überwiegt: Jemand hat das Recht auf seiner Seite. Und da die Rechtfertigung eine Erlaubnis ist, die durch die gesamte Rechtsordnung schlägt, hat sie auch einen deutlich höheren Wert als ein blasser strafrechtlicher Tatbestandsausschluss – der ganz unterschiedliche Gründe haben kann; insbesondere auch den, ein *rechtswidriges* Verhalten straflos zu lassen, weil man (noch) nicht zur Ultima ratio der Kriminalisierung greifen will.⁶ Etwas Besseres als ein Rechtfertigungsgrund kann einem in der Welt des Rechts nicht passieren.

3 Zu den Anforderungen des § 111 insoweit LK-Rosenau, 12. Aufl., § 111 Rn. 16 ff.

4 RGSt. 37, 142 (143) zum Anpreisen in § 184 Nr. 3 StGB a. F.

5 Treffend schon Michael Kubiciel, Augsburger Papier zur Kriminalpolitik 4/2017, S. 5.

6 Näher in meiner Habilitationsschrift *Der Kern des Strafrechts*, 2006, S. 58 ff.

Dann fällt es aber nicht mehr so leicht, das Ziel, gerechtfertigte Abtreibungen zu verhindern, für legitim zu halten. Zwar wäre es ein Kurzschluss, nun umgekehrt zu glauben, ein solches Ziel sei zwangsläufig illegitim. Denn ein Recht, abzutreiben, lässt auch die Wahl, dies nicht zu tun. Und der Staat ist grundsätzlich befugt, sich darum zu bemühen, dass diese Wahl getroffen wird; so wie er befugt ist, Werbung fürs Impfen zu machen und zumindest bestimmte Formen der Werbung für Alkohol und Tabak zu verbieten. Jedoch ist zu bedenken, dass es für gerechtfertigte Abtreibungen keine Beratungspflicht gibt und daher auch keine staatlich verbürgte Garantie für Schwangere, Informationen darüber zu bekommen, wer den Eingriff zu welchen Bedingungen anbietet. Dies zu erfahren, ist aber ein – im wahrsten Sinne – berechtigtes Anliegen einer Schwangeren, die eine rechtfertigende Abtreibungsindikation auf ihrer Seite hat. Es kann kein legitimes staatliches Ziel sein, ihr das Erlangen solcher Informationen zu erschweren. Daher wird man § 219a StGB mindestens insoweit für verfassungswidrig halten müssen, wie er das Anbieten und Ankündigen gerechtfertigter Abtreibungen auch dann unter Strafe stellt, wenn dies nicht in „grob anstößiger Weise“ geschieht, sondern lediglich im Rahmen erlaubter ärztlicher Tätigkeit. Und die wird vom Wortlaut derzeit noch erfasst, nämlich mit der Alternative eines Handelns des „Vermögensvorteils wegen“. Denn natürlich will ein Arzt mit seiner Praxis Geld verdienen, und das bedeutet zwangsläufig, dass sie ihm einen – wie auch immer zu beziffernden – Vermögensvorteil einbringen muss.

Als ein noch legitimes Ziel staatlichen Handelns wird man es hingegen ansehen können, das öffentliche Anbieten und Ankündigen nur *tatbestandsloser* Abtreibungen zu unterbinden. Denn in diesen Fällen hat die Schwangere das Recht nicht auf ihrer Seite, sondern lediglich nicht das Strafrecht gegen sich. Außerdem muss sie sich beraten lassen und erhält dabei auch Informationen dazu, an wen sie sich wenden kann, wenn sie sich gegen das ungeborene Leben entscheidet. Erst recht ist es in solchen Fällen legitim, ein öffentliches Anpreisen der Abtreibung verhindern zu wollen; hierzu ist der Gesetzgeber sogar verpflichtet, siehe oben 1. Legitim wäre auch das Bemühen, ein Anpreisen gerechtfertigter Abtreibungen zu verhindern. Denn eine solche echte Werbung für Abtreibungen steht der staatlichen Pflicht zum Schutze des ungeborenen Lebens entgegen, ohne dass sich ein schützenswertes Interesse an ihr erkennen ließe.

Kein legitimes Ziel ist es also lediglich, das schlichte Ankündigen und Anbieten gerechtfertigter Abtreibungen zu verhindern. Im übrigen verfolgt § 219a StGB Ziele, die das Grundgesetz billigt. Zuzugestehen ist der Strafnorm wohl auch die Eignung, diese Ziele zu erreichen. Denn es geht um ein Verhalten, von dem sich Ärzte durch Strafdrohungen abhalten lassen. Mit anderen

Worten funktioniert die Abschreckung (negative Generalprävention), die sich viele vom Strafrecht erhoffen. Grund ist, dass sich die Ärzte nüchtern überlegen, ob sie sich das inkriminierte Verhalten zuschulden kommen lassen, und dabei – da sie öffentlich handeln müssten – auch subjektiv mit einer hohen Entdeckungs- und Bestrafungswahrscheinlichkeit zu rechnen hätten.

Fraglich mag erscheinen, ob die Androhung, Verhängung und Vollstreckung von Kriminalstrafen auch erforderlich sei, um die Ziele der Verbote zu erreichen. Entsprechendes gilt mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Aber was die Erforderlichkeit betrifft, hat der Gesetzgeber eine breite Einschätzungsprärogative. Und ob eine Sanktion verhältnismäßig erscheint, ist ebenfalls eine Frage, die innerhalb eines weiten Spielraums nicht nur eine vertretbare Antwort kennt. Dass mit Blick auf § 219a StGB die Grenzen jener Einschätzungsprärogative oder jenes Spielraumes überschritten wären – soweit diese Norm legitime Ziele verfolgt –, ist nicht zu erkennen.

V. Einschränkende Auslegung?

Es hat sich ergeben, dass die Varianten des Ankündigens und Anbietens einer gerechtfertigten Abtreibung von Verfassungen wegen straffrei bleiben müssen. Man könnte daran denken, dieses Ergebnis durch eine einschränkende Auslegung herbeizuführen. Und das gleiche lässt sich überlegen zugunsten einer Entkriminalisierung jener Varianten bei einer tatbestandslosen Abtreibung.⁷ Zwei Anknüpfungspunkte kommen in Betracht: die Formulierung „seines Vermögensvorteils wegen“, die man bei gewöhnlicher ärztlicher Tätigkeit verneinen könnte – und das Wort „Werbung“ in der amtlichen Überschrift, aus dem vielleicht zu folgern ist, dass auch bei einem Anbieten und Ankündigen für die Strafbarkeit mehr vonnöten ist als schlichte Informationen. Doch beide Ansätze sind nicht überzeugend. Es gibt keine Regel, der zufolge eine Norm so auszulegen wäre, dass alle ihre Varianten zur amtlichen Überschrift passen. Diese Überschrift versucht zwar, eine begriffliche Klammer für die gesamte Norm zu finden. Aber unstreitig muss ihr das nicht lückenlos gelingen und kann es manchmal auch nicht. Zum Beispiel geht es in § 263a StGB gerade nicht um einen echten „Betrug“, also die Täuschung eines Menschen – obwohl der Tatbestand die Überschrift „Computerbetrug“ hat. Entsprechendes gilt für §§ 264, 265b StGB. Außerdem würden die Varianten des Ankündigens und Anbietens überflüssig, wenn auch bei ihnen anpreisende Werbung gemacht werden müsste; denn das wird eben schon von der Variante des Anpreisens erfasst. Zudem dürfte es der Wunsch des Gesetzgebers gewesen sein, schon ein

⁷ So etwa Thomas Hillenkamp, Hessisches Ärzteblatt 2/2018, S. 92 (93 f.).

schlichtes Ankündigen und Anbieten ohne werbende Zusätze zu erfassen. Denn er sah eine Kommerzialisierungs- und Normalisierungsgefahr selbst hinsichtlich erlaubter und tatbestandsloser Abtreibungen. Das spricht auch gegen eine einschränkende Auslegung der Formulierung „seines Vermögensvorteils wegen“. Ferner spricht dagegen, dass das Gesetz weder von Habgier noch von Gewinnsuch oder ähnlichem spricht – wie es dies an anderen Stellen tut (§§ 211, 236 StGB) – und dass jede ärztliche Praxis einen Gewinn und damit Vermögensvorteil erwirtschaften soll. Und es ging dem Gesetzgeber ausdrücklich um Abtreibungsdienstleistungen gegen marktübliche Entgelte; nicht nur um überdurchschnittlich profitorientierte Akteure. Das spricht dafür, jedenfalls die gerechtfertigte Abtreibung aus dem Anwendungsbereich der Varianten des Ankündigens und Anbietens ausdrücklich herauszunehmen. Vertretbar wäre das auch für die Variante des Anpreisens. Das ist aber keine verfassungsrechtliche Frage mehr, sondern eine kriminalpolitische. Gleiches gilt hinsichtlich der Frage, ob die Varianten des Ankündigens und Anbietens auch mit Blick auf tatbestandlose Abtreibungen gestrichen werden sollten. Daher jetzt noch zur kriminalpolitischen Seite:

VI. Kriminalpolitik und Straftheorien

Gute Kriminalpolitik stützt sich auf eine Straftheorie, denn nur so kann sie rational sein und stringent. Ohne das Fundament einer allgemeinen und klar ausbuchstabilten Überzeugung vom Zweck der Strafen bleibt deren Androhung ein Zufallsprodukt.

Vorherrschend sind in Deutschland präventive Straftheorien.⁸ Sie meinen, Strafen hätten den Zweck zu verhindern, dass sich das strafbare Verhalten wiederholt. Diebstähle werden nach diesem Konzept also bestraft, um weiteren Diebstählen vorzubeugen. Doch haben solche Straftheorien drei gewichtige Nachteile. Erstens funktioniert das mit der Prävention meist nicht. Voraussetzung ist nämlich, dass der Handelnde sein Tun nüchtern überdenkt – und für gut möglich hält, dass man ihn nach einer Tat auch erwischte. Im Rausch der Gefühle, Leidenschaften und Triebe haben amtliche Strafdrohungen genauso wenig präventive Wirkung wie gegenüber einem Täter, der glaubt, dass er sich dem staatlichen Zugriff entziehen könne. Und bei den meisten Delikten ist mindestens eines von beidem der Fall, vor allem bei Gewalt- und Sexualstraftaten. Nun ist § 219a StGB – wie schon gesagt – ein gutes Gegenbeispiel. Doch fragt sich, warum man nur dieser Norm und einigen wenigen weiteren eine Theorie unterlegen sollte, von der feststeht, dass sie bei den meisten anderen versagt. Zwar behaupten viele deutsche Autoren tatsächlich, Straftatbestände könnten ganz unterschiedliche Zwecke haben, und man dürfe sich stets einen passenden aussuchen; solche Auffassungen nennen sich

„Vereinigungstheorien“. Aber sie sind eher ein Zeichen von Orientierungslosigkeit als ein klares Konzept. Denn solange keine Metatheorie dafür angeboten wird, wann der eine und wann der andere Strafzweck den richtigen Maßstab liefere, laufen diese Theorien auf Beliebigkeit hinaus.

Zweiter Nachteil der Präventionstheorien ist, dass sie zu einer ständigen Ausdehnung des Strafrechts führen. Denn wer meint, man könne mit dem Strafrecht das unter Strafe gestellte Verhalten verhindern, für den sind Straftatbestände sowie das Verschärfen von Strafdrohungen ein probates Mittel zur Weltverbesserung. Das hat sich in sämtlichen kriminalpolitischen Debatten der letzten Jahre gezeigt, vom Doping im Sport über das Sexualstrafrecht und die Bestrafung von „Gaffern“ bis hin zur Verschärfung des § 113 StGB (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte).

Der dritte Nachteil der Präventionstheorien besteht darin, dass keine Strafe schwerer sein darf als das Gewicht der Tat. Auch dann nicht, wenn dies zur Prävention erforderlich wäre. Darin sind sich alle einig. Beispiel Schwarzfahren: Wer in der U-Bahn keinen Fahrschein hat, kann bestraft werden. Aber nicht besonders hart, denn diese Tat ist eine Bagatelle. Zwar steigt die Strafe, wenn jemand wiederholt erwischt wird. Aber auch beim zehnten Mal darf der Täter zum Beispiel nicht ein ganzes Jahr ins Gefängnis gesteckt werden; selbst wenn das vielleicht kraft erzieherischer Wirkung eine elfte Tat verhindern könnte. Denn auch das zehnte Schwarzfahren ist ein Bagatelldelikt. Daher sagen die Gerichte, dass es nie härter geahndet werden darf als mit einem Monat Freiheitsstrafe. Maßgeblich ist also nicht, was präventiv erforderlich wäre, sondern was dem Gewicht der Tat angemessen ist. Wenn aber dieser Punkt am Ende entscheidet – warum dann nicht gleich so? Warum nicht von Anfang an und ausschließlich sagen: Ob eine Strafe nötig ist und wie hoch sie ausfallen darf, das hängt allein vom Gewicht der Tat ab; davon, wie schlimm wir sie finden.

