

Zeitschrift für Lebensrecht

hrsg. von der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.

Thema: Leben als Schaden?

- Jens Prütting* Lebenserhaltung als Haftungsmoment – Eine kritische Analyse, S. 94
- Anton Zimmermann* Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive, S. 104
- OLG München* Zum Leben als Schaden und den Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs wegen nicht gerechtfertigter Lebensverlängerung durch Beibehaltung einer lebensverlängernden künstlichen Ernährung, S. 127

Debatte: Die kriminalpolitische Diskussion um § 219a StGB - Fortsetzung

- Michael Kubiciel* Legitimation des § 219a StGB und Informationsbedürfnisse Schwangerer, S. 110
- Reinhard Merkel* Zur notwendigen Korrektur eines kriminalpolitischen Irrwegs. S. 114
- Thomas Weigend* § 219a StGB – Information ja, Werbung nein, S. 120
- Matthias Laarmann* Die Bewertung der Abtreibung in der Antike. Schlaglichter auf die Auseinandersetzung des Christentums mit der paganen Antike, S. 122

Zur Person

- Gunnar Duttge* Harro Otto – ein prinzipienfester Streiter für den Lebensschutz, S. 135
- Holm Schneider* Wie ein Ferienjob das weitere Leben prägte, S. 136
- Peter Schallenberg* Pater Anton Rauscher zum 90. Geburtstag, S. 137
- Jakob Fortunat Stagl* Zum 90. Geburtstag von Wolfgang Waldstein, S. 138
- Ansgar Hense* Wolfgang Rübner zum 85. Geburtstag, S. 139
- Joaquín García-Huidobro* Zum 80. Geburtstag von Paul-Ludwig Weinacht, S. 140
- Hans Thomas* Die ZfL dankt Manfred Spieker, S. 142

Rezension

- Manfred Spieker* Ist das Leben wert, weiter gegeben zu werden?
Zu Rémi Brague, Anker im Himmel, S. 143

inhalt

Editorial

- 93 Warum schulden wir dem Asklepios einen Hahn?

Thema

Prof. Dr. Jens Prütting, Hamburg

- 94 Lebenserhaltung als Haftungsmoment – Eine kritische Analyse

Anton Zimmermann, Heidelberg

- 104 Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive

Debatte

Prof. Dr. Michael Kubiciel, Augsburg

- 110 Legitimation des § 219a StGB und Informationsbedürfnisse Schwangerer

Prof. Dr. Reinhard Merkel, Hamburg

- 114 Zur notwendigen Korrektur eines kriminalpolitischen Irrwegs

Prof. Dr. Thomas Weigend, Köln

- 120 § 219a StGB – Information ja, Werbung nein

Beitrag

Studiendirektor Dr. Matthias Laarmann, Lünen

- 122 Die Bewertung der Abtreibung in der Antike. Schlaglichter auf die Auseinandersetzung des Christentums mit der paganen Antike

Judikatur

- 127 OLG München: Zum Leben als Schaden und den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen nicht gerechtfertigter Lebensverlängerung durch Beibehaltung einer lebensverlängernden künstlichen Ernährung

Zur Person

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen

- 135 Harro Otto – ein prinzipienfester Streiter für den Lebensschutz

Prof. Dr. Holm Schneider, Erlangen

- 136 Wie ein Ferienjob das weitere Leben prägte

Msgr. Prof. Dr. Peter Schallenberg

- 137 Pater Anton Rauscher zum 90. Geburtstag

Prof. Dr. Jakob Fortunat Stagl, Santiago de Chile

- 138 Zum 90. Geburtstag von Wolfgang Waldstein

Prof. Dr. Ansgar Hense, Bonn/Potsdam

- 139 Wolfgang Rübner zum 85. Geburtstag

Prof. Dr. Joaquín García-Huidobro, Santiago de Chile

- 140 Zum 80. Geburtstag von Paul-Ludwig Weinacht

Dr. Hans Thomas, Köln

- 142 Die ZfL dankt Manfred Spieker

Rezension

Prof. Dr. Manfred Spieker, Osnabrück

- 143 Ist das Leben es wert, weiter gegeben zu werden? Zu Rémi Braque: Anker im Himmel. Metaphysik als Fundament der Anthropologie

impresum

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 Bunsenstr. 8
76829 Landau 69115 Heidelberg
Telefon: 06221 / 6538371
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: GENODE33BRS
Bestellungen an den Herausgeber erbeten.

Hinweis

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

Leserbriefe und Manuskripte ...

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

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

Herausgeberbeirat

Prof. Dr. 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. med. Holm Schneider, Erlangen
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

Warum schulden wir dem Asklepios einen Hahn?

„O Kriton, wir schulden dem Asklepios noch einen Hahn.“ Unter all den überlieferten letzten Worten großer Männer sind diese, ‚Socrates debt to Asclepios‘, wohl die berühmtesten wie geheimnisvollsten – jene „verhüllten, schauerlichen, frommen und blasphemischen Worte“, wie Friedrich Nietzsche sie nennt. Gleichwohl will Nietzsche die Bedeutung kennen: Für den, der Ohren habe, heiße das: „O Kriton, das Leben ist eine Krankheit.“ Folgen wir weiter dem Autor der *Fröhlichen Wissenschaft*: „Er hatte eben nur eine gute Miene zum bösen Spiel gemacht und zeitlebens sein letztes Urteil, sein innerstes Gefühl versteckt! Sokrates, Sokrates hat **am Leben gelitten!**“ So auch Alphonse de Lamartine: „Aux dieux libérateurs, dit-il, qu'on sacrifie! Ils m'ont guéri! – De quoi? dit Cébès. – De la vie!“

Wo es andere Ansätze der Interpretation gibt, bleiben diese ganz an der Oberfläche, etwa wenn gesagt wurde, es sei dem Sterbenden um eine früher überstandene Krankheit gegangen; oder sie weichen dem Problem aus, so wenn angenommen wird, der Weise habe dem Gott danken wollen, dass er gesund und ohne die Gebrechen des Alters die Welt verlasse. Das Opfer als Dank an den göttlichen Heiler Asklepios, der ihn von der Krankheit Leben zum Tod erlöste – so und nicht anders sind des Sokrates Worte in das kollektive Gedächtnis des Abendlandes eingegangen.

Wenn Nietzsche Recht hätte, dann wäre derjenige, welcher den Tod bringt, der Erlöser!

Dagegen hat Georges Dumézil in seinem Schwanengesang, *Divertissement sur les dernières paroles de Socrate*, leidenschaftlich Protest erhoben: „Asklepios unter die befreienden Götter eskamotiert; dieser Tod, der eine unheilbare Krankheit heilt, das Leben!“ Er nennt dies widersinnig. „Sokrates war kein Buddhist. Das Leben war für ihn zwar eine Zeit der Prüfungen und Schmerzen, aber keine Krankheit! Eher eine moralische Turnanstalt, in der der Weise die Muskeln seiner Seele beherrschen lernt und die er dann ohne Bedauern verlässt, so wie sich ein großer Sportler zurückzieht... Nein, diese Welt war für ihn nicht *dukkha*, das schiere Unglück, und der Tod keine Heilung.“

Dumézil legt Wert auf die Verbform, den – von Nietzsche freilich in seiner Übersetzung unterschlagenen – Plural: „wir schulden!“. Das Wort betreffe Sokrates, Kriton und ihre

Freunde. Und da Sokrates nicht krank gewesen sei, müsse der wahre Kranke Kriton sein! Die Krankheit des Kriton: sein Irrtum. „Die irrije Meinung ist für die Seele das, was die Krankheit für den Körper ist... Die Krankheit, die den Leib verdirbt, ist die Zwillingschwester der falschen Meinung, die die Seele verdirbt.“ Der Irrtum Kritons: seine Verschwörung gegen die Gesetze Athens, der Versuch, Sokrates der Vollstreckung des ungerechten Urteils, dem Schierling zu entziehen. Das ist nun freilich ein starkes Stück. Dumézil: „Daher ist die Debatte weder rhetorisch noch spekulativ, sie ist dramatisch, und der Einsatz ist hoch! Entweder wird Sokrates leben, kraft des natürlichen Rechts auf Widerstand, das jeder Mensch gegenüber der Ungerechtigkeit hat. Oder Sokrates wird sterben, indem er sich den Gesetzen fügt, auch wenn die rechtmäßige Autorität sie ungerecht angewandt hat.“ In der Lage des Achilleus vor Troja, von der irdischen Autorität ungerecht behandelt, entschlief er sich, anders als der zürnende Achill, nicht die griechische Sache zu verlassen, nicht zu desertieren.

Dumézil meint, Sokrates habe die überzeugenderen Argumente gehabt, durch seinen Tod habe er die Lehre seines ganzen Lebens bestätigt. Nun mag man über diesen Fall denken wie man will, und auch im Allgemeinen ist die Debatte darüber, wem der Vorrang gebührt, der ungerechten Satzung oder dem natürlichen Recht, vielleicht offener denn je. Deutlich wird aber etwas Anderes: Das Leben, wie immer es sein mag, war für den Weisesten unter den Weisen des Abendlandes keine Krankheit, von der geheilt zu werden zu Dank verpflichtet. Das ermöglicht eine klare Antwort auf die von Manfred Spieker im Anschluss an Rémi Bague am Ende dieses Heftes erörterte Frage: Ist das Leben es wert, weiter gegeben zu werden?

Was all dies mit dem Lebensrecht zu tun hat? Lesen Sie die Entscheidung des *Oberlandesgerichts München* vom 21. Dezember 2017, in diesem Heft S. 127. *Prütting* (S. 94 ff.) hält das Münchener Urteil de lege lata für falsch, *Zimmermann* (S. 104 ff.) stimmt ihm jedenfalls im Ergebnis zu. Gespannt erwarten wir die weitere Diskussion, und gespannt warten wir auf die Revisionsentscheidung des BGH.

Thomas Windhöfel

Prof. Dr. Jens Prütting, Hamburg*

Lebenserhaltung als Haftungsmoment – Eine kritische Analyse

I. Einleitung	94
II. Der haftungsrechtliche Blickwinkel	95
1. Ausgangspunkt und Grundsatzüberlegungen	95
2. Gegenstand und zentrale Eckpunkte der Entscheidung des OLG München	95
III. Einordnung in die spezifische Struktur des Arzthaftungsrechts	96
1. Haftungsbegründung	96
2. Haftungsausfüllung	97
a. Der Begriff des Schadens	97
b. Verfassungsrechtliche Wertentscheidungen	98
aa. Die äußere Rahmenvorgabe der Menschenwürde	98
bb. Persönlichkeits-, Lebensrecht und Recht auf körperliche Unversehrtheit	98
cc. Vertrauen und Integrität in den ärztlichen Berufsstand	99
c. Vergleichsmoment „wrongful life“	100
d. Die schadensrechtliche Erörterung	100
aa. Der Ausgleichsgedanke – Gesetzgeberischer Vorbehalt	100
bb. Genugtuung und Sühne	102
cc. Prävention	103
dd. Einführung durch die Rechtsprechung	103
IV. Conclusio	103

I. Einleitung

Das Genfer Gelöbnis in seiner Fassung der 68. Generalversammlung des Weltärztebundes vom Oktober 2017 verpflichtet die gesamte ärztliche Profession auf die Werte der Menschlichkeit, des Lebens- und Gesundheitsschutzes der Patienten sowie auf Würde und Autonomie des Einzelnen. Auch dürfe das medizinische Wissen niemals zur Verletzung von Menschenrechten oder bürgerlichen Freiheiten eingesetzt werden.¹

Diese obersten Maximen vermögen dem einzelnen Arzt insbesondere dann keinen verlässlichen Verhaltensleitfaden mehr an die Hand zu geben, wenn Patienten krankheitsbedingt auf medizinische Versorgung dergestalt angewiesen sind, dass eine Zustandsverbesserung nach gegenwärtigem Stand von Wissenschaft und Technik nicht zu erreichen ist und nur noch der Toteskampf verlängert werden kann.² Der Mediziner soll sich mit Blick auf sein Gelöbnis der Achtung gegenüber dem menschlichen Leben tief verpflichtet fühlen, zugleich aber gebieten Würde, Autonomie und Freiheitsrechte, dass der freiverantwortlich handelnde Patient auch darüber entscheiden können muss, welche Leiden wie lange ertragen werden, welche Angelegenheiten geregelt werden sollen, wie er in Erinnerung bleiben und wann er in Frieden gehen will.³ Auch lässt sich die Achtung vor dem menschlichen Leben je nach Betrachtungsblickwinkel durchaus zugleich als die Achtung vor menschenwürdigem und selbstbestimmten Sterben verstehen.⁴ Das Problem erhält eine zusätzliche Kompo-

nente, wenn der Betroffene mangels Ansprechbarkeit und Bewusstseinslage nicht mehr die kognitiven Fähigkeiten aufweist, seinen wahren Willen sowohl zu fassen als auch kund zu tun und wenn für den eingetretenen Fall keine Vorsorge mittels dokumentierten Willens getroffen worden ist, etwa durch eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB, welche die bestehende Problematik hinreichend präzise erfasst.⁵

In dieser Situation verlangt die Gesellschaft der ärztlichen Profession eine immense Leistung ab. Der Arzt sieht sich zumeist einem Betreuer, Verwandten und Bekannten sowie einer medizinisch vielfach nicht zwingend eindeutigen Situation ausgesetzt, für welche das

* Prof. Dr. Jens Prütting, LL.M.oec. (Köln), ist Juniorprofessor für das Recht der Familienunternehmen, geschäftsführender Direktor des Instituts für Medizinrecht an der Bucerius Law School (Hamburg), geschäftsführender Direktor des notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen und Habilitand am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg (Prof. Dr. Marc-Philippe Weller). Besonderer Dank gilt den hilfreichen Diskutanten Sebastian Höppner, Lukas Fellhölter, Marie-Theres Merrem und Daniel Jarzembowski.

1 Abrufbar unter: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/International/Deklaration_von_Genf_DE_2017.pdf (Abrufdatum: 28.07.2018).

2 S.a. die näheren Ausführungen bei Baltz, Lebenserhaltung als Haftungsgrund, 2010, S. 127 ff.

3 Hierzu Prütting, in: Ratzel/Lippert/Prütting, MBOÄ, 7. Aufl. 2018, § 1 Rn. 22 ff., § 2 Rn. 10 ff./§ 7 Rn. 2 ff.

4 BVerwG, NJW 2017, 2015, 2018; Dreier/Dreier, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 154 und Art. 2 I Rn. 29.

5 Hierzu Prütting/Höfling/Engels, Medizinrecht, 4. Aufl. 2016, § 1901a Rn. 16 ff.

nationale Recht zwar den Versuch einer Reglementierung in den §§ 1901 ff. BGB über das Vehikel des Betreuungsrechts unternommen hat, die jedoch zentrale Fragen und Problemlagen des Einzelfalls nicht aufzufangen vermag. Dabei bewegt sich der Arzt rechtlich zwischen den Vorgaben des strafrechtlichen Lebens- und Gesundheitsschutzes, des zivilrechtlichen Betreuungs- und Haftungsrechts sowie den berufsrechtlichen Anforderungen zum Schutz des Vertrauens aller in die Ärzteschaft⁶.

II. Der haftungsrechtliche Blickwinkel

1. Ausgangspunkt und Grundsatzüberlegungen

Nachdem allem voran die Strafrechtswissenschaft die sensible Thematik der Sterbehilfe und des Sterbens eingehend und kontrovers diskutiert hat⁷ und nach wie vor vehement erörtert⁸, hat mit der Entscheidung des LG München I vom 18.01.2017⁹ und der Entscheidung des OLG München vom 21.12.2017¹⁰ dieser Themenkreis in besonderer Art und Weise nun auch das zivilrechtliche Haftungsrecht erreicht. Dabei sei vorausgeschickt, dass das Haftungsrecht primär die nach bestimmten Spielregeln und Wertungsmaßstäben zutreffende Güterallokation zwischen Rechtssubjekten im Auge hat.¹¹ Hierdurch werden zwar auch Nebeneffekte wie Verhaltenssteuerung¹² und Sicherheitsbedürfnisse Dritter oder die Wahrung des Ansehens des Berufsstandes mitverfolgt,¹³ jedoch vermag dies nicht darüber hinwegzutäuschen, dass der Haftungsstreit auf Verschiebung von Ressourcen zum Ausgleich materieller oder immaterieller Einbußen gerichtet ist. Daher darf es de lege lata insbesondere nicht die Idee des Haftungsprozesses und seiner materiell-rechtlichen Grundlagen sein, den Behandler wegen einer bestimmten Behandlungsentscheidung zu pönalisieren.¹⁴ Das folgt nicht zuletzt aus dem Umstand, dass das hierfür zuständige Strafrecht und im Rahmen eines spezifischen berufsrechtlichen Überhangs¹⁵ auch das Berufsrecht einen individuellen Schuldvorwurf verlangen, den das Haftungsrecht mit dem geltenden objektivierten Sorgfaltsmaßstab gezielt zurückweist,¹⁶ dass straf- und berufsgerichtliche Verfahren die Unschuldsumvermutung und besondere Regelungen zum Schutz des Beschuldigten kennen¹⁷ und dass Beweiserleichterungen und Fälle der Beweislastumkehr, wie diese im Haftungsrecht existieren, einer fairen Güterallokation dienen,¹⁸ nicht jedoch zur Bestrafung des Arztes „durch die Hintertür des Zivilrechts“ führen dürfen, obgleich gerade für eine straf- oder berufsgerichtliche Verurteilung der erforderliche Beweis nicht erbracht werden könnte. Schließlich muss beachtet werden, dass Ausweitungen des Haftungsrechts zwar wegen bestehender Berufshaftpflichtversicherungen zunächst nicht unmittelbar die Ärzteschaft treffen, dass jedoch mittelbar wegen Risikosteigerung

eine Prämienerrhöhung seitens der Versicherungsträger droht, die hierdurch besagtes Risikospektrum auf die Gemeinde der Prämienzahler umverteilen.¹⁹

2. Gegenstand und zentrale Eckpunkte der Entscheidung des OLG München

Der Kläger und Berufungskläger ist Alleinerbe eines demenzkranken Patienten. Der Beklagte hatte diesen Patienten als Hausarzt betreut und mittels einer bereits vor besagter Betreuung eingesetzten PEG-Sonde fortlaufend ernährt, was über lange Zeit die Lebenserhaltung gesichert hat, ohne dass medizinisch nach gegenwärtigem Stand von Wissenschaft und Technik die Chance einer Besserung oder wenigstens Zustandsstabilisierung bestanden hätte. Der einwilligungsunfähige Patient ist von einem ordnungsgemäß bestellten Betreuer vertreten worden, welcher um den hoffnungslosen Zustand des Patienten gewusst hat. Zugleich ist sowohl Behandler als auch Betreuer bewusst gewesen, dass der Patient an zahlreichen weiteren Erkrankungen gelitten hat. Weder der wirkliche noch der mutmaßliche Wille des Betreuten hinsichtlich Behandlungsfortsetzung oder -abbruch konnten im späteren Haftungsrechtsstreit zwischen dem Erben und dem behandelnden Hausarzt geklärt werden. Nach der vom Gericht überprüften und

6 Vgl. Prütting, medstra 2016, 78, 81; ders., Die rechtlichen Aspekte der Tiefen Hirnstimulation, 2013, S. 217 ff. mwN.

7 Näher Prütting, in: Ratzel/Lippert/Prütting, MBOÄ, 7. Aufl. 2018, § 1 Rn. 25 ff.; MüKo/Schneider, StGB, 3. Aufl. 2017, Vorb. § 211 Rn. 99 ff. mwN.

8 Gegenstand jüngster Erörterungen der Medizinrechtslehrervereinigung Deutschlands (10. – 12.05.2018 in Würzburg) sind „Rechtsfragen am Lebensende“ gewesen.

9 LG München I, Urt. v. 18.01.2017, 9 O 5246/14 = RDG 2017, 314.

10 OLG München, Urt. v. 21.12.2017, 1 U 454/17, in diesem Heft S. 127 ff. = MedR 2018, 317.

11 MüKo/Oetker, BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 8.

12 Vgl. grundlegend Löwe, Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht, 2000, S. 118 ff.

13 Zum Erwartungshorizont an die Ärzteschaft Laufs, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap I Rn. 1 ff.; Prütting, in: Ratzel/Lippert/Prütting, MBOÄ, 7. Aufl. 2018, § 2 Rn. 7 ff.

14 Vgl. Ebert, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, 2004, S. 442 ff., 446 ff.; Thüsing, Wertende Schadensberechnung, 2001, S. 18 f.; Lange/Schiemann, Schadensersatz, 2003, S. 12 f.; MüKo/Oetker, BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 8 mwN. Besonders deutlich im Rahmen der *ordre public* – Debatte um die Zulässigkeit von punitive damages im deutschen Schadensersatzrecht BGHZ 118, 312, 334 ff. = NJW 1992, 3096 mwN; BVerfGE 91, 335, 343 ff. = NJW 1995, 649.

15 Vgl. BG Münster, medstra 2018, 250, 253 m. Anm. Prütting; LHeilBerG NRW, Urt. v. 29.11.1996, 12 A 2746/94.T; Prütting, in: Ratzel/Lippert/Prütting, MBOÄ, 7. Aufl. 2018, § 2 Rn. 46; Heberer, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, 2001, S. 271.

16 Vgl. BeckOGK/Schaub, BGB, 2018, § 276 Rn. 65 f. mwN.

17 Vgl. zu den jüngeren Entwicklungen Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646.

18 Treffend dargelegt bei MüKo/Wagner, BGB, 7. Aufl. 2016, § 630h Rn. 1 ff. mwN., hier zum Arzthaftungsrecht. Zu den dahinterliegenden Grundfesten der ökonomischen Analyse des Rechts Baumann, RNotZ 2007, 297 ff.

19 Ausführlich Püster, Entwicklungen der Arzthaftpflichtversicherungen, 2013, S. 81 ff.

sachverständig dargelegten herrschenden Meinung in der Medizin ist jegliche medizinische Indikation zur weitergehenden Lebenserhaltung durch Ernährung abzulehnen gewesen. Dies hätte nach den gerichtlichen Feststellungen auch dem Beklagten nach beruflichen Sorgfaltsmaßstäben klar sein müssen. Gleichwohl hat eine eingehende Erörterung hierrüber mit dem Betreuer unstreitig nicht stattgefunden.

Während das Landgericht die Klage abgewiesen hat, weil es zwar eine Verletzung der Pflicht aus § 1901b Abs. 1 BGB seitens des Beklagten gesehen, aber den Nachweis der Kausalität zum unterlassenen Behandlungsabbruch seitens des Klägers verneint hat²⁰, sah das Oberlandesgericht den Haftungstatbestand vollumfänglich gegeben. Dabei ist im Rahmen der Haftungsbegründung zentral darauf abgestellt worden, dass eine Weiterbehandlung gleich einem erstmaligen Legen einer PEG-Sonde als tatbestandsmäßige Körperverletzung zu werten sei, die einer informierten Einwilligung bedürfe, für welche der beklagte Arzt darlegungs- und beweisbelastet sei.²¹ Das Landgericht hatte demgegenüber in der Verletzung der Erörterungspflicht aus § 1901b Abs. 1 BGB einen Behandlungsfehler erblickt und somit die Darlegungs- und Beweislast einer denkbaren folgenden Behandlungsabbruchentscheidung im Wege psychisch vermittelter Kausalität verneint, da in Fällen der Lebensbeendigung durch Abbruch rettender Maßnahmen auch die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens nicht greifen könne.²² Diesen letzten Aspekt konnte das Oberlandesgericht dahinstehen lassen.

Innerhalb der Haftungsausfüllung hat sodann das Oberlandesgericht die bislang nicht entschiedene Frage erörtert, ob eine tatbestandsmäßige Körperverletzung, die objektiv zurechenbar zu einer Lebensverlängerung des Betroffenen geführt hat, einen ersatzfähigen Schaden i.S.d. erfüllten Haftungstatbestände und deren Folgenanordnungen in den §§ 249 ff. BGB darzustellen vermag, was bejaht worden ist. Als wesentliches Vergleichsmoment hat sich der Senat hierzu mit der Rechtsprechung zu den Fällen des „wrongful life“²³ auseinandergesetzt und argumentativ weitreichende Unterschiede erblickt. Der Rechtsstreit ist beim VI. Zivilsenat des BGH anhängig.²⁴

III. Einordnung in die spezifische Struktur des Arzthaftungsrechts

1. Haftungsbegründung

Die Struktur der zivilrechtlichen Arzthaftung läuft mit Blick auf die Strukturgleichheit von Vertrag und Delikt²⁵ parallel und in eingefahrenen Bahnen.²⁶ Danach kann der Patient dem Behandler haftungsrechtlich im Rahmen des kurativen Vorgehens entweder ein nicht gerechtfertigtes standardwidriges Vorgehen (Behandlungsfehler) oder einen nicht durch rechtfertigende

Einwilligung gedeckten Übergriff auf die körperliche Unversehrtheit – insbesondere aufgrund mangelhafter Aufklärung (Aufklärungsrüge) – vorwerfen.²⁷

Die Erörterungspflicht des § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB ist vom Gesetzgeber nicht präzise in dieses System, welches auch zum Entstehungszeitpunkt 2009 durch ständige Rechtsprechung des BGH²⁸ bereits existiert hat, eingefügt worden. Obgleich das Landgericht München I den Verstoß gegen die dort normierte Erörterungspflicht noch als unzulässige Standardabweichung eingestuft hat, ist das Oberlandesgericht diskussionslos von einem Unterfall der Aufklärungsrüge und damit von einer Vorfrage rechtfertigender Einwilligung für die Weiterbehandlung ausgegangen. Kein Gericht hat bislang Zweifel daran geäußert, dass § 1901b Abs. 1 BGB seinem Anwendungsbereich nach als eröffnet anzusehen ist, obgleich § 1901b Abs. 1 S. 1 BGB sich auf die Feststellung ärztlicher Maßnahmen und Indikationen bezieht und erst im Folgeschritt der Erörterung nach § 1901b Abs. 1 S. 2 i.V.m. 1901a BGB die Patientenautonomie Eingang findet. Der Gesetzgeber hat in diesem dialogischen Modell²⁹ freilich keine Aussage über etwaige Vorrangverhältnisse im Widerstreit medizinischer Wohlerwägungen und patientenseitiger Autonomie getroffen, sondern lediglich angeordnet, dass rein chronologisch stets vor sinnvollen Entscheidungserörterungen deren Basis durch sorgfältige ärztliche Einschätzung zu bereiten ist. Folgte man sodann dem Ansatz des Oberlandesgerichts, dürfte es zwingende Konsequenz sein, dass die Erörterung des § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB alle situationsbezogenen Erfordernisse der Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung in sich aufnimmt, wie diese später in § 630e BGB auch gesetzlich erfasst worden sind, ohne die hergebrachten Rechtsprechungsgrundsätze zu verändern. Selbst wenn dies jedoch anders beurteilt werden würde, ergäbe sich gleichermaßen eine direkte Anwendung der §§ 630d, e BGB respektive der parallelen deliktischen Grundsätze mit Blick auf die fortgesetzte Behandlung durch den Beklagten, so dass der Ansatz des Oberlandesgerichts zutreffend sein dürfte.