Natürlich lässt sich dieses Gewicht nie so exakt ermitteln wie das Körpergewicht auf einer Waage. Doch immerhin gibt es überhaupt einen Weg, dies zu tun; anders als bei den Präventionstheorien, die ihre Verhinderungseffekte stets nur behaupten, ohne sie je bewiesen zu haben oder dies auch nur zu versuchen. Ein solcher Weg sind repräsentative, methodisch korrekte und wiederholte Studien zu den Gerechtigkeitsintuitionen der Menschen – die im Strafrecht ihren Vergeltungsbedürfnissen entsprechen. Studien losgelöst von aufsehererregenden Einzelfällen und durchgeführt von Wissenschaftlern. Sie sind dem Gesetzgeber stets zu empfehlen, wenn er neues Strafrecht schaffen will. Aber auch dann, wenn er überlegt, alte Tatbestände wie

8 Zum Folgenden meine Schrift *Strafe und Vergeltung – Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, 2016, mit Nachweisen.

§ 219a StGB einzuschränken. Und daher sollte der kriminalpolitische Spielraum, den es hinsichtlich des dort erfassten Verhaltens gibt, so genutzt werden, dass die Ergebnisse zu den Gerechtigkeitsintuitionen, heißt Vergeltungsbedürfnissen der Menschen passen. Sind sie zum Beispiel mehrheitlich der Ansicht, dass ein schlichtes Anbieten tatbestandsloser Abtreibungen durch einen seriösen Arzt nicht so schlimm ist wie eine tätliche Beleidigung nach § 185 StGB – wo ebenfalls zwei Jahre Freiheitsstrafe angedroht werden –, dann sollte der Gesetzgeber diese Tatbestandsvarianten aus § 219a StGB streichen.

VII. Fazit

Das Grundgesetz verlangt, das Ankündigen, Anbieten und Anpreisen strafbarer Abtreibungen unter Strafe zu stellen. Für das Anpreisen nur tatbestandsloser Abtrei-

bungen verlangt das Grundgesetz ebenfalls eine Sanktion; dafür dürfte aber eine Geldbuße reichen. Nicht mit einer Sanktion bedroht werden darf das schlichte Ankündigen oder Anbieten einer gerechtfertigten Abtreibung. Im übrigen ist es eine kriminalpolitische Frage, ob das von § 219a StGB erfasste Verhalten weiterhin unter Strafe gestellt werden solle; das heißt mit Blick auf die Varianten des Ankündigens oder Anbietens einer tatbestandslosen Abtreibung sowie für das Anpreisen einer gerechtfertigten. Weder die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Pflicht zur (Teil-)Entkriminalisierung noch das Ausnutzen besagter kriminalpolitischer Spielräume ist im Wege einschränkender Auslegung möglich; gefragt ist der Gesetzgeber. Wie er seine kriminalpolitischen Spielräume nutzt, sollte er von den Gerechtigkeitsintuitionen der Bürger abhängig machen. Und die sollte er mit empirischen Untersuchungen ermitteln – nicht nur für § 219a StGB.

*Prof. Dr. Elisa Hoven, Köln**

Einleitung zur Empfehlung des Kriminalpolitischen Kreises

Die Beiträge der Kollegen *Frommel*, *Gärditz*, *Satzger*, *Sowada* und *Walter* haben die wesentlichen Argumente für und wider eine Reform des § 219a StGB treffend dargelegt. Daher sollen hier nur einige ergänzende Bemerkungen erfolgen, um die unten abgedruckte Stellungnahme des Kriminalpolitischen Kreises (KriK) in den Kontext der von den Kollegen skizzierten Diskussion einzuordnen.

Wichtig erscheint dabei zunächst der von *Sowada* beschriebene Ausgangspunkt der Reformüberlegungen: Anders als es die hitzig geführte politische Debatte vermuten lässt, entscheidet sich an § 219a StGB nicht die ethische Grundfrage des Abtreibungsverbots. Die Stellungnahme des KriK plädiert daher weder für die kritiklose Beibehaltung noch für die vollständige Abschaffung der Norm, sondern sieht Anlass für eine strafrechtsdogmatisch und kriminalpolitisch schlüssige Neukonzeption der gesetzlichen Regelung.

Die Stellungnahme schlägt vor, sachliche Informationen über nicht strafbare Schwangerschaftsabbrüche straffrei zu stellen. Dem liegt die Überzeugung zugrunde, dass der bloße Hinweis auf eine mit dem Regelungskonzept der §§ 218 ff. StGB in Einklang stehende Praxis kein strafwürdiges Unrecht darstellen kann. Eine „sozialkommunikative Tabuisierung“ (*Gärditz*) der Folgen des geltenden Rechts ist normativ widersprüchlich und mit dem Selbstverständnis einer offenen und liberalen Gesellschaft nicht zu vereinbaren (*Sowada*).

Anders als hier von *Gärditz* vertreten, lässt sich dieser Mangel nur durch den Gesetzgeber und nicht durch eine restriktive Auslegung des § 219a StGB beheben.

Zwar kann die amtliche Überschrift („Werbung“) für die Interpretation der Norm herangezogen werden. Sie kann jedoch nicht dazu führen, dass gesetzlich beschriebene Tathandlungen ihren eigenständigen Anwendungsbereich verlieren und in einem allgemeinen Oberbegriff aufgehen. Wenn auch für das „Ankündigen“ und „Anbieten“ ein werbender Charakter vorausgesetzt würde, wäre eine Grenzziehung zu der Modalität des „Anpreisens“ kaum noch sinnvoll möglich (es lässt sich etwa nur schwer ein werbendes Ankündigen denken, dass nicht zugleich ein Angebot oder ein Anpreisen ist). Zudem findet eine Auslegung der Norm im Lichte der Überschrift ihre Grenzen im Wortlaut der formulierten Tathandlungen. Ein „Ankündigen“ verlangt nach allgemeinem Sprachverständnis nicht mehr als die Bekanntgabe einer Information; ein Element der Befürwortung oder der Empfehlung ist hingegen nicht erforderlich. Dass die Gerichte einer teleologischen Korrektur des – an sich eindeutigen – Wortlauts skeptisch gegenüberstehen dürften, zeigt nicht zuletzt die Verurteilung der Gießener Ärztin.

Das strafrechtliche Werbeverbot in § 219a StGB ist auch kein zwingender „Baustein“ der gesetzlichen Beratungslösung. Der vom BVerfG vorgezeichnete und in §§ 218 ff. StGB umgesetzte Kompromiss zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren und dem Schutz des ungeborenen Lebens steht und fällt nicht mit der Zulässigkeit öffentlicher Werbung. Schließlich wird die

* Die Autorin ist Juniorprofessorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln. Sie ist Mitglied im Steering Committee des Kriminalpolitischen Kreises.

gesetzgeberische Entscheidung für eine Tatbestandslosigkeit des frühen Schwangerschaftsabbruchs nach einer erfolgten Beratung nicht tangiert. Die Not- und Konfliktberatung hat nach § 219 StGB zum Ziel, die Schwangere bei einer „verantwortlichen und gewissenhaften Entscheidung“ zu unterstützen. Hiermit nicht verbunden ist ein Monopol der Beratungsstellen für die Information über medizinische Abläufe oder gar die Auswahl der behandelnden Ärzte. Das Werbeverbot ist somit kein notwendiges Element der verfassungsrecht-

lich heiklen Grundsatzentscheidung über die Grenzen des Abtreibungsrechts, sondern eine flankierende berufsrechtliche Regelung zum gesellschaftlichen „Klimaschutz“; sie muss sich daher – worauf *Frommel* zu Recht hinweist – insbesondere an Art. 12 GG messen lassen. Das Verbot einer anpreisenden Werbung ist nach Ansicht des KriK strafrechtsdogmatisch und kriminalpolitisch legitimierbar; angesichts des geringen Unrechtsgehaltes liegt allerdings seine Verortung im Ordnungswidrigkeitenrecht nahe.

Stellungnahme zum Straftatbestand der Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft (§ 219a StGB)*

Dezember 2017

Der Kriminalpolitische Kreis ist ein Zusammenschluss deutscher Strafrechtsprofessorinnen und -professoren, die sich mit Fragen der Strafrechtspolitik befassen. Nach eingehender Diskussion nehmen wir, die unten gezeichneten Mitglieder dieses Kreises, zur Frage der möglichen Reform oder Streichung von § 219a StGB wie folgt Stellung:

1. Durchdachte Neuregelung statt überhasteter Streichung

Aktuelle Einzelfälle sind für sich allein kein hinreichender Grund für überstürzte Änderungen des Strafrechts, insbesondere wenn einzelne Vorschriften – wie § 219a StGB – Teil eines kompromisshaften, aber in sich abgestimmten Gesamtkonzepts für ein bestimmtes Sachproblem sind. Wenn jedoch eine inhaltlich zweifelhafte Vorschrift auch durch restriktive Interpretation nicht auf einen akzeptablen Kern zurückgeführt werden kann, muss nötigenfalls der Gesetzgeber tätig werden. Dabei sollten jedoch auch die langfristigen Folgen einer Entkriminalisierung – ebenso wie einer Pönalisierung – genau überlegt werden.

2. Keine Strafbarkeit sachlicher Information über tatbestandslosen oder rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch („Anbieten“, „Ankündigen“)

§ 219a StGB verbietet u.a. das Anbieten und Ankündigen von Diensten zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs. Die Strafnorm unterscheidet hierbei nicht zwischen der nach § 218 StGB strafbaren Abtreibung, dem durch medizinische oder kriminologische Indikation gerechtfertigten (§ 218a Abs. 2 und 3 StGB) Schwangerschaftsabbruch und dem tatbestandslosen Abbruch nach erfolgter Beratung innerhalb von 12 Wochen nach Empfängnis (§ 218a Abs. 1 StGB).

Zwischen diesen drei Fällen bestehen aber gravierende Unterschiede. In den letzten beiden, von § 218a StGB geregelten Fällen wird der Schwangerschaftsabbruch – mit unterschiedlicher dogmatischer Begründung – nicht bestraft. Daran soll festgehalten werden. Es ist aber widersprüchlich, wenn das Strafrecht den bloßen Hinweis („Anbieten“, „Ankündigen“) auf ein Verhalten inkriminiert, das selbst kein tatbestandliches Unrecht darstellt.

Der Gesetzgeber von 1981 hat mit § 219a StGB allerdings einen weiteren Zweck verfolgt: Es sollte verhindert werden, „dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird“ (BT-Drucks. 7/1981, S. 17). Grund für die Beibehaltung des Werbeverbots nach § 219a StGB trotz der Liberalisierung des Rechts des Schwangerschaftsabbruchs war also auch die Sorge um das moralische „Klima“ in der Gesellschaft: Schwangerschaftsabbrüche sollen in der öffentlichen Diskussion nicht als ethisch unbedenkliche und alltägliche medizinische Maßnahmen dargestellt werden.

Bloße neutrale und sachliche Hinweise auf die Möglichkeit, einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen, haben diese relativierende Wirkung jedoch nicht. Ein allgemeines Verbot der öffentlichen Diskussion über Schwangerschaftsabbrüche entspräche auch nicht der gegenwärtigen Situation der deutschen Gesellschaft: Zum einen stellen Fragen der Abtreibung heute kein Tabu mehr dar, und zum anderen ließen sich allgemeine Redeverbote angesichts der nicht steuerbaren Kommunikation in sozialen Netzwerken ohnehin nicht durchsetzen. Nicht zuletzt ließen sich durch eine Streichung des Verbots sachlicher Informationsweitergabe auch mögliche Konflikte mit der EU-rechtlich garantierten Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) minimieren.

* Die Stellungnahme des Kriminalpolitischen Kreises ist u.a. online veröffentlicht, <http://www.krik.jura.uni-koeln.de/15342.html> (letzter Zugriff 28.2.2018).

3. Verbot anpreisender Werbung?

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen bleibt als möglicher legitimer Kern von § 219a StGB das Verbot des „Anpreisens“ von Schwangerschaftsabbrüchen. Eine „rühmende Darstellung“ (so das Reichsgericht in RGSt 36, 143 zum Begriff des „Anpreisens“ in § 184 Nr. 3 StGB aF) des Schwangerschaftsabbruchs kann in der Tat dazu führen, dass die mit einem Schwangerschaftsabbruch verbundenen ethischen Konflikte in der öffentlichen Wahrnehmung verschleiert oder verharmlost werden. Durch eine unbeschränkte aggressive Werbung für Schwangerschaftsabbrüche könnte außerdem auch heute noch das moralische Empfinden eines beachtlichen Teils der Bevölkerung erheblich beeinträchtigt werden. Dies spricht dagegen, § 219a StGB insgesamt ersatzlos zu streichen.

Nach dem Prinzip, dass das Strafrecht nur zur Ahndung schwerer Rechtsgutsverletzungen oder –gefährdungen eingesetzt werden sollte, erscheint es vorzugswürdig, das „Anpreisen“ von Schwangerschaftsabbruch angesichts des relativ geringen Unrechtsgehalts außerhalb des Strafrechts als bloße Ordnungswidrigkeit zu ahnden. Auch andere Fälle unerlaubter Werbung für an sich erlaubtes Verhalten – etwa für den Genuss von Alkohol und Tabak (s. etwa § 35 Abs. 2 Nr. 9 iVm § 20 TabakerzG) – sind nicht als Straftatbestände, sondern als Ordnungswidrigkeiten ausgestaltet.

4. Vorschläge

Auf der Grundlage dieser Überlegungen schlagen wir die folgenden **Änderungen** vor:

a) Das Verbot des Anbietens und Ankündigens (einschließlich der Bekanntgabe entsprechender Erklärun-

gen) sollte auf tatbestandsmäßige und rechtswidrige Schwangerschaftsabbrüche beschränkt werden, d.h. auf solche, bei denen mangels Beratung oder wegen Nichteinhaltung der Zwölf-Wochen-Frist der Tatbestand des § 218 StGB verwirklicht wird und kein Rechtfertigungsgrund (insbesondere nach § 218a Abs. 2 oder 3 StGB) eingreift.

b) Ein Verbot des „Anpreisens“ auch von Schwangerschaftsabbrüchen, die nicht tatbestandsmäßig bzw. rechtmäßig sind, mag man beibehalten, wenn man in solcher aggressiver Werbung eine Störung der öffentlichen Ordnung erblickt. Ein solches Verbot sollte jedoch nicht mit Kriminalstrafe, sondern als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld bewehrt sein.

Prof. in Dr. Susanne Beck, Universität Hannover · Prof. Dr. Martin Böse, Universität Bonn · Prof. Dr. Jörg Eisele, Universität Tübingen · Prof. Dr. Volker Erb, Universität Mainz · Prof. Dr. Bernd Heinrich, Universität Tübingen · Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Universität Würzburg · Prof. in Dr. Elisa Hoven, Universität zu Köln · Prof. Dr. Johannes Kaspar, Universität Augsburg · Prof. Dr. Hans Kudlich, Universität Erlangen-Nürnberg · Prof. Dr. Marco Mansdörfer, Universität des Saarlandes · Prof. Dr. Reinhard Merkel, Universität Hamburg · Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Universität Potsdam · Prof. Dr. Carsten Momsen, Freie Universität Berlin · Prof. Dr. Cornelius Nestler, Universität zu Köln · Prof. Dr. Cornelius Prittitz, Universität Frankfurt a.M. · Prof. Dr. Andreas Ransiek, Universität Bielefeld · Prof. Dr. Henning Rosenau, Universität Halle-Wittenberg · Prof. Dr. Helmut Satzger, Universität München · Prof. in Dr. Anja Schiemann, Deutsche Hochschule der Polizei Münster · Prof. Dr. Christoph Sowada, Universität Greifswald · Prof. Dr. Brian Valerius, Universität Bayreuth · Prof. Dr. Tonio Walter, Universität Regensburg · Prof. Dr. Thomas Weigend, Universität zu Köln

judikatur

BGH: Anforderungen an eine bindende Patientenverfügung – Bestimmtheitsgrundsatz, Geltungsbereich, Konkretisierung der ärztlichen Maßnahmen und Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen

BGB §§ 1901 a, 1904 Abs. 1 Satz 1, 1904 Abs. 4

Leitsätze:

1. Eine Patientenverfügung entfaltet nur dann unmittelbare Bindungswirkung, wenn sie neben den Erklärungen zu den ärztlichen Maßnahmen, in die der Ersteller einwil-

ligt oder die er untersagt, auch erkennen lässt, dass sie in der konkreten Behandlungssituation Geltung beanspruchen soll.

2. Die schriftliche Äußerung, dass „lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben“ sollen, enthält für sich genommen nicht die für eine bindende Patientenverfügung notwendige konkrete Behandlungsentscheidung des Betroffenen.

3. Die erforderliche Konkretisierung kann sich im Einzelfall auch bei nicht hinreichend konkret benannten ärztlichen Maßnahmen durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben. Der Wille des Errichters der Pa-

tientenverfügung ist dann durch Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen zu ermitteln (im Anschluss an den Senatsbeschluss vom 6. Juli 2016, XII ZB 61/16, FamRZ 2016, 1671).

Beschluss vom 8. Februar 2017 – XII ZB 604/15

Zum Sachverhalt:

Die im Jahr 1940 geborene Betroffene erlitt im Mai 2008 einen Schlaganfall und befindet sich seit einem hypoxisch bedingten Herz-Kreislaufstillstand im Juni 2008 in einem wachkomatösen Zustand (ICD-10: F03). Sie wird seitdem über eine Magensonde (PEG) künstlich ernährt und mit Flüssigkeit versorgt.

Bereits im Jahr 1998 hatte die Betroffene eine schriftliche „Patientenverfügung“ folgenden Inhalts unterzeichnet:

„Für den Fall, daß ich (...) aufgrund von Bewußtlosigkeit oder Bewußtseintrübung (...) nicht mehr in der Lage bin, meinen Willen zu äußern, verfüge ich: Solange eine realistische Aussicht auf Erhaltung eines erträglichen Lebens besteht, erwarte ich ärztlichen und pflegerischen Beistand unter Ausschöpfung der angemessenen Möglichkeiten.

Dagegen wünsche ich, daß lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn medizinisch eindeutig festgestellt ist,

- daß ich mich unabwendbar im unmittelbaren Sterbeprozess befinde, bei dem jede lebenserhaltende Therapie das Sterben oder Leiden ohne Aussicht auf Besserung verlängern würde, oder
- daß keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewußtseins besteht, oder
- daß aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibt, oder
- daß es zu einem nicht behandelbaren, dauernden Ausfall lebenswichtiger Funktionen meines Körpers kommt.

Behandlung und Pflege sollen in diesen Fällen auf die Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist. Ich möchte in Würde und Frieden sterben können, nach Möglichkeit in meiner vertrauten Umgebung.

Aktive Sterbehilfe lehne ich ab.

Ich bitte um menschliche und seelsorgerische Begleitung.“

In derselben Urkunde erteilte sie für den Fall, dass sie außerstande sein sollte, ihren Willen zu bilden oder zu

äußern, [ihrem Sohn] als ihrer Vertrauensperson die Vollmacht,

„an meiner Stelle mit der behandelnden Ärztin (...) alle erforderlichen Entscheidungen abzusprechen. Die Vertrauensperson soll meinen Willen im Sinne dieser Patientenverfügung einbringen und in meinem Namen Einwendungen vortragen, die die Ärztin (...) berücksichtigen soll“

Zu nicht genauer festgestellten Zeitpunkten von 1998 bis zu ihrem Schlaganfall äußerte die Betroffene mehrfach gegenüber verschiedenen Familienangehörigen und Bekannten angesichts zweier Wachkoma-Patienten aus ihrem persönlichen Umfeld, sie wolle nicht künstlich ernährt werden, sie wolle nicht so am Leben erhalten werden, sie wolle nicht so daliegen, lieber sterbe sie. Sie habe durch eine Patientenverfügung vorgesorgt, das könne ihr nicht passieren.

Im Juni 2008 erhielt die Betroffene einmalig nach dem Schlaganfall die Möglichkeit, trotz Trachealkanüle zu sprechen. Bei dieser Gelegenheit sagte sie ihrer Therapeutin: „Ich möchte sterben.“

Unter Vorlage der Patientenverfügung von 1998 regte der Sohn der Betroffenen im Jahr 2012 an, ihr einen Betreuer zu bestellen, und erklärte sich zur Übernahme der Betreuung bereit. Gleichzeitig bat er darum, [ihren Ehemann] zum Ersatzbetreuer zu bestellen. Das Amtsgericht bestellte daraufhin den Sohn und den Ehemann zu jeweils alleinvertretungsberechtigten Betreuern der Betroffenen.

Der Sohn der Betroffenen ist, im Einvernehmen mit dem bis dahin behandelnden Arzt, seit 2014 der Meinung, die künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr solle eingestellt werden, da dies dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen der Betroffenen entspreche. Ihr Ehemann lehnt dies ab.

Den Antrag der Betroffenen, vertreten durch ihren Sohn, auf Genehmigung der Therapiezieländerung dahingehend, dass künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr eingestellt werden sollten, hat das Amtsgericht abgelehnt. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Betroffenen hat das Landgericht zurückgewiesen.

Die Betroffene und ihr Sohn wenden sich mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidungen der Gerichte.

Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und an das Landgericht zur Sache zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

(10) II. (...) 1. Das Landgericht hat (...) ausgeführt, es habe sich keine ausreichende Überzeugung davon bilden können, dass es dem Willen der Betroffenen entspreche, die künstliche Ernährung in der gegenwärtigen Lage einzustellen. Aus der Patientenverfügung ergebe sich ein entsprechender Wille der Betroffenen nicht eindeutig. Es sei naheliegend, dass die Betroffene den (...)

Abbruch der künstlichen Ernährung als aktive Sterbehilfe verstanden habe, die sie in der Patientenverfügung ausdrücklich abgelehnt habe. (...) Da die Betroffene in der Patientenverfügung aktive Sterbehilfe abgelehnt habe und die Einstellung der Ernährung und Flüssigkeitsgabe nach dem Wertesystem der Betroffenen eine solche darstelle, komme ein Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen schon nicht in Betracht. Darüber hinaus sei auch ein auf Ernährungsabbruch gerichteter mutmaßlicher Wille nicht feststellbar, obwohl die Betroffene gegenüber mehreren Zeugen geäußert hatte, nicht in eine Situation der künstlichen Ernährung geraten zu wollen. Denn sie habe sich (...) nicht dazu geäußert, was passieren solle, wenn eine solche Situation schon bestehe und über den Abbruch zu entscheiden sei. Die Äußerungen gegenüber den Zeugen seien auch deswegen zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens ungeeignet, weil sie sich auf die Schicksale Dritter bezogen, die im Pflegeheim versorgt wurden, während die Betroffene zuhause von ihrem Ehemann gepflegt werde. Auch ihr in der Patientenverfügung festgehaltener Wunsch, möglichst in vertrauter Umgebung zu bleiben, stehe dem Behandlungsabbruch entgegen, da in einem solchen Fall die Verlegung auf eine Palliativstation erforderlich wäre (...). Schließlich müsse berücksichtigt werden, dass die Festlegungen der Betroffenen in der Patientenverfügung so verstanden werden könnten, dass sie kein weiteres zusätzliches Leid erleben oder empfinden wolle. Missempfindungen seien jedoch bei Einstellung von Ernährung und Flüssigkeitsgabe nicht auszuschließen. Die letzte sprachliche Äußerung, die die Betroffene vor Verfall in den jetzigen Zustand habe tätigen können, sei unbeachtlich, weil sie sich nicht auf den nun eingetretenen Zustand bezogen habe. Es sei auch nicht klar, ob die Betroffene ihre vorher geäußerten Wünsche angesichts der jetzigen Haltung ihres Ehemanns, der sehr an ihr hänge und die Einstellung der Ernährung und Flüssigkeitsgabe vehement ablehne, noch aufrecht erhalten würde. (...)

(11) 2. Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

(12) (...) weil das Beschwerdegericht sich nicht ausreichend mit der Frage befasst hat, ob es im vorliegenden Fall deshalb einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung gemäß § 1904 Abs. 2, Abs. 3 BGB nicht bedarf, weil in der von der Betroffenen errichteten Patientenverfügung gemäß § 1901 a Abs. 1 BGB eine wirksame Einwilligung in den vom Sohn der Betroffenen erstrebten Abbruch der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitsversorgung enthalten ist.

(13) a) Gemäß § 1904 Abs. 2 BGB bedarf die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in einen ärztlichen Eingriff der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund des Abbruchs der Maßnahme stirbt. Der hier vom Sohn der Betroffenen beabsich-

tigte Widerruf der Einwilligung in die (...) künstliche Ernährung (...) bedarf grundsätzlich der betreuungsgerichtlichen Genehmigung (...).

(14) b) Der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme bedarf (...) nicht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB, wenn der Betroffene einen entsprechenden eigenen Willen bereits in einer wirksamen Patientenverfügung (§ 1901 a Abs. 1 BGB) niedergelegt hat und diese auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. (...) da der Betroffene diese Entscheidung selbst in einer alle Beteiligten bindenden Weise getroffen hat. Dem Betreuer obliegt es in diesem Fall nach § 1901 a Abs. 1 Satz 2 BGB nur noch, dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen (...).