Nun konnte jedoch in der Streitgegenständlichen Konstellation festgestellt werden, dass eine medizinische Indikation zur Weiterbehandlung ab einem bestimmbar

20 LG München I, Urt. v. 18.01.2017, 9 O 5246/14, unter 2.3 = RDG 2017, 314.

21 OLG München, Urt. v. 21.12.2017, 1 U 454/17, unter 4 (Rn. 98), in diesem Heft S. 132 = MedR 2018, 317.

22 LG München I, Urt. v. 18.01.2017, 9 O 5246/14, unter 2.3 = RDG 2017, 314.

23 BGH, Urt. v. 18.01.1983, VI ZR 114/81 = BGHZ 86, 240.

24 BGH VI ZR 13/18.

25 BT-Drs. 17/10488, S. 28 f.; MüKo/Wagner, BGB, 7. Aufl. 2016, vor § 630a Rn. 17.

26 Daran dürfte sich auch mit dem PatRG 2013 nichts geändert haben, MüKo/Wagner, BGB, 7. Aufl. 2016, vor § 630a Rn. 8, 25.

27 MüKo/Wagner, BGB, 7. Aufl. 2016, vor § 630a Rn. 19.

28 Ausführlich BeckOK/Förster, BGB, 46. Ed 2018, § 823 Rn. 774 ff. mwN.

29 BT-Drs. 16/13314, 20.

Zeitpunkt ausgeschlossen gewesen ist. Damit bleibt die Frage, ob § 1901b Abs. 1 S. 1 BGB mit der Erörterungspflicht des S. 2 (oder entsprechend § 630e Abs. 1 BGB) auch als Pflicht zu Lasten des behandelnden Arztes ausgelöst wird, wenn die medizinische Wissenschaft von ihm das Unterlassen weiterer Therapieversuche wegen Fehlens jeglicher medizinischer Indikation verlangt und das Recht die Erkenntnisse und Erfahrungswerte sowie die ärztliche Akzeptanz über den anerkannten Standardbegriff qua §§ 630a Abs. 2, 276 Abs. 2 BGB in das Recht inkorporiert.³⁰ Verneinte man dies, so würde der auf diese Weise im Lichte des ärztlichen Indikations- und Standardbegriffs ausgelegte § 1901b Abs. 1 BGB jedoch seiner spezifischen systematischen und subjektiv-teleologischen Erfassung im Betreuungsrecht zur Schaffung einer umfassenden medizinischen Versorgungslage in der Zeit der Einwilligungsunfähigkeit nicht gerecht. Gerade mit dem chronologischen Ausgangspunkt fachärztlicher Beurteilung der Situation vor der Erörterung bürdet der Gesetzgeber dem behandelnden Arzt als sach- und fachnächster Person die Verantwortung auf, einen wesentlichen Teil der Erörterungsgrundlage für § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB erst zu schaffen, die der Betreuer sowohl im Fall existierender als auch fehlender Patientenverfügung oder anderer Ansätze zur Eruiierung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Betreuten dringend benötigt. Dagegen ließe sich nur argumentieren, wenn der Standpunkt vertreten würde, dass der Arzt alternativlose Verläufe nicht zur Diskussion stellen müsse. Das aber erlaubt ihm das Betreuungsrecht gerade nicht, wie sowohl die klare Aufgabenzuweisung des § 1901 BGB an den Betreuer (nicht den Arzt!) als auch das Zusammenspiel der §§ 1901b i.V.m. 1901a BGB sowie die Restriktionen der §§ 1904 ff. BGB zeigen. Dabei soll an dieser Stelle nicht behauptet werden, die §§ 1901 ff. BGB ergäben ein in sich schlüssiges und aufeinander abgestimmtes inneres System der ärztlichen Behandlung unter Betreuung stehender Personen. Für eine effektive ärztliche Versorgung unter steter Beachtung des Willens des Betreuten, wie dieselbe unbestreitbar in den §§ 1901 ff. BGB gefordert wird, müssen diese Vorschriften aber gerade das erfüllen, was § 630e BGB heute ohnehin anordnet und dazu gehört auch die Notwendigkeit einer medizinischen Intervention. Andernfalls wäre die unter Betreuung stehende und damit besonders schutzwürdige und schutzbedürftige Person gegenüber anderen Patienten schwächer gestellt, was dem gesetzgeberischen Konzept offensichtlich zu wider laufen würde.

2. Haftungsausfüllung

Die zentrale Fragestellung des Falles ist somit zutreffend vom Oberlandesgericht in die Haftungsausfüllung verschoben worden. An dieser Stelle ist aber Kritik angezeigt,³¹ da das Oberlandesgericht nach hier vertretener Ansicht de lege lata zum falschen Ergebnis gelangt. Im Einzelnen:

a. Der Begriff des Schadens

Schaden definiert sich als unfreiwillige Einbuße von Interessen des Betroffenen, wobei sowohl materielle als auch immaterielle Ansätze in Betracht kommen.³² Durch diese Aussage ist jedoch zunächst wenig gewonnen, da es sich – auch bei dem weithin als Grundbaustein anerkannten Bestimmungsversuch der Differenzhypothese³³ nach dem Modell von *Mommsen*³⁴ – um ein wertneutrales Gerüst handelt.³⁵ Es ist an der Rechtsordnung, die Parameter zu bestimmen, die in die Gleichung des bestehenden und eines als Bemessungsgrundlage heranzuziehenden hypothetischen Zustands eingestellt werden dürfen.³⁶ Diese Gleichung hat das Oberlandesgericht in erstaunlich knapp besprochener Form wie folgt mit Leben gefüllt:

Der tatsächliche Zustand sei die Lebens- und Leidensverlängerung des Geschädigten über einen gewissen Zeitraum, die den Ausgangspunkt für eine Bestimmung finanzieller Ausgleichsbedürftigkeit im Sinne der §§ 249 ff. BGB darstellen könne. Hinzu trete die Integritätsverletzung durch die fortgesetzte Ernährung mittels PEG-Sonde. Der hypothetische Zustand soll demgegenüber das zeitnahe Versterben des Betroffenen mit der Folge ausbleibender Leiden über den entsprechenden Zeitraum hinweg sein.³⁷ Die Berechnung ist logisch-mathematisch nur dann durchführbar, wenn die menschliche Inexistenz aufgrund des Todesintritts ausschließlich nach Maßgabe fehlender Leiden bestimmt wird, weil in diesem Fall die Kluft zwischen erlittener Unbill und Leidensfreiheit mit einem Ausgleichsmoment versehen werden kann und in der Folge zugleich auch unter die gesetzliche Anforderung des § 253 Abs. 1, 2 BGB fällt, da körperliche und gesundheitliche Abweichungen vom erwartbaren Normalzustand³⁸ dort erfasst sind. Es muss betont werden, dass ein Vergleich mit einem hypothetisch gedachten leidensfreien Leben in dieser Zeitspanne zwingend ausgeschlossen ist, da dieser Zustand unstreitig für den Patienten nicht zu erreichen gewesen wäre. Das vorzeitige Ableben bildete zum Schädigungszeitpunkt die einzig denkbare Variante.

30 Näher BeckOK/*Katzenmeier*, BGB, 46. Ed 2018, § 630a Rn. 146 ff. mwN.

31 A.A. wohl *Bruns*, ArztR 2018, 178 ff., der jedoch den zentralen Aspekt der Haftungsausfüllung ohne Erörterung belässt.

32 MüKo/*Oetker*, BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 16.

33 BGH NJW-RR 2015, 275 Rn. 17; MüKo/*Oetker*, BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 19 mwN.

34 *Mommsen*, Beiträge zum Obligationsrecht II: Zur Lehre vom Interesse, 1855; vgl. dazu ausführlich *Schiemann*, in: FS Seiler, 1999, S. 259 ff.

35 *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, 2001, S. 11 ff.

36 BGHZ 98, 212, 217 = NJW 1987, 50; BGHZ 124, 128, 142f. = NJW 1994, 788; BGH NJW 1998, 302, 304; 2001, 673, 674; BGHZ 161, 361, 367 = NJW-RR 2005, 611, 612; BGHZ 163, 223, 226f. = NJW 2005, 3071; BGHZ 198, 50 Rn. 20 = NZG 2014, 835; BGH NJW-RR 2015, 275 Rn. 17.

37 OLG München, Urt. v. 21.12.2017, 1 U 454/17, unter 8 (Rn. 113), in diesem Heft S. 134 f. = MedR 2018, 317.

38 *Staudinger/Schiemann* BGB, 2017, § 253 Rn. 21; BeckOGK/*Spindler*, 2018, § 823 Rn. 104.

b. Verfassungsrechtliche Wertentscheidungen

Der Versuch, aus den Grundrechten als für das bürgerliche Recht relevante Werteordnung³⁹ richtungsweisende Ansätze oder gar klare Vorgaben für das vorliegende Problem herzuleiten, steht auf eher wackeligen Füßen. Bedeutsame Ansätze könnten sich allenfalls auf Basis von Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip nach Art. 1 Abs. 1 GG, zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG und aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ergeben. Zudem sollten Erwägungen um die Anerkennung einer Sozialbindung des Berufsrechts (Art. 12 Abs. 1, 2 GG) einbezogen werden.

aa. Die äußere Rahmenvorgabe der Menschenwürde

Das Menschenwürdekonzept ist auch nach den Interpretationsversuchen des BVerfGs ein eher schillerndes Konstrukt geblieben, welches erheblichen Veränderungen unterliegt, je nachdem welcher Zeitgeist der judikativen Wertausfüllungsentscheidung zu Grunde liegt.⁴⁰ Der Mensch als Träger nach den Ansätzen von Mitgift- und Leistungstheorie⁴¹ unterliegt dann einem Eingriff⁴², wenn er auf eine Weise zum bloßen Gegenstand der Handlung oder Situation wird, dass seine Subjektsqualität grundsätzlich in Frage gestellt ist (Objektformel).⁴³ Mit dieser Einschätzung ist aber im Rahmen der Subsumtion zurückhaltend zu verfahren, da nach allg.M. verfassungsrechtlich keine Rechtfertigungsmöglichkeit vorgesehen und somit jeglicher Eingriff das Verbot einer Abwägungsentscheidung gegenüber Drittinteressen mit sich bringt. Dies wiederum führt rasch dazu, schwierige Konfliktlagen mit vermeintlich simplen, weil verfassungsrechtlich determinierten Vorgaben zu lösen, obwohl es einer differenzierten Betrachtungsweise dringend bedurft hätte.

Vorliegend ist rahmengebend zunächst die Frage zu stellen, ob eine leidensgebundene längere Existenz, als diese im Fall eines rechtmäßigen hypothetischen Kausalverlaufs angedauert hätte, als in Geld zu kompensierende Interesseneinbuße übersetzt werden darf. Es könnte die These aufgestellt werden, dass hiermit die fortbestehende menschliche Existenz für sich genommen einen in Geld zu bemessenen Wert erhalte, der grundsätzliche Zweifel an der Subjektsqualität der betroffenen Person in sich trage.⁴⁴ Eine solche Einschätzung verböte jedoch verfassungsrechtlich generell die – ggfls. durch den einfachen Gesetzgeber zu bestimmende – Möglichkeit, eine ungewollte Leidensverlängerung mit den Mitteln des Zivilrechts zu verfolgen und damit zielgerichtet eine Ausgleichspflichtigkeit anzuordnen. Gleichermäßen erscheint es von der Basis her gedacht alles andere als zwingend, die Subjektsqualität einer Person in Frage gestellt zu sehen, wenn ein gewünschter Todeseintritt rechtswidrig verhindert und dies auch zivilrechtlich mit einem Ausgleichsbetrag versehen würde. Entgegen der teilweise in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansätze

belegte das Zivilrecht damit weder das menschliche Leben mit einem Unwerturteil⁴⁵ noch relativierte es dessen Wert⁴⁶. Vielmehr wäre das zivilrechtliche Haftungsrecht Ausdruck der verfassungsrechtlich überlassenen Selbstverantwortung im Umgang mit dem eigenen Leben, Persönlichkeitsrechten und der körperlichen Unversehrtheit. An keiner Stelle erklären die Vertreter eines Menschenwürdeverstößes, woraus genau sich die Erkenntnis speisen lassen soll, dass ein finanzieller Ausgleich für ungewolltes Weiterleben die Subjektsqualität generell in Frage stellte. Der Mensch ist in dieser Gleichung kein schlichter Rechnungsposten, sondern er verteidigt auf Basis anzustellender Berechnungserwägungen seine Integrität und ist allem voran Subjekt der Situation.

Nun mag allerdings die vorliegend erörterte Konstellation noch etwas problematischer erscheinen, da weder der wirkliche noch der mutmaßliche Wille des Verstorbenen im Rechtsstreit festgestellt werden konnte. Aber auch als reine Beweislastentscheidung unter Einbeziehung der objektiven Nützlichkeit stellt sich die Bewertung nicht als menschenwürdedwidrig dar, da die Rechtsordnung lediglich in einem Stadium der Ohnmacht mit Blick auf die Ergründung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens auf Näherungsaspekte zurückgreift, das gesamte materielle Recht und sein flankierendes Verfahren jedoch auf das betroffene Subjekt und seine Sicht der Dinge zugeschnitten ist. Nur weil die Verhinderung des eventuell anzunehmenden Wunsches des Ablebens zur Leidensunterbindung mit dem begleitenden Versuch der finanziellen Kompensation versehen wird, ist kein Unwerturteil oder gar eine Verobjektivierung des Menschen gegeben.

bb. Persönlichkeits-, Lebensrecht und Recht auf körperliche Unversehrtheit

Auf Basis der anerkannten Grundsätze zur ärztlich invasiven Tätigkeit ist bereits mit Blick auf die verfassungsrechtliche Herleitung jeder Heileingriff – auch der fortgesetzt verfolgte – eine tatbestandsmäßige Körperverletzung im Zivilrecht,⁴⁷ die regelmäßig der rechtfertigenden Einwilligung bedarf.⁴⁸ Dies basiert verfassungsrechtlich auf

39 Grundlegend BVerfGE 7, 198 (Lüth) = NJW 1958, 257.

40 Vgl. Bayertz, ARSP 81 (1995), S. 465 ff.; Nettessheim, AöR 130 (2005), 71 ff.; Prütting, Die rechtlichen Aspekte der Tiefen Hirnstimulation, 2013, S. 226 ff.

41 Vgl. hierzu Dreier/Dreier, GG, Bd I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 57 f.

42 Im Fall privater Einwirkung terminologisch als *Übergriff* deklariert.

43 Maunz/Düring/Herdegen, GG, 82. EL 2018, Art. 1 Abs. 1 Rn. 36.

44 So aber Ludyga, NZFam 2017, 595, 598 mVa auf die Judikatur zum „Kind als Schaden“.

45 Vgl. Ludyga, NZFam 2017, 595, 598 mwN.

46 Vgl. zu diesem Argumentationsansatz BVerfG NJW 1993, 1764; OLG Nürnberg MedR 1994, 200; OLG Bamberg NJW 1978, 1685. Siehe hierzu auch Picker, AcP 1995, 483, 501, 519.

47 RGSt 25, 375, 377 ff.; BGHZ 106, 391, 397 f. = NJW 1989, 1533, 1535.

48 Eingehend Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. V Rn. 5 ff.

der Wertentscheidung der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und dem sich daraus ergebenden Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper.⁴⁹ Diese Wertentscheidung führt aber lediglich zu der Erkenntnis, dass es dem Betroffenen im Rahmen einer freiverantwortlichen Entscheidung möglich sein muss, sich auch gegen eine weitere Behandlung zu entscheiden. Zudem basiert hierauf die Idee der Abschwächung des gegebenen Informationsgefälles durch ärztliche Aufklärung,⁵⁰ wie sie heute in § 630e Abs. 1 BGB normiert ist. Welche haftungsrechtlichen Konsequenzen jedoch aus rechtswidrigen Übergriffen auf die körperliche Unversehrtheit zu folgern sind, kann der Verfassung nicht entnommen werden, so dass dies dem einfachen Gesetzgeber und seiner Einschätzungsprärogative überlassen ist. Auch mit Blick auf das Untermaßverbot⁵¹ respektive den grundrechtlichen Schutzpflichtenansatz⁵² kann wohl kaum behauptet werden, dass ohne die staatliche Ermöglichung des Schadensersatzverlangens das körperliche Selbstbestimmungsrecht in verfassungsrechtlicher Hinsicht nicht ordnungsgemäß geschützt werden könne. Es könnte aber ein verfassungsrechtliches Schutzmoment mit Blick auf das Recht auf Leben als auch hinsichtlich des geschützten Persönlichkeitsrechts bestehen, dass ein menschenwürdiges Sterben gewährleistet respektive dessen rechtswidrige Verhinderung vom Staat unterbunden werden müsste.⁵³ Es kann für den Haftungsstreit jedoch dahinstehen, wie dies verfassungsrechtlich einzustufen ist, da jedenfalls keine Vorgabe aus der Verfassung deduziert werden kann, wie eine solche staatliche Intervention auszusehen hätte und welches Vorgehen als geeignet und zweckmäßig zu erachten wäre. Insbesondere kämen neben zivilrechtlichen Ansprüchen auch straf- und berufsrechtliche Sanktionen in Betracht, was argumentativ sogleich noch aufgegriffen werden wird.

cc. Vertrauen und Integrität in den ärztlichen Berufsstand

Der Verfasser plädiert wiederholt für die Anerkennung einer auf Verfassungsebene angesiedelten Sozialbindung der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1, 2 GG in Anlehnung an den Rechtsgedanken des Art. 14 Abs. 2 GG.⁵⁴ Das Medizinrecht findet sein Epizentrum im Arzt-Patient-Verhältnis. Diese Situation, die auf einer Hilfsbedürftigkeit des Patienten beruht,⁵⁵ ist höchst nachvollziehbar privatrechtlich mit vertrags-⁵⁶ und deliktsrechtlichen Ansätzen weithin umspannt,⁵⁷ berufsrechtlich durch eine Selbstkontrolle der Ärzteschaft gestützt⁵⁸ und strafrechtlich mit Blick auf bestimmte Verhaltensweisen streng umgrenzt.⁵⁹ Die zentral beschreibenden Merkmale dieser Situation sind in der strukturellen (wissens- und willensbasierten) Unterlegenheit des Patienten⁶⁰ und der Kollision medizinisch vernunftgeleiteter und situationsbedingt durchaus gegenläufiger Selbstbestimmungsentscheidungen zu er-

blicken. Zugleich ist jede individuelle Begegnung von Arzt und Patient dazu geeignet, das Vertrauen der Menschen in diesen Berufsstand zu stärken, es im Fall ärztlicher Fehler oder gar vorsätzlichen Fehlverhaltens aber auch massiv zu gefährden.⁶¹

Werden diese Gedanken auf eine makroökonomische Ebene gehoben, bedeutete ein Vertrauensverlust der Betroffenen potentiell verlängerte Krankheitszeiten, fehlende Prävention und mögliche Zustandsverschlimmerungen. Wer aber krank ist, kann vielfach nicht arbeiten, ist vom sozialen Leben abgeschnitten und verursacht im System der sozialen Sicherung erhebliche Kosten. Das im Mikrokosmos betrachtete Arzt-Patient-Verhältnis erhält mit dieser Weitung des Blickfeldes eine systemrelevante Komponente, auch wenn Laufs stets – nicht ohne Berechtigung – angemahnt hat, dass der Arzt „zuerst Helfer des einzelnen Kranken“ und „nicht Anwalt des Gemeinwohls“ sei.⁶² Diese Systemre-

49 Demgegenüber hat sich eine Herleitung aus Art. 2 Abs. 1 iVm 1 Abs. 1 GG als dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht durchgesetzt, vgl. Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002, S. 356 ff.

50 BT-Drs. 17/10488, S. 24; Katzenmeier, in: BeckOK, 46. Edition, § 630e Rn. 6.

51 Näher Maunz/Dürig/Grzeszick, GG, 82. EL 2018, Art. 20 Rn. 126 ff mwN.

52 BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164; 49, 89, 140; 53, 30, 57; 56, 54, 73; 88, 203, 251.

53 Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, 82. EL, Art. 2 Abs. 2 Rn. 39, Art. 2 Abs. 1 Rn. 205.

54 Prütting, *medstra* 2016, 78, 81; ders., Die rechtlichen Aspekte der Tiefen Hirnstimulation, 2014, S. 217 ff. mwN. In der Rechtsprechung ist diese Sichtweise bislang nicht bestätigt worden, auch wenn dem ärztlichen Berufsbild mit Blick auf die Einschränkungen, allem voran mit dem Leitbild der Fremdnützigkeit der Therapiefreiheit bereits entsprechendes abverlangt wird, näher Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. X Rn. 83 ff. mwN.

55 Anders freilich in den Sondersituationen wunschmedizinischer Anliegen, denen eine andere Grundsatzbeurteilung zu Teil werden muss, vgl. Prütting, *medstra* 2016, 78 ff.; ders., *MedR* 2011, 275 ff.; ders., Die rechtlichen Aspekte der Tiefen Hirnstimulation, 2014, S. 210 ff.

56 Nunmehr spezialgesetzlich in den §§ 630a-h BGB geregelt.

57 Vgl. Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. X Rn. 1 ff. mwN.

58 Hierzu Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. II Rn. 23 ff., 29 ff.

59 Vgl. Ulsenheimer, *Hdb-Arztstrafrecht*, 5. Aufl. 2015, mit umfassender Darstellung der vermögens- und nichtvermögensrechtlichen Strafbarkeitsaspekte von Akteuren im Medizinalwesen und unter besonderer Betrachtung des einzelnen Arztes, so insbesondere Rn. 43 ff., 620 ff., 652 ff.

60 Der BGH konstatierte in BGHZ 29, 46 = NJW 1959, 811, „daß das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ein starkes Vertrauen voraussetzt, daß es in starkem Maße in der menschlichen Beziehung wurzelt, in die der Arzt zu dem Kranken tritt, und daß es daher weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung ist“. Andererseits formuliert das BVerwG gewissermaßen als Schattenseite dieser weitreichenden Verantwortung: „In den entscheidenden Augenblicken seiner Tätigkeit [befindet sich der Arzt] in einer unvermeidbaren Einsamkeit, in der er – gestützt auf sein fachliches Können – allein auf sein Gewissen gestellt ist.“ BVerwGE 27, 303 = NJW 1968, 218.

61 Hierzu Prütting, Die rechtlichen Aspekte der Tiefen Hirnstimulation, 2013, S. 210 ff. (hier zu wunschmedizinischen Eingriffen). S.a. ders., *medstra* 2016, 78, 80 f.

62 Laufs, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. I Rn. 18.

levanz verlangt nach Absicherung auf verfassungsrechtlicher Ebene.

Welche Bedeutung können diese Überlegungen nun für die vorliegende Debatte haben? Das Vertrauen in den ärztlichen Berufsstand verlangt wohl unbestreitbar, dass es keinem Patienten Sorgen oder gar Angst machen darf, sich in ärztliche Obhut zu begeben. Dies gilt gerade dann, wenn ggfls. lebensbedrohliche Zustände diagnostiziert und bereits ein Gespräch über eine palliativmedizinische Begleitung denn weniger über kuratives Vorgehen anstehen könnte. Der Patient muss sich sicher sein können, dass sein Willen respektiert, ihm das Wissen für eine selbstbestimmte Entscheidung vermittelt und alle nicht auf sein Wohl bezogenen Erwägungen außen vorgelassen werden. Zivilrechtlich werden die berechtigten Erwartungen an das Arzt-Patient-Verhältnis auf Tatbestandsseite mit den §§ 630a ff., 823 ff. und 1901 ff. BGB eingefangen, während auf Rechtsfolge-seite die jederzeitige Möglichkeit des Behandlungsabbruchs, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche sowie Schadensersatzbegehren erwogen werden können. Das Zivilrecht ist jedoch – wie oben bereits angeklungen – keineswegs einziges Schutzmoment der aufgezeigten Erwartungshaltung und so lässt sich hieraus letztlich auf Verfassungsebene auch keine Forderung für oder gegen eine Ersatzfähigkeit immaterieller Einbußen durch erlittene Leiden folgern. Das Vertrauen in den ärztlichen Berufsstand kann auch außerhalb des Zivilrechts effektiv gesichert werden. Die Entscheidung ist dem einfachen Gesetzgeber überlassen.

c. Vergleichsmoment „wrongful life“

Näher an der konkreten Lösung dürfte der argumentative Versuch des Oberlandesgerichts sein, Vergleiche zur höchstrichterlichen Rechtsprechung der sog. „wrongful life“-Fälle zu ziehen.⁶³ Der Senat führt aus, dass das Leben des schwerkranken Menschen mit einer pekuniären Kompensationsentscheidung nicht als unwert deklariert werde, dass auch der BGH keine Lebenserhaltung um jeden Preis verlange und dass in Konstellationen wie der des streitgegenständlichen Falles gerade dem natürlichen Lauf des Lebens, zu dem auch das Sterben gehöre, Bahn gegeben werde, während in den wrongful life-Fällen das Verlangen nach Nichtexistenz auf einem „unnatürlichen“ Eingriff in den Geburtsverlauf basierte. Dem soll an dieser Stelle nicht widersprochen werden, jedoch erkennt das OLG zutreffend selbst, dass mit diesen Feststellungen nur gesagt sein kann, dass eventuellen Schadensersatzforderungen keine rechtlich zwingenden Gründe entgegenstehen, sofern in der Rechtsordnung Liquidationsfähigkeit vorgesehen wäre. Für Letzteres bietet dies jedoch keine Erklärung.