(15) Das Genehmigungserfordernis gemäß § 1904 Abs. 2 BGB greift indes ein, wenn nicht sämtliche Voraussetzungen einer wirksamen Patientenverfügung nach § 1901 a Abs. 1 BGB vorliegen oder die Patientenverfügung nicht auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. (...) der Betreuer *hat* nach § 1901 a Abs. 2 BGB die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betroffenen festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden. Entschließt sich der Betreuer danach, in den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen einzuwilligen, bedarf diese Entscheidung – vorbehaltlich der Regelung in § 1904 Abs. 4 BGB – der Genehmigung durch das Betreuungsgericht (...).

(16) c) (...) Das Beschwerdegericht *ist* davon ausgegangen, dass die Betroffene eine den Anforderungen des § 1901 a Abs. 1 BGB genügende Patientenverfügung (...) nicht erstellt hat. Diese Annahme ist nicht frei von Rechtsfehlern.

(17) aa) Unmittelbare Bindungswirkung entfaltet eine Patientenverfügung (...), wenn ihr konkrete Entscheidungen des Betroffenen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen entnommen werden können (...). Neben Erklärungen des Erstellers der Patientenverfügung zu den ärztlichen Maßnahmen, in die er einwilligt oder die er untersagt, verlangt der Bestimmtheitsgrundsatz (...), dass die Patientenverfügung erkennen lässt, ob sie in der konkreten Behandlungssituation Geltung beanspruchen soll (...). *Sie* ist nur dann ausreichend bestimmt, wenn sich feststellen lässt, in welcher Behandlungssituation welche ärztliche Maßnahmen durchgeführt werden bzw. unterbleiben sollen (...). Zudem ermöglichen Angaben zu den Behandlungssituationen, in der die Patientenverfügung eingreifen soll, dem Betreuer, der in § 1901 a Abs. 1 Satz 1 BGB enthaltenen Prüfungspflicht nachzukommen, ob die in der Patientenverfügung enthaltenen Festlegungen zu den Behandlungsmaßnahmen auf die aktuelle Lebens- und Handlungssituation des Erstellers der Patientenverfügung zutreffen.

(18) Danach genügt eine Patientenverfügung, die einerseits konkret die Behandlungssituationen beschreibt, in der die Verfügung gelten soll, und andererseits die ärztlichen Maßnahmen genau bezeichnet, in die der Ersteller einwilligt oder die er untersagt, etwa durch Angaben zur Schmerz- und Symptombehandlung, künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr, Wiederbelebung, künstlichen Beatmung, Antibiotikagabe oder Dialyse, dem Bestimmtheitsgrundsatz. Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung dürfen dabei nicht überspannt werden. Vorausgesetzt werden kann nur, dass der Betroffene umschreibend festlegt, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was nicht. (...)

(19) Nicht ausreichend sind allerdings allgemeine Anweisungen, wie die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist (...). Auch die Äußerung, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen, enthält jedenfalls für sich genommen keine hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung (...). Die erforderliche Konkretisierung kann sich im Einzelfall (...) durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen ergeben. Ob in solchen Fällen eine hinreichend konkrete Patientenverfügung vorliegt, ist dann durch Auslegung der in der Verfügung enthaltenen Erklärungen zu ermitteln (...).

(20) bb) (...) Das Beschwerdegericht *geht* (...) zu Unrecht davon aus, dass die Betroffene in ihrer „Patientenverfügung“ eine konkrete Entscheidung dahingehend getroffen hat, in der nun eingetretenen Situation eine Fortsetzung der künstlichen Ernährung zu wollen. Das Beschwerdegericht möchte dies ableiten aus der Formulierung „aktive Sterbehilfe lehne ich ab“, der es „nach dem Wertesystem der Betroffenen“ jeglichen Behandlungsabbruch unterfallen lässt.

(21) Dies überschreitet die Grenzen der zulässigen Auslegung. (...) Die Patientenverfügung *muss* primär nach ihrem schriftlich niedergelegten Inhalt ausgelegt werden. Dabei ist der Gesamtzusammenhang der Urkunde zu berücksichtigen und festzustellen, ob sich daraus insgesamt ein hinreichend eindeutig zu bestimmender Patientenwille ergibt.

(22) Die von der Betroffenen verfasste Urkunde beinhaltet in ihrem Gesamtzusammenhang keine eindeutige Aussage dahingehend, dass die Betroffene die Fortsetzung der künstlichen Ernährung in ihrem derzeitigen Zustand wünscht. Die voranstehende Erklärung, „keine lebensverlängernden Maßnahmen“ zu wünschen, wenn eine der in der Patientenverfügung benannten Behandlungssituationen eintritt, spricht in mindestens gleichem Umfang für den Abbruch der künstlichen Ernährung, wie die vom Beschwerdegericht herangezogene Formulierung der Ablehnung aktiver Sterbehilfe deren Fortsetzung begründen könnte.

Die (...) Urkunde ist damit allenfalls widersprüchlich. (...) Das Beschwerdegericht (...) hat (...) weitere für die Auslegung wesentliche Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt.

(23) cc) Im Übrigen hat das Beschwerdegericht in seine Auslegungserwägungen nicht eingestellt, dass die Betroffene in ihrer Patientenverfügung nicht nur pauschal bestimmt hat, lebensverlängernde Maßnahmen sollen in den von ihr beschriebenen Behandlungssituationen unterbleiben. Im weiteren Text der Verfügung findet sich vielmehr auch eine Konkretisierung der ärztlichen Maßnahmen, die sie in diesen Fällen wünscht. Danach sollen Behandlung und Pflege auf Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist.

(24) Zudem hat das Beschwerdegericht bei der Auslegung die in der Patientenverfügung bezeichneten Behandlungssituationen nicht ausreichend berücksichtigt. Zwar ist die hier in Frage kommende Alternative eines schweren Dauerschadens des Gehirns so wenig präzise, dass sie keinen Rückschluss auf einen gegen konkrete Behandlungsmaßnahmen – hier die künstliche Ernährung mittels PEG-Sonde – gerichteten Willen der Betroffenen erlaubt (...). Etwas Anderes könnte sich jedoch aus der weiteren Alternative ergeben, wonach die Betroffene ihre Regelungen zu ärztlichen Maßnahmen an die medizinisch eindeutige Feststellung knüpft, dass bei ihr keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht. Damit bezeichnet die Betroffene in ihrer Patientenverfügung konkret eine Behandlungssituation, in der sie keine weiteren lebensverlängernden Maßnahmen wünscht. Im Zusammenhang mit der Bestimmung der Betroffenen, dass die Behandlung und Pflege in diesem Fall auf die Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein soll, könnte die Patientenverfügung dahingehend auszulegen sein, dass die Betroffene in dieser (...) aus medizinischer Sicht *irreversiblen Situation*, in den Abbruch der künstlichen Ernährung eingewilligt hat.

(25) Ob der derzeitige Gesundheitszustand der Betroffenen im Wachkoma auf diese konkret bezeichnete Behandlungssituation zutrifft, hat das Beschwerdegericht bislang allerdings nicht festgestellt. Dies wird es (...) nachholen müssen.

(26) 3. Die angegriffene Entscheidung ist daher aufzuheben. Da noch Feststellungen dazu zu treffen sind, ob der konkrete Zustand der Betroffenen im Wachkoma ihr Bewusstsein entfallen lässt und ob in diesem Fall eine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht, ist das Verfahren zur weiteren Behandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen. Wenn das Landgericht auf dieser Grundlage eine wirksame Patientenverfügung (...) feststellen kann, die auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, hat es ein sogenanntes Negativattest zu erteilen (...).

(27) Sollte das Beschwerdegericht hingegen zu dem Ergebnis gelangen, dass der derzeitige Gesundheitszustand der Betroffenen nicht den Festlegungen der Patientenverfügung entspricht, weist der Senat für das weitere Verfahren auf folgendes hin:

(28) a) Die Genehmigungsbedürftigkeit der Einwilligung des Sohns der Betroffenen in die beabsichtigte Therapiezieländerung entfele nicht auf Grund von § 1904 Abs. 4 BGB.

(29) Nach dieser Vorschrift werden die Entscheidungen des Betreuers nach § 1904 Abs. 1 und 2 BGB von der Genehmigungspflicht des Betreuungsgerichts ausgenommen, soweit der Betreuer und der behandelnde Arzt Einvernehmen darüber erzielen können, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901 a Abs. 2 BGB festgestellten Willen des Betroffenen entsprechen. Stellt das Gericht dieses Einvernehmen im Sinne von § 1904 Abs. 4 BGB fest, hat es den Antrag auf betreuungsgerichtliche Genehmigung ohne weitere Ermittlungen abzulehnen und ebenfalls ein sogenanntes Negativattest zu erteilen, aus dem sich ergibt, dass eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist (...).

(30) Im vorliegenden Fall bestand zwar zwischen dem alleinvertretungsberechtigten Sohn der Betroffenen und dem zunächst behandelnden Arzt Einvernehmen darüber, dass die künstliche Ernährung der Betroffenen nach ihrem Willen eingestellt werden soll. Dem steht jedoch die Haltung des zweiten alleinvertretungsberechtigten Betreuers, des Ehemanns der Betroffenen entgegen. Diese unterschiedlichen Auffassungen (...) lassen ein Einvernehmen zwischen Betreuer und behandelndem Arzt entfallen (...).

(31) b) Die betreuungsgerichtliche Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB ist allerdings zu erteilen, wenn die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung dem Willen des Betreuten entspricht, § 1904 Abs. 3 BGB. Das Betreuungsgericht hat die Entscheidung des Betreuers (...) dahingehend zu überprüfen, ob diese (...) tatsächlich dem ermittelten Patientenwillen entspricht. Gerichtlicher Überprüfungsmaßstab ist nach § 1901 a Abs. 2 BGB der individuelle Patientenwille (...). Dabei differenziert § 1901 a Abs. 2 Satz 1 BGB zwischen den Behandlungswünschen einerseits und dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen andererseits (...).

(32) aa) Behandlungswünsche (...) können etwa alle Äußerungen eines Betroffenen sein, die Festlegungen für eine konkrete Lebens- und Behandlungssituation enthalten, aber den Anforderungen an eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901 a Abs. 1 BGB nicht genügen (...). Auch eine Patientenverfügung (...), die (...) nicht sicher auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen passt und deshalb keine unmittelbare Wirkung entfaltet, kann als Behandlungswunsch Berücksichtigung finden. Behandlungswünsche sind insbesondere dann

aussagekräftig, wenn sie in Ansehung der Erkrankung zeitnah geäußert worden sind, konkrete Bezüge zur aktuellen Behandlungssituation aufweisen und die Zielvorstellungen des Patienten erkennen lassen. (...)

(33) Ebenso wie bei Vorliegen einer schriftlichen Patientenverfügung im Sinne des § 1901 a Abs. 1 BGB genügt allein der ermittelte Behandlungswunsch nicht, wenn sich dieser auf allgemein gehaltene Inhalte beschränkt (...). Sollte das Beschwerdegericht daher zu dem Ergebnis gelangen, dass die Patientenverfügung auch für die derzeitige Behandlungssituation der Betroffenen keine hinreichend bestimmten Angaben zu den medizinischen Maßnahmen enthält, in die die Betroffene einwilligt oder die sie ablehnt, dürften sich aus der Patientenverfügung ebenfalls keine ausreichend konkreten Behandlungswünsche der Betroffenen entnehmen lassen.

(34) bb) Das Beschwerdegericht wird dann zu prüfen haben, ob ein Abbruch der künstlichen Ernährung dem mutmaßlichen Willen der Betroffenen entspricht. Der mutmaßliche Wille ist anhand konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln, insbesondere anhand früherer mündlicher oder schriftlicher Äußerungen (die jedoch keinen Bezug zur aktuellen Lebens- und Behandlungssituation aufweisen), ethischer oder religiöser Überzeugungen und sonstiger persönlicher Wertvorstellungen des Betroffenen (...). Der Betreuer stellt letztlich eine These auf, wie sich der Betroffene selbst in der konkreten Situation entschieden hätte, wenn er noch über sich selbst bestimmen könnte (...).

(35) (1) Die Betroffene hatte sich (...) immer wieder dahingehend geäußert, dass sie nicht künstlich ernährt werden wolle. Diese Äußerungen habe sie insbesondere angesichts zweier künstlich ernährter Patienten aus ihrem persönlichen Umfeld getätigt. Zumindest einer dieser Patienten habe über sieben Jahre hinweg im Wachkoma gelegen; die Betroffene habe gegenüber den Zeugen angegeben, sie wolle nicht so daliegen, sie wolle nicht künstlich ernährt werden, sie wolle in einer solchen Situation lieber sterben. Weiterhin habe sie sich auf ihre Patientenverfügung berufen und gemeint, ihr könne so etwas nicht passieren.

(36) (2) Soweit das Beschwerdegericht (...) davon ausgeht, dass die von den Zeugen wiedergegebene Aussage der Betroffenen, dass sie nicht künstlich ernährt werden wolle, auf die aktuelle Situation nicht zutrifft, weil der Abbruch der laufenden künstlichen Ernährung mit der Nichtaufnahme (...) nicht gleichgesetzt werden könne, ist dies weder aus dem „Wertesystem der Betroffenen“ noch aus der heute bzw. 1998 geltenden Rechtslage heraus begründbar.

(37) (a) Zum zugrunde gelegten Wertesystem der Betroffenen hat das Beschwerdegericht lediglich feststellen können, dass diese nach Aussage einer Zeugin „gläubig und praktizierende Katholikin“ gewesen sei, die auch Wallfahrten unternommen habe. (...) Damit

sind keine Feststellungen verbunden, die einem Abbruch der Behandlung entgegenstehen würden. Im Gegenteil: Festgestellt ist, dass die Betroffene gegenüber vielen Zeugen mehrfach betonte, sie wolle nicht künstlich ernährt werden. (...)

(38) (b) Die weitere Annahme des Beschwerdegerichts, zur Zeit der Abfassung der Patientenverfügung im Jahr 1998 habe man allgemein den Behandlungsabbruch als „aktive Sterbehilfe“ verstanden, beruht nicht auf einer tragfähigen Begründung. Vielmehr wurde zu dieser Zeit (...) ein Eingreifen in der Situation der Betroffenen überhaupt nicht als „Sterbehilfe“ verstanden, da sie sich nicht im unmittelbaren Sterbeprozess befindet. Auch zu dieser Zeit wurde jedoch ein derartiger „Abbruch einer einzelnen lebenserhaltenden Maßnahme“ als passiver und nicht als aktiver Eingriff verortet, demzufolge die Frage stellt, ob es sich um „passive Sterbehilfe“ handeln könnte, und nicht die Frage, ob „aktive Sterbehilfe“ geleistet worden sei (...). Auch schon vor 2010 wurde der Abbruch einer Behandlung in Form der Unterlassung der Fortführung (also konkret: Abbruch der künstlichen Ernährung dadurch, dass an die Magensonde keine neue Flasche mit Nahrung angehängt wird) genauso behandelt wurde wie das Unterlassen des Beginns der künstlichen Ernährung(...).

(39) (3) Soweit das Beschwerdegericht darauf abstellt, dass sich die Situation der Betroffenen, die sich in der häuslichen Pflege durch ihren Ehemann befindet, von der ihrer Tante und ihres Nachbarn, die im Pflegeheim versorgt wurden, unterscheidet, so ist dies bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens ohne Belang. (...) Es ist nicht erforderlich, dass die frühere Willensäußerung der Betroffenen situativ genau die nun eingetretene Lage beschreibt. Vielmehr besteht die Ermittlung des mutmaßlichen Willens (...) darin, allgemein gehaltene oder der konkreten Situation nicht vollständig entsprechende frühere Willensäußerungen auf die eingetretene Situation zu übertragen.

(40) Die Betroffene hat sich zwar in ihrer „Patientenverfügung“ für häusliche Pflege (...) ausgesprochen. Sie hat jedoch nicht ihre weiteren Wünsche, nämlich den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen, von der Pflegesituation abhängig gemacht. (...) Aus den Äußerungen der Betroffenen (...) ergibt sich kein Anhalt dafür, dass sie ihr derzeitiges Leben anders beurteilen würde als das der Patienten, die sie selbst kennengelernt hatte. (...)

(41) (4) Die Annahme des Beschwerdegerichts, ein Sterben ohne Begleitung durch den Ehemann dürfte dem mutmaßlichen Willen der Betroffenen zuwiderlaufen, ist nicht auf hinreichende Tatsachen gegründet. Der Ehemann (...) beruft sich auf ein besonders enges Verhältnis, das (...) gerade in den Jahren der Pflege gewachsen sei. (...)

(42) (5) Gleiches gilt für die Überlegung, dass die Betroffene heute mit Rücksicht auf die Wünsche des Ehe-

manns möglicherweise auf ihren Sterbewunsch verzichten würde. (...)

(43) Eine Berücksichtigung des Willens des Ehemanns kommt nur dann in Betracht, wenn dieser mutmaßlich den Willen der Betroffenen beeinflusst hätte. (...) Durch die Ehe ist die Betroffene aber nicht in ihren Möglichkeiten eingeschränkt, in den rechtlichen Grenzen über ihr eigenes Leben oder dessen Beendigung genauso wie eine nicht verheiratete Person zu entscheiden. (...)

(44) (6) Dagegen hat das Beschwerdegericht bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens zu Unrecht unberücksichtigt gelassen, dass die Betroffene in ihrer „Patientenverfügung“ gerade ausschließlich ihren Sohn und nicht ihren Ehemann als Vertrauensperson benannt hat. Auch dieser Umstand ist als Hinweis dahin zu sehen, dass aus Sicht der Betroffenen im Zweifel eher der Sohn als der Ehemann in der Lage sein wird, ihren eigenen – mutmaßlichen – Willen zu artikulieren.

(45) (7) Ebenfalls fehlerhaft sind die Überlegungen des Beschwerdegerichts zu möglichen Schmerzen oder Missempfindungen bei der Einstellung der Ernährung und Flüssigkeitszufuhr. Zutreffend geht das Beschwerdegericht zwar davon aus, dass die Betroffene möglichst keine Schmerzen und Missempfindungen erleiden möchte. Dies ergibt sich auch aus ihrer „Patientenverfügung“. (...) Unzulässig ist es allerdings, hier auf den reinen Abbruch der Ernährung und Flüssigkeitszufuhr abzustellen, ohne die beabsichtigten begleitenden medizinischen Maßnahmen zu berücksichtigen. Aus den eingeholten Gutachten ergibt sich, dass etwaige Schmerzen und Missempfindungen, die (...) auftreten können, palliativmedizinisch behandelt werden müssen, aber auch können. Unter entsprechender medikamentöser und pflegerischer Versorgung ist jedoch davon auszugehen, dass die Betroffene im Wesentlichen schmerzfrei wird versterben können. (...)

(46) (8) Schließlich hat das Beschwerdegericht zu Unrecht den kurz vor Beginn des Wachkomas ausdrücklich geäußerten Sterbewunsch der Betroffenen unberücksichtigt gelassen. Zwar lag darin kein auf die aktuelle Situation bezogener Behandlungswunsch, da, wie das Beschwerdegericht richtig festgestellt hat, die Betroffene zu diesem Zeitpunkt noch eine gute Prognose hatte und ihre Situation mit der heutigen nicht vergleichbar war. Dennoch spielt bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens auch eine Rolle, wie ein Betroffener sich grundsätzlich oder in anderen Situationen zum Sterben verhält. Hier durfte nicht unberücksichtigt bleiben, dass die letzte willentliche Äußerung der Betroffenen - nach dem Schlaganfall, aber vor dem hypoxischen Hirnschaden - den spontanen Wunsch zu sterben beinhaltete.

AG Gießen: Der Hinweis einer Ärztin auf ihrer Homepage, dass in ihrer Praxis Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden, erfüllt den Tatbestand des § 219a StGB

StGB § 219 a StGB, GG Art. 1, 12

Urteil vom 24.11.2017 – AZ 507 Ds 501 Js 15031/15

Zum Sachverhalt:

Die als Ärztin für Allgemeinmedizin tätige Angeklagte leitet eine Arztpraxis. In dieser führt sie unter anderem Schwangerschaftsabbrüche durch. Sie betreibt eine Internetseite, auf der sie neben anderen medizinischen Leistungen auch die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen anbietet. Über den Link „Schwangerschaftsabbruch“ wird dabei eine Pfd zum Download angeboten, die allgemeine Informationen zum Schwangerschaftsabbruch sowie der Durchführung und den Methoden in der Praxis der Angeklagten enthält. Darin werden die Methoden beschrieben (operativ, mit örtlicher Betäubung, unter Vollnarkose und medikamentös), sowie die Gründe, die für oder gegen die jeweilige Methode sprechen. Auch wird ausgeführt, dass in der Praxis der Angeklagten alle darin beschriebenen Methoden des Schwangerschaftsabbruchs durchgeführt werden unter Hinweis auf Kostenübernahme durch die Krankenkassen oder bei Privatzahlerinnen. Zusammenfassend ist unter der Rubrik „Was müssen Sie mitbringen?“ aufgelistet: Beratungsbescheinigung über die nach § 219 StGB durchgeführte Beratung oder Indikation nach § 218 StGB, Blutgruppennachweis, Versichertenkarte, Kostenübernahmebescheinigung oder Bargeld, Überweisungsschein der Frauenärztin/des Frauenarztes. Die Webseiten der Angeklagten sind der Öffentlichkeit über die Internetsuchmaschine frei zugänglich.

Das Amtsgericht hat die angeklagte Ärztin wegen Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft zu einer Geldstrafe in Höhe von 40 Tagessätzen verurteilt.

Aus den Gründen:

(19) III. (...) Die Angeklagte räumt ein, diese Homepage zu betreiben, ist jedoch der Auffassung, dass sie hiermit lediglich eine Information zum Schwangerschaftsabbruch gesetzt, nicht aber ihre Dienste angeboten habe. Für die tatsächliche Durchführung des Schwangerschaftsabbruches müsste vorher eine Beratung erfolgen oder ein Indikationsfeststellungsverfahren durchgeführt werden. Sie habe lediglich über die Möglichkeiten, die eine Patientin hat, informiert.

(20) Diese Rechtsauffassung steht im Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung.

(21) Gemäß § 219 a StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer öffentlich eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder För-

derung eines Schwangerschaftsabbruchs anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekannt gibt.

(22) Die Angeklagte hat das Angebot öffentlich gemacht, da jedermann über das Internet auf die Homepage der Angeklagten zugreifen kann.

(23) Die Angeklagte hat ihre Leistung auch angeboten, da sie die Erklärung abgegeben hat, es bestehe die Bereitschaft, Abtreibungsdienste durchzuführen.

(24) Die Angeklagte informiert jedoch nicht nur über den Schwangerschaftsabbruch, sie bietet gezielt ihre Tätigkeit als Ärztin an. Selbst eine aufklärende Information erfüllt den Tatbestand des § 219 a, wenn das Anbieten mit der Leistung verknüpft ist. Dabei ist es entgegen der amtlichen Überschrift des §§ 219 a StGB nicht notwendig, dass diese Informationen einen besonderen werbenden Charakter besitzen.

(27) Die Rechtsauffassung der Angeklagten, dass eine sachliche Information über die Bereitschaft eines Arztes, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen, nicht den § 219 a StGB unterfalle, wird weder von der einschlägigen Rechtsprechung noch von der einschlägigen Kommentierung zu § 419 a StGB geteilt (vgl. MÜKo, StGB § 219 a, Rnd. Nr. 4; Fischer, § 219 a Rnd. Nr. 3; LG Bayreuth, ZfL 2007 Seite 16 ff.).

(26) Die Angeklagte handelt auch ihres Vorteils wegen. Es ist nämlich für Jedermann erkennbar, dass die Angeklagte es auf ihrer Internetseite nicht bei einer reinen Information der einzelnen Möglichkeiten über den Schwangerschaftsabbruch belässt, vielmehr ergibt sich daraus eindeutig, dass die Leistungen gegen ärztliches Honorar geleistet werden, nämlich entweder über die Krankenkassen oder durch Barzahlung, wobei das Bargeld direkt zum Termin mitzubringen ist. Das ist die klassische Form der Patientenakquise.

(27) Die Angeklagte hat durch das Anbieten der Leistungen im Internet auch einen klaren Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Ärzten, die sich an das Werbeverbot halten. (...)

(28) Das Verbot des Werbens für Schwangerschaftsabbrüche verstößt auch nicht gegen Artikel 12 Grundgesetz.

(29) Zwar hat ein Arzt grundsätzlich das Recht die Öffentlichkeit darüber zu informieren, welche Leistungen in seiner Praxis erbracht werden.

(30) Da das Recht des Arztes auf freie Berufsausübung gemäß Artikel 12 Abs. 1 Satz 2 GG, das in Art. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte Recht des ungeborenen Lebens beeinträchtigt, ist insoweit die Einschränkung des Informationsrecht hinzunehmen.

(31) Dies ist in § 219 a StGB geschehen. Eine eingeschränkte Auslegung dieser Vorschrift ist nicht veranlasst. Denn das Recht auf Berufsausübung in dieser Weise tangiert in vorliegendem Fall das Recht des ungeborenen Lebens. Wie schon im Urteil des Landgerichts Bayreuth vom 13.01.2006 festgestellt, ergibt sich aus Ar-

tikel 1 Abs. 1 GG die Pflicht des Staates, das ungeborene Leben zu schützen. Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist davon auszugehen, dass für die gesamte Dauer der Schwangerschaft die Abtreibung grundsätzlich Unrecht ist, da auch dem ungeborenen Leben Menschenwürde zukommt (Bundesverfassungsgericht Entscheidung 88/203 ff.). Die aktuelle Gesamtregelung der §§ 218 ff StGB zum Schwangerschaftsabbruch ist seit der Gesetzesreform 1995 gültig und wurde durch das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1998 bestätigt. In diesem Zuge wurde durch Einführung des §§ 218 a unter bestimmten Voraussetzungen der Schwangerschaftsabbruch straflos gestellt. Gleichwohl bleibt der gesetzgeberische Wille, wie er in § 219 a StGB zum Ausdruck kommt, dass die Abtreibung in der Öffentlichkeit nicht als etwas normales dargestellt und kommerzialisiert werden darf und deshalb unter Strafe gestellt ist (Tröndle/Fischer StGB, § 219 a). Nach dem Willen des Gesetzes sollen Frauen, die abtreiben wollen, sich zunächst bei einer staatlichen, also neutralen Beratungsstelle informieren, die selbst kein Interesse an der Durchführung der Abtreibung hat.