Nicht jedoch hat sich das Oberlandesgericht mit dem Hinweis des BGH in den „wrongful life“-Fällen auseinandergesetzt, wonach das Vergleichsmoment der Haftungsausfüllung nicht tragen könne. „Vor allem nämlich

entzieht es sich, eben weil es nicht um ein Integritätsinteresse geht, den Möglichkeiten einer allgemeinverbindlichen Beurteilung, ob Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative des Nichtlebens überhaupt im Rechtssinne einen Schaden oder aber eine immer noch günstigere Lage darstellt (vgl. dazu die Stellungnahme von L. J. Stephenson, *The Weekly Law Reports* 1982 S. 90: “Man, who knows nothing of death or nothingness, cannot possibly know, wether that is so.”).⁶⁴ Dies führt zum zentralen Themenkreis.

d. Die schadensrechtliche Erörterung

Nach den obigen Erwägungen sollte es für die ausstehende Entscheidung des BGH⁶⁵ darauf ankommen, wie nach einfachem Zivilrecht *de lege lata* über den geltend gemachten Haftungsanspruch zu befinden ist. Gemäß § 253 Abs. 1, 2 BGB kann eine billige Entschädigung in Geld dann gefordert werden, wenn ein Nichtvermögensschaden wegen Verletzung von Körper, Gesundheit, Freiheit oder sexueller Selbstbestimmung anzunehmen wäre. Zwar nicht unter § 253 Abs. 2 BGB gefasst, jedoch höchstrichterlich mit Blick auf Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG als ausgleichspflichtiges Rechtsgut anerkannt ist ebenfalls das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seinen verschiedenen Ausprägungen, sofern eine Verletzung schwerwiegend und nicht anders zumutbar auszugleichen ist.⁶⁶ Dem strikten Wortlaut gemäß nicht erfasst ist die Hinderung eines vorzeitigen, je nach Betrachtungsweise menschenwürdigen Sterbens. Entsprechende Ansätze müssten daher entweder über Verletzung der aufgezählten Rechte eingebunden oder über eine gesetz-übersteigende Katalogerweiterung eingeführt werden.

aa. Der Ausgleichsgedanke – Gesetzgeberischer Vorbehalt

Zentraler Ansatz einer billigen Entschädigung in Geld ist der Ausgleichsgedanke.⁶⁷ Dieser ist jedoch, ähnlich wie schon bei den anfänglichen Ausführungen zur Differenzhypothese angeklungen, eine ausfüllungsbedürftige Hülle. Ausgleich kann immer nur *für* einen bestimmten Umstand verlangt werden. Dabei vermag nun aber auch § 253 BGB nicht allein die Antwort zu geben, da dieser lediglich den Rahmen jener Rechte und Rechtsgüter festlegen soll, für den Ausgleich beansprucht werden kann. Ob sodann tatsächlich Ausgleichspflichtigkeit besteht und worauf diese genau zurückzuführen ist, muss Sache des jeweiligen Haftungstatbestandes bleiben,⁶⁸ wie dieser für den Fall der Lebens- und Leidens-

63 OLG München, Urt. v. 21.12.2017, 1 U 454/17, unter 6.1 (Rn. 106), in diesem Heft S. 133 f. = *MedR* 2018, 317.

64 BGHZ 84, 240, 253 = *NJW* 1983, 1371, 1374.

65 BGH VI ZR 13/18.

66 BGHZ 128, 1 S. 15 = *NJW* 1995, 861 – Caroline von Monaco I; BGH *NJW* 1996, 984, 985 – Caroline von Monaco II; BeckOK/*Spindler*, BGB, 46. Edition, § 253 Rn. 24.

67 *Oetker*, in: *MüKo/BGB*, 7. Aufl. 2016, § 253 Rn. 10.

68 *MüKo/Oetker*, BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 1.

verlängerung bereits besprochen worden ist.⁶⁹ Danach ist Ausgleichspflichtigkeit mit Blick auf präzise kausale Rückführung nur wegen der rechtswidrigen fortgesetzten Integritätsverletzung durch Sondenernährung und der sich hieraus zurechenbar ergebenden immateriellen Einbußen denkbar. Dabei schützt der Tatbestand des § 1901b Abs. 1 S. 1, 2 i.V.m. § 1901a BGB sowohl die körperliche Unversehrtheit im Rahmen medizinischer Behandlung hinsichtlich der Beachtung medizinischer Indikationen als auch die Selbstbestimmung des Betreuten, dessen Willen durch den Betreuer in gemeinsamer Tätigkeit mit dem behandelnden Arzt bestmöglich Ausdruck verliehen werden soll. Dass Verletzungen dieser Verhaltenserfordernisse grundsätzlich geeignet sein können, ausgleichspflichtige immaterielle Schäden zu begründen, unterliegt keinen Zweifeln.

Wenn jedoch eine finanzielle Berechnung einer denkbaren Ausgleichspflichtigkeit innerhalb der §§ 249 ff. BGB erfolgen soll, so ist ein Vergleichsmaßstab im Sinne der Differenzhypothese unabdingbar. Für die Inexistenz (Tod des Patienten) lässt sich jedoch keine sinnvolle Bewertung an Hand von Erfahrungs- oder Marktwerten vornehmen. Es steht zu erwarten an, dass dieser Erkenntnis der Einwand entgegengestellt werden wird, der Patient habe doch unbestreitbar gelitten und eben dieses Leiden sei ausgleichspflichtig.⁷⁰ Einen ähnlichen Ansatz scheint *Picker* zu verfolgen, wenn für die wrongful life-Fälle eine Abwägung von Lebensinteresse und lebenskonträren Interessen vorgeschlagen wird, die zu einer einzelfallbezogenen Schadensberechnung führen können soll.⁷¹ Eine solche Argumentationslinie übersieht jedoch, dass Leiden – welcher Art und Intensität diese auch sein mögen – für sich genommen kein in Geld berechenbarer Kompensationswert in absoluten Zahlen zufällt (wie sollte eine solche Berechnung juristisch belastbar ohne jeden Gesetzesanhalt aussehen?). Vielmehr basieren alle Leidenserwägungen auf einer Relation zu einem hypothetischen Normalzustand (Leben mit oder ohne den Verlust von Gliedmaßen, systemischen Erkrankungen, Querschnittslähmung etc.), was für sich genommen bereits zu der sehr vagen Listenführung anerkannter Schmerzensgelder⁷² für Zustandsabweichungen vom zum Schädigungszeitpunkt erwartbaren Normalbild des Menschen unter Berücksichtigung etwaiger Vorerkrankungen geführt hat.⁷³ Jede Überlegung, unabhängig von ihrer Feinsinnigkeit, muss in der vorliegend erörterten Konstellation letztlich bekennen, dass das Vergleichsmoment nur der Tod sein kann, über dessen Konsequenzen für den Körper lediglich medizinische Fakten und für die Seele, soweit deren Existenz unterstellt wird, nichts wissenschaftlich Belastbares bekannt ist. Es fehlt jeglicher Ausgleichsmaßstab. Dies gilt selbst für die Integritätsverletzung durch Sondenernährung, da auch ihr nur das zügige Ableben entgegengehalten werden kann. Ausgleichspflichtig verbliebe allenfalls die zu kalkulierende Zeit

bis zum Todeseintritt, die ohne Sondenernährung noch in lebendigem Zustand verbracht worden wäre. Ein Betrag oberhalb bloßen Symbolcharakters kommt hierfür nicht in Betracht.

Diese Ausführungen sollen nicht darüber hinwegtäuschen, dass nach hier vertretener Auffassung der Gesetzgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative durchaus die Möglichkeit hätte, der menschlichen Inexistenz einen Vergleichswertmaßstab zuzusprechen, um zivilrechtliche Ausgleichspflichtigkeit zu ermöglichen. Notwendig erscheint dies jedoch nicht, da sich der Arzt mit Blick auf die §§ 223 ff., 229 StGB strafrechtlich sowie hinsichtlich § 8 der jeweils anwendbaren Berufsordnung berufsrechtlich bedroht sieht, so er den Willen des Betreuten oder das Procedere nach § 1901b Abs. 1 BGB nicht beachtet. Auch wenn im Fall des OLG München wegen der Unsicherheiten über den mutmaßlichen Willen des Patienten in dubio pro reo eine strafrechtliche Verurteilung nicht zwingend erscheint, bedeutet dies nicht, dass die Verletzung des patientenseitigen Selbstbestimmungsrechts ohne immateriellen Ausgleich als grundsätzlich schutzlos zu erachten wäre. Auch der Einwand des OLG München, es liege ein Wertungswiderspruch vor, wenn dem gegebenen Sachverhalt zwar tatbestandsbegründende, sodann aber schadensersatzrechtlich keine haftungsausfüllende Wirkung beigemessen würde, überzeugt nicht. Es hat definitiv ein rechtswidriger, beseitigungsbedürftiger Zustand vorgelegen, gegen den der Betreuer mittels Kündigung des Behandlungsvertrages, Verlegung des Patienten oder Initiierung der Nichtbehandlung sowie Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen hätte reagieren können und müssen. Welcher Wertung mit Blick auf die Tatbestandsmäßigkeit in der Rechtsfolge ohne Schadensersatz widersprochen würde, erklärt das Oberlandesgericht nicht. Es sei noch entgegengehalten, dass das deutsche Schadensersatzrecht dem Prinzip der Rechtskreisbewahrung verpflichtet ist, woraus sich auch das schadensrechtliche Bereicherungsverbot ableitet.⁷⁴ Dem Rechtskreis des Einzelnen gehört jedoch nach geltendem Recht sein Ableben und die daraus resultierenden Konsequenzen der Gefühls- und damit Schmerzfreiheit bislang nicht als einbeziehungsfähiger

69 S.o. S. 96 f., unter III.1.

70 In diese Richtung scheinbar das OLG München Urt. v. 21.12.2017, 1 U 454/17, unter 6.2 (Rn. 108), in diesem Heft S. 134 = MedR 2018, 317.

71 *Picker*, Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben wrongful life“, 1995, S. 11, 37 f. Konsequenz räumt *Picker* auch in den „wrongful life“-Fällen dem geborenen Kind Schadensersatzansprüche ein, vgl. S. 116.

72 Vgl. etwa *Slizyk*, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle, 14. Aufl. 2018; <https://www.schmerzensgeldtabelle.net> (Abrufdatum: 23.07.2018).

73 BGHZ 132, 341, 348 = NJW 1996, 2425; BGH NJW 1982, 168, 169; OLG Frankfurt VersR 1993, 853, 854.

74 Vgl. BGHZ 30, 29, 30 = NJW 1959, 1078; BGHZ 118, 312, 345 = NJW 1992, 3096, 3103; *Gregor*, Das Bereicherungsverbot, 2012, S. 1; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 2003, S. 10.

Posten an. Jedenfalls findet sich nach der Recherche des Verfassers nirgends in der Rechtsordnung ein diesbezüglicher Anknüpfungspunkt, was auch der bislang geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung einschließlich der „Kind als Schaden“-Fälle⁷⁵ entspricht. Nicht weiterführend sind schließlich die dogmatischen Diskussionsansätze um die normative Korrektur des Schadensbegriffs,⁷⁶ die vermeintlich beliebig Beschränkungen und Erweiterungen je nach gewünschtem Ergebnis mit sich bringen. Es steht nicht in Streit, dass der Schadensbegriff ausfüllungsbedürftig ist und Wertungen der Verfassung⁷⁷ sowie allem voran des bürgerlichen Rechts und seiner Haftungstatbestände zugänglich ist. Zu klären ist vielmehr, welche Wertungen greifen können, welche Berechnungsmethoden und Vergleichsmomente tragen und ob dies zu den Haftungserwägungen des haftungsbegründenden Tatbestands passt. *Baltz* weist für *materielle* Schäden darauf hin, dass es ein schadensersatzrechtlich schutzwürdiges Interesse des Patienten geben könne, dass mit seinem gegenwärtigen Vermögensbestand nicht sein subjektiv als nicht erhaltenswert erachtetes Leben finanziert werde, sondern die verbleibenden Ressourcen der nächsten Generation zu Gute kommen sollen.⁷⁸ Im vorliegenden Besprechungsfall kommt es hierauf zwar nicht an, jedoch ist diesem Ansatz zuzugeben, dass sich das Ableben mit einem klaren Rechnungsposten (Kosten der Versorgung und Lebenserhaltung etc.) schadensrechtlich bereits *de lege lata* beziffern und auch denklogisch vom nicht durch das bürgerliche Recht erfassbaren Konstrukt bloßer Inexistenz trennen ließe.⁷⁹ Allerdings könnte sich hieraus mit Blick auf die fehlende Ausgleichsfähigkeit etwaiger immaterieller Einbußen ein Wertungswiderspruch abzeichnen, wenn das Ableben innerhalb der §§ 249 ff. BGB als hypothetisches Vergleichsmoment zu dienen vermag und im Rahmen von § 253 BGB ein solcher Ansatz ausscheiden soll. Nach hier vertretener Auffassung dürfte dies jedoch normativ statthaft sein, da auch einem immateriellen Ersatz keineswegs eine Generalabsage *de lege ferenda* erteilt worden ist, sondern es im immateriellen Bereich vielmehr an einer gesetzgeberischen Entscheidung für einen Bewertungsmaßstab fehlt, der im materiellen Bereich jedoch schon jetzt ersichtlich ist.

bb. Genugtuung und Sühne

Nun ließe sich für die Begründung eines billigen Ersatzanspruchs in Geld wegen immaterieller Einbußen auch der umkämpfte Gedanke der Genugtuung anführen.⁸⁰ Diesen in Ansatz zu bringen, bedeutet stets, sich auf das dünne Eis in Richtung Pönalisierung von Verhalten durch Zivilrecht zu begeben,⁸¹ was nach hier vertretener Ansicht abzulehnen ist. Gleichwohl wird nicht verkannt, dass die Rechtsprechung dem Opfer auch Genugtuung durch einen finanziellen Ausgleich verschaffen möchte.⁸² Allerdings ist dieser Gedanke im

Recht der Arzthaftung nach verbreiteter Auffassung mit großer Zurückhaltung zu behandeln.⁸³ Die Behandlungsseite begehrt unterhalb der Schwelle vorsätzlicher Schadenszufügung keine körperlichen Übergriffe gleich eines auf Verletzung ausgerichteten, mit Schädigungsmotiven durchsetzten Angreifers, sondern ist zumeist um Heilung und Leidenslinderung bemüht.⁸⁴ Nicht zuletzt hieraus wird auch seit vielen Jahren eine Diskussion um die Körperverletzungsdoktrin⁸⁵ der Rechtsprechung mit dem Vorhalt ausgetragen, der Heileingriff lasse sich rechtlich zutreffend nur über Persönlichkeitsrechtsaspekte einfangen.⁸⁶ Es erscheint zwar bei – hier bestrittener – grundsätzlicher Anerkennung des Genugtuungsansatzes nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall hinreichend gewichtige Vorwürfe auch dem Behandler zu machen sein könnten,⁸⁷ die eine Genugtuung erforderlich erscheinen ließen, jedoch sollte die Sicherstellung im Wesentlichen Straf- und Berufsrecht überantwortet bleiben. Dasselbe gilt dann selbstverständlich für einen etwaigen Sühnegeraden.

Das Ergebnis sei noch durch eine Erwägung zur korrekten Güterallokation gestützt, die gerade dem zivilrechtlichen Schadensersatzrecht naheliegt.⁸⁸ Der Umstand, dass der Geschädigte auf Basis von Pönalisierungserwägungen zu Lasten des Schädigers Güter erhalten soll, ist erheblichen Zweifeln ausgesetzt, da die konkrete Verletzung eben dieser geschädigten Person regelmäßig mit einer Vielzahl von Zufällen einhergeht (Zeitpunkt der Behandlungsbedürftigkeit, Behandlungsübernahme, fehlerhaftes Vorgehen gerade bei diesem Patienten etc.).⁸⁹ Auch ist der Strafanspruch dem Staat vorbehalten, der die hierdurch vereinnahmten Ressourcen um-

75 BGH, UrT. v. 18.01.1983, VI ZR 114/81 = BGHZ 86, 240; BGHZ 124, 128 = NJW 1994, 788.

76 Vgl. *Baltz*, Lebenserhaltung als Haftungstatbestand, 2010, S. 157 mVa BGHZ 43, 378, 381; BGHZ 50, 304, 306; BGHZ 51, 109, 1.

77 S.o. III.2.b.

78 *Baltz*, Lebenserhaltung als Haftungstatbestand, 2010, S. 157.

79 So auch die Berechnungserwägungen des OLG München UrT. v. 21.12.2017, 1 U 454/17, unter 9 (Rn. 114), in diesem Heft S. = MedR 2018, 317.

80 BeckOK/*Spindler* BGB, 46. Edition, § 253 Rn. 15.

81 Zur breiten Auseinandersetzung über Strafzwecke im Schadensrecht *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, 2001, S. 18 ff.; *Möller*, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, 2006, S. 278 ff.

82 BGHZ [GrZS] 18, 149, 154 = NJW 1955, 1675.

83 Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 87.

84 *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. V Rn. 11.

85 *Laufs*, NJW 1969, 529, 531 f.; *ders.*, NJW 1974, 2025, 2028; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, § 76 II.g; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II/2, § 55 I.1.b.; *Katzenmeier*, ZRP 1997, 156, 160 f.

86 Vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 118 ff.

87 Vgl. *Baltz*, Lebenserhaltung als Haftungstatbestand, 2010, S. 161 ff.

88 Statt vieler *Calabresi*, The Costs of Accidents, 1970; *Posner*, Economic Analysis of Law, 9. Aufl. 2014, S. 191 ff.; *Taupitz*, Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz, AcP 196 (1996), 114; *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 105 ff.; *MüKo/Wagner*, BGB, 7. Aufl. 2017, vor § 823 Rn. 51 ff.

89 Vgl. hierzu *Prütting*, AcP 216 (2016), 459, 477.

verteilen kann. Zudem spricht die Wertung des § 890 ZPO⁹⁰ für die vorgeschlagene Sichtweise, da Ordnungsgelder, die zur Durchsetzung einer Unterlassung gegen einen Arzt vereinnahmt, ebenfalls der Staatskasse zugeführt würden. Der Genugtuungsansatz überzeugt nicht.

cc. Prävention

Spätestens mit dem Siegeszug der ökonomischen Analyse des Rechts und deren Erkenntnissen für das moderne Rechtsverständnis⁹¹ ist auch der Präventionszweck Teil des zivilrechtlichen Haftungssystems geworden.⁹² Die drohende Schadensersatzpflicht soll sowohl den konkreten Schädiger (Spezialprävention) als auch andere Mitglieder der Rechtsgemeinschaft (Generalprävention) von künftigen schadensersatzbegründenden Handlungen abschrecken.⁹³ Die Bedeutung der Prävention bleibt jedoch nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich hinter der des Ausgleichszwecks zurück. Es handele sich eher um ein „erwünschtes Nebenprodukt“⁹⁴ ohne eigenständige Bedeutung.⁹⁵ Es kann zudem nicht übersehen werden, dass – je nach verfolgter Strafzwecktheorie⁹⁶ – der Präventionsgedanke in seinen unterschiedlichen Ausformungen im Strafrecht wie im handlungsleitenden Zivilrecht weitreichende Überschneidungen aufweist. Mit Blick auf Begründung oder Erhöhung des Schmerzensgeldansatzes ist auch neuerlich ein vernunftgeleiteter Ansatz der Verteilungsgerechtigkeit kaum nachzuweisen, da jedenfalls generalpräventive Erwägungen nicht dazu geeignet sein dürften, dem einzelnen Geschädigten einen erhöhten Güterzufluss zu bescheren.

Auch wenn vor dem Hintergrund einer sicherlich wünschenswerten Abschreckung gegenüber der Missachtung des patientenseitigen Selbstbestimmungsrechts und einer Sicherung des Ansehens des ärztlichen Berufsstandes (positive Generalprävention) zum Wohl aller im Staat der Präventionsgedanke vergleichbar der Rechtsprechung zu erheblichen, nicht anders auszugleichenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen⁹⁷ der Überlegung einer behutsamen Fortentwicklung zugeführt werden könnte, erscheint derselbe sicherlich nicht als einzig tragende Säule der Schmerzensgeldpflichtigkeit tauglich zu sein.

dd. Einführung durch die Rechtsprechung

Zuletzt sei noch das Problem angerissen, ob es der Rechtsprechung im Rahmen der Fortentwicklung des Rechts vor dem Hintergrund der Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 und 97 GG sowie dem demokratischen Parlamentsvorbehalt⁹⁸ erlaubt sein kann, eigenständig eine Grundlage für die Erfassung und Berechnung von „Leben als Schaden“ zu erschaffen. Die Grenzen dieser Fragestellung sind stets unscharf und daher nur schwer auszumachen.⁹⁹ Wie jedoch angesprochen worden ist, dürfte es weitreichend mit dem Zeitgeist und der nationalstaatlichen Sichtweise zusammenhängen, ob ein solch markanter Schritt von gesamtstaatlichem Inter-

esse in der Zivilrechtsordnung vollzogen werden soll. Zudem ist auch mit Blick auf die schwierige Frage der Umsetzung, also der sinnvollen Berechnung, ein parlamentarisches Verfahren mit Expertenvorschlägen und Aussprache angezeigt. Schließlich sei hervorgehoben, dass das geltende Recht gerade nicht hierauf ausgelegt ist und eine Fortentwicklung des Rechts sich insoweit nicht als maßvolle Lückenschließung, denn vielmehr als judikativer Umbau nach eigenen Wertvorstellungen darstellte, was gerade der Legislative vorbehalten ist.¹⁰⁰

IV. Conclusio

1. §§ 1901b Abs. 1 S. 1, 2 i.V.m. 1901a BGB legen ein System medizinischer Betreuung fest, in welchem der bestellte Arzt sämtliche Pflichten aus den §§ 630d, e BGB gegenüber dem Betreuer und – soweit möglich – auch gegenüber dem Betreuten zu erfüllen hat. Dieser Pflichtenkatalog bezieht sich zwingend zum Schutz des Betreuten auch auf jenen Fall, indem eine medizinische Indikation nicht oder nicht mehr vorliegt.

2. Entgegen der Ansicht des OLG München ist de lege lata kein Schmerzensgeldansatz im Fall der Lebensverlängerung durch rechtswidriges ärztliches Eingreifen zu gewähren, während grundsätzlich der Ersatz materieller Schäden denkbar erscheint, wie dies auch das Oberlandesgericht zutreffend erkannt hat. Der BGH sollte die streitgegenständliche Entscheidung aufheben und die Klage aus Rechtsgründen abweisen. Dieses Ergebnis wird im Wesentlichen von folgenden Erwägungen getragen:

a. Der Ausgleichsgedanke des Schmerzensgeldanspruchs im Fall von „Leben als Schaden“ kann nach

90 Zu diesem Gedanken im Zusammenhang mit der haftungsrechtlichen erörterten Lizenzanalogie bereits *Prütting*, AcP 216 (2016), 459, 477.

91 Ausführlich *Schäfer/Ott*, Die Anreiz- und Abschreckungsfunktion im Zivilrecht, in: Schäfer/Ott, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, 1999, S. 131 ff. mwN; zur Auslegung von Gesetzen *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 450 ff.

92 Nach *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, 2001, S. 16 ist der Präventionszweck des Schadensersatzes allgemein anerkannt. Vgl. dazu auch *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 2003, S. 11 f.; *MüKo/Oetker*, BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 9.

93 Vgl. *Möller*, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, 2006, S. 32.

94 *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I, § 27 I, S. 423 hat Prävention treffend als „erwünschtes Nebenprodukt“ bezeichnet.

95 Vgl. *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, 2001, S. 16 ff.; *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlich Recht, 1993, S. 184 bezeichnet die Präventionsfunktion als „unselbständig“; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 2003, S. 11 f.; *MüKo/Oetker*, BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 9; *Möller*, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, 2006, S. 51 mwN.

96 Vgl. *NK/Streng*, StGB, 5. Aufl. 2017, § 46 Rn. 34 ff. mwN.

97 Vgl. die Übersicht bei *BeckOK/Spindler*, BGB, 46. Ed 2018, § 253 Rn. 24 f. mwN.

98 Vgl. BVerfGE 104, 151, 208 = NJW 2002, 1559; BVerfGE 121, 135 = NJW 2008, 2018.

99 Vgl. *BeckOK/Huster/Rux*, GG, 37. Ed 2018, Art. 20 Rn. 105 ff.

100 Prägnant *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre, 10. Aufl. 2018, Rn. 831.

bisheriger Rechtslage mangels bewertungsfähigen Vergleichsmaßstabs im hypothetischen Kausalverlauf (Versterben des Geschädigten) nicht tragen.

b. Genugtuungs- und Sühneerwägungen führen in den Bereich der Pönalisierung durch Zivilrecht und sind generell abzulehnen, wofür auch die hierdurch staatlich veranlasste fehlerhafte Güterallokation spricht. Soweit die Rechtsprechung hiervon jedoch nicht abgehen möchte, erscheint dieser Ansatz jedenfalls im Bereich der Arzthaftung unterhalb der Schwelle vorsätzlicher Schadenszufügung ungeeignet.

c. Präventionserwägungen sind als handlungsleitendes Zivilrecht ein erwägenswertes Nebenprodukt des Scha-

denersatzrechts, vermögen jedoch einen Schmerzensgeldanspruch aus sich heraus nicht zu tragen.

3. Es stehen keine verfassungsrechtlichen Wertungen einer Einführung eines Berechnungssystems für eine billige Entschädigung in Geld durch den parlamentarisch legitimierten Gesetzgeber entgegen.

4. Demgegenüber darf nach hier vertretener Auffassung keine entsprechende Fortentwicklung durch die Rechtsprechung stattfinden, da die Grundsatzentscheidung, rechtswidrige Lebensverlängerungen mit einem immateriellen Schadenswert zu belegen, durch die legitimierten Volksvertreter als Stimme des Zeitgeistes getroffen werden muss.

*Anton S. Zimmermann, Heidelberg**

Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive

- Anmerkung zu OLG München v. 21.12.2017, Az. 1 U 454/17 -

A. Einführung

Das menschliche Leben gehört zu den höchsten Gütern der Werteordnung des Grundgesetzes. Es ist, in den Worten des BVerfG, die „vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte.“¹ Der Staat ist infolge seiner Grundrechtsbindung verpflichtet, sich schützend und fördernd vor das Leben zu stellen.² Dementsprechend paradox erscheint es auf den ersten Blick, von einem staatlichen Gericht ein auf Schadensersatz lautendes Urteil zu begehren, wenn das „schädigende“ Ereignis im Ent- oder Fortbestehenlassen von Leben besteht.

In der Vergangenheit haben sich der BGH und das BVerfG bereits zu der Frage verhalten, ob der mit der Geburt eines Kindes einhergehende Unterhaltsanspruch³ einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellt.⁴ Diese mit dem „Kind als Schaden“ verschlagwortete Frage hat eine kontroverse Diskussion ausgelöst.⁵ Im Zentrum stand dabei die Frage, ob mit dem Leben einhergehende Begleiterscheinungen als Schaden bezeichnet werden können, ohne zugleich dem Leben als solchem den Wert abzuspochen.

B. Sachverhalt

In der Entscheidung des OLG München, die hier besprochen werden soll, ging es um eine Schadensersatzpflicht am anderen Ende des Lebens.

Es ging dabei um einen Patienten, der unter Betreuung stand und selbst nicht mehr im Stande war, sich verständlich zu machen. In der Folgezeit wurde die Sondenernährung des Patienten fortgesetzt, die zwar geeig-

net war, dessen Leben um den Preis weiteren Leidens zu verlängern. Eine Heilung und damit ein Abwenden des heranrückenden Todes war aber medizinisch von vornherein ausgeschlossen. Sein behandelnder Arzt erkannte, dass der Patient sterben würde. Eine ordnungsgemäße Erörterung dieses Umstandes mit dem Betreuer des Patienten blieb entgegen § 1901b BGB⁶ jedoch

* Der Verf. ist akademischer Mitarbeiter am Heidelberger Institut für internationales und ausländisches Privat- und Wirtschaftsrecht. Dank gebührt *Marc-Philippe Weller* für die Ermunterung zur Abfassung des Beitrags und *Nina Benz* für zahlreiche anregende Diskussionen.