(32) Dem legitimen Bedürfnis der betroffenen Frau nach Information über Ärzte, die bereit sind den Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen, wird ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass sie nach ausführlicher Information durch die Beratungsstelle – bei Fortbestehen des Abtreibungswunsches – die Liste der zur Abtreibung bereiten Ärzte erhält. Durch dieses Schutzkonzept ist gewährleistet, dass die betroffene Frau eine ergebnisoffene Beratung erhält, die ihr Informationsinteresse erfüllt.

(33) Würde man werbende Maßnahmen für den Schwangerschaftsabbruch zulassen, würde die staatli-

che Pflicht, ungeborenes Leben zu schützen, ins Leere laufen.

(34) Die Angeklagte handelte auch vorsätzlich.

(35) [Sie kennt als] Ärztin für Allgemeinmedizin mit Spezialisierung auf dem Gebiet des Schwangerschaftsabbruchs (...) die gesetzlichen Regelungen der §§ 218 ff. Bereits in einem im Jahr 2009 gegen sie geführten Ermittlungsverfahren wegen eines gleichlautenden Tatvorwurfs, wurde durch die Staatsanwaltschaft Gießen das Verfahren mit ausführlicher Begründung eingestellt. In diesem Zusammenhang wurde unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Entscheidung des Landgerichts Bayreuth die objektive Strafbarkeit ihres Verhaltens ausgeführt. Letztendlich wurde das Verfahren wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Spätestens zu diesem Zeitpunkt war der Angeklagten, die von der Rechtsansicht ihres Rechtsbeistandes abweichende Rechtsansicht der Staatsanwaltschaft Gießen sowie die Entscheidung des Landgerichts Bayreuth bekannt. Deshalb sind an das Unrechtsbewusstsein der Angeklagten nunmehr höhere Anforderungen zu stellen, als im vorherigen Ermittlungsverfahren. In Kenntnis der Strafbarkeit warb die Angeklagte jedoch weiterhin auf ihrer Webseite mit der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen und stellte die Information für jedermann auf ihrer Homepage online. In dieser Situation kann der Angeklagten nicht abgenommen werden, dass sie davon ausgegangen sei, dass ihr Handeln legal sei. Sie durfte nicht mehr in der Weise auf die Rechtsauskunft ihres Rechtsbeistandes vertrauen, dass sie keine Unrechtszweifel mehr hat (...). Nach alledem lag kein Verbotsirrtum vor, sondern ein hartnäckiges Negieren der geltenden Rechtslage. (...)

rezension

Aktuelles Medizinrecht aus rechtspraktischer Perspektive

Christian Katzenmeier, Rudolf Ratzel (Hrsg.)
Glück auf! Medizinrecht gestalten. Festschrift für Franz-Josef Dahm
 Springer Verlag, Berlin 2017
 547 Seiten, 99,99 Euro

Das Medizinrecht boomt – und mit ihm die rechtsdogmatische Ausdifferenzierung von Fragen, die früher nur als Spezifikationen des Öffentlichen, Straf- oder Zivilrechts wahrgenommen wurden. Mehr als in den juristischen Kernfächern „lebt“ die wissenschaft-

liche Ausleuchtung medizinrechtlicher Prinzipien und Rechtsfiguren bislang von den Problemfällen der Rechtspraxis und lässt eine vorwiegend aus Beiträgen von „Rechtspraktikern“ gespeiste Festschrift (33 von 38, davon 18 aus der Feder von Rechtsanwälten) verständlich erscheinen. Dies gilt um so mehr, als der *Jubilar* mit seinen zahlreichen Publikationen und als ehemaliger Schriftleiter der „Medizinrecht“ gleichsam zu den Gründungspersönlichkeiten des Fachs gezählt werden darf.

Zentrale Themen der insgesamt 38 Beiträge, die im hiesigen Rahmen nicht allesamt (näher) vorgestellt und kommentiert werden können, sind aktuelle Problemlagen und Anliegen der modernen Gesundheits-

versorgung und deren Einrichtungen – als Stichworte seien genannt: „Qualität“ (*Plagemann*, S. 327 ff.; für den Krankenhaussektor *Stollmann*, S. 485 ff.), „Ökonomisierung“, „Mittelallokation“, die ärztliche Aufklärungspflicht und Einwilligung als traditionell zentrale Kategorien der Patientenautonomie, Rechtsfragen der Korruptionsbekämpfung (in Bezug auf die „Angemessenheit“ der ärztlichen Vergütung *Bonvie*, S. 65 ff.; zu den §§ 81a, 197a, b SGB V *Steinhilper*, S. 463 ff.) sowie das Transplantations-, Gen- und Reproduktionsrecht. Zu letzterem beleuchtet *Ratzel*, Mitherausgeber zusammen mit dem Kölner Medizinrechtslehrer *Katzenmeier*, im Wege einer lehrreichen *tour d'horizon* bedeutsame „Brennpunkte“ (S. 373 ff.). Dabei äußert er in Bezug auf das ESchG bemerkenswerterweise rechtliche Zweifel am „Deutschen Mittelweg“, auf dessen Grundlage die Reproduktionspraxis mit Hilfe eines Algorithmus standardmäßig die Erzeugung von zwei entwicklungsfähigen Embryonen einplant und das Entstehen weiterer, die dann ggf. kryokonserviert werden müssen, sehen den Augen in Kauf nimmt (S. 377). Beklagt wird des Weiteren die rechtliche Ungleichbehandlung zwischen der heterologen Samen- und der Eizellspende (S. 382). Die in der Vergangenheit regelhaft dem Spender gegebene Anonymitätszusage ist im Lichte des „Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung“ (BVerfGE 79, 265 ff.; zuletzt BVerfG GesR 2015, 186 ff.) in der Tat rechtswidrig (S. 383 ff.). Die Neuregelung zur PID (§ 3a ESchG) bewertet *Ratzel* – wie auch viele andere – als nicht gelungen und beanstandet insbesondere, dass ungeachtet der kontrovers diskutierten PIDV viele Verfahrensfragen „völlig offen“ sind (S. 400).

Zu dem erst im Jahr 2010 in Kraft getretenen Gendiagnostikgesetz ziehen *Hübner/Pühler* bereits eine „Bilanz“ mit der Einschätzung, dass es sich „in der praktischen Anwendung nicht bewährt“ habe (S. 243 ff., 258). Kritik wird dabei insbesondere an der Richtlinienpraxis der Gendiagnostik-Kommission (GEKO) geübt, weil „die Umsetzung dieser Regelungen den Alltag der betroffenen Ärzte und Patienten ... erschwert [habe], ohne dass davon positive qualitative Effekte für die Versorgung ausgehen“ (S. 250). So verständlich diese Perspektive auch ist, fällt dabei leider aus dem Blick, dass die intendierte „praktische Relevanz“ nicht zur Preisgabe hochrangiger Wertbelange (wie das bioethische Selbstbestimmungsrecht, Barrieren gegen soziale Diskriminierung und Vorgaben der Qualitätssicherung, näher *Duttge/Engel/Zoll* [Hrsg.], Das Gendiagnostikgesetz im Spannungsfeld von Recht und Humangenetik, 2011) berechtigt (zu deren Schutz das GenDG überhaupt geschaffen wurde). Eine „gute Praxis“ setzt zuvörderst eine „gute Theorie“ voraus, ansonsten bleibt der Beurteilungsmaßstab im Dunkeln und weckt die getroffene Bewertung den Verdacht, nurmehr beliebigen „praktischen Bedürfnissen“ das Wort zu reden (und unzulässig zu verabsolutieren).

Die verfassungsrechtliche Dimension der Verteilungsproblematik bei knappen Ressourcen hat zuletzt insbesondere im Bereich der postmortalen Organtransplantation kontroverse Debatten ausgelöst. *Hess* setzt sich mit dem bisherigen, maßgeblich durch die Transplantationsrichtlinien der Bundesärztekammer geprägten System auseinander und plädiert im Gegensatz zum Urteil des LG Göttingen (und mittlerweile des BGH, abgedruckt in ZfL 4/2017, 156 ff. m. Bspr. *Duttge*, 130 ff.) für deren Verfassungsmäßigkeit, ohne jedoch die verfassungsrechtliche Problematik auszuschöpfen. Für das Gesamtsystem der Gesundheitsversorgung betont *Schmitz-Luhn* mit Recht, dass bereits heute implizit rationiert wird, eine explizite Priorisierung jedoch den ethisch entscheidenden Vorzug hat, dass Entscheidungen über Vor- und Nachrangigkeiten demokratisch legitimiert sind und nicht auf willkürlich-intransparente Weise das konkrete Arzt-Patienten-Verhältnis kontaminieren (S. 437 ff., 440, 443). Unklar bleibt jedoch, ob das vom Autor zutreffend diagnostizierte „Spannungsfeld zwischen haftungsrechtlichem und sozialrechtlichem Standard“ durch entsprechende „Angleichung“ aufgelöst werden sollte. *Frehse* meint hingegen, dass sich das geltende Recht einer Kosten-Nutzen-Analyse aus guten Gründen verweigere (S. 155 ff., 175, 178). Gewiss verdient das Petitum nachdrückliche Unterstützung, das betont: „Patienten und Ärzte sind vor ökonomischen Auswüchsen zu schützen“ (S. 185). Das Ignorieren der wirtschaftlichen Grenzen erbringbarer Gesundheitsleistungen bildet jedoch keinen zielführenden Beitrag zur Problemlösung (dazu näher die Beiträge in: *Duttge/Zimmermann-Acklin* [Hrsg.]; Gerechtere Sorgen. Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende, 2013), was nicht bedeutet, der brachialen und fragwürdig begründeten Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts im „Morbus-Pompe-Fall“ (abgedruckt in: MedR 2012, 324 ff.) zuzustimmen. Wie *Frehse* zu Recht formuliert, ist es eben „hochriskant, wenn die Judikative den säumigen Gesetzgeber substituiert“ (S. 183).

Das erwähnte Spannungsfeld gewinnt vollends eine fundamentale Dimension, wenn der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG (insbesondere dem „Harz IV-Urteil“, BVerfGE 125, 175 ff.) mit *Bernzen* ein eigenständiges (von den positivrechtlichen Verbürgungen des einfachen Gesetzgebers unabhängiges) menschenwürdebasiertes Leistungs- „Grundrecht auf Gesundheit“ (mit „Ausgestaltungsvorbehalt“) entnommen werden darf (S. 49 ff.). Es wäre von hier aus, auch wenn verfassungsrechtlich nur ein Minimalleistungsstandard (i.S.d. „medizinischen Existenzminimums“) gewährleistet sein kann, von hohem Interesse näher auszuloten, welche Folgerungen sich hieraus qua „verfassungskonformer Auslegung des einfachen Rechts“ (S. 61) für den Schutz menschlichen Lebens im Kontext von Therapiebegrenzung und Suizidbeihilfe ergeben könnten. Die rechtli-

chen Rahmenbedingungen für ärztliche Entscheidungen am Lebensende stellt *Heinemann* überblicksartig vor (S. 215 ff.), erkennt jedoch die Interpretationsbedürftigkeit von Patientenverfügungen (und hohe praktische Relevanz dieses Aspektes), wenn er insoweit – im Übrigen entgegen § 1901a I S. 1 BGB – keine Zuständigkeit des Betreuers bzw. Gesundheitsbevollmächtigten zu sehen scheint (S. 218). In Bezug auf die Suizid(-beihilfe-)problematik erstaunt die Nonchalance, mit der die hohe Wertigkeit des menschlichen Lebens bestritten wird (vgl. S. 222: „...ist der höchsten Güter nicht“); soweit zwischen der Beachtlichkeit des Patientenwillens im Kontext der Therapiebegrenzung und seiner Unbeachtlichkeit im Rahmen der Suizidbeihilfe (siehe § 217 StGB) ein grundlegender Wertungswiderspruch erkannt wird (S. 224), hätte mehr als geschehen die Divergenz zwischen dem abwehrrechtlichen Charakter des Selbstbestimmungsrechts und einer hierauf begründeten Inpflichtnahme anderer zu positiven Leistungen bedacht werden sollen. Richtig ist jedoch die Deutung, dass der neue § 217 StGB auch für ärztliches (und pflegerisches) Handeln einige Strafbarkeitsrisiken mit sich gebracht hat (S. 227 f., 230: „schlechter Dienst“ durch die Bundesärztekammer).