1 BVerfG, NJW 1975, 573, 575. Dort heißt es zudem „Das menschliche Leben stellt, wie nicht näher begründet werden muß, innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert dar [...]“

2 BeckOK-GG/Lang, 37. Ed., Stand 15.05.2018, Art. 2 Rn. 74: „Art. 2 Abs. 2 S. 1 stellt nach wie vor den zentralen Ort der Herleitung staatlicher Schutzpflichten dar.“

3 MüKo-BGB/Oetker, Band 2, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 30: „Bereits im Denkansatz verfehlt ist es jedoch, das „Kind als Schaden“ zu bewerten. [...] Ernsthaft diskutiert werden kann nur, ob der durch die Geburt des Kindes planwidrig ausgelöste Unterhaltsaufwand ein Schaden für die zum Unterhalt Verpflichteten ist.“

5 Bejahend: BGH NJW 1980, 1450; verneinend: BVerfG (2. Senat), NJW 1993, 1751, 1764 sowie Ls. 14; bejahend hingegen: BVerfG (1. Senat), NJW 1998, 519.

5 Aus der Literatur krit. zur Rechtsprechung des BGH insbesondere *Picker*, AcP 195 (1995), 483.

6 Siehe OLG München Urteil v. 21.12.2017, in diesem Heft S. 132, Rn. 97: „Der Senat ordnet einen Verstoß des behandelnden Arztes gegen § 1901b Abs. 1 BGB jedenfalls bei unsicherer bzw. zweifelhafter Indikationslage [...] als Verletzung der Pflicht zur Eingriffsaufklärung als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung des Betreuers in die Fortsetzung der lebenserhaltenden Behandlung [ein].“ Dazu MüKo-BGB/Schwab, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1901b Rb. 6: „Gegenstände eines Gesprächs zwischen Arzt und Betreuer können sein [...] die ärztliche Aufklärung, die bei Entscheidungsunfähigkeit des Betreuten dem Betreuer gegenüber zu leisten ist;“

aus. Nachdem der Patient schließlich verstorben war, verklagte sein Sohn und Erbe den behandelnden Arzt auf Schmerzensgeld aus ererbtem Recht.

C. Rechtliche Würdigung

Das OLG München sprach dem Sohn des Patienten einen solchen Schmerzensgeldanspruch aus ererbtem Recht zu.⁷ Die Revision ist anhängig.⁸

Dabei ist zunächst die für das OLG maßgebende Pflichtverletzung auffällig (I.) sowie die Vermutung von deren Kausalität für die Lebens- und Leidensverlängerung (II.). Im Zentrum der Entscheidung steht aber die – durch das Gericht bejahte – Frage, ob eine Leidensverursachung auch dann als zivilrechtlicher Schaden angesehen werden kann, wenn sie zur Lebensverlängerung unumgänglich war (III.). Schließlich wird die durch das Gericht verworfene Beschränkung der Haftung auf Fälle eindeutig unvertretbaren Arzthandelns zu würdigen sein (IV.).

I. Fehlerhaftes Informationsverhalten als Pflichtverletzung

Eine erste wesentliche Weichenstellung der Entscheidung besteht darin, dass das OLG die Pflichtverletzung im fehlerhaften Informationsverhalten des Arztes sah, der nicht ordnungsgemäß darüber aufgeklärt hatte, dass eine Genesung des Patienten von vornherein nicht mehr zu erreichen war. Der Arzt hätte den Betreuer in Gemäßheit des § 630e Abs. 1 BGB aufklären müssen, wobei infolge der unklaren Indikationslage betreffend lebensverlängernde Maßnahme ein besonders gründliches Aufklärungsgespräch angezeigt gewesen wäre.⁹

Die Pflichtverletzung, so das Gericht, lag also nicht in der Lebenserhaltung als solcher. Ob die *Lebenserhaltung als solche* eine Pflichtverletzung bedeutet, wäre schwerer zu beurteilen.¹⁰ Dass aber jedenfalls in *unzureichender Aufklärung* über die Sondenernährung eine Verletzung behandlungsvertraglicher Pflichten liegt, lässt sich kaum bestreiten.

Das Abstellen auf diese Pflichtverletzung schlägt dem Arzt zudem den Einwand eines unvermeidbaren Rechtsirrtums auf Ebene des Vertretenmüssens aus der Hand: Er mag sich verpflichtet sehen, menschliches Leben um jeden Preis zu erhalten. Dass er aber zu ordnungsgemäßer Aufklärung verpflichtet ist, musste er bei gehöriger Gewissensanspannung annehmen.¹¹

Den Aufklärungsmangel als maßgebende Pflichtverletzung anzusehen, ist auch dogmatisch nicht zu beanstanden: Es entspricht allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzrechts, dass jedes beliebige haftungsbegründende Verhalten herangezogen werden kann, sofern es nur den in Rede stehenden Schaden zurechenbar herbeigeführt hat.¹² Zudem ist spätestens im Rahmen der Haftungsausfüllung ohnehin zu diskutieren, ob

der entstandene Schaden ersatzfähig ist, sodass das Gericht mit seinem Vorgehen auch kein Wertungsproblem umgeht. Auf das unzureichende Erörterungsverhalten des Arztes als Pflichtverletzung abzustellen, ist folglich überzeugend.

II. Kausalitätsvermutung

Mit der Wahl der unzureichenden Aufklärung als maßgebender Pflichtverletzung stand das OLG jedoch vor einem Kausalitätsproblem. Ersatzfähig ist bekanntlich nur der kausale Schaden, wobei die Kausalität grundsätzlich durch den Geschädigten zu beweisen ist.¹³

Zwar war vorliegend die Fortsetzung der Sondenernährung ohne weiteres kausal für mit ihr einhergehendes Patientenleiden. Maßgebender Ausgangspunkt für die Kausalitätsermittlung im Rahmen von § 280 BGB muss aber gerade die Pflichtverletzung sein. Wenn, wie hier in Gestalt der unterbliebenen ordnungsgemäßen Aufklärung, ein Unterlassen im Raum steht, ist der Kausalitätsbeweis regelmäßig schwer zu führen.¹⁴

Der vorliegende Fall wirft damit eine für Unterlassenskonstellationen geradezu typische Kausalitätsfrage auf: Wäre die Leidensverlängerung tatsächlich ausgeblieben, wenn der Arzt den Betreuer ordnungsgemäß aufgeklärt hätte? Oder anders gewendet: Hätte ordnungsgemäße Information tatsächlich zu einer Entscheidung gegen eine Lebensverlängerung geführt?

7 So der Tenor der Entscheidung: „I. [...] Der Beklagte hat an den Kläger ein Schmerzensgeld in Höhe von 40.000,- Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.03.2014 zu zahlen.“

8 BGH, Az. VI ZR 13/18.

9 Dazu OLG München Urteil v. 21.12.2017, in diesem Heft S. 133, Rn. 32 ff.

10 Dazu die Vorinstanz, LG München I, Urt. v. 18.01.2017 – 9 O 5246/14 = BeckRS 2017, 112362 Rn. 36 f.: „Vorliegend geht es aber nicht um die erstmalige Anordnung einer Behandlung sondern um die Entscheidung über ihre Beendigung. Eine Verpflichtung, die PEG-Sonden-Ernährung abzubrechen, oder auch nur eine Empfehlung dazu ergibt sich weder aus ärztlichen Leitlinien [...] noch aus der vom BGH entwickelten Rechtsprechung oder aus Gesetz.“

11 OLG München Urteil v. 21.12.2017, in diesem Heft S. 133, Rn. 100 ff., insb. Rn. 102: „Denn auch wenn die einschlägigen Richtlinien dem Arzt insoweit [= für die Frage nach der Indikation einer weiteren Sondenernährung] einen Ermessensspielraum eröffnet haben, bedeutet das keine Entbindung von der Pflicht des Behandelnden zur Aufklärung des Patienten [...]“ Einschub des Verf.

12 BeckOK-BGB/J. W. Flume, 46. Ed., Stand 05.2018, § 249 Rn. 285: „Jeder Handlungsbeitrag, der für den Erfolgseintritt erforderlich war, wird als gleichwertig, also äquivalent, erachtet.“

13 Vgl. allg. Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl. 1965, 90: „Es besteht in der Hauptsache Übereinstimmung, daß der Kläger nur die sog. rechtserzeugenden, der Beklagte dagegen die sog. rechtshindernden und die sog. rechtsvernichtenden Tatsachen zu beweisen hat.“

14 Dazu ausf. Staudinger/Schiemann, 2017, § 249 BGB Rn. 10: „Während das Urteil über die Kausalität eines positiven Tuns an ein wirkliches Geschehen anknüpft, muss die Zurechnung eines pflichtwidrigen Unterlassens ein bloß hypothetisches Geschehen der Erfolgsvermeidung unterstellen. Hieraus ergeben sich besondere Beweisprobleme.“

Mit Sicherheit beantwortbar dürfte eine Frage dieser Art in den seltensten Fällen sein.¹⁵ Selbst wenn sich der Patient vorab anderweitig geäußert hat, kann er im Angesicht des nahenden Todes doch für ein längeres Leben optieren wollen oder infolge großer Schmerzen nun doch eine Leidensverkürzung bevorzugen. Vor diesem Hintergrund ist auch ein mutmaßlicher Wille schwer zu ermitteln.¹⁶

Würde man dem Kläger in solchen Fällen die Beweislast für die Kausalität auferlegen, wären entsprechende Klagen gegen den behandelnden Arzt in aller Regel zum Scheitern verurteilt. Dies entspräche aber nicht dem Stellenwert, den das Gesetz der freien Entscheidung des Patienten beimisst.¹⁷ Mit Recht greift das OLG deshalb auf die ständige und mittlerweile in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB kodifizierte Judikatur des BGH zurück, der zufolge *der Behandelnde* beweisen muss, dass bei ordnungsgemäßer Aufklärung eine Einwilligung erteilt worden wäre. Dass im vorliegenden Fall der Wille des Patienten nicht ermittelt werden konnte, ging damit zulasten des behandelnden Arztes.

Zutreffend lässt das Gericht in folgedessen dahinstehen, ob alternativ auch eine Beweislastumkehr nach den Grundsätzen der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens zu erreichen gewesen wäre.¹⁸

III. Leidensverlängerung als Grundlage für Schmerzensgeld

Den Kern der Entscheidung des OLG bildete die Frage, ob und in welchem Umfang für einen ärztlichen Eingriff ohne wirksame Einwilligung überhaupt ein Schmerzensgeld verlangt werden kann, wenn ohne den Eingriff der Tod des Patienten bereits früher eingetreten wäre.

1. Abgrenzung zur „wrongful life“-Rechtsprechung des BGH

Das Gericht arbeitet hier zunächst die lebenssachverhaltlich naheliegenden Grundsätze des BGH zum Schadensersatz für die *Lebensentstehung* an dessen paradigmatischer Röteln-Entscheidung¹⁹ auf und setzt sie sodann zur Problematik der *Lebensverlängerung* ins Verhältnis.

a. Der höchstrichterliche Umgang mit der Lebensentstehung

In seiner Röteln-Entscheidung hatte es der BGH mit einem Fall zu tun, in dem der Arzt schuldhaft eine von einer Röteln-Erkrankung ausgehende Gefahr für den Nasciturus übersehen hatte, sodass das Kind schwer geschädigt geboren wurde. Für die Schädigung des geborenen Kindes traf den Arzt jedoch keine Verantwortlichkeit. In dem entschiedenen Fall ging es unter anderem um Ansprüche des Kindes selbst, worin pri-

ma facie eine Parallele zum vorliegenden Fall besteht: Auch hier geht es um – freilich im Wege der Erbfolge übergegangene – Ansprüche desjenigen selbst, dessen (Weiter-)Leben im Zusammenhang mit einer ärztlichen Pflichtverletzung steht.

aa. Kein „wrongful life“

Den Ausgangspunkt bilden zwei Fallgruppen, zu denen sich dem Grundgesetz eine klare Stellungnahme entnehmen lässt.

Erstens ist die Schädigung des Kindes oder der Mutter, in deren Folge einer von beiden eine körperliche Schädigung davonträgt, schadensersatzbegründend.²⁰ Hier ist einzig problematisch, dass es zum Zeitpunkt der schädigenden Handlung in der Person des Kindes noch an einem rechtsfähigen Rechtsgutsträger fehlt (§ 1 BGB), was aber im Lichte der Verfassung zivilrechtlich überbrückt werden kann und muss.²¹ In diesen Konstellationen steht zu keiner Zeit das Leben als solches im Verdacht, einen Schaden darzustellen.

Zweitens kann das Leben eines Kindes als solches umgekehrt unter keinen Umständen einen Schaden darstellen.²² Die Rechtsordnung darf infolge ihrer Bindung an die Menschenwürde in einem Menschenleben niemals einen Schaden sehen.²³ Die im Grunde bei Schadensersatzansprüchen bestehende Pflicht zur Naturalrestitution zeigt, dass der Schaden eine Erscheinung ist, die das Recht aus der Welt schaffen will.²⁴ Eine derartige Aussage über menschliches Leben würde dieses zum Objekt des Rechts und staatlichen Handelns machen, was gegen Art. 1 GG verstieße.²⁵ Einen Anspruch auf Schadensersatz für die reine Existenz und damit das Leben

15 MüKo-BGB/*Wagner*, Band 4, 7. Aufl. 2016, § 630h Rn. 3: „Es ist häufig unmöglich, ex post aufzuklären, ob ein ärztlicher Fehler bei der Aufklärung oder Behandlung des Patienten ursächlich für den von diesem erlittenen Gesundheitsschaden geworden ist.“

16 Zu beidem OLG München Urteil v. 21.12.2017, in diesem Heft S. 132, Rn. 94.

17 Zum Gesichtspunkt der Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess MüKo-BGB/*Wagner*, § 630h Rn. 34.

18 Zu beiden Punkten s. OLG München Urteil v. 21.12.2017, in diesem Heft S. 132, Rn. 98 der Entscheidung.

19 NJW 1983, 1371.

20 S. etwa zu einer Lues-Ansteckung der Mutter durch Verschulden eines gesetzlichen Vertreters des Krankenhauses, die eine angeborene Lues-Infektion des Kindes zur Folge hat BGHZ 8, 243. S.a. BVerfG, NJW 1983, 1751, 1764: „[U]nberührt bleibt eine Schadensersatzpflicht des Arztes gegenüber dem Kind wegen Schädigungen, die diesem bei einem nicht kunstgerecht ausgeführten, mißlungenen Schwangerschaftsabbruch zugefügt worden sind.“

21 Dazu Staudinger-Eckpfeiler/*Hager*, 2018, S. Rn. 217.

22 BGH, NJW 1983, 1371, 1373.

23 Treffend *Picker*, AcP 1995, 483, 501: „Als Prämisse und Grundprinzip steht dieser Satz außer Streit.“

24 Daran ändert sich nichts, wenn BGHZ 124, 128, 143 meint, dass „Schadensersatz nach heutigem Verständnis eine gerechte Lastenverteilung nach den jeweiligen Haftungskriterien, nicht aber eine Sanktion schädlichen Verhaltens“ bedeutet. Damit ist gleichermaßen eine negative Konnotation des Schadens ausgedrückt.

25 MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 30.

eines Kindes hat der BGH deshalb zu Recht ausdrücklich abgelehnt.²⁶

bb. Abtrennbarkeit der Unterhaltspflicht vom Leben

Die aufgezeigten Rechtsprechungslinien haben eine diffizile Abgrenzungsfrage aufgeworfen: Welche Folgen des Lebens dürfen von diesem separiert als Schaden angesehen werden, ohne dadurch ein mittelbares zivilrechtliches Unwerturteil über das Leben selbst auszusprechen?

Paradigmatisch ist hier die Frage, ob die elterliche Unterhaltspflicht für ein Kind einen ersatzfähigen Schaden darstellt. Denn zwar handelt es sich dabei unzweifelhaft um eine Verminderung des Vermögens der Eltern durch eine Zahlungspflicht, die isoliert betrachtet einen Schaden darstellt. Andererseits aber hängt die Unterhaltspflicht der Eltern eng mit dem Leben des Kindes als solchem zusammen. Der BGH geht im Einklang mit dem ersten²⁷ und gegen den zweiten²⁸ Senat des BVerfG davon aus, dass sich die Unterhaltspflicht der Eltern vom Leben des Kindes getrennt bewerten lässt.²⁹

b. Abgrenzung zur Lebensverlängerung

Das OLG München war der Ansicht, dass die vorgenannten Erwägungen zur Lebensentstehung in Fällen der Lebensverlängerung „im Wesentlichen nicht zum Tragen [kämen]“³⁰. Es gehe nicht darum, ob ein menschliches Leben als Unwert zu qualifizieren sei, sondern darum, „ob die Fortsetzung der Sondenernährung oder nicht eher das Zulassen des Sterbens seinem Wohl besser diene.“³¹ Es handle sich hier aus einer natürlichen Perspektive gedacht um zwei entgegengesetzt gelagerte Fragestellungen: Im Fall des Kindes sei dessen Geburt der natürliche, ohne einen Eingriff erfolgende Verlauf. Im Fall des Sterbenskranken hingegen sei das Weiterleben gerade die Folge eines künstlichen Eingriffs.

Man mag sich darüber streiten, ob in der Entscheidung an dieser Stelle nicht zu viele romantisierende Wertungen mitschwingen. Immerhin erfordert auch die Geburt eines Kindes in vielen Fällen Unterstützung von außen. Dass das vorliegende Rechtsproblem nicht höchstrichterlich determiniert ist, hat das OLG aber jedenfalls zutreffend ermittelt. Der BGH hatte in seiner Röteln-Entscheidung explizit darauf hingewiesen, dass eine Pflicht zur Lebenserhaltung „bei der Frage, inwieweit nur noch einzelne Lebensfunktionen durch künstliche Maßnahmen ohne Hoffnung auf Besserung aufrecht zu erhalten sind, [...] eine gewisse Grenze finden [mag].“³²

2. Grundproblem: Leben als Schaden?

Die Frage, ob das leidensbelastete Weiterleben des Patienten gegenüber seinem Sterben rechtlich als Schaden eingeordnet werden kann, hat das Gericht damit mus-

tergütig vorbereitet. Überraschend ist deshalb, dass die Argumentation zu dieser entscheidenden Frage mit nur einem Absatz recht knapp und ohne erneuten Rückgriff auf grundrechtliche Maßstäbe stattfindet.³³

a. Keine Abtrennbarkeit von Leben und Leiden

In Analogie zur höchstrichterlich praktizierten Trennung von Unterhaltspflicht der Eltern und dem Leben als solchem könnte man zunächst versucht sein, das Leiden des Patienten im vorliegenden Fall von seinem Weiterleben zu abstrahieren. Dieser Weg dürfte aber nicht gangbar sein: Leben und Leiden sind hier natürlich und naturgesetzlich verwoben. Anders als der Unterhalt ist das Leiden schon keine vom Leben losgelöst denkbare Größe. Hinzu tritt die zwingende Personalunion von Weiterlebendem und Leidendem, welche gegen eine Analogie spricht. Das Gericht geht deshalb mit Recht nicht auf diesen Argumentationsstrang ein.

b. Konsequenz aus den Beweislastgrundsätzen

Wenig überzeugend ist das erste Argument des Gerichts, demzufolge eine Ersatzfähigkeit des Schadens notwendige Konsequenz daraus sei, dass „nach Beweislastregeln zu unterstellen ist, dass der Betreuer den Patienten hätte sterben lassen, weil der Tod für ihn eine Erlösung gewesen wäre [...]“. Die Beweislastregel soll für sich genommen nur abstrakte Waffengleichheit zwischen Patienten und behandelnden Ärzten herstellen, sie gilt dementsprechend für alle Fälle unzureichender Aufklärung.³⁴ Der Regel darüber hinaus auch die Wertung zu entnehmen, die als kausal vermuteten Schäden seien sämtlich ersatzfähig, dürfte aber wohl zu weit gehen. Die Ersatzfähigkeit von Schäden ist eine normative

26 BGHZ 124, 128, 139: „Der erkennende Senat teilt die den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts [...] ersichtlich zugrundeliegende Auffassung, daß es sich auch bei Zugrundelegung einer vertrags- und haftungsrechtlichen Betrachtungsweise von Verfassungen wegen (Art. 1 GG) verbietet, die Existenz des Kindes als Schaden anzusehen.“

27 BVerfG (1. Senat), NJW 1998, 519, 521: „Die Rechtsprechung des BGH, daß die Unterhaltspflicht für ein Kind in den hier zu beurteilenden Sachverhalten als Schaden anzusehen ist, stellt auch keine Kommerzialisierung dar, die das Kind seines Eigenwertes beraubt. Das Haftungsgefüge des Zivilrechts berührt grundsätzlich auch dort die Menschenwürde nicht, wo ein Schadensersatzanspruch unmittelbar an die Existenz eines Menschen anknüpft.“

28 BVerfG (2. Senat), NJW 1993, 1751, 1764: „Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt hingegen von Verfassungen wegen (Art. 1 I GG) nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten [...], verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.“

29 BGH, NJW 1980, 1450.

30 OLG München Urteil v. 21.12.2017, in diesem Heft S. 134, Rn. 107.

31 Ebd.

32 BGH NJW 1983, 1371, 1373. Ob dergleichen Grenzen tatsächlich bestehen, hat der Senat sodann aber offen gelassen.

33 OLG München Urteil v. 21.12.2017, in diesem Heft S. 134, Rn. 108.

34 MüKo-BGB/Wagner, § 630h Rn. 34.

Frage, bei der naturgemäß keine tatsächlichen Beweisprobleme bestehen. Sie betrifft einen anders gelagerten Fragenkreis.

c. Selbstentscheidungsrecht als Ansatzpunkt

Das Gericht argumentiert sodann mit der erforderlichen Effektivierung des Selbstentscheidungsrechts des Patienten.³⁵ Das Argument ist zwar etwas knapp wiedergegeben, überzeugt aber im Kern. In der Tat wäre es nämlich widersprüchlich, wenn man einerseits das Entscheidungsrecht über die eigene körperliche Integrität durch ein Einwilligungserfordernis und eine damit verbundene Aufklärungspflicht betonte,³⁶ ihm andererseits aber ausgerechnet in einer so bedeutenden Situation den schadensersatzrechtlichen Schutz verweigerte. Genau genommen wird dem Arzt damit auch nicht die Lebenserhaltung als solche, sondern die Missachtung des Selbstentscheidungsrechts seines Patienten vorgeworfen. Diese Missachtung des Selbstentscheidungsrechts wiederum genügt aber nach allgemeinen Grundsätzen, um einen zum Schadensersatz verpflichtenden Eingriff in die körperliche Unversehrtheit anzunehmen.³⁷

Dagegen lassen sich auch keine verfassungsrechtlichen Lebensschutzargumente in Stellung bringen. Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG beinhaltet jedenfalls auch das Recht, sich gegen ein Weiterleben durch schmerzhaft lebensverlängernde Maßnahmen zu entscheiden.³⁸ In den Worten des BVerwG: „Ausgehend davon umfasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG auch das Recht eines schwer und unheilbar kranken Menschen, zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt sein Leben enden soll, vorausgesetzt, er kann seinen Willen frei bilden und entsprechend handeln.“³⁹

Dann kann der Staat auch nicht gehalten sein, ein von ärztlicher Hand herbeigeführtes Weiterleben durch das Absprechen eines Schadensersatzanspruchs zu erleichtern. Vielmehr lässt sich ein mit der Verfassung in Einklang stehender Zustand gerade dadurch herstellen, dass man umgekehrt die Entscheidungsfreiheit des Patienten mit einem vollwertigen zivilrechtlichen Schutz versieht. Die Ansicht des Gerichts ist deshalb überzeugend.

3. Keine Begrenzung auf eindeutig unvertretbares Arzthandeln

Schließlich geht das Gericht bei der Anspruchsbegründung noch auf eine Literaturmeinung ein, die bei lebensverlängernden Maßnahmen nur dann einen Schadensersatzanspruch gewähren will, wenn der Arzt eindeutig unvertretbar gehandelt hat.⁴⁰ Das Gericht folgt dieser Auffassung nicht, denn es seien keine Gründe für eine Modifikation des allgemeinen Haftungsmaßstabs ersichtlich.⁴¹

Die Ansicht des OLG kann in gewissen Fällen durchaus zu Härten für behandelnde Ärzte führen, die aber

durch eine gewissenhafte Prüfung des Verschuldens nach allgemeinen Grundsätzen aufgefangen werden können.⁴² Unter dieser Voraussetzung handelt es sich bei der Stellungnahme des Gerichts um eine sinnvolle Stärkung des Selbstentscheidungsrechts von Patienten. Freilich ist nicht ganz klar, ob es einer Auseinandersetzung mit diesem Problem im vorliegenden Fall tatsächlich bedürft hätte: Die erkennbar unzureichende Aufklärung des Patienten oder seines Betreuers könnte durchaus einen Fall eindeutig unvertretbaren Arzthandelns darstellen. Auch unter der einschränkenden Sichtweise hätte man also durchaus zu einem Schadensersatzanspruch gelangen können. In jedem Fall ist die Klarstellung des Verschuldensmaßstabs aber mit Blick auf das Rechtssicherheitsbedürfnis von Patienten – und nicht zuletzt auch Ärzten – zu begrüßen.

IV. Bemessungsgrundlage des Schmerzensgeldes

Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes bemerkt das Gericht zunächst zutreffend, dass bereits die bloße Weiterernährung durch eine Magensonde isoliert – d.h. ohne Hinzunahme besonderer Schmerzen des Patienten – ein Schmerzensgeld rechtfertigt.⁴³ Hinzu träten die erheblichen Gesundheitsbeeinträchtigungen des Patienten bis zu seinem Tod, auch wenn dessen Wahrnehmung der Beeinträchtigungen infolge seiner Erkrankung möglicherweise eingeschränkt war. Mit Blick auf Art. 1 GG könne die Höhe des Schmerzensgeldes nämlich nicht primär davon abhängen, „in welchem

35 OLG München Urteil v. 21.12.2017, in diesem Heft S. 134, Rn. 108.

36 S. etwa Staudinger-Eckpfeiler/Hager, S. Rn. 206: „Denn die Entscheidung darüber, ob eine medizinisch zwar indizierte, jedoch mit Leiden verbundene Maßnahme ergriffen werden soll, ist dem Patienten als letztentscheidender Instanz zugewiesen. Hier kann der Arzt auch dann nicht eingreifen, wenn die Operation medizinisch notwendig sein sollte. Die Entscheidung darüber hat eben der Patient zu treffen.“

37 Staudinger-Eckpfeiler/Hager, S. Rn. 206.

38 Müller-Terpitz, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR VII, 3. Aufl. 2009, § 147 Rn. 100: „Mit der durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Autonomie des Individuums, welche sich für die Sterbephase zu einem „Recht auf einen menschenwürdigen Tod“ konkretisiert, wäre es trotz der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung für das Leben indessen unvereinbar, den leidenden Patienten zum bloßen Gegenstand, zum bloßen Objekt einer von ihm als sinnlos empfundenen Lebensverlängerung zu degradieren.“ Generell zurückhaltend zum Schutz des Grundrechtsträgers vor gesundheitlicher Selbstschädigung, freilich mit Hinweis auf mögliche Ausnahmen bei drohendem Selbstmord BVerfG, NJW 1989, 2960.