Einen bedeutsamen Teilaspekt des Selbstbestimmungsrechts beleuchtet *Bender*, der die Frage aufwirft, ob und inwieweit eine Beschränkung der Einwilligung durch den Patienten ad personam strikte Beachtung verlangt und bei Missachtung haftungs- und strafrechtliche Folgen auslöst (S. 29 ff.). Beim „Allgemeinpatient“ (Kassenpatient) ist dies fraglich, weil der totale Krankenhausaufnahmevertrag keinen Anspruch auf Behandlung durch bestimmte Ärzte des Krankenhauses enthält. Dennoch könne der Patient seinen abweichenden Willen durchsetzen, sofern er diesen „mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringt“ und auf seiner Gegenseite eine entsprechende Zustimmung erlangt (S. 35). Leider wird die Wirksamkeit einer solchen Zustimmung durch den Krankenhausarzt nicht näher erläutert, der doch nicht ohne Weiteres befugt sein dürfte, die Vertragsbedingungen zu Lasten seines Arbeitgebers zu verändern. Die „Bedeutung der Patientenaufklärung in der forensischen Praxis“ wird von *Clemens* informativ veranschaulicht (S. 119 ff.): Es begegnet ein facettenreicher „Rechtsprechungs-Positivismus“, ohne jedoch die Sinnhaftigkeit der ärztlichen Aufklärung in ihrer rechtlich geforderten Reichweite kritisch zu hinterfragen. Das häufige Patientenvorbringen bzgl. einer defizitären Aufklärung aufgrund von (nicht konkret benannten) „verschiedenen Studien“ generaliter auf Erinnerungsverluste der Patienten zurückzuführen (S. 136 f.) übersieht, dass aufrichtige Kliniker durchaus die mangelnde Erfüllung (und Erfüllbarkeit) der rechtlichen Anforderungen (und damit die Berechtigung der Klagen) offen einräumen. Durchschlagende Kritik formuliert *Jens Prütting* gegen

die „immer-so“-Rechtsprechung, mit welcher der BGH eine Beweiserleichterung zur prozessualen Abmilderung der haftungsrechtlichen Folgen für Aufklärungspflichtverletzungen etabliert hat (S. 359 ff.). Mit Recht konstatiert er: „Jede Abweichung [scil.: von den allgemeinen Beweislastgrundsätzen] muss ... ihrerseits auf Systemkonformität überprüft werden, soll das Auftreten zahlreicher Folgeprobleme und fragwürdiger Ergebnisse vermieden werden“ (S. 365). Bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen trifft die gesetzlichen Krankenkassen auch insoweit – und nicht nur bei klassischen „Behandlungsfehlern“ – nach § 66 SGB V eine grundsätzliche Unterstützungspflicht, deren ratio, nähere Voraussetzungen und Rechtsfolgen *Katzenmeier/Jansen* profund beleuchten (S. 261 ff.). Bedenkenswert wird diese ganz und gar praxismotivierte Sonderpflicht im Lichte des GKV-spezifischen „Kooperationsgedankens zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern“ als „nicht unproblematisch“ angesehen (S. 281). Offen bleibt einzig die Frage, wann Krankenkassen eine Unterstützung ausnahmsweise verweigern dürfen (vgl. S. 272).

Die vorstehend nur stichwortartig benannten Thematiken zeigen eindrucksvoll die enorme Vielfalt medizinrechtlicher Fragestellungen, wie sie schon heute relevant sind. Dass sie in der vorliegenden Festschrift zum Teil doch eher rechtspositivistisch in Erscheinung treten, ist durch die Auswahl der Autoren bedingt. In Zeiten von personalisierter Medizin, e:med und Systemmedizin ist absehbar, dass sich die wissenschaftliche Arbeit immer mehr ausweiten und im Sinne einer verstärkten Multidisziplinarität qualitativ verändern wird. Soweit *Hart* zugleich die Juristenausbildung auf dem Gebiet des Medizin- und Gesundheitsrechts („Schwerpunktbereiche“) in den Blick nimmt (S. 207 ff.), hätte es gerade im Lichte der Interdisziplinarität jedoch nahegelegen, das in Deutschland einzige multifakultäre „Zentrum für Medizinrecht“ nicht unerwähnt zu lassen (vgl. S. 209 f.). Nachdrücklich zu unterstreichen ist *Achterbergs* Empfehlung, auch im Medizinstudium Veranstaltungen mit medizinrechtlichem Basiswissen zu implementieren (S. 1 ff., 16). Die klinische Praxis benötigt zunehmend Ärztinnen und Ärzte, denen bewusst ist, dass sie innerhalb einer differenzierten und wertebezogenen Rechtsordnung und nicht (mehr) im „rechtsfreien Raum“ agieren.

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen

Prof. Dr. med. Axel W. Bauer, Mannheim*

Von der Medizingeschichte zur Bioethik

1. Akademischer Werdegang: Geboren 1955 in Karlsruhe, der „Residenz des Rechts“. 1974 bis 1980 Studium der Medizin mit abschließendem Staatsexamen an der Universität Freiburg; 1980 Approbation als Arzt und Promotion zum Dr. med in Freiburg; 1981-1986 Hochschulassistent für Geschichte der Medizin bei Prof. Dr. Dr. Heinrich Schipperges an der Universität Heidelberg; 1986 Habilitation im Fach Geschichte der Medizin und Privatdozent an der Universität Heidelberg; 1992 außerplanmäßiger Professor. Seit 2004 Professor für Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin sowie Leiter des gleichnamigen Fachgebiets an der Medizinischen Fakultät Mannheim der Universität Heidelberg. Unter anderem Mitglied der Akademie für Ethik in der Medizin (AEM) und der Christdemokraten für das Leben (CDL); von 2008-2012 Mitglied des Deutschen Ethikrates (DER).

2. Schwerpunkte wissenschaftlicher Tätigkeit: Geschichte der Pathologie und der Pathologischen Anatomie; Institutionalisierung medizinischer Disziplinen im 19. und 20. Jahrhundert sowie die Entwicklung der naturwissenschaftlichen Medizin im 19. und 20. Jahrhundert; Wissenschaftstheorie in der Medizin; Medizinische Ethik und Bioethik; Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen; Präimplantationsdiagnostik (PID); Autonomie und Fürsorge am Lebensende.

3. Wichtige Buchveröffentlichungen:

Bauer, Axel: Die Krankheitslehre auf dem Weg zur naturwissenschaftlichen Morphologie. Pathologie auf den Versammlungen Deutscher Naturforscher und Ärzte von 1822-1872, Stuttgart 1989

Bauer, Axel (Hrsg.): Theorie der Medizin. Dialoge zwischen Grundlagenfächern und Klinik, Heidelberg, Leipzig 1995

Bauer, Axel W. (Hrsg.): Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts. Theoretische Konzepte, Klinische Probleme, Ärztliches Handeln, Heidelberg, Leipzig 1998

Bauer, Axel W.: Vom Nothaus zum Mannheimer Universitätsklinikum. Krankenversorgung, Lehre und Forschung im medizingeschichtlichen Rückblick, Ubstadt-Weiher 2002

Bauer, Axel W. und Beck, Grietje (Hrsg.): Anästhesie am Mannheimer Universitätsklinikum 1952-2009. Von den ersten Narkoseärztinnen bis zur Klinik für Anästhesiologie und Operative Intensivmedizin, Mannheim 2009

Weiß, Christel und Bauer, Axel W.: Promotion. Die medizinische Doktorarbeit - von der Themensuche bis zur Dissertation, Stuttgart, New York 2001, 4. Aufl. 2015

Bauer, Axel W. und Ho, Anthony D.: „Nicht bloß künstlich in einem Spital.“. Die Medizinische Universitäts-Poliklinik Heidelberg und ihr Weg von der Stadtpraxis bis zur Blutstammzelltransplantation, Heidelberg 2005, 2. Aufl. 2016

Bauer, Axel W.: Normative Entgrenzung. Themen und Dilemmata der Medizin- und Bioethik in Deutschland, Wiesbaden 2017

4. Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin

Bereits während meines Studiums an der Universität Freiburg, das uns in der zweiten Hälfte der 1970er Jahre ein lineares Fortschrittspanorama der naturwissenschaftlichen Medizin vermittelte, interessierte ich mich für die historische Bedingtheit dieser Entwicklung und für deren mindestens zum Teil kontingenten Gründe. Der Gedanke, dass die wissenschaftlichen Erkenntnisse von heute die Irrtümer von morgen sein könnten, irritierte und faszinierte mich zugleich. Als mir der Heidelberger Medizingeschichtler Heinrich Schipperges im Frühjahr 1981 die einzige, soeben freiwerdende Assistentenstelle an seinem Institut anbot, nahm ich sein Angebot gerne an. Auch dies war ein Beispiel für biografische Kontingenzen im Leben.

Kaum hatte ich mich an der damaligen Fakultät für Naturwissenschaftliche Medizin über ein Thema aus der Geschichte der Pathologie habilitiert, folgte unmittelbar eine dreijährige Lehrstuhlvertretung nach der ebenfalls 1986 erfolgten Emeritierung meines akademischen Lehrers. In der Zeit um 1990 erwachte mein Interesse an wissenschaftstheoretischen und wissenschaftsphilosophischen Fragen der Medizin, das sich aus der Beschäftigung mit der Geschichte dieser Disziplin mehr oder minder konsequent ergab. Von dort führte mich um 1995 der nächste Schritt zur Medizin- und Bioethik und somit von den empirischen zu den normativen Grundlagen des Faches.

Seit nunmehr über zwanzig Jahren verfolge, reflektiere und kommentiere ich auch den bio- und den thanatopolitischen Diskurs in Deutschland sowie in unseren europäischen Nachbarländern mit zunehmender Besorgnis. Meine Skepsis gegenüber einer unter dem fehlleitenden Schlagwort „Liberalisierung“ grassierenden Tendenz zur systematisch vorangetriebenen *Normativen Entgrenzung* habe ich zuletzt 2017 in dem gleichnamigen Buch an zahlreichen Beispielen aus der modernen

* Prof. Dr. med. Axel W. Bauer ist im Jahr 2017 in den Herausgeberbeirat der ZfL eingetreten, vgl. ZfL 2017, 166 f. Wie angekündigt stellt auch er sich den Lesern an dieser Stelle vor.

Medizin zum Ausdruck gebracht. Wenn Menschenwürde und Lebensrecht in unserer Gesellschaft nur noch denjenigen zugebilligt werden, die sich auch ohne diese verfassungsrechtlichen Garantien gegen Übergriffe zu wehren wissen, während man das ungeborene Leben schutzlos lässt und Schwerkranken den Weg in den angeblich „selbst bestimmten“ Tod bahnt, dann gleitet die

Humanität auf einer schiefen Ebene haltlos abwärts. Hier sehe ich die Ethik als reflektierende Disziplin, insbesondere aber den Staat als rechtsetzenden Akteur gefordert. Ohne Recht entwickelt Moral wenig Kraft; ohne Moral wird Recht zur Gefahr. Ethik und Rechtswissenschaft bedürfen der gegenseitigen Inspiration – und eines historischen Bewusstseins.

JVL-Jahrestagung 2018

am Freitag, den 8. Juni 2018 in der
Katholischen Akademie, Hannoversche Straße 5, 10115 Berlin

Das Schicksal der kryokonservierten Embryonen

ab 14.00 Uhr	Eintreffen und Stehkafee
14.30 - 14.45 Uhr	Begrüßung und Einführung <i>Prof. Dr. iur. Christian Hillgruber, Bonn, Vorsitzender der JVL</i>
14.45 - 15.15 Uhr	Kryokonservierung menschlicher Embryonen - wie, wann, wie lange? <i>Rainer Beckmann, Richter am Amtsgericht, Würzburg, Stellvertretender Vorsitzender der JVL</i>
15.15 - 16.30 Uhr	Welche „Rechte“ haben „Eltern“ kryokonservierter Embryonen? <i>Prof. Dr. Eva Schumann, Göttingen</i> Direktorin der Abteilung für Deutsche Rechtsgeschichte im Institut für Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung an der Georg-August-Universität Göttingen Vortrag mit Diskussion
16.30 - 17.00 Uhr	Kaffeepause
17:00 - 18:30 Uhr	Kryokonservierte Embryonen - ein Status ohne Schutz und Rechte <i>Dr. Oliver Tolmein,</i> Rechtsanwalt, Hamburg Vortrag mit Diskussion

Einladung

zur **Mitgliederversammlung** am Samstag, 9. Juni 2018, 9:30 h in Berlin,
in der Katholischen Akademie, Hannoversche Straße 5, 10115 Berlin

Tagesordnung für die Mitgliederversammlung:

- I. Begrüßung
- II. Feststellung der Formalien
- III. Tätigkeitsbericht u.a. zu:
 - Vorstandsarbeit
 - Mitgliederentwicklung
- IV. Kassenbericht
- V. Kassenprüfungsbericht
- VI. Aussprache zu den Berichten
- VII. Zeitschrift für Lebensrecht:
Entwicklung und Perspektiven
- VIII. künftige Arbeit der JVL
- IX. Verschiedenes
- X. Ausblick für 2019: Tagungs-Zeit /-Ort/-Thema

für den Vorstand:

gez. Prof. Dr. Christian Hillgruber
(Vorsitzender)

Anmeldung erbeten, eine (zeitige) Zimmerreservierung ist möglich.