39 BVerwG, NJW 2017, 2215, 2217.

40 Dazu – und gleichzeitig kritisch zu der hier besprochenen Entscheidung – Spickhoff, NJW 2018, 1725, 1728.

41 OLG München Urteil v. 21.12.2017, in diesem Heft S. 134, Rn. 109.

42 Krit. Spickhoff, NJW 2018, 1725, 1728. Dass dort der Grundsatz „in dubio pro vita“ herangezogen wird, ist freilich problematisch. Die maßgebende Pflichtverletzung, auf die sich das Vertretenmüssen beziehen muss, war hier nicht die Lebensverlängerung als solche, sondern das Fehlen ordnungsgemäßer Aufklärung.

43 OLG München Urteil v. 21.12.2017, in diesem Heft S. 134, Rn. 113.

Ausmaß der Patient die Beeinträchtigungen tatsächlich empfunden hat.“⁴⁴

Ein solches, vom Schmerz losgelöstes Schmerzensgeld ist gerade vor dem öffentlich-rechtlichen Hintergrund der verfassungsrechtlichen Ordnung auch sinnvoll. Neben der durch das Gericht genannten Rechtsprechungslinie zu schweren Geburtsschäden⁴⁵ lässt sich hier insbesondere auch die Rechtsprechung zur angemessenen Geldentschädigung bei Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts vergleichend heranziehen.⁴⁶ Hier wie dort geht es um die Durchsetzung verfassungsrechtlicher Schutzpflichten, die nicht zuletzt auch regulatorische Verhaltenssteuerungsanreize bedingen.⁴⁸ Dementsprechend muss eine gewährte Entschädigung auch – unabhängig von tatsächlich erlittenem Leid – abschreckend sein.⁴⁹

Vor diesem Hintergrund ist auch die nicht unerhebliche Höhe des durch den Senat zuerkannten Schmerzensgeldes (40.000 Euro) nicht zu beanstanden.

D. Praxishinweis

Die Entscheidung des OLG München konturiert das Selbstentscheidungsrecht von Patienten in begrüßenswerter Weise und ist im Ergebnis vollständig und in den Gründen weitgehend überzeugend. Ganz gleich aber, ob das Urteil der Revision standhält oder nicht, wird es sich bei der entsprechenden BGH-Entscheidung um eine Leitentscheidung auf dem Gebiet des Arzthaftungs- und des Lebensrechts handeln.

Wenn der BGH die Berufungsentscheidung bestätigt, so läge darin ein deutliches Signal an die Praxis, die ärztlichen Aufklärungspflichten gerade am Lebensende und auch gegenüber Betreuern ernst zu nehmen. Wie der Umfang des zugesprochenen Schmerzensgeldes zeigt, ist bei Verstößen mit erheblichen Haftungsrisiken zu rechnen.

E. Zusammenfassung in Thesenform

1. Die Entscheidung des OLG München ist im Ergebnis vollständig und in den Gründen weitgehend überzeugend. Es ist zu hoffen, dass sie durch den BGH bestätigt wird.

2. Als maßgebliche Pflichtverletzung kommen in derartigen Fällen insbesondere Aufklärungsmängel in Frage. Ein diesbezüglicher Rechtsirrtum ist in aller Regel vermeidbar und damit unbeachtlich.

3. Die arzthaftungsrechtliche Beweislastumkehr, der zufolge dem Arzt der Nachweis obliegt, dass auch bei hinreichender Aufklärung eine Einwilligung erteilt worden wäre, greift auch hier ein.

4. Die Problematik der einwilligungslosen Lebensverlängerung ist anders gelagert als die bislang höchststrichterlich entschiedenen Fälle, in denen es um die Thematik des „wrongful life“ ging. Die dort entwickelten Grundsätze sind nicht übertragbar.

5. Das Weiterleben und -leiden ohne Einwilligung des Patienten stellt einen Schaden im Rechtssinne dar. Anders als bei den Fällen der Lebensentstehung missachtet die Fortsetzung einer lebensverlängernden Maßnahme das höchstpersönliche Entscheidungsrecht des Rechtsgutsträgers.

6. Eine Beschränkung der Arzthaftung für lebensverlängernde Maßnahmen auf Fälle eindeutig unvertretbaren ärztlichen Handelns findet im Gesetz keine Grundlage, angemessene Haftungserleichterungen können auch mit dem allgemeinen Fahrlässigkeitsmaßstab erreicht werden.

7. Die Bemessung des Schmerzensgeldes orientiert sich nicht primär am tatsächlich empfundenen Leid und muss über eine bloß symbolische Entschädigung hinausgehen.

44 OLG München Urteil v. 21.12.2017, in diesem Heft S. 134 f., Rn. 113.

45 Zu einem schweren Hirnschaden infolge eines Behandlungsfehlers des Geburtshelfers BGH, MDR 1993, 123, 124: „Der Ausgleich für diese immateriellen Einbußen ist nicht in der Weise vorzunehmen, daß der weitgehende Wegfall der Empfindungsfähigkeit des Verletzten bei der Bemessung des Schmerzensgeldes mindernd berücksichtigt wird.“

46 Dass es auch entscheidende Unterschiede zum Ersatzanspruch wegen Persönlichkeitsverletzungen gibt, etwa hinsichtlich der Vererblichkeit, BGHZ 201, 45, lässt die Parallele bei der Höhe unberührt.

47 Ausführlich zur Präventionsfunktion im Rahmen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen Wagner, AcP 206 (2006), 352, 384.

48 BGHZ 128, I = GRUR 1995, 224, 229: „Eine Verurteilung zur Geldentschädigung ist aber nur dann geeignet, den aus dem Persönlichkeitsrecht heraus gebotenen Präventionszweck zu erreichen, wenn die Entschädigung der Höhe nach ein Gegenstück auch dazu bildet, daß hier die Persönlichkeitsrechte zur Gewinnerzielung verletzt worden sind.“

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Augsburg*

Legitimation des § 219a StGB und Informationsbedürfnisse Schwangerer

In der rechtspolitischen Diskussion ist § 219a StGB die Legitimation abgesprochen und die Vorschrift als Hindernis für die Information Schwangerer bezeichnet worden. Beides trifft nicht zu. Dies zeigt die schriftliche Fassung der Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags am 27.6.2018 zu

- (1) dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Einschränkung des Verbots der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche (BT-Drs. 119/820),
- (2) dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Aufhebung des Werbeverbots für Schwangerschaftsabbrüche (BT-Drs. 9/93) und
- (3) dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Aufhebung von § 219a StGB (BT-Drs. 19/630).

I. Zusammenfassung

1. Die in den Gesetzesanträgen der Fraktionen „Die Linke“ und Bündnis 90/Grüne vorgeschlagene Streichung des § 219a StGB ist abzulehnen.

a) § 219a StGB verfolgt rationale und legitime Zwecke. Er dient dem Lebensschutz, schützt Frauen vor der Kommerzialisierung einer Notlage und flankiert das Beratungsmodell (§ 219 StGB), das die Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der liberalen Fristenlösung (§ 218a Abs. 1 StGB) ist. Darüber hinaus entspricht § 219a StGB der Vorgabe des BVerfG, der Schwangerschaftsabbruch dürfe in rechtskommunikativ-symbolischer Hinsicht nicht als etwas „Normales“ dargestellt werden.

b) Eine Streichung des § 219a StGB ist *kriminalpolitisch nicht erforderlich*. Frauen können sich – auch im Internet – in vielfältiger Weise über die Modalitäten eines Abbruchs informieren. *Weitergehender Informationsbedarf lässt sich mit Hilfe einer zentralen Informationsplattform befriedigen, auf die Ärzt*innen verlinken können*. Eine solche Plattform könnte zudem sicherstellen, dass die Informationen inhaltlichen Qualitätsstandards genügen und nicht im Widerspruch zu den von § 219 StGB verfolgten Zielen stehen. *Eine Streichung des § 219a StGB führt hingegen nicht zu mehr Informationen für Schwangere* und ist daher weder erforderlich noch der Komplexität der Frage angemessen.

c) Sämtliche zur Verfügung stehende Statistiken zeigen, dass *Staatsanwaltschaften § 219a StGB äußerst zurückhaltend anwenden*: Wenn Verfahren überhaupt eingeleitet werden, enden diese fast alle ohne Sanktion. Die o.g. *Plattformlösung würde die minimalen Strafbarkeitsrisiken vollständig beseitigen, ohne dass es einer Änderung des § 219a StGB bedarf*.

2. Auch der *Gesetzesentwurf der Fraktion der FDP*, der eine erhebliche Änderung des § 219a StGB vorsieht, *ist abzulehnen*. Er verbessert nicht die Informationsversorgung und leidet überdies an mehreren *immanenten Widersprüchen*, die sich nur auflösen lassen, wenn man (wie „Die Linke“ und Bündnis 90/Grüne) für eine Streichung plädiert oder § 219a StGB in systemwidriger Weise zu einem Tatbestand zum Schutz des lauterer Wettbewerbs umgedeutet. Eines (weiteren) Tatbestandes zum Schutz lauterer Werbung bedarf es jedoch nicht.

II. Legitimation des § 219a StGB

In der (straf-)rechtswissenschaftlichen Literatur findet sich keine Stimme, die eine Streichung des § 219a StGB verlangt.¹ Auch die gelegentlich geäußerten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit² sind unbegründet. Die ganz herrschende Meinung geht denn auch davon aus, dass die Vorschrift verfassungskonform sei.³

1. Liberaler Hintergrund

Die geltende Fassung des § 219a StGB beruht auf dem Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.8.1995, die im Wesentlichen mit der Fassung des 15. Strafrechtsänderungsgesetzes aus dem Jahr 1976 übereinstimmt.⁴ Schon daher ist der in den Gesetzesentwürfen und Stellungnahmen von Politiker*innen bzw. Aktivist*innen verbreitete Hinweis, der Tatbestand stamme aus der „Nazizeit“,⁵

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Augsburg. Die Stellungnahme baut auf einer früheren Publikation des Verfassers in der ZRP 2018, 13 ff. auf, geht aber über diese hinaus.

1 Bezeichnenderweise verlangt *Frommel*, JR 2018, 239 nur eine Einschränkung des Tatbestandes.

2 Zu diesen Zweifeln *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 5 Rn. 40; *Merkel*, in: *Nomos Kommentar zum StGB*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 219a StGB Rn. 2. Beide attestieren der Vorschrift jedoch keine Verfassungswidrigkeit. Deutlicher *Preuß*, *medstra* 2018, 131, 135: § 219a sei „in seiner derzeitigen Form“ mit dem Verfassungsrecht nicht zu vereinbaren.

3 *S. Hillenkamp*, *Hessisches Ärzteblatt* 2018, 92, 93; *Jansen*, *jurisPR-StrafR* 7/2018 Anm. 2; *Kubiciel*, ZRP 2018, 13 ff.; *Satzger*, ZfL 2018 22, 23 f.; *Schweiger*, ZRP 2018, 98, 99; *Walter*, ZfL 2018, 26, 27 f. Ebenso (und auf die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung hinweisend) *Rahe*, JR 2018, 232, 237 f.

4 BGBl. I, S. 1050; ferner *Kröger*, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11. Aufl. 2005, § 219a Vor Rn. 1.

5 Auch von den Gesetzesentwürfen der Fraktion „Die Linke“ (BT-Drs. 19/93, S. 1) und Bündnis 90/Grüne (BT-Drs. 19/630) wird die Gesetzgebungsgeschichte verkürzt und deshalb tendenziös wiedergegeben. Einseitig *Frommel*, ZfL 2018, 17: „1933 eingeführt und danach nie reflektiert.“ S. ferner *dies.*, JR 2018, 239. Kritisch dazu *Dutge*, *medstra* 2018, 129. Zur Besonnenheit mahnend *Windhöfel*, ZfL 2018, 1.

unrichtig.⁶ Richtig ist zwar, dass eine Vorläufervorschrift 1933 in Kraft trat, diese war aber während der *strafrechtspolitisch liberalen Zeit der Weimarer Republik* konzipiert worden. Sie atmet den Geist *Gustav Radbruchs*.⁷ Sämtliche Entwürfe für ein Allgemeines Deutsches Strafgesetzbuch (E-1919, E-1922, E-1925) haben das öffentliche Ankündigen von Verfahren für Schwangerschaftsabbruch kriminalisiert. Der Entwurf von 1927 hat dann erstmalig explizit das „öffentliche Erbieten“ zu einem Schwangerschaftsabbruch pönalisiert. Die Begründung lautete: Der Gedanke zum Abbruch einer Schwangerschaft werde nicht selten von außen hervorgebracht, und zwar durch „Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften“⁸. Daneben trat das Ziel, Schwangere in einer Notsituation vor finanzieller Ausbeutung durch jene zu schützen, die mit der Unterstützung bei Schwangerschaftsabbrüchen warben.⁹ *Die sozialliberale Regierung hielt während der Beratungen zum 15. Strafrechtsänderungsgesetz 1979 am Kern der Vorschrift fest* und begründet den Straftatbestand mit der Überlegung, es müsse verhindert werden, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit „als etwas Normales“ dargestellt und kommerzialisiert wird.¹⁰ Dies ist „eine folgerichtige Ergänzung der positiv-generalpräventiven Wirkweise, die dem Straftatbestand des § 218 Abs. 1 StGB (...) von Seiten des BVerfG wie des Gesetzgebers zuerkannt wird.“¹¹ Diese vielschrittige *Gesetzgebungsgeschichte begründet eine Vermutung dafür, dass sich der demokratisch legitimierte Gesetzgeber innerhalb des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums bewegt hat*.¹²

2. Materielle Legitimation

a) Zwecksetzungen des § 219a StGB

Seine materielle Legitimation erhält § 219a StGB nicht nur von den aus „Weimar“ nach Bonn tradierten Zielen. Vielmehr fügt sich der Tatbestand auch in das geltende Modell einer Fristenlösung auf Beratungsgrundlage ein.¹³ Nach § 218a Abs. 1 StGB ist der Straftatbestand des Schwangerschaftsabbruchs nicht „verwirklicht“, wenn seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind, der Abbruch von einem Arzt vorgenommen wird und die Schwangere nachgewiesen hat, dass sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen. *Das geltende Recht trägt folglich dem Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau in weitem Umfang Rechnung*. Dennoch löst es den Konflikt mit dem Schutz des vorgeburtlichen Lebens nicht einseitig auf, sondern sieht mit der Beratung, die „dem Schutz des ungeborenen Lebens dient“ (§ 219 Abs. 1 S. 1 StGB), einen schwachen, prozeduralen Lebensschutz vor. Dabei ist das *Beratungsmodell für die liberale Fristenlösung nicht nur kriminalpolitisch von grundlegender Bedeutung, sondern stellt auch eine zwingende verfassungsrechtliche Bedingung für die Entkriminalisierung nicht-indizierter Abbrüche dar*.¹⁴ Nach gefestigter Rspr. des BVerfG hat

der Staat zum Schutz des ungeborenen Lebens „ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art (zu) ergreifen (...)“. Nach bestehenden verfassungsrechtlichen Anforderungen ist er dabei nicht frei, den Schwangerschaftsabbruch über verfassungsrechtlich unbedenkliche Ausnahmetatbestände hinaus als nicht rechtswidrig, also erlaubt, anzusehen.¹⁵ Das Schutzkonzept müsse „so ausgestaltet sein, daß es geeignet ist, den gebotenen Schutz zu entfalten, und nicht in eine – zeitlich begrenzte – rechtliche Freigabe des Schwangerschaftsabbruchs übergeht oder als solche wirkt.“ Der Bundesgesetzgeber, heißt es im Leitsatz einer weiteren Entscheidung des BVerfG, dürfe „den strafrechtlichen Schutz des ungeborenen Lebens nur dann partiell zurücknehmen (...), wenn er an dessen Stelle ein anderes wirksames Schutzkonzept setzt (...)“.¹⁶ Diese Ausführungen des BVerfG zeigen deutlich, dass eine *reine Fristenlösung ohne Beratung nach geltender Verfassungsrechtsprechung verfassungswidrig wäre*. Dass das BVerfG diese Rspr. aufgibt, ist aus vielerlei Gründen ausgeschlossen.¹⁷ Für das BVerfG ist aber nicht nur das Beratungskonzept unverzichtbar, es verlangt im Hinblick auf die Beratung auch die Schaffung von „*Rahmenbedingungen, die positive Voraussetzungen für ein Handeln der Frau zugunsten des Lebens schaffen*“.¹⁸ Das ist folgerichtig: Wenn der Gesetzgeber den Lebensschutz prozeduralisiert, sind die Regeln, die das Verfahren ausgestalten und seine Durchführung schützen, entscheidend dafür, dass das Verfahren überhaupt in der Lage ist, sein Ziel – hier: den Schutz des Lebens (§ 219 StGB) – zu erreichen.¹⁹

6 Hillenkamp, Hessisches Ärzteblatt 2018, 92; Kubiciel, ZRP 2018, 13, 14. Zustimmung Schweiger, ZRP 2018, 98, 99.

7 Zu Radbruchs Einfluss auf die liberale Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts Eser, Festschrift für Spindel, 1992, 475 ff.

8 Gesetzesbegründung zitiert nach Schubert u.a., Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, Bd. 1, 1995, S. 609.

9 Hillenkamp, Hessisches Ärzteblatt, 2/2018, 92.

10 BT-Drs. 7/1981, S. 17; Siehe nur BGBl. I 1976, S. 1213 ff.

11 Berghäuser, JZ 2018, 497, 499.

12 Näher dazu am vergleichbaren Beispiel des § 217 StGB Augsberg/Szcerbak, in: Bormann (Hrsg.), Lebensbeendende Handlungen, 2017, S. 731, 742 f.

13 Siehe zu dieser Entwicklungsgeschichte einen der „Geburtshelfer“ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 218 ff. Rn. 1-8, mit weiteren Hinweisen.

14 Eser (Fn. 14), Vor §§ 218 Rn. 7.

15 Dazu und zum Folgenden BVerfGE 88, 203, 261 f.

16 BVerfGE 88, 265 Leitsatz 3.

17 So ist die Anerkennung der Schutzwürdigkeit des werdenden Lebens nicht nur das Fundament derart komplexer Regelungen wie jenen zur Embryonenforschung und der PID, sondern ist vom BVerfG ausdrücklich auf die Menschenwürdegewährleistung des Art. 1 Abs. 1 GG und das Recht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 gestützt worden (BVerfGE 88, 203 Leitsatz 1). Zu den Gründen, die dagegen sprechen, dass das BVerfG bereit sein könnte, diese zentralen Gewährleistungen des GG zu relativieren, s. Eser, ZRP 1991, 291, 295.

18 Dazu und zum Folgenden BVerfGE 88, 203, 270.

19 Das bestreitet Schweiger, ZRP 2018, 98, 101, mit dem Argument, § 219a StGB stehe als Instrument des „mittelbaren Grundrechtsschutzes (...)“ völlig unabhängig neben den Regeln des prozeduralen Lösungsmodells“.

Zu diesen Rahmenbedingungen gehört nach hiesiger und ganz herrschender Auffassung auch § 219a StGB.²⁰ Tatsächlich würde es der auf den Schutz des Lebens ausgerichteten Beratungspflicht widersprechen, wenn Ärzte gleichzeitig für die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen werben bzw. ihre Leistung öffentlich anbieten dürften. Dass eine Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft dem Ziel des Schutzes des werdenden Lebens entgegensteht, bedarf keiner weiteren Erörterung. Aber auch das öffentliche Anbieten von Schwangerschaftsabbrüchen ohne werbenden Impetus kann für eine Voreingenommenheit bei der Schwangeren sorgen oder diese festigen und läuft damit dem Ziel der Beratung zuwider.²¹ Daher soll die Schwangere idealiter zunächst über Alternativen zum Abbruch informiert werden, bevor Ärzte, die einen Abbruch vornehmen, über dessen Modalitäten aufklären. So gesehen, ist § 219a StGB Teil des Schutzkonzeptes, dessen Existenz für das BVerfG ausschlaggebend dafür gewesen ist, die Fristenlösung für verfassungskonform zu erklären. Darüber hinaus setzt § 219a StGB die Vorgabe des BVerfG um, dass der Gesetzgeber dem Eindruck entgegenzutreten müsse, bei einem Schwangerschaftsabbruch handle es sich um einen „alltäglichen, also der Normalität entsprechenden Vorgang.“²² § 219a StGB erfüllt mithin auch *die vom BVerfG verlangte symbolisch-kommunikative Funktion, die „normative Anormalität“ eines nicht-indizierten Abbruchs innerhalb des Strafgesetzbuches zu verdeutlichen.*

§ 219a StGB leistet also wesentlich mehr als einen diffusen „Klimaschutz“²³. Indem der Tatbestand die Werbung für oder das öffentliche Anbieten von Schwangerschaftsabbrüchen(n) verbietet,

- dient er dem Lebensschutz, weil Werbung den Entschluss zu einem Abbruch festigen oder gar hervorbringen kann,
- schützt Frauen vor einer Kommerzialisierung ihrer Notsituation,
- flankiert die dem Lebensschutz dienende Beratung und
- bringt (wie vom BVerfG verlangt) im StGB zum Ausdruck, dass ein Schwangerschaftsabbruch kein normaler Vorgang ist.

b) Verhältnismäßigkeit

§ 219a StGB ist zur Erreichung der o.g. Zwecke *erforderlich und angemessen*. Dagegen lässt sich nicht einwenden, die Vorschrift kriminalisiere die Werbung für nicht-tatbestandmäßige (also strafrechtlich nicht verbotene) Schwangerschaftsabbrüche und pönalisieren die Kriminalisierung der Vorbereitung einer straflosen Haupttat.²⁴ Denn § 219a StGB *kriminalisiert nicht die Vorbereitung eines (strafbaren oder straflosen) Schwangerschaftsabbruchs, sondern einen Verstoß gegen ein Werbe- und Informationsverbot, dem innerhalb der Gesamtstatik der §§ 218 ff. StGB eine wichtige Bedeutung zukommt (s. oben za).*²⁵ Zu-

dem gibt es innerhalb und außerhalb des StGB zahlreiche Tatbestände, die sich – auch – als Verbot der Vorbereitung einer straflosen Haupttat lesen lassen: die Verbote der Werbung für Arzneimittel, für Zigaretten und Alkohol, aber auch § 217 StGB.

Das *ärztliche Berufsrecht ist kein gleich geeignetes, milderes Mittel.*²⁶ Zum einen reicht das Berufsrecht weniger weit als § 219a StGB, zum anderen ist Berufsrecht schwieriger durchzusetzen als staatliches Recht und gilt im übrigen nur für in Deutschland zugelassene Ärzte. Vor allem aber hat das BVerfG darauf hingewiesen, dass der Staat selbst zu kommunizieren habe, dass der nicht-indizierte Abbruch eine rechtswidrige (wenn auch straflose) Tat sei. Diese Kommunikationsaufgabe kann der Staat nicht an jene Instanz delegieren, die die Interessen der von einem Werbeverbot betroffenen Ärzt*innen vertritt.

Ebenso wenig überzeugend wäre es, Teile des § 219a StGB (etwa die Tatvariante des „Anbietens“) als Ordnungswidrigkeit auszugestalten anstatt sie im StGB zu normieren. Denn die o.g. Schutzrichtung des § 219a StGB sowie der enge Sachzusammenhang mit der in den §§ 218 ff. StGB enthaltenen Gesamtregelung sprechen dafür, *diese wichtige Rahmenbedingung des Beratungskonzepts im StGB zu belassen.*²⁷

3. Ergebnis

§ 219a StGB stellt einen verhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte der Ärzt*innen und Patientinnen dar. Mehr noch: Angesichts seiner Einbettung in die (verfassungsrechtlich zwingende) Gesamtkonzeption von Beratungs- und Fristenlösung würde eine Streichung des § 219a StGB die vom BVerfG aufgestellten Mindestanforderungen an den Schutz des menschlichen Lebens und seiner Würde unterlaufen. Es ist daher anzunehmen, dass das BVerfG eine Freigabe der Werbung für Abbrüche als verfassungswidrig erachten und jedenfalls kompensatorische Maßnahmen verlangen würde.²⁸

20 So schon *Kubiciel*, ZRP 2018, 13 ff. Wie hier *Berghäuser*, JZ 2018, 497, 501 f.; *Gärditz*, ZfL 2018, 18, 19; *Jansen*, jurisPR-StrafR 7/2018 Anm. 2; *Satzger*, ZfL 2018, 22, 23; *Swoboda*, ZfL 2018, 24; *Walter*, ZfL 2018, 26, 28. Zweifelnd daran lediglich *Rahe*, JR 2018, 232, 234: Werbeverbot „dürfte“ unterhalb der Schwelle der Rahmenbedingungen liegen, die Gesetzgeber vorhalten müsse.

21 Die Sicherung der Unvoreingenommenheit ist dem Strafrecht nicht unbekannt. So schützt § 353d StGB die Unvoreingenommenheit von Zeugen durch das Verbot, die Anklageschrift, Teile davon oder andere Gerichtsdokumente vor der Erörterung im Verfahren oder dessen Abschluss zu veröffentlichen. S. dazu BT-Drs. 7/550, S. 283, 284.

22 BVerfGE 88, 203, 319. Dazu auch *Hillenkamp*, Hessisches Ärzteblatt 2/2018, 92, 93.

23 Dazu zu Recht kritisch *Merkel*, in: Nomos Kommentar zum StGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 219a Rn. 2.

24 So schon *Schroeder*, ZRP 1992, 409, 410. S. ferner *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 5 Rn. 40; *Merkel* (Fn. 24).

25 Ähnlich im Ausgangspunkt *Merkel* (Fn. 24), § 219a Rn. 2.

26 Wie hier *Rahe*, JR 2018, 232, 237.

27 *Berghäuser*, JZ 2018, 497, 502.

28 *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 5/2018 Anm. 1.