Neue Bankverbindung

Der Vorstand bittet höflich darum, bei der Beitragszahlung, soweit nicht bereits erfolgt, die **neue** Kontoverbindung zu beachten:

Juristen Vg. Lebensrecht
Volksbank Köln Bonn eG
IBAN: DE90 3806 0186 8712 5700 17
BIC: GENODED1BRS

trends

**Abtreibungen um
2,5 Prozent gestiegen**

Wiesbaden. Die Zahl der vorgeburtlichen Kindstötungen steigt wieder. Wie das Statistische Bundesamt in Wiesbaden mitteilte, wurden dem Amt im vergangenen Jahr 101.200 Abtreibungen gemeldet. Das sind 2.479 (2,5 Prozent) mehr als im Jahr zuvor. Wie es in einer Pressemitteilung der Behörde heißt, seien knapp drei Viertel der Frauen (72 Prozent) zwischen 18 und 34 Jahren alt gewesen. 17 Prozent waren zwischen 35 und 39 Jahre alt, rund acht Prozent 40 Jahre und älter. Der Anteil der unter 18-Jährigen betrug drei Prozent. Rund 39 Prozent der Frauen hatten vor der Abtreibung noch keine Lebendgeburt. Die Mehrheit der vorgeburtlichen Kindstötungen (61 Prozent) wurde mittels der Absaugmethode (Vakuumaspiration) vorgenommen. In rund 21 Prozent der Fälle wurde die Abtreibungsspielle Mifegyne verwendet. Die Eingriffe erfolgten überwiegend ambulant – rund 79 Prozent in gynäkologischen Praxen, 18 Prozent in Krankenhäusern. Wie das Amt weiter mitteilte, erfolgten 96 Prozent der dem Amt gemeldeten vorgeburtlichen Kindstötungen nach der Beratungsregelung. Medizinische und kriminologische Indikationen seien in vier Prozent der Fälle Grund für die Abtreibung gewesen.

**Kirchen laden zur
„Woche für das Leben“**

Trier. Unter dem Motto „Kinderwunsch. Wunschkind. Unser Kind!“ rufen die katholische und die evangelische Kirche zur diesjährigen „Woche für das Leben“ (14. bis 21. April) auf. Wie der Vorsitzende der Deutschen Bischofskonferenz (DBK), Reinhard Kardinal Marx, und der Ratsvorsitzende der Evangelischen Kirchen in Deutschland (EKD), Landesbischof

Heinrich Bedford-Strohm, in einem gemeinsamen Geleitwort betonen, lade die diesjährige „Woche für das Leben“ zu einer kritischen Auseinandersetzung mit den Methoden der Pränataldiagnostik ein. Inhaltlich gehe es darum, die „Kehrseite“ der diagnostischen Möglichkeiten zu beleuchten. Frauen und Paare seien mitunter gerade zu Beginn einer Schwangerschaft einem inneren und äußeren Druck ausgesetzt. So etwa wenn es heißt, dass ein mit Krankheit oder Behinderung geborenes Kind „heute nicht mehr nötig“ sei. Eine solche Haltung, die durch die Pränataldiagnostik unterstützt werde, könne Frauen und Paare in tiefe Konflikte stürzen. Der DBK-Vorsitzende und der EKD-Ratsvorsitzende halten dem entgegen: „Jedem Kind kommt die gleiche Würde zu, unabhängig von allen Diagnosen und Prognosen. Jedes Kind ist ein Bild Gottes und wird von ihm geliebt.“ Die Kirchen ermutigen Eltern dazu, ihr Kind ohne Vorbehalt anzunehmen. Eröffnet wird die diesjährige „Woche für das Leben“ am 14. April in Trier. An dem ökumenischen Gottesdienst nehmen neben Bedford-Strohm und Marx auch der Präses der Evangelischen Kirche im Rheinland, Manfred Rekowski und der Trierer Bischof Stephan Ackermann teil.

**FDP will Förderung künstlicher
Befruchtungen ausweiten**

Berlin. Die FDP will die staatliche Förderung künstlicher Befruchtungen auch auf homosexuelle Paare und Alleinstehende ausdehnen. Einen entsprechenden Gesetzentwurf (Bundestagsdrucksache 19/585) beriet der Bundestag Anfang Februar in Erster Lesung. Derzeit übernimmt die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) für Ehepaare die Hälfte der Kosten für die ersten drei Versuche einer künstlichen Befruchtung. Laut der FDP kann der von den Paaren zu tragende Eigenanteil bei bis zu 6.000 Euro pro Versuch liegen. Einige Bundesländer haben eine Bund-Länder-Vereinbarung unterzeichnet, die im Ergebnis

dazu führt, dass die Paare nur noch ein Viertel der Kosten pro Versuch selbst tragen müssen. Die Kosten des anderen Viertels teilen sich Bund und Land zu gleichen Teilen. Voraussetzung ist, dass die Antragsteller in dem betreffenden Bundesland mit erstem Wohnsitz gemeldet sind.

Die FDP will nun die entsprechende Richtlinie des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zur assistierten Reproduktion so ändern, dass der Bund unabhängig von einer Mitfinanzierung durch die Länder 25 Prozent der Kosten übernimmt, die bei einer künstlichen Befruchtung anfallen und zwar für die ersten vier Versuche. Die Förderung soll zudem auch auf Alleinstehende ausgedehnt werden. Gefördert werden soll künftig zudem „die Nutzung von Samenzellspenden“ sowie von „kryokonservierten Ei- und Samenzellen“.

Geprüft werden solle, inwiefern die für eine Förderung geltende Altersgrenze bei Frauen (bis zum 40. Lebensjahr) „noch der Lebenswirklichkeit“ entspreche. Finanziert werden soll das Ganze nach Vorstellungen der FDP durch Umschichtungen im Haushalt des Familienministeriums (Einzelfinanzplan 17). Nach einer rund 30 minütigen Debatte überwies der Bundestag den Gesetzentwurf zur weiteren Beratung an die Ausschüsse.

**Schweiz will keine Abtreibung
wegen des Geschlechts**

Bern. In der Schweiz sollen Ärzte Eltern, die einen pränatalen Gentest in Auftrag geben, das Geschlecht des Kindes künftig erst nach Ablauf der 12. Schwangerschaftswoche mitteilen dürfen. Das beschloss Ende Februar der Schweizer Nationalrat im Rahmen der vom Bundesrat vorgeschlagenen Novelle des Gesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG). Für die Novelle stimmten 175 Abgeordnete. Drei stimmten dagegen, zehn enthielten sich. Damit die Novelle in Kraft treten kann, muss noch der Ständerat zustimmen.

trends

Forscher wollen Eizellen gezüchtet haben

Edinburgh. Wissenschaftler der Universität Edinburgh wollen unreife Vorläuferzellen menschlicher Eizellen im Labor erstmals bis zur völligen Reife gebracht haben. Wie das Team um Evelyn Telfer in der Fachzeitschrift „Molecular Human Reproduction“ schreibt, habe es dazu Eierstöcken entnommene Zellen in verschiedenen und mit speziellen Wachstumsfaktoren versehenen Kulturmedien reifen lassen. Binnen 20 Tagen hätten sich aus den unreifen Vorläuferzellen Zellen entwickelt, die mehrere der Eigenschaften aufwiesen, die für reife Eizellen charakteristisch seien. Wie die Forscher weiter schreiben, wiesen die Zellen jedoch auch sichtbare Anomalien auf. Ob aus solchen Zellen – im Falle einer künstlichen Befruchtung – auch gesunde Kinder entstehen können, sei völlig offen.

Protest: Arzt verlässt belgische Euthanasie-Kommission

Brüssel. In Belgien ist der Neurologe Ludo Vanopdenbosch unter Protest aus der Kommission ausgetreten, die die Handhabung der legalisierten „Tötung auf Verlangen“ überprüfen soll. Das berichtet das Online-Portal des Deutschen Ärzteblatts. Demnach bemängelte Vanopdenbosch in einem Schreiben an das belgische Parlament, die Kontrollkommission sei weder „unabhängig“ noch „objektiv“. Wie das Portal schreibt, beziehe sich der Neurologe auf den Fall eines Demenzpatienten, dem im September des vergangenen Jahres eine Überdosis Schmerzmittel verabreicht worden seien. In dem konkreten Fall hätten weder eine Patientenverfügung noch Aufzeichnungen vorgelegen, aus denen hervorgehe, dass der

Patient seine Tötung verlangt habe. Vanopdenbosch zufolge sei der Patient vielmehr auf Wunsch seiner Angehörigen getötet worden. Wie der Arzt weiter schreibt, sei die für eine Weiterleitung des Berichts an die Staatsanwaltschaft notwendige Zwei-Drittel-Mehrheit in der Kommission verfehlt worden. Und das obwohl in dem Fall „keine der Bedingungen, die im Gesetz beschrieben wurde“, erfüllt worden seien. Einzige Ausnahme sei der Bericht danach. In Belgien ist die „Tötung auf Verlangen“ gesetzlich erlaubt, wenn der Patient unheilbar krank ist, unerträglich leidet und um die Tötung auf Verlangen ersucht.

Organspende: Niederland führt Widerspruchsregelung ein

Den Haag. Im Falle eines diagnostizierten Hirntods können in den Niederlanden künftig jeder volljährigen Person Organe entnommen werden, sofern die Person dem zuvor nicht ausdrücklich widersprochen hat. Das berichtet das Online-Portal der Wochenzeitung „Die Zeit“. Demnach nahm der Senat des niederländischen Parlaments jetzt einen Gesetzentwurf zur Einführung der sogenannten Widerspruchsregelung mit einer knappen Mehrheit von zwei Stimmen an. Die wichtigere, zweite Kammer des Parlaments hatte dem Gesetzentwurf bereits im Jahr 2016 zugestimmt. Bislang mussten Niederländer, die im Falle eines diagnostizierten Hirntods Organe spenden wollten, sich – ähnlich wie in Deutschland – als Organspender registrieren lassen. Wie „Zeit online“ schreibt, wolle das niederländische Parlament mit der Gesetzesnovelle einem Mangel an Spenderorganen entgegenwirken. Bislang kämen in den Niederlanden auf eine Million Einwohner nur 15 als Organspender registrierte Personen. In Spanien – das Land mit den meisten Organspendern weltweit – kämen 40 Organspender auf eine Million Einwohner.

China: Forscher klonen erstmals Affen

Shanghai/Berlin. Die nach eigenen Angaben erfolgreiche Klonierung zweier Affen durch chinesische Wissenschaftler der Universität Shanghai ist in Deutschland überwiegend auf Kritik gestoßen. Wie die Forscher um Zhen Liu in der Fachzeitschrift „Cell“ schreiben, hätten sie bei ihren Versuchen eine leicht modifizierte Form der Technik verwendet, mit der Forscher um Ian Wilmut 1996 das Klon-schaf Dolly erschaffen hatten. Mit dem sogenannten somatischen Zellkerntransfer haben Forscher seitdem rund 20 Tierarten mehr oder weniger erfolgreich kloniert. Primaten waren allerdings bisher nicht darunter. Bei dem somatischen Zellkerntransfer wird zunächst der Zellkern einer Körperzelle eines Lebewesens isoliert. Anschließend wird der Zellkern, der die gesamte genetische Information des Spenders enthält, in eine entkernte Eizelle derselben Spezies transferiert und mit dieser fusioniert. Danach wird die Eizelle, die nun das genetische Programm des Spender des Zellkerns enthält, einem Leihmuttertier eingesetzt. Wie die Forscher in ihrer Publikation schreiben, hätten sie bei ihren Versuchen insgesamt 301 Klonembryos erzeugt. 260 von ihnen seien anschließend auf 63 Leihmutteraffen transferiert worden. Dabei sei es zu 28 Schwangerschaften und vier Geburten gekommen. Zwei der vier Affen seien jedoch kurz nach der Geburt gestorben. Ein auf der Website der Fachzeitschrift veröffentlichtes Video zeigt angeblich die beiden Überlebenden beim Spielen. Im Interview mit dem Deutschlandfunk nannte der Vorsitzende des Deutschen Ethikrates, Peter Dabrock, die Meldung von der erfolgreichen Klonierung zweier Affen „symbolisch bedeutsam“. Erstmals sei ein Primat geklont worden, mit dem Menschen mehr verbinde als mit allen anderen Tieren.