III. Rechtspolitischer Handlungsbedarf

1. Kein verfassungs- oder unionsrechtlicher Handlungsbedarf

Nicht selten wird behauptet, das BVerfG selbst habe eine Liberalisierung gefordert, indem es festgestellt hat, dass es einem Arzt möglich sein müsse, Patientinnen über seine Dienste „ohne negative Folgen“ zu informieren, wenn die Rechtsordnung selbst Wege zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen eröffne.²⁹ Dabei wird jedoch verkannt, dass es in dem Fall nicht um die Abwehr von *staatlichen* Folgen für die Werbung für Schwangerschaftsabbrüche ging. Vielmehr suchte der Arzt nach zivilrechtlichem Schutz gegen einen fanatischen Lebensschützer, der wiederholt und beharrlich vor den Praxisräumlichkeiten demonstrierte und irreführende Flugblätter verteilte. Es ging also weder um Folgen einer Werbung für die Durchführung von Abbrüchen noch um *staatliche* Folgen, d.h. ein Ermittlungsverfahren. Vor allem aber hatte das BVerfG ersichtlich nicht die Absicht, Bestandteile (oder gar die Gesamtkonzeption) der Verfassungsrechtsprechung zum Schwangerschaftsabbruch bzw. des geltenden Rechts in Zweifel zu ziehen.³⁰

Auch das Unionsrecht fordert keine Streichung des § 219a StGB.³¹ Zwar kann ein Werbeverbot in die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV eingreifen, jedoch lässt das Unionsrecht eine Einschränkung dieser Grundfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit der Gesundheit – kurz: des *ordre public* – zu.³² Berücksichtigt man, wie stark der EuGH selbst im Bereich der Glücksspielregulierung Rücksicht auf nationale Schutzkonzepte nimmt³³, lässt sich mit großer Sicherheit prognostizieren, dass der EuGH ein nationales Schwangerschaftsrecht nicht mit dem Hebel des Art. 56 AEUV außer Kraft setzen wird.

2. Informationsdefizite beseitigen, ohne § 219a StGB zu streichen

Als sachlichen Grund für die angestrebte Aufhebung des Werbeverbots führt der Entwurf von Bündnis 90/Grüne an, eine Gesetzänderung sei „zwingend erforderlich“, um Patientinnen Zugang zu Informationen zu ermöglichen. Das ist unzutreffend. Denn Ärzt*innen können Frauen nicht nur im persönlichen Gespräch, bei einem Telefonat oder per Email Informationen zur Verfügung stellen. § 219a StGB gestattet auch die öffentliche Bereitstellung von Informationen, soweit diese nicht anstößig sind und nicht der Erzielung von Einnahmen dienen. *Derartige Informationen werden von Ärzt*innen sowie nicht-kommerziellen Beratungseinrichtungen angeboten – auch im Internet.* Überdies erhalten die betroffenen Frauen gemäß dem Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten

(SchKG) medizinische und psychosoziale Informationen im Rahmen eines Beratungsgesprächs bei einem Arzt oder einer Ärztin, der oder die nicht selbst den Abbruch durchführt, sowie bei den Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen. Allgemeine Informationen stellen – auch im Internet – Gesundheitsämter, Zeitschriften, Blogs und die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung zur Verfügung. Auch im Internet herrscht kein Mangel an Informationen.

Die vollständige Freigabe der Werbung ist nicht erforderlich, um ggf. noch bestehende Informationsdefizite zu beseitigen, da leicht wesentlich bessere Lösungen implementiert werden können. So ließe sich – etwa bei der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung oder den Gesundheitsämtern – eine *zentrale Informationsplattform* installieren, die nicht nur über die *verschiedenen Abbruchmodalitäten informiert*, sondern auch *Listen mit jenen Ärzt*innen* enthält, die Abbrüche vornehmen. Dabei könnten die Arztpraxen auch darauf hinweisen, welche der beschriebenen Behandlungswege sie anbieten. Zugleich könnte diese Plattform *dafür Sorge tragen, dass die Informationen in medizinischer Hinsicht verständlich und gehaltvoll sind und die einschlägigen rechtlichen Vorgaben genannt werden.* Die schlichte Streichung des § 219a StGB führt hingegen nicht zu mehr und besseren Informationen, sondern begründet die Gefahr, dass Ärzt*innen rechtliche Implikationen (bewusst oder unbewusst) verzerren, indem sie bspw. nicht von einem Fötus, sondern – wie geschehen – von „Schwangerschaftsgewebe“ sprechen.³⁴

3. Strafbarkeitsrisiken für Ärzt*innen eliminieren, ohne § 219a StGB zu ändern

Auch Strafbarkeitsrisiken für Ärzt*innen sind kein Anlass, § 219a StGB zu streichen. Denn die Fallzahlen sind insgesamt sehr niedrig, was zeigt, dass die Ärzteschaft kein Problem mit dem Werbeverbot hat. So sind im Vorgangserfassungs- und Vorgangsverwaltungssystem MESTA der Freien und Hansestadt Hamburg seit 2013 lediglich 36 Verfahren erfasst, von denen kein einziges Verfahren zu einer Verurteilung oder einem Strafbefehl geführt hat.³⁵ In Nordrhein-Westfalen waren seit dem 1.1.2008 insgesamt 50 Verfahren bei den Staatsanwaltschaften des Landes anhängig. Dabei führte nur ein Verfahren zu einer Verurteilung, in fünf Fällen wurden Strafbefehle erlassen. In Bayern ist in den letzten 18 Jahren nur in einem einzigen Fall Anklage erhoben worden, das Verfahren endete mit einer Verwarnung

29 BVerfG ZfL 2006, 135, 138.

30 Zutreffend *Berghäuser*, JZ 2018, 497, 503; *Goldbeck*, ZfL 2007, 14, 15; *Jansen*, jurisPR-StrafR 7/2018 Anm. 2.

31 Wie hier *Satzger*, ZfL 2018, 22, 24 (mit Fn. 8).

32 Dazu nur *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 62 AEUV Rn. 3.

33 *Kubiciel*, EuZW 2017, 494

34 Zutreffend *Berghäuser*, JZ 2018, 497, 503.

35 Freie und Hansestadt Hamburg, Drucksache 21/13299.

mit Strafvorbehalt. All dies zeigt, dass die *Staatsanwaltschaften mit Anzeigen sehr unsichtig umgehen und die übergroße Mehrheit der Verfahren (zwischen 100 und 90 Prozent) ohne Sanktion einstellen.*

Verbleibende Strafbarkeitsrisiken lassen sich beseitigen, ohne § 219a StGB zu ändern. So könnten Ärzt*innen auf die oben skizzierte zentrale Plattform verlinken, ohne sich durch die Verlinkung auf ein gesetzlich gestattetes Informationsportal strafbar zu machen. Damit würden die Ärzt*innen auch selbst informieren und ihre Bereitschaft zur Durchführung anzeigen können und wären von Schwangeren leichter auffindbar.

IV. Reduzierung des § 219a StGB auf unlautere Werbung?

Der Gesetzentwurf der FDP, der Ärztinnen und Ärzten lediglich eine „grob anstößige“ Werbung verbieten will, ist abzulehnen. Denn auch dieser Vorschlag führt nicht zu mehr und besseren Informationen und birgt überdies einen doppelten Widerspruch: Zum einen ist es tatsächlich und normativ widersprüchlich, wenn sich Frauen einer am Lebensschutz ausgerichteten Beratung unterziehen müssen, während Ärztinnen und Ärzte für Schwangerschaftsabbrüche in jedweder Form

werben dürften, solange dies nicht in grob anstößiger Weise geschähe. Das passt nicht zu dem Beratungsmodell (s. oben II.). Zum anderen muss sich die FDP, die die Entkernung des § 219a StGB mit der Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruchs begründet, fragen lassen, weshalb sie die Werbung nicht vollständig legalisiert, sondern eine grob anstößige Werbung bei Strafe verbieten will. Erklären ließe sich das nur, wenn man in § 219a StGB eine Vorschrift zum Schutz lauterer Wettbewerbs bzw. lauterer Werbung sieht, den Strafgrund also – systemwidrig³⁶ – vom Gegenstandsbereich Schwangerschaftsabbruch entkoppelt. Die Schaffung einer solchen „besonderen UWG-Norm“ wäre jedoch wenig überzeugend, da es einer solchen Vorschrift nicht bedarf. Eine solche Schutzrichtung ist von der FDP auch nicht intendiert. Vielmehr soll die Strafwürdigkeit daraus entspringen, dass *für einen Schwangerschaftsabbruch anstößig* geworben wird. Offenbar stellt dieser also auch für die Entwurfsverfasser keine rechtliche und soziale Normalität dar. Wenn dem aber so ist, sollte jede Form der Werbung für eine solche Leistung weiterhin untersagt bleiben.

³⁶ BeckOK-Eschelbach, StGB, § 219a Rn. 1.

*Prof. Dr. Reinhard Merkel, Hamburg**

§ 219a StGB – Zur notwendigen Korrektur eines kriminalpolitischen Irrwegs

Vorbemerkung der Redaktion: In den Trends auf Umschlagseite III von Heft 2/2018 der ZfL heißt es unter der Überschrift „§219a: Experten streiten über Werbeverbot“: „... der Hamburger Strafrechtler Reinhard Merkel ... vertrat die Auffassung, Ärzte, die Abtreibungen durchführten, erfüllten einen „Staatsauftrag“.“ Herr Professor Merkel legt Wert auf die Feststellung, dass Ärzte selbstverständlich keinen „Staatsauftrag“ zur Durchführung von Abtreibungen haben; sie haben überhaupt keine „Staatsaufträge“. Er habe vielmehr ausgeführt, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts begründe die Verpflichtung zur „Sicherstellung“ eines „ausreichenden und flächendeckenden Angebots sowohl ambulanter als auch stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen“ eine „Staatsaufgabe“. Die Redaktion der ZfL hat sich insoweit auf fehlerhafte Presseberichte verlassen. Sie bedauert es, dass die Stellungnahme Professor Merkels durch einen ZfL-Trend grob verzerrt wurde. (tw)

I. Vorklärungen: Struktur und normative Komplexität des Tatbestands

1. § 219a StGB Abs. 1 vereint ein ganzes Bündel von Tathandlungs- und Tatumstandsbeschreibungen. Bezogen

sind sie sämtlich auf künftige Schwangerschaftsabbrüche, deren Vorbereitung oder (mittelbare) Förderung als mögliche Wirkung solcher Tathandlungen befürchtet wird. In diesem Sinn versteht sich die Funktion des Paragraphen zunächst als „Vorfeldschutz“ für das Rechtsgut „Leben des Ungeborenen“. Der Paragraph differenziert nicht zwischen unterschiedlichen Formen der von ihm in Bezug genommenen künftigen Abbrüche und ihrer rechtlichen Beurteilung. Er erfasst sie alle, erklärt also ihre mögliche Förderung qua „Werbung“ unterschiedslos für strafbar.

Hierin liegt der hauptsächliche Grund für den Streit um die rechtspolitische Angemessenheit des § 219a. Denn anders als dieser für die sog. Werbung unterscheiden die §§ 218 und 218a StGB für die Abbrüche selbst naturgemäß scharf zwischen solchen, die strafbar (§ 218), und anderen, die tatbestandslos (§ 218a Abs. 1) oder sogar rechtmäßig sind (§ 218a Abs. 2 und 3). Es liegt freilich auf der Hand, dass die wie auch immer

* Der Autor ist emeritierter Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Hamburg. Bei dem Beitrag handelt es sich um die Stellungnahme für die öffentliche Anhörung zu § 219a Strafgesetzbuch am 27. Juni 2018 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz.

verstandene „Vorfeld“-Förderung strafbarer Taten einer anderen strafrechtlichen Beurteilung unterliegen muss als eine äußerlich ähnliche Förderung rechtmäßigen oder tatbestandslosen Handelns. Das gilt selbst dann, wenn man (aus welchen Gründen immer) auch die letztere für grundsätzlich strafwürdig hält. Der Tatbestand des § 219a ignoriert diese Unterscheidung.

2. Verdunkelt wird deren Notwendigkeit von der amtlichen Überschrift des Paragraphen. Darin werden sämtliche seiner Tathandlungen pauschal „Werbung“ genannt, wiewohl sie das in ihrer Mehrzahl nicht sind. Aus dieser Pauschalkennzeichnung resultiert eine verbreitete irri-ge Wahrnehmung des verhandelten Problems in der öffentlichen Debatte. Gewiss kann es erlaubtes Handeln geben, für das man gleichwohl nicht (oder doch nicht in bestimmten Formen aggressiver Zudringlichkeit) werben darf. Beispiel: Einschränkungen der Werbung für Tabakerzeugnisse (§§ 20, 35 Abs. 2 Nr. 9 TabakerzG). Aber – um im Bild des Beispiels zu bleiben – der schlichte Hinweis eines Kioskbesizers, bei ihm könne man Zigaretten kaufen, dürfte ganz gewiss nicht verboten werden, solange dies der Verkauf der Zigaretten selbst nicht ist. § 219a bedroht dagegen auch solche schlichten Hinweise auf die Möglichkeit erlaubten Handelns, nämlich rechtmäßiger Schwangerschaftsabbrüche, mit Strafe.

3. Es empfiehlt sich daher, den Tatbestand des § 219a Abs. 1 zunächst mit einer schärferen Profilierung seiner wesentlichen Unterscheidungen transparent zu machen. Er umfasst

- erstens vier Varianten möglicher Tathandlungen: *anbieten*, *ankündigen*, *anpreisen* sowie *bekanntgeben* entsprechender Erklärungen;
- sodann zwei Typen von Tatmitteln: einerseits *Dienste* zur Vornahme oder Förderung von Schwangerschaftsabbrüchen, andererseits *Mittel*, *Gegenstände* und *Verfahren*, die dazu geeignet sind;
- drittens zwei Modi der Tatbegehung: einen subjektiven (*um eines Vermögensvorteils willen*) sowie einen objektiven Modus (*grob anstößig*); diese Begehungsweisen müssen nicht kumulativ, vielmehr muss nur eine von beiden erfüllt sein;
- und schließlich verlangt er, viertens, für sämtliche Möglichkeiten der Tatbestandserfüllung, die sich aus den vorgenannten Merkmalen ergeben, drei Kontextbedingungen, die ebenfalls nur alternativ vorliegen müssen: entweder *öffentlich* oder *in einer Versammlung* oder *durch Verbreiten von Schriften* (i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB).

Unterschieden werden müssen außerdem zwei Rechtsgüter, die der Paragraph schützen soll: zum einen das ungeborene Leben gegen mittelbare Risiken im Vorfeld seiner konkreten Bedrohung; und zum andern ein bestimmtes „Klima“ der gesellschaftlichen Diskussion, die bewahrt werden soll vor der Entwicklung einer allgemeinen moralischen Indolenz, eines kollektiven Verlusts an Sensibilität gegenüber dem ethischen Problem,

das jede, auch eine gerechtfertigte Abtreibung bedeutet. Der Gesetzgeber des 5. StrRG von 1974 hat dies so formuliert: § 219a wolle „verhindern, daß der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird“ (BT-Drs. 7/1981, 17).

Nicht nur die unterschiedlichen Formen der Tatbestandserfüllung sind also für die Beurteilung seiner Legitimität zu unterscheiden. Vielmehr muss diese Beurteilung auch die unterschiedlichen Maßgaben der beiden genannten Schutzgüter in Betracht ziehen.

4. Die skizzierte Komplexität des Tatbestands legt schon auf den ersten Blick eine wenig zweifelhafte Annahme nahe: Die zahlreichen Möglichkeiten seiner Verwirklichung weisen erhebliche Unterschiede in ihrer Unrechtsqualität auf, da sie sich auf Schwangerschaftsabbrüche ganz unterschiedlicher rechtlicher Bewertung (von strafbar bis rechtmäßig) beziehen. Sie erfassen den sachlichen Hinweis auf dem Informationsblatt im Wartezimmer einer Ärztin, sie führe rechtmäßige Schwangerschaftsabbrüche durch, ganz genauso wie die reißerische Internetwerbung einer unseriösen Auslandspraxis, die auch späte Schwangerschaftsabbrüche „ohne jede Formalität“ (strafbar nach § 218 Abs. 1), „im luxuriösen Wohlfühl-Ambiente sowie im optimalen Preis-Leistungs-Verhältnis“ anbietet (grob anstößig i.S.d. § 219a Abs. 1).

5. Daran wird deutlich, wie irreführend es ist, unter Mobilisierung abstrakter Pauschalbegriffe („Werbung“) und appellativer Schlagwörter („austarierte Gesamtarchitektur des pränatalen Lebensschutzes“) den verworren vielgestaltigen Tatbestand als ganzen zum Gegenstand der Auseinandersetzung zu machen. Die nachfolgenden Überlegungen orientieren sich deshalb an den oben gezogenen Unterscheidungslinien, die das Gesetz selbst vorgibt.

II. Zur Strafbarkeit sachlicher Informationen und Angebote

Sachliche Hinweise, man selbst oder ein Dritter biete schwangeren Frauen die Möglichkeit eines Abbruchs im Rahmen des geltenden Rechts an („*anbieten*“ bzw. „*ankündigen*“ i.S.d. § 219a Abs. 1), sind auch dann, wenn sie von jemandem „öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften“ sowie „seines Vermögensvorteils wegen“ gegeben werden, kein legitimer Gegenstand einer Strafdrohung.¹

1 Das Tatbestandsmerkmal „seines Vermögensvorteils wegen“ in § 219a ist nach ganz h.M. und Rspr. erfüllt, wenn der anbietende Arzt seine Offerte mit der Absicht verbindet, im Fall eines Abbruchs das dafür in der ärztlichen Gebührenordnung vorgesehene Entgelt zu verlangen. Das ist ersichtlich der Normalfall. Im Folgenden setze ich das Vorliegen dieses Merkmals durchgängig voraus und erörtere es nicht gesondert. Ebenfalls nicht selbständig erörtert wird die Strafbarkeit der Tathandlungsvariante „Bekanntgeben von Erklärungen solchen Inhalts“ (nämlich des Anbietens, Ankündigens, Anpreisens); sie ist abhängig vom strafbaren Vorliegen eben eines dieser drei „As“ als ihres „Inhalts“ und bedarf daher neben diesen keiner eigenen Untersuchung.

1. Bei rechtmäßigen Abbrüchen (§ 218a Abs. 2 und 3)

a) Das gilt unter den Maßgaben des Schutzguts „Leben des Ungeborenen“ zunächst offensichtlich für rechtmäßige Abbrüche. Denn wenn dieses Schutzgut bei einem Schwangerschaftsabbruch, der dem sachlichen Hinweis i.S.d. § 219a möglicherweise nachfolgt, von Gesetzes wegen hinter die geschützten Belange der Schwangeren zurücktritt, dann kann die bloße „Förderung“ eines solchen rechtmäßigen Tuns weit in dessen Vorfeld nicht ihrerseits das Unrecht einer Gefährdung jenes Rechtsguts sein. Mit Strafe bedroht werden darf sie dann erst recht nicht. § 219a enthält insofern einen offenen Wertungswiderspruch. Ein Rechtsbefehl, der so lautet: „X tun darfst du; aber öffentlich sagen, dass du's tust, und dadurch die Möglichkeit dieses Tuns vielleicht fördern, darfst du nicht“ ist normativ inkonsistent.

Will man im „Anbieten“ mehr sehen als eine reine Information („ankündigen“) und es deshalb für pönalisierbar halten, so ist darauf hinzuweisen, dass es dabei in der Sache um ein „Sich-Erbieten“ zum Abbruch geht. Ein solches Sich-Erbieten ist aber nach der allgemeinen Regel des § 30 Abs. 2 StGB nur dann strafbar, wenn es im Anbieten der Begehung eines Verbrechens besteht. Strafbare Abtreibungen sind dies nicht. Selbst ein Arzt, der im Gespräch einer Schwangeren in der 20. Woche gegen hohes Entgelt den Abbruch ohne die erforderliche Indikation und damit das Begehen einer schweren Straftat anbietet, bleibt für dieses Angebot straflos. Dann kann aber eine Pönalisierung des Sich-Erbietens zu einem *rechtmäßigen* Abbruch, auch wenn es öffentlich oder schriftlich geschieht, nicht in Betracht kommen. Soweit § 219a Abs.1 diesen offenen Wertungswiderspruch enthält, ist er mit der Verfassung nicht vereinbar. Ein Verhalten, das späteres rechtmäßiges Handeln weit in dessen Vorfeld möglicherweise fördert, darf, sofern es kein weiteres Rechtsgut antastet (*dazu unten 3.*), schon nicht für rechtswidrig erklärt werden. Insofern verletzt § 219a Abs. 1 das Grundrecht auf Berufsfreiheit der Ärzte (Art. 12 Abs. 1 GG), das auch ein Recht umfasst, die Öffentlichkeit über das eigene berufsspezifische Handeln sachlich zu informieren. Der Tatbestand verletzt weiterhin die Informationsfreiheit der Schwangeren, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu informieren (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG), und damit schließlich auch das allgemeine Freiheitsrecht der Schwangeren auf legitime Selbstbestimmung ihrer höchstpersönlichen Belange (Art. 2 Abs. 1 GG).

Erst recht verfassungswidrig ist die Strafbewehrung eines solchen illegitimen Verdikts der Rechtswidrigkeit in § 219a Abs.1. Sie verletzt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit staatlicher Zwangseingriffe in Freiheitsrechte der Bürger aus Art. 2 Abs. 1 GG. Nach dem oben Gesagten bedarf das keiner weiteren Beglaubigung.

b) Angefügt sei eine Erwägung, die in der rechtspolitischen und medialen Diskussion, soweit ich sehe, bislang

nicht vorkommt. Sachliche Grundlage der Rechtfertigung eines Abbruchs, wie sie in den Absätzen 2 und 3 des § 218a unter den dort genannten Voraussetzungen geregelt ist (Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren; Sexualstraftat als Grund der Schwangerschaft), ist die Unzumutbarkeit einer Fortsetzung der Schwangerschaft in einer Notstandslage für die Schwangere.² Es ist aber ersichtlich so unangemessen wie unverhältnismäßig, den rechtmäßigen Ausweg aus einer vom Gesetz als unzumutbar anerkannten Notlage nach Möglichkeit zu erschweren, indem die sachliche Information über diesen Ausweg mit Strafe bedroht wird. Die Möglichkeit der Schwangeren, sich ggf. auch anderweitig zu informieren, nämlich bei einer anerkannten Beratungsstelle nach § 8 SchKG, ändert daran nichts. Es geht nicht um die Frage, ob Schwangere überhaupt einschlägige Informationen erhalten können, sondern darum, ob eine *Strafandrohung* zur Verhinderung sachlich korrekter Hinweise auf rechtmäßige Hilfe in einer unzumutbaren Notlage verfassungsgemäß sein kann. Die Antwort lautet: nein.

2. Bei tatbestandslosen Abbrüchen (§ 218a Abs. 1)

Das unter 1. Dargelegte gilt ohne Einschränkung auch für die sachliche Information („ankündigen“) bzw. das sachliche Angebot („anbieten“) eines tatbestandslosen Schwangerschaftsabbruchs nach § 218a Abs.1. Dabei kann die umstrittene Frage dahinstehen, ob ein solcher Abbruch, den nach BVerfGE 88, 203 alle daran Beteiligten als rechtmäßig behandeln müssen und dessen Vornahme in der „Letztverantwortung“ der Schwangeren liegt, nach rechtstheoretischen Kriterien der Normgeltung überhaupt noch rechtswidrig *sein* kann.³ Auch wenn man ihn als „lediglich tatbestandslos“ qualifiziert (womit er freilich jedenfalls im Sinn des StGB auch nicht rechtswidrig ist: § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB), kann der sachliche Hinweis auf seine Möglichkeit nicht verfassungsgemäß mit Strafe bedroht werden.

Das hat auch das BVerfG betont: „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.“ (BVerfG, Beschl. vom 24.05.2006, 1 BVR 1060/02 und 1139/03, S. 9 Rn. 36 = ZfL 4/2006, 135, 138). Der Satz steht in der Entscheidung des Beschwerdeverfahrens gegen ein zivilgerichtliches Urteil; deshalb hat sich das BVerfG zu der hier in der Sache ersichtlich berührten Frage der Verfassungsmäßigkeit

2 Vgl. Wortlaut des § 218a Abs. 2: wenn „die Gefahr „nicht auf andere, für sie [die Schwangere] zumutbare Weise abgewendet werden kann“; eingehend dazu Merkel in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl. 2017, § 218a Rn. 77 ff., 83, 89; im übrigen h.M.

3 Eingehend zu den durchschlagenden Einwänden dagegen Merkel, aaO, Rn. 55 ff.

des § 219a StGB nicht geäußert. Das ändert aber nichts am prinzipiellen und allgemeinen Charakter seiner Aussage. Es ist unbestritten und unbestreitbar, dass der Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung“ ausschließt, ein bestimmtes Handeln (hier den ärztlichen Hinweis) im StGB für strafbar zu erklären, wenn es in einem anderen Rechtsgebiet (hier Zivilrecht) ausdrücklich für zulässig erklärt wird.

Vor dem Hintergrund des vom BVerfG nicht nur eindeutig, sondern mit besonderem Nachdruck hervorgehobenen Prinzips („muss ... erlaubt sein“), erscheint es nicht zweifelhaft, dass § 219a Abs. 1 in demjenigen Teil seines Tatbestands, der auch den sachlichen Hinweis eines Arztes erfasst, „dass Patientinnen seine Dienste [nach § 218a Abs. 1] in Anspruch nehmen können“ (BVerfG), vor dem Grundgesetz keinen Bestand haben kann.

3. Ändert der weitere Normzweck „Schutz des moralischen ‚Klimas‘ in der Gesellschaft“ etwas an diesem Ergebnis?

Nein. Schon aus dem zitierten Satz des BVerfG ergibt sich das ohne weiteres. Schwerlich könnte das Gericht davon sprechen, Ärzten müsse die sachliche Information über gesetzestreu berufshandeln erlaubt sein, wollte es zugleich akzeptieren, dass ihnen eben diese Information bei Strafe verboten werden darf, sobald man nur den Blick vom Schutzgut „ungeborenes Leben“ zu dem des „moralischen Klimas“ wende. In einer Gesellschaft, zu deren Allgemeinwissen die Möglichkeit (und das jährlich 100.000-fache Stattfinden) straffreier Abtreibungen unter beratender Beteiligung staats- und kirchennaher Institutionen gehört, entbehrt die Behauptung, der sachliche Hinweis auf eben diese Möglichkeit könne das Klima der ethischen Diskussion vergiften und das moralische Empfinden gegenüber dem Problem der Abtreibung untergraben, ohnehin jeder plausiblen Grundlage. Die offene, auch kontroverse Diskussion um den Schwangerschaftsabbruch ist schon lange kein Tabu mehr. Vor diesem Hintergrund ist das strafbewehrte Verbot des Hinweises, man selbst sei Teil eines allgemein bekannten, gesetzeskonformen, wenngleich moralisch stets prekären klinischen Alltagsgeschehens, im Licht der Meinungs- und Informationsfreiheit und im Sinn einer aufgeklärten Öffentlichkeit schwer erträglich.

Hinzu kommt dies: Das BVerfG hat in seiner Grundsatzentscheidung von 1993 (BVerfGE 88, 203) mehrmals hervorgehoben, die Verpflichtung zur „Sicherstellung“ eines „ausreichenden und flächendeckenden Angebots“ sowohl ambulanter als auch stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen“ begründe eine „Staatsaufgabe“ (BVerfGE, aaO, 328, 333 f., s. auch 205, Leitsatz 17). Die Ratio dieser Überlegung, bei Schwangerschaftsabbrüchen ein medizinisches Ver-

fahren *lege artis* sicherzustellen, ist vernünftig und ohne akzeptable Alternative. Vor diesem Hintergrund ist es aber nicht hinnehmbar, Ärzten, die sich vollständig gesetzeskonform an der Erfüllung einer Staatsaufgabe beteiligen, bei Strafe zu verbieten, auf diesen Umstand sachlich und öffentlich hinzuweisen. Noch einmal: Nicht dass Frauen diese Information auch anderweitig erhalten könnten, steht hier zur Diskussion. Es geht allein um die Frage, ob jemand, der auf seine rechtskonforme Beteiligung an der Erfüllung einer Staatsaufgabe hinweist, dafür bestraft werden darf. Die Antwort ist evident: nein.

4. Der Einwand „austarierte Architektur des gesetzlichen Gesamtkonzepts“

Dieser Einwand spielt vor allem in der politischen Diskussion eine große Rolle. Er besagt Folgendes: Das sog. „Beratungskonzept“ zum Schutz des ungeborenen Lebens, wie es 1993 vom BVerfG für verfassungsgemäß erklärt und mit dessen Maßgaben vom Gesetzgeber umgesetzt worden sei, hänge in seiner normativen Schlüssigkeit von einem ganzen Netz ausbalancierter und wechselbezogener Regelungen ab, die in den §§ 218a bis 219 b normiert seien. Im Zentrum dieses Konzepts stehe die Beratungspflicht nach § 219. Sie sei zwar „ergebnisoffen“ zu führen (§ 5 Abs. 1 SchKG), habe aber dem „Schutz des ungeborenen Lebens“ zu dienen (§ 219 Abs. 1 S. 1). Diese zweifache, nicht spannungsfreie Grundfunktion der Beratung werde flankiert vom Werbeverbot des § 219a. Mit ihm wolle der Gesetzgeber gewährleisten, dass die Beratung in ihrer Schutzorientierung von externen Einflüssen sachfremder Provenienz freigehalten werde. Nehme man durch Streichen des § 219 aus dieser komplexen „Architektur“ der Gesamtregelung einen ihrer tragenden Pfeiler heraus, so gerate das ganze Konzept in Gefahr einzustürzen. Darauf weise auch das BVerfG in seiner Entscheidung vom 27.10.1998 zum Bayerischen Schwangerschaftshilfeergänzungsgesetz hin, wo es heißt, „die Wirksamkeit eines solchen Konzepts hängt entscheidend davon ab, daß alle einzelnen Elemente und die notwendigen Rahmenbedingungen aufeinander abgestimmt sind.“ (BVerfG, NJW 1999, 841, 843; eingehend zum Ganzen *Kubiciel*, ZRP 2018, 13).

Das Argument bezieht seine scheinbare Schlüssigkeit vor allem aus zwei stillschweigenden Prämissen. Die erste ist lebensfremd, die zweite beutet den Präzisionsmangel einer höchst unpassenden Metapher aus. Im Ganzen ist die Überlegung nicht haltbar.

a) Lebensfremd ist zunächst die Annahme, das Ziel des Abschirmens der Beratung von externen Einflüssen welcher Art immer sei im Zeitalter des Internets damit zu erreichen, dass man Ärzten bei Strafe verbiete, sachlich auf ihre Bereitschaft zu gesetzeskonformen Abbrüchen hinzuweisen. Noch lebensfremder ist die Annahme, es

gebe auch nur eine einzige Schwangere, die zu einem Beratungsgespräch gemäß den §§ 219 StGB, 5 ff. SchKG im Zustand der Ahnungslosigkeit über ihre Möglichkeiten im Zusammenhang mit der Schwangerschaft gehe, und vor allem ohne sich über ihre eigene Lebenssituation, ihre Möglichkeiten, Interessen und Zukunftspläne im Hinblick auf das Leben mit einem Kind schon tiefere Gedanken gemacht zu haben. Am lebensfremdesten ist schließlich die Sorge, gerade die sachlichen Hinweise eines Arztes oder einer Ärztin, sie nähmen auch rechtsgemäße Schwangerschaftsabbrüche vor, könnten diesen noch orientierungslos schwebenden Seelenzustand der Schwangeren unsachgemäß beeinflussen, nämlich ihr die Idee eines Abbruchs nahelegen, die sie zuvor nicht hatte.

b) Deplaciert ist die Metapher der architektonischen Statik. Höchst unpräzise für ein komplexes System normativer Regeln (der §§ 218 ff.), soll sie suggerieren, die Herausnahme auch nur einer dieser Regeln brächte das System zum Einsturz. Vor dem Hintergrund des Umstands, dass wohl seit vielen Jahren kein einziges Beratungsgespräch mehr unter den oben skizzierten lebensfremden Prämissen stattfindet und etwa ohne das Verbot sachlicher Hinweise in § 219a anders verlief, als es das tatsächlich tut, ist die Behauptung, wenn man dieses Verbot streiche, kollabiere das ganze System, nichts weiter als eine unplausible Scheindeduktion aus einer schiefen Metaphorik. Die §§ 218 ff. des StGB sind kein Bauwerk. Nichts an ihnen ist vom Kollaps bedroht, wenn einzelne ihrer Regelungen aus verfassungsrechtlichen Gründen entfernt werden.

Und damit kommt der durchschlagende Einwand gegen die Architektur- bzw. Statik-Metapher in den Blick. Auch wer an ihr festhalten möchte, kommt nicht an dem Umstand vorbei, dass unter dem Dach des Grundgesetzes (um in der aufgebotenen Bildersprache zu bleiben) einzelne Normkonstruktionen des einfachen Rechts keine verfassungswidrigen Bauelemente enthalten dürfen. Das aber ist, wie oben gezeigt, bei § 219a der Fall, nämlich insofern, als er auch sachliche ärztliche Hinweise auf die Bereitschaft, gesetzesgemäße Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, mit Strafe bedroht.

5. Zwischenergebnis und vorläufige Empfehlung

Die Pönalisierung rein sachlicher Hinweise auf die Bereitschaft, rechtmäßige oder tatbestandslose Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, und damit auch die Strafbarkeit entsprechender Angebote widerspricht der Verfassung. Jedenfalls diesen Bestandteil der Norm sollte der Gesetzgeber aus dem Paragraphen entfernen. Das ließe sich auf unterschiedliche Weise tun. Die einfachste und nächstliegende bestünde in einer Streichung des Merkmals „seines Vermögensvorteils wegen“. Die obigen Erörterungen haben mit dem Wort „sachlich“ stets vorausgesetzt, dass ärztliche Hinweise und Angebo-

te das zweite Merkmal des Tatbestands für die Modi der Tatbegehung *nicht* erfüllen, also nicht „in grob anstößiger Weise“ erfolgen. Tun sie dies im Einzelfall doch, so besagen die bisherigen Überlegungen nichts Entscheidendes für die Frage, ob eine Pönalisierung dann ebenfalls zu verneinen oder umgekehrt zulässig und angemessen wäre. Ob die Bereinigung des Paragraphen durch Streichen lediglich eines Tatbestandsmerkmals („Vermögensvorteil“) als endgültige Lösung empfohlen werden kann, ist daher ohne die Klärung jener anderen Frage noch nicht zu sagen.

III. Strafbarkeit aller anderen Formen der Tatbestandserfüllung?

Neben den bisher erörterten umfasst § 219a Abs. 1 die folgenden weiteren Möglichkeiten, den Tatbestand zu erfüllen: (1.) *Anbieten* oder *Ankündigen* tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Abtreibungen; (2.) *Anpreisendes* Werben für (rechtmäßige wie rechtswidrige) Schwangerschaftsabbrüche; (3.) (sonst) *grob anstößige* Formen des Anbietens oder Ankündigens.

1. Anbieten bzw. Ankündigen tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Abbrüche

Solche Abbrüche sind Straftaten. Erfolgen sie innerhalb der Zwölf-Wochen-Frist des § 218a Abs. 1 Nr. 3, so kann ihre Strafbarkeit darauf beruhen, dass sie entweder nicht von einem Arzt oder ohne Bescheinigung über die vorgeschriebene Beratung oder vor Ablauf der vorgeschriebenen Drei-Tage-Frist nach der Beratung (§ 218a Abs. 1 Nr. 1) vorgenommen werden.⁴ Erfolgen sie nach der zwölften Woche, so kann ihre Strafbarkeit zudem auf dem Fehlen der dann erforderlichen Indikation oder der von § 2a SchKG ggf. zusätzlich geforderten Beratung beruhen.

Das Anbieten oder Ankündigen solcher Abbrüche sollte rechtlich jedenfalls verboten bleiben. Ob dieses Verbot in einem Straftatbestand zu normieren wäre, ist damit nicht gesagt. Von dem geltenden § 219a sind Anbieten wie Ankündigen stets erfasst, also auch dann, wenn der Anbietende eine kostenlose Offerte macht und daher nicht seines Vermögensvorteils wegen handelt. Denn das Angebot einer strafbaren Abtreibung erfüllt stets das Merkmal des Anstößigen.

Gleichwohl sprechen zwei Erwägungen dagegen, das Verbot im StGB statt im Tatbestand einer (ggf. neu zu schaffenden) Ordnungswidrigkeit zu verankern. Zum einen die systematische Parallele zu dem Sich-Erbieten des § 30 Abs. 2, das nur im Fall des Angebots einer Verbrechensbegehung, also für keine denkbare Form eines

⁴ Die Streitfragen, ob dem Arztvorbehalt in § 218a auch im Ausland approbierte Ärzte genügen, und ob auch eine Verletzung der medizinischen *lex artis* zur Strafbarkeit nach § 218 führt, spielen für § 219a keine Rolle.

Schwangerschaftsabbruchs, strafbedroht ist. Der Unterschied dieses Sich-Erbietens zu dem des § 219a besteht aber lediglich darin, dass dessen Tathandlung öffentlich oder per schriftliche Verbreitung geschehen muss.

Zum andern und damit zusammenhängend: Das unter vier Augen erfolgende mündliche Angebot eines strafbaren Abbruchs dürfte für das Schutzgut des ungeborenen Lebens ungleich gefährlicher sein. Denn kein Arzt, selbst wenn er zu einem solchen Abbruch bereit wäre, würde diese Bereitschaft wohl an die große Glocke einer öffentlichen Bekanntmachung oder schriftlichen Verbreitung hängen. Und wenn er dies täte, würde die Ankündigung wohl schnell bemerkt und beseitigt. Mir ist kein einziger Fall einer Verurteilung nach § 219a bekannt, die auf das Anbieten strafbarer Abtreibungen gestützt worden wäre. Käme so etwas jemals vor, könnte die Behörde auf der Grundlage eines OWi-Tatbestands, der es verböte, vermutlich schneller und effizienter einschreiten, um das Angebot zu unterbinden, als über die Eröffnung eines Strafverfahrens. Sowohl die aus § 30 Abs. 2 folgende Straflosigkeit des gefährlicheren heimlichen Angebots (das es ganz gewiss schon oft gegeben hat) im Vergleich zu dem öffentlich publizierten (das es vielleicht noch nie gegeben hat), als auch die effizientere Interventionsmöglichkeit anhand eines OWi-Tatbestands sprechen dafür, das Verbot nicht als Straftatbestand, sondern als Ordnungswidrigkeit auszugestalten.

2. Anpreisendes Werben für rechtmäßige wie rechtswidrige Schwangerschaftsabbrüche

„Anpreisen“ ist nach der noch immer plausiblen Erläuterung des Reichsgerichts die „lobende oder empfehlende Erwähnung und Beschreibung von Vorzügen, Anerkennung günstiger Wirkungen, rühmender Darstellung [oder eine] Beimessung hohen Wertes“ (RGSt36, 143). Auch Hinweise auf rechtmäßige Schwangerschaftsabbrüche unter rhetorischer Mobilisierung solcher Prädikate wären skandalös. Sie könnten einerseits den allgemeinen Duktus des Redens über Abtreibungen vulgarisieren und damit das moralische Problem trivialisieren, das jeder, auch ein rechtmäßiger Abbruch bedeutet. Und sie könnten die moralischen Empfindungen großer Teile der Bevölkerung gegenüber diesem Problem nachdrücklich verletzen.

Dass sie freilich die Gefahren für das Schutzgut des ungeborenen Lebens erhöhen könnten, ist unwahrscheinlich. Denn „Anpreisen“ im dargelegten Sinn ist stets eine spezielle Form des grob Anstößigen. Und „grob anstößig“ heißt im Kontext einer so sensiblen Frage wie der des Schwangerschaftsabbruchs für die übergroße Mehrheit der Bevölkerung immer auch „grob abstoßend“. So etwas dürfte daher schwerlich einen werbenden und weit eher einen nachhaltig gegenteiligen Effekt auslösen.

Kurz: anpreisendes Werben i.S.d. § 219a ist bzw. wäre keine Erhöhung des Risikos für das ungeborene Le-

ben, wohl aber ein grobes öffentliches Ärgernis. Die rechtlich angemessene Form der Bekämpfung dafür ist die des Rechts der Ordnungswidrigkeiten. Zwar gibt es keine eindeutigen Kriterien einer prinzipiellen Abgrenzung zwischen Straf- und OWi-Recht. Unbestritten ist aber das allgemeine, verfassungsrechtlich gestützte Prinzip, dass das Strafrecht als „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes nur gegen gravierende Rechtsgutsverletzungen und erst dann eingesetzt werden darf, wenn eine mildere Form staatlicher Repression die gebotene Schutzfunktion nicht erfüllen kann. Gegen die anpreisende Werbung zu Schwangerschaftsabbrüchen kann diese Schutzfunktion aber vollständig adäquat von einem OWi-Tatbestand verwirklicht werden.

Öffentliche Ärgernisse, auch grobe, sind seit eh und je genuine Angelegenheit des Rechts der Ordnungswidrigkeiten. Dabei sollte es auch im Fall der anpreisenden Werbung für Schwangerschaftsabbrüche bleiben. Der Rahmen für monetäre Sanktionen solchen Verhaltens sollte weit gezogen werden. Auch in der höheren Flexibilität und Reaktionsschnelligkeit des OWi-Rechts liegt ein Vorteil gegenüber dem Strafrecht. Damit dürfte im Ganzen der Schutz der Öffentlichkeit gegen anpreisende Werbung für Abtreibungen im OWi-Recht erheblich besser aufgehoben sein als im StGB.

3. (Sonstige) grob anstößige Formen des Anbietens oder Ankündigens

Die vorstehenden Erwägungen begründen auch die Antwort auf die Frage, in welcher Form andere grob anstößige Formen des Anbietens oder Ankündigens bekämpft und geahndet werden sollten: ebenfalls im Rahmen eines OWi-Tatbestands. Auch ohne Schwangerschaftsabbrüche „anzupreisen“ kann eine Werbung dafür grob anstößig sein. Das gilt selbst dann, wenn sie sich allein auf rechtmäßige Abbrüche nach § 218a Abs. 2 oder 3 bezieht. Man denke etwa an entsprechende Offerten im Internet, die auf die rechtliche Möglichkeit eines späten Abbruchs in einer Form hinweisen, die behinderte Menschen seelisch verletzen kann. Beispiel: „Sie erwarten ein behindertes Kind? Das muss nicht sein.“⁵

Solche Formen der öffentlichen Kommunikation über Schwangerschaftsabbrüche sollten weiterhin verboten bleiben. Auch für sie ist aber die verfassungsrechtlich plausiblere und die rechtspolitisch wie rechtspraktisch angemessenere und effizientere Form der Repression die des Tatbestands einer Ordnungswidrigkeit.

IV. Empfehlungen

Der Gesetzgeber sollte § 219a aus dem Strafgesetzbuch streichen. Für sachlich nüchterne Hinweise auf das

⁵ Das plastische Beispiel stammt von Christoph Sowada (Universität Greifswald) aus privater Korrespondenz der Mitglieder des „Kriminalpolitischen Kreises“.

ärztliche Angebot rechtmäßiger oder tatbestandsloser Schwangerschaftsabbrüche ist diese Streichung verfassungsrechtlich geboten.

Die weiteren in § 219a Abs. 1 erfassten Möglichkeiten der Tatbestandsverwirklichung – das Anbieten oder Ankündigen tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Abtreibungen, das anpreisende Werben für (rechtmäßige wie rechtswidrige) Schwangerschaftsabbrüche sowie

(sonst) grob anstößige Formen des Anbietens oder Ankündigens – sollten weiterhin verboten bleiben. Unter der *ultima-ratio*-Bedingung verfassungsgemäßen Strafrechts sowie unter rechtspolitischen Gesichtspunkten ist die normativ angemessenere wie rechtspraktisch effizientere Form der Bekämpfung solcher Handlungen die eines Tatbestands im Recht der Ordnungswidrigkeiten.

*Prof. i.R. Dr. Thomas Weigend, Köln**

§ 219a StGB – Information ja, Werbung nein

Ich spreche mich dafür aus, den geltenden § 219a StGB auf ein Werbeverbot zu reduzieren.¹

I. Probleme der geltenden Regelung

§ 219a StGB enthält in seiner derzeitigen Fassung ein strafbewehrtes Verbot der Information über das Angebot von Schwangerschaftsabbrüchen („anbietet“, „ankündigt“) und der Werbung für sie („anpreist“), sofern die Handlung eines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise vorgenommen wird. Eine solche weitreichende Tabuisierung von Informationen ist kriminalpolitisch vertretbar in Bezug auf Handlungen, die wichtige Interessen in strafrechtlich verbotener Weise verletzen; solche Vorfeld-Kriminalisierungen finden sich etwa in §§ 30 Abs. 2, 111, 126 und 130a StGB. § 219a StGB mag also legitimer Teil eines gesetzgeberischen Konzepts gewesen sein, das Abtreibungen ausnahmslos als schwere Straftaten unter Strafe gestellt hat. Seit der Einführung der modifizierten Fristen- und Indikationslösung im Jahre 1995 kann jedoch von einer umfassenden Inkriminierung des Schwangerschaftsabbruchs keine Rede mehr sein. Dem weitreichenden Informations- und Werbeverbot des § 219a StGB ist also der Bezugspunkt und damit gleichzeitig die Ratio verloren gegangen. Die geltende Regelung wirft folglich die Frage auf, weshalb es verboten sein sollte, über Angebote zum Schwangerschaftsabbruch zu informieren, wenn doch die Handlung selbst – sofern die Voraussetzungen von § 218a StGB erfüllt sind – nicht unter Strafe steht.

Gegen dieses an sich schlagende Argument für eine Streichung von § 219a StGB lassen sich zwei Einwände geltend machen:

a) das Bundesverfassungsgericht habe in seinem Grundsatz-Urteil von 1993² an der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit eines umfassenden Schutzes des ungeborenen Lebens und auch an der Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs festgehalten;

b) § 219a StGB sei Teil einer „verfassungsrechtlichen Gesamtstatik“, die auf einem politischen Kompromiss beruht; striche man § 219a StGB, so würde nicht nur die Beratungslösung der §§ 218a, 219 StGB unterminiert, sondern auch die mühsam ausgehandelte Gesamtarchitektur der Vorschriften ins Wanken gebracht.³

Zu Punkt a): Die umfangreiche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1993 hebt zwar an verschiedenen Stellen hervor, dass es dem Gesetzgeber von Verfassung wegen verboten sei, Schwangerschaftsabbruch als rechtmäßig oder gerechtfertigt zu behandeln;⁴ das Gericht sagt aber ebenso deutlich, dass es zulässig sei, die *Strafbarkeit* des Schwangerschaftsabbruchs (der nach hinreichender Beratung vorgenommen wird) auszuschließen. In dem Urteil wird insofern ein „Tatbestandsausschluss“ vorgeschlagen, wie ihn der Gesetzgeber dann in § 218a Abs. 1 StGB auch vorgenommen hat. Damit ist aber der nach Beratung vorgenommene Schwangerschaftsabbruch für das Strafrecht eine neutrale Handlung, wie auch immer seine Bewertung in anderen Rechtsgebieten (etwa im Zivil- oder Sozialrecht) erfolgen mag. In einer späteren Kammer-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Behauptung eines Dritten, ein Arzt handle bei der Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen „rechtswidrig“, sogar ausdrücklich als

* Der Autor leitete bis zu seiner Emeritierung das Institut für ausländisches und internationales Strafrecht an der Universität zu Köln.

1 Die vorliegende Stellungnahme (zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 27. Juni 2018 zu Gesetzentwürfen zu § 219a StGB) habe ich gemeinsam mit meiner Kollegin *Prof. Dr. Elisa Hoven* (Universität zu Köln) erarbeitet. Sie baut auf Überlegungen auf, die wir gemeinsam mit 21 anderen deutschen StrafrechtswissenschaftlerInnen im Rahmen des „Kriminalpolitischen Kreises“ im Dezember 2017 entwickelt haben; in einzelnen Punkten weichen wir jedoch von den Vorschlägen des Kreises ab.

2 BVerfGE 88, 203.

3 In diesem Sinne *Kubiciel*, ZRP 2018, 13.

4 BVerfGE 88, 203, 272 f., 274, 278.

„unwahr“ bezeichnet.⁵ Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich danach keine Notwendigkeit, an der geltenden Regelung des § 219a StGB festzuhalten.

Zu Punkt b): Auch wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung von 1993 das Werbeverbot nach § 219a StGB nicht erwähnt, kann man annehmen, dass es dessen Bestehen in seinem Gesamtkonzept zum Schutz des ungeborenen Lebens berücksichtigt hat. Tatsächlich wäre es widersprüchlich, wenn der Gesetzgeber einerseits der schwangeren Frau die Wahrnehmung einer prinzipiell „lebensfreundlichen“ Beratung (vgl. § 219 Abs. 1 StGB) zur Pflicht machte, aber andererseits eine aggressive Werbung für Schwangerschaftsabbrüche ohne jede Begrenzung zuließe. Die vom Bundesverfassungsgericht zum Schutz des Rechtsguts von Art. 2 Abs. 2 GG verlangte⁶ und vom Gesetzgeber in § 219 StGB sichergestellte umfassende positive Information der Frau über die Option einer Erhaltung des ungeborenen Lebens sollte nicht durch großflächige Werbekampagnen für eine unkomplizierte Lösung des „Problems“ durch Schwangerschaftsabbruch konterkariert werden, durch die überdies ein dem ungeborenen Leben feindliches Klima in der öffentlichen Diskussion geschaffen oder gefördert würde. Dieses Anliegen steht jedoch der Zulässigkeit einer neutralen Information über Möglichkeiten des Schwangerschaftsabbruchs nicht entgegen.

Im Ergebnis erweist sich die Regelung des geltenden § 219a StGB als eine übermäßig weitreichende Strafvorschrift.

II. Streichung von § 219a StGB?

Aus den oben angestellten Erwägungen erhellt, weshalb eine vollständige Streichung von § 219a StGB nicht zu befürworten ist: Es besteht ein legitimes Interesse daran, aggressive und anreißerische Werbung für Schwangerschaftsabbrüche zu verbieten. Dies gilt nicht nur für Fälle des § 218a Abs. 1 StGB, sondern auch für Schwangerschaftsabbrüche, die nach § 218a Abs. 2 StGB gerechtfertigt sind. Man braucht nur an mögliche Plakate und Werbeslogans im Zusammenhang mit einem (nach § 218a Abs. 2 StGB gerechtfertigten) Schwangerschaftsabbruch wegen schwerer Behinderung des Kindes zu denken, um zu erkennen, dass eine unbeschränkte Freiheit hier mit der Würde des Menschen und dem verfassungsrechtlich gebotenen Lebensschutz nicht vereinbar wäre.

Erst recht kann es nicht gestattet sein, für einen nicht nach § 218a StGB straflosen Schwangerschaftsabbruch zu werben („Kein Beratungsschein? Macht nichts, komm zu uns - wir beenden deine Schwangerschaft auch so!“). Derartige Werbeaktivitäten mögen nicht sehr wahrscheinlich sein, aber das Gesetz sollte klarstellen, dass sie verboten sind.

Eine ersatzlose Streichung des Regelungsgehalts von § 219a StGB ist danach nicht zu empfehlen.

III. Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung

Das für eine strafrechtliche Ahndung ausreichende Unrechtsgewicht kommt allerdings nicht jeder Form von Werbung für Schwangerschaftsabbruch zu. Es ist nur dann gegeben, wenn

- für strafbare Schwangerschaftsabbrüche geworben wird

oder

- bei der Werbung für rechtmäßigen oder nicht strafbestandmäßigen (§ 218a StGB) Schwangerschaftsabbruch durch die Art und Weise der Äußerungen in Bild oder Wort die Gefühle vieler Menschen verletzt werden können oder eine grundsätzliche Geringschätzung des ungeborenen Lebens zum Ausdruck kommt.

Trotz ihrer geringen Bestimmtheit kann die bisher in § 219a Abs. 1 StGB verwendete Formulierung „in grob anstößiger Weise“ diese Gedanken aufnehmen. Auf die Frage, ob der Werbende in kommerzieller Absicht („seines Vermögensvorteils wegen“) handelt, kann es dagegen für die Strafwürdigkeit des Verhaltens nicht ankommen.⁷ Die Stoßrichtung der geltenden Regelung gegen Ärzte, die für ihr eigenes Angebot an Schwangerschaftsabbrüchen werben, ist kriminalpolitisch nicht zu billigen. Berufsrechtliche Werbebeschränkungen für Angehörige medizinischer Berufe bleiben durch eine Neufassung von § 219a StGB selbstverständlich unberührt.

Grundsätzlich bestünde auch die Möglichkeit, die Werbung für straflosen Schwangerschaftsabbruch als bloße Ordnungswidrigkeit auszugestalten. Das Gewicht des (zumindest indirekt) betroffenen Rechtsguts Leben und die friedensstörende Wirkung denkbarer aggressiver Werbekampagnen sprechen jedoch für den Einsatz des Strafrechts. Außerdem müsste man andernfalls die (zweifelloso strafwürdige) Werbung für strafbaren Schwangerschaftsabbruch und die Werbung für straflosen Schwangerschaftsabbruch getrennt regeln, was zu

5 BVerfG (K), Beschl. v. 24.5.2006, 1 BvR 1060/02, Rn. 28. In derselben Entscheidung (Rn. 36) hat die Kammer auch den häufig zitierten Satz geprägt: „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.“

6 Siehe die eingehenden Anforderungen in BVerfGE 88, 203, 306.

7 Dem geltenden Recht wird die Ratio zugeschrieben, eine „Kommerzialisierung“ des Schwangerschaftsabbruchs verhindern zu wollen; siehe etwa Eser, in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 219a Rn. 1 („bedenkenlose Propagierung und Kommerzialisierung“); Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 219a Rn. 1. Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb ein medizinischer Eingriff nur dann legitim sein soll, wenn der Arzt ihn ohne Vergütung vornimmt.

komplizierten Abgrenzungs- und Irrtumsfragen führen würde. Strafrechtlich inkriminierte Werbungsverbote sind im Übrigen kein Novum; sie finden sich etwa auch in § 284 Abs. 4 StGB und § 16 UWG.

Dem hier skizzierten Konzept entspricht am besten der Gesetzentwurf der FDP-Fraktion. Er enthält die folgenden Elemente:

- Strafflosstellung der neutralen Information über Gelegenheiten zum Schwangerschaftsabbruch auch außerhalb der engen Ausnahmen in § 219a Abs. 2 und 3 StGB;
- Verbot des Werbens „in grob anstößiger Weise“;
- Differenzierung im Strafmaß zwischen Werbung für strafbaren und für straflosen Schwangerschaftsabbruch.

Ob das in § 219a Abs. 1 Nr. 2 StGB in der Fassung des FDP-Entwurfs enthaltene Verbot einer „indirekten“

Werbung (für zum Abbruch geeignete „Mittel, Gegenstände oder Verfahren“) erforderlich ist, mag man bezweifeln; das Verbot kann jedoch zur Vermeidung von ungerechtfertigten Lücken sinnvoll sein.

Nach § 219a Abs. 2 StGB in der Fassung des FDP-Entwurfs wird auch für die Strafbarkeit der Werbung für *strafbaren* Schwangerschaftsabbruch vorausgesetzt, dass die Werbung in „grob anstößigen Weise“ vorgenommen wird. Diese Einschränkung ist jedenfalls im Ergebnis unschädlich, da in diesem Fall das Merkmal der groben Anstößigkeit bereits durch den Gegenstand, für den geworben wird, erfüllt ist: Werbung für strafbare Handlungen ist in aller Regel schon als solche „grob anstößig“.⁸

⁸ Siehe *Gropp* in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl. 2017, § 219a Rn. 8.

beitrag

Studiendirektor Dr. Matthias Laarmann, Lünen*

Die Bewertung der Abtreibung in der Antike

Schlaglichter auf die Auseinandersetzung des Christentums mit der paganen Antike**

I. Kaum ein ethisches oder juristisches Thema in unseren Tagen vermag sowohl emotionale Reaktionen als auch rationales Argumentieren so sehr in die Kontroverse zu führen wie die sittliche Bewertung der Abtreibung ([*āmblosis*] *abortio*, *abortus*). Nur selten vergegenwärtigt man sich dabei, dass das Thema der Wertschätzung des ungeborenen Lebens uns seit der Antike begleitet und dass auch schon damals eine breite, aspektreiche und auch öffentlich geführte Diskussion stattfand. Zur griechischen und römischen Antike ist eine nennenswerte, hier nur zum Bruchteil zitierte Anzahl von Fachveröffentlichungen erschienen.¹ Auf Studien zu byzantini-

Jh. und beginnenden 19. Jh. zitiert *Rein*, Das römische Criminalrecht, 1844, S. 445-449. Neuere, wichtige Studien stammen u. a. von *Krenkel*, Der Abortus in der Antike, in: *Wiss. Zs. der Univ. Rostock, Gesell.- u. sprachwiss. Reihe* 20 (1971), S. 443-452 [eine Gesamtübersicht, die v. a. medizinische Aspekte berücksichtigt, sehr materialreich, bietet alle Hauptbelege in Übersetzung]; *Nardi*, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, 1971 (555 S.) [enthält sehr viel Belegmaterial; vgl. dessen Selbstzusammenfassung: *Aborto e omicidio nella civiltà classica*, in: *Temporini/Hase* (Hg.), *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, Bd. II/13 (1980), S. 366-385]; *Keller*, *Die Abortiva in der römischen Kaiserzeit* (Quellen u. Stud. zur Gesch. der Pharmazie 46), 1988 (300 S.) [eine auch für Nichtmediziner gut lesbare Einführung in die antike Pharmazie, die die zahlreichen antiken Texte stets auch in Übersetzung bietet]; *Riddle*, *Contraception and Abortion from the Ancient World to the Renaissance*, 1992 (x, 245 S.); *Kapparis*, *Abortion in the Ancient World*, 2002 (viii, 264 S.); *Gutiérrez/de los Angeles*, *El vientre controlado. Anticoncepción y aborto en la sociedad romana*, 2015 (405 S.). Eine sehr verbreitete, aber kritisch zu benutzende Kurzdarstellung bietet *Weeber*, *Alltag im Alten Rom. Ein Lexikon*, 1995 u. ö., S. 13 f. s. v. 'Abtreibung'; gleichfalls eher zusammenfassenden Charakters sind *Jütte*, *Griechenland und Rom. Bevölkerungspolitik, Hippokratischer Eid und antikes Recht*, in: *Jütte* (Hg.), *Geschichte der Abtreibung*, 1993, S. 27-43. 209f. (Lit.) [als Gesamteinführung geeignet]; *Wermelinger*, *Art. Abortus*. In: *C. Mayer* (Hg.), *Augustinus-Lexikon*, Bd. 1 (1986-94), fasc. 1 (1986), Sp. 6-10 (Lit.); *Demel*, *Abtreibung zwischen Straffreiheit und Exkommunikation. Weltliches und kirchliches Strafrecht auf dem Prüfstand*, 1995 (382 S.) [S. 66-86 zu Antike und Patristik], zum Übergang von Spätantike zum Frühmittelalter vgl. materialreich *Mistry*, *Abortion in the Early Middle Ages, c. 500-900*, 2015 (xiii, 342 S.). - Zahlreiche lexikalische Einträge in die Thematik bietet 'Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike' (DNP): *Schiemann*, *Art. Abortio*. In:

* *Dr. theol. Matthias Laarmann* ist Studiendirektor am Immanuel-Kant-Gymnasium Dortmund und Associated Research Fellow am Titus-Brandsma-Institut für Geschichte der christlichen Spiritualität und Mystik, Kath. Radboud-Universität Nijmegen/NL.

** Dieser Beitrag ist eine aktualisierte, deutlich überarbeitete und korrigierte Version meines Beitrages: *Abtreibung in der Antike. Aspekte einer Thematisierung im altsprachlichen Unterricht*. In: *Forum Classicum. Zeitschrift für die Fächer Latein und Griechisch an Schulen und Gymnasien* 47 (2004), S. 282-288.

¹ Eine bahnbrechende, wenn nicht sogar *die* klassische Studie zur Thematik verfasste *Dölger*, *Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes und die Fruchtabtreibung in der Bewertung der heidnischen und christlichen Antike*, in: *ders.*, *Antike und Christentum. Kultur- und religionsgeschichtliche Studien*, Bd. 4 (1934), S. 1-61 [außerordentlich reich; mit vielen auszitierten und übersetzten Quellentexten]. Rechtshistorische Literatur des 18.

schen² und mittelalterlichen³ Autoren kann hier nur hingewiesen werden. Angesichts des umfangreichen und hochkomplexen Stoffes müssen sich die folgenden Ausführungen gleichsam gewaltsam auf nur zwei Aspekte beschränken. Einerseits können lediglich einzelne Schlaglichter auf die antike Materialfülle geworfen werden, ohne dass Aspekte der Medizin, der Jurisprudenz, der Ethik oder etwa der *gender studies* auch nur annähernd vollständig dargestellt werden. Andererseits sollen v. a. aus der lateinisch sprachigen Antike Textpassagen von Autoren vorgestellt werden, die bei einer Betrachtung der Abtreibungsthematik der (Original-)Lektüre wert sind.

II. Bei den Griechen tolerieren sittliche und rechtliche Gewohnheiten, Religion und Philosophie weitgehend die Abtreibung. Gleichwohl hält zu Beginn des 4. Jh. v. Chr. *Lysias* laut eines in der Forschung hoch kontrovers verhandelten Fragments (fr. 10 Gernet) eine Anklagerede in einem Abtreibungsfall.⁴ Aber für *Sokrates*, selber Sohn der Hebamme *Phainarete*, gehört es fraglos zur Hebammenkunst, „auch eine Abtreibung vor-[zu]nehmen, wenn es ratsam scheint, eine noch junge Frucht abzutreiben“ (Theaitetos 149d, übers. *Rüfener*). *Plato*, *Politeia* V 9, 461c rät für seinen Idealstaat bei gegebenen eugenischen Umständen auf Elternseite Abtreibung und Aussetzung⁵ an. *Aristoteles*, *Politik* VII 16, 1335b 20-26 bedient sich gleichfalls solcher Argumente. Infolge seiner Theorie einer Sukzessivbeseelung sieht er einen lebensbeendenden Eingriff an der Leibesfrucht als Form der Empfängnisverhütung, nicht der Abtreibung an (De generatione animalium 2,3, 737a 33).

III. Erhebliche Bedeutung bis in die Gegenwart hat die stoische Anschauung⁶, dass die Leibesfrucht als pflanzenhafter, noch nicht rational beseelter Teil des Körpers der Mutter anzusehen sei. Die Rezeption und Bewertung dieser embryologisch-anthropologischen Theorie bei stoisch beeinflussten Juristen⁷ ist in der rechtshistorischen Forschung hoch umstritten. Übersetzungen lateinischer Formulierungen spielen eine entscheidende Rolle, und Lexikoninformationen viel geleseener Autoren (z.B. K.W. *Weeber*) müssen kritisch gelesen werden. Nach einer im 19. Jh. einsetzenden Interpretation dürfe erst durch die und nach der Geburt von einem individuellen, mit Rechten versehenen, rational beseelten menschlichen Wesen gesprochen werden. So wird *Ulpian* († 223/228), 24 ed., *Digesta* 25,4,1,1: *Partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*, im Jahr 1831 übersetzt mit: „die Leibesfrucht ist, ehe sie geboren wird, ein Theil der Mutter oder des Mutterleibes“⁸. „Von einer Leibesfrucht, die noch nicht geboren war, sagt man, dass sie [noch] nicht in rechter und gültiger Weise ein Mensch gewesen sei“ (*Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*), heißt es in anfechtbarer Übersetzung bei *Papinian* (142-212), 19 quaest., *Digesta*

35,2,9,1. Solche Übersetzungen bereiteten das mittlerweile weit verbreitete Missverständnis vor, der Embryo besäße keine Eigenrechte (so z.B. M. *Kaser* und K.W. *Weeber*). Dies widerspricht nach W. *Waldstein* dem Kontext aller Aussagen in den *Digesten* über den Rechtsstatus des Embryos. So übersetzt die neue *Digesten*-Übersetzung von 1995 den Text von *Iulius Paulus* (Anf. 3. Jh.), D. 1,5,7 folgendermaßen: „Das Kind im Mutterleib wird so geschützt, wie wenn es schon auf der Welt wäre, soweit es sich um die Leibesfrucht selbst handelt, obwohl es, ehe es geboren ist, einem anderen keineswegs von Nutzen ist.“

Es ist das Verdienst W. *Waldsteins*⁹, diese fatalen Übersetzungsfehler demaskiert und den ursprünglichen Sinn der *Ulpian*-Stelle wieder freigelegt zu haben, dass nämlich diese Worte „gerade nicht den ontologischen Status des Kindes betreffen, sondern das Rechtsverhältnis der Mutter zum Kind bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Vater sein eigenes Recht geltend machen kann“¹⁰.

Denn Distanzierungen zur Abtreibungspraxis sind durchaus auch in der paganen Antike zu beobachten.

DNP 1 (1996), Sp. 28f.; *King*, Art. Abortiva. In: DNP 1 (1996), Sp. 29; *King*, Art. Abtreibung. In: DNP 1 (1996), Sp. 41-44; *Thür*, Art. Amblosis. In: DNP 1 (1996), Sp. 580; *Wiesenhöfer*, Art. Familienplanung. In: DNP 4 (1998), Sp. 422 f.; *King*, Art. Kontrazeption. In: DNP 6 (1999), Sp. 722-724; vgl. auch *Weeber*, Art. Verhütungsmittel, in: ders., Neues über die alten Römer 2015, 283-285. 329. Aus der speziellen Sicht der Frauen schreibt *Gardner*, Frauen im antiken Rom, 1995, bes. S. 160-162; bibliographische Überblicke verschafft *James/Dillon* (Hg.), Women in the Classical World. Critical Concepts in Classical Studies (4 Bde.), Bd. 1: Women in Myth; Bd. 2: Women in Religion; Bd. 3: Women in Public Life; Bd. 4: Women in Private Life, 2017.

2 Vgl. *Congourdeau*, Les abortifs dans les sources byzantines, in: Le corps à l'épreuve. Poisons, remèdes et chirurgie, 2002, S. 57-70.

3 Vgl. *Jeruschek*, Mittelalter. Antikes Erbe, weltliche Gesetzgebung und Kanonisches Recht, in: *Jütte* (Hg.), Geschichte der Abtreibung, 1993, S. 44-67. 211f. (Lit.); *W.P. Müller*, Die Abtreibung. Anfänge der Kriminalisierung 1140-1650, 2000 (355 S.); *Mistry*, (wie Anm. 1)

4 Vgl. nun *Todd*, *Lysias on Abortion*, in: *Thür/Nieto* (Hg.): Symposium 1999. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (Akten der Ges. f. Griech. u. Hellenist. Rechtsgesch. 14). 2003, S. 235-256; *Pepe*, Abortion in Ancient Greece, in: *Gagarin*/Ges. für Griech. und Hellenist. Rechtsgesch. (Hg.), Symposium 2013: Papers on Greek and Hellenistic Legal History, 2014, 39-64.

5 Vgl. *Wiesenhöfer*, Art. Kindesaussetzung, in: DNP (wie Anm. 1), Bd. 6 (1999), Sp. 468-470.

6 Vgl. SVF II 806 = *Nickel*, *Stoa und Stoiker*, 2008, Nr. 369, vgl. auch 1262; vgl. SVF II 740-760, bes. 755-757; dazu *POHLENZ*, *Die Stoa*, (1948) ⁵1978, Bd. 1, S. 86 f., Bd. 2, S. 50 f.

7 Vgl. *Waldstein*, Die Rechtsstellung ungeborener Kinder im römischen Recht, in: *ders.*, Das Menschenrecht zum Leben. Beiträge zu Fragen des Schutzes menschlichen Lebens (Schr. z. Öff. Recht 423), Berlin 1982, S. 20-25, zu *Kasers* Meinung zu *Ulp.* D. 25,4,1,1 dort S. 21 mit Anm. 19; ausführlich mit zahlreichen weiteren Hinweisen; vgl. auch *Barr*, Tertullian and the Unborn Child. Christian and Pagan Attitudes in Historical Perspective, 2017 (xiii, 194 S.), dort S. 142-153, bes. 145.

8 So formuliert die *Digesten*-Übersetzung von *Otto/Schilling/Sintenis* (1831). *KASER*, *Das römische Privatrecht* I, ²1971, 272 Anm. 17 sagt, der *partus* sei bis zur Geburt „bloßer Teil des Mutterleibs“.

9 Vgl. bes. *Waldstein*, Ist „der *partus* bloßer Teil des Mutterleibs“?, in: *Schermaier/Rainer/Winkel* (Hg.), FS f. Mayer-Maly, 2002, 837-851.

10 *Waldstein* (wie Anm. 7), 847.

Bestimmte Narrative, die eine substantiellen Differenz, ja Diastase von vor- und nicht-christlicher zu christlicher Ethik aufbauen, die mit einer horrifizierenden Darstellung angeblich leichtfertig abtreibungswilliger griechischer und römischer Männer und Frauen einhergeht, müssen nach den umsichtigen Untersuchungen von J. Barr¹¹ als moderne, strategisch abgezielte Konstrukte betrachtet werden.

So untersagt seitens der medizinischen Standesethik der Eid des *Hippokrates* (nach 460 - 377)¹² die Verabreichung von abtreibenden Mitteln (die Antike kennt etwa 200, von denen etwa 90 % auch wirksam sind). Allerdings begründet und vollzieht man ärztlich geleitete Abtreibungen bei medizinischer Indikation, d. h. bei Gefährdung des Lebens der Mutter.¹³ Bei *Tertullian*, *De anima* 25,5 findet sich eine Auflistung benutzter chirurgischer Geräte,¹⁴ z. B. sichelförmige Messer, stumpfe Haken oder der [„*embryospháktes*“; Embryoschlächter]. Eine detaillierte Beschreibung des Vorgangs der Embryotomie bietet *Celsus*, *De medicina* 7,29.¹⁵ Generell bestand dabei Gefahr für das Leben der Frau, weil aus diagnostischen Gründen in der Regel zwischen dem dritten und siebten Monat abgetrieben wurde.

(Sozial-)ethische Kritik der Abtreibung ist in der römisch-paganen Antike dokumentiert. Sie ist nicht von prinzipieller Natur, zeigt sich auch nicht am Lebensrecht des Ungeborenen als solchem interessiert, sondern ist in epochentypischen Festschreibungen von Geschlechterrollen befangen und macht einseitig das Recht des Mannes (*ius vitae necisque des pater familias!*)¹⁶ auf rechtmäßige Nachkommenschaft geltend. Kein Geringerer als *Cicero*, *Pro Cluentio* 32 (vgl. *Quintilian*, *Institutio oratoria* 8,4,11f.) verweist 66 v. Chr. auf ein bemerkenswertes Todesurteil während seines Kleinasienaufenthaltes 79-77 v. Chr., das freilich nach griechisch-orientalischen Rechtsvorstellungen ausgesprochen und vollstreckt worden ist. Der Anlass zur Erwähnung ergab sich, als er *A. Cluentius Habitus* verteidigte. Dieser hatte vor Jahren seinen Stiefvater, *Abbius Oppianicus Statius*, des versuchten Giftmordes an der schwangeren Schwiegertochter angeklagt und erhielt nun nach dessen Tod eine gleichlautende Gegenklage von dessen Stiefmutter. *Cicero* verschweigt die auf eine Abtreibung folgenden qualvollen Schmerzen nicht (ebd. 11) und moniert in einer Weise, die seine originär römisch-republikanischen Anschauungen und Wertmaßstäbe verrät:

„Ich erinnere mich, dass, als ich in Asien war, eine Frau aus Milet zum Tode verurteilt wurde, weil sie sich selbst mit Giftmitteln ihre Frucht abgetrieben hatte, nachdem sie sich von den Ersatzerben hatte bestechen lassen. Und das geschah nicht zu Unrecht; hatte sie doch die Hoffnung des Vaters, den Fortbestand des Namens, die Stütze des Hauses, den Erben des Familienbesitzes, den künftigen Bürger des Gemeinwesens beseitigt. Eine wie viel härtere Strafe hat *Oppianicus* für dieselbe Untat verdient! Denn jene Frau quälte sich selbst, indem

sie gegen ihren Körper Gewalt anwandte; *Oppianicus* aber bewirkte das gleiche durch den Tod und die Qual einer anderen Person. Es scheint, dass sonst niemand in diesem Instande ist, an Einzelnen viele Morde zu begehen; nur *Oppianicus* wurde für fähig gefunden, in einer Person mehrere zu töten.“¹⁷

IV. Abtreibung ist besonders im kaiserzeitlichen Rom zwar keine dominante, aber doch unleugbar gegebene Alltagserscheinung, die gehäuft in bestimmten Sozialgruppen der Frauen praktiziert wird. Zur Zeitenwende schreibt offenbar ein gewisser *EUBIUS* Abtreibungsrezepte (vgl. *OVID*, *Tristia* II, 415f), und zwar – als Merkhilfe – in Versen! Gründe für eine Abtreibung werden mehrere genannt: Viele Autoren berichten von Sklavinnen, die sich häufig wegen der Last, für die Ernährung ihres Kindes sorgen zu müssen, zur Abtreibung entschließen – meistens mit Wissen ihrer Herren, die oft genug auch Väter dieser abgetriebenen Kinder sind. Das ungehemmte Ausleben ihres Geschlechtstriebes sei für andere Frauen, meist Hetären und Schauspielerinnen, Anlass abzutreiben (*Plutarch*, *De tuenda sanitate praecepta* 22), oft gepaart mit dem Bedürfnis, eine untadelige Figur – besonders einen straffen Bauch – zu behalten (vgl. *Ovid*, *Amores* 2,14,7; *Seneca*, *Consolatio ad Helviam* 16,3; *Martial*, *Epigr.* 3,42; 3,72,4; *Gellius*, *Noctes Atticae* 12,1,8; *Ps.-Ovid*, *Nux* 23f). Nicht vergessen werden darf, dass bei Frauen der höheren Gesellschaft in so manchen Fällen auch Folgen außerehelicher Beziehungen vertuscht werden sollen (*Tacitus*, *Annales* 14,63,1; *Juvenal*, *Satura* 6,592-598). Die *abactio partus* wird damals zwar als unmoralische Handlung, aber noch nicht formell als kriminell beurteilt.¹⁸

11 *Barr* (wie Anm. 7), bes. S. 136-173.

12 Vgl. *Hanson*, *Paidopoiia*. Metaphors for Conception, Abortion and Gestation in the Hippocratic Corpus, in: *van den Eijk/Horstmanshoof/Schrijvers* (Hg.), *Ancient Medicine in Its Socio-Cultural Context*, 1995, Bd. I, S. 291-308.

13 Vgl. *Theodorus Priscianus* [um 400 n. Chr.], *Ephoriston lib.* 3,6,23-27, ed. Rose, 1894, S. 240-244; dtsh. bei *Keller* (wie Anm. 1), S. 82-84.

14 *Tertullian*, *De anima* 25,5 CSEL 2, 820; dtsh. in: *Ders.*, *Über die Seele*. Eingel., übers. u. erl. v. *Waszink*, 1980, S. 107.

15 Vgl. *Celsus*, *De medicina* 7,29. With an English Translation by *Spencer*, 1935-38 u. ö., Bd. 3, S. 454-461, dtsh. bei *Krenkel* (wie Anm. 1), S. 445 f.; für eine nahezu identische veterinärmedizinische Abtreibungsprozedur mit entsprechendem chirurgischen Gerät, spez. bei Schafen, vgl. *Toynbee*, *Tierwelt der Antike*, 1983, S. 328.

16 Vgl. *Schermaier*, *Bonus pater familias*, in: *Winkel u.a.* (Hg.), *FS f. Eltjo Schrage*, 2010, S. 347-362.

17 *Cicero*, *Pro Cluentio* 32 (Übers.: *Cicero*, *Sämtl. Reden*, Bd. II. Eingel., übers. u. erl. v. *Fuhrmann*, 1970, S. 29 f.): *Memoria teneo Milesiam quandam mulierem, cum essem in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam; nec iniuria, quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiae, designatum rei publicae civem sustulisset. Quanto est Oppianicus in eadem iniuria maiore supplicio dignus! Si quidem illa, cum suo corpori vim attulisset, se ipsa cruciavit, hic autem idem illud effecit per alieni corporis mortem atque cruciatum. Ceteri non videntur in singulis hominibus multa parricidia suscipere posse, Oppianicus inventus est, qui in uno corpore pluris necaret.*

18 Vgl. *Rein*, (wie Anm. 1), S. 445-449.

Großes Aufsehen erregt eine Abtreibung mit Todesfolge im römischen Kaiserhaus, zumal man dadurch inzestuöse Beziehungen verschleiern will: *Domitian* zwingt Ende 89 n. Chr. seine von ihm geschwängerte Nichte *Iulia* zur Abtreibung, wie *Sueton*, *Domit.* 22; *Plinius*, *Epistula* 4,11,6 und bitterböse *Iuvenal*, *Satura* 2,29-33 bezeugen (vgl. *Ovid*, *Heroides* 11,37-42 für das mythologische Beispiel der von ihrem Bruder geschwängerten Kanake). Man könnte meinen, die jüngere europäische Geschichte auf dem Balkan hätte die Antike übertrumpfen wollen, wenn man bei dem zu Zeiten Kaiser *HADRIANS* schreibenden *Florus*, *Epitome* 3,5 liest, dass bei den Thrakern besonders grausame Sitten der Kriegsgefangenenbehandlung herrschen, z. B. gefangenen Frauen unter Folter die Frucht abzutreiben (*omne tempus residuum crudelitatis fuit in captivos saevientibus: ..., partus quoque gravidarum mulierum extorquere tormentis*). Über die schauerhafte Verbindung einer vorsätzlich herbeigeführten Abtreibung bei einer dritten Frau mit einer Anstiftung zum Kindsmord weiß *Ammianus Marcellinus*, *Res gestae* 16,10,18f. zu berichten: *Eusebia*, seit 352 n. Chr. die Gattin des Kaisers *Constantius*, ließ *Helena*, der Schwester des Kaisers und Gattin *Iulians*, aus Eifersucht ein Gift verabreichen, das nach jeder Empfängnis einen Abort verursachte. *Eusebia* selber war nämlich unfruchtbar, doch ihre Schwägerin hatte bereits einen Jungen zur Welt gebracht, den die Hebamme nach Bestechung durch *EUSEBIA* kurz nach der Geburt tötete, indem sie dem Säugling die Nabelschnur zu nahe am Bauch abschnitt.¹⁹

V. Alle Literatur schafft mit poetischer Kreativität eine fiktive Wirklichkeit, aber nicht ohne Bezug zur realen Wirklichkeit. Eine reiche Quelle für das Thema Abtreibung ist daher – nicht unerwartet – der neben *Catull* wohl größte römische Dichter der Liebe, nämlich *Ovid* (43 v. Chr. - 17/18 n. Chr.). In seinem breiten Oeuvre ist der markanteste Text zur Abtreibungsthematik das Gedichtpaar *Amores* 2,13/14 (verf. um die Zeitenwende).²⁰ Die Perspektive bleibt androzentrisch. Die Szenerie dieses Diptychons bringt das heile, von der Dominanz des *amor* erfüllte Daseinsgefühl der Liebeslegie an den Rand des Zusammenbruchs. Denn *Corinna*, *Ovids* Geliebte, hat ihre Leibesfrucht, wohl sein Kind, abgetrieben und liegt, dem Tode nahe, unter Qualen im Krankenbett. *Ovid* hält ihr vor, dass ihr Handeln unfraulich, gesellschaftsfeindlich und widernatürlich sei sowie ihr eigenes Leben bedrohe. Der todbringenden, unfemininen Gewalt der Abtreibenden stellt er seinen mannhaften, aber für das (Über-)Leben harmlosen soldatischen Kampf im Dienste Amors gegenüber.²¹ Dabei nimmt *Ovid* die Maßstäbe seiner Kritik ganz aus dem Horizont der altrömischen, androzentrischen Gesellschaftsethik, die *Augustus* während seines Prinzipats verstärken bzw. neu installieren wollte. Die Abtreibung *Corinnas* erscheint primär nicht als ein Vergehen am un-

geborenen Leben. Es fehlt ein ausgeprägtes, explizites Interesse am Wert des Ungeborenen als solchem.

Der dichterische Einfallsreichtum unseres Autors tritt an zwei anderen Stellen nochmals hervor. Die vermutlich im Anschluss an die verloren gegangene euripideische Tragödie ‚*Aeolus*‘ dargestellte Inzestliebe der Aeolus-Tochter *Canace* mit ihrem Bruder *Macareus* erfährt eine Dramatisierung, indem *Ovid* einen erfolglos durchgeführten Abtreibungsversuch mit Giftkräutern und anderen Pharmaka wohl hinzuerfindet (*Heroides* XI, 33-44; verf. vor 8 n. Chr.).²² Für den berühmten Frauenprotest gegen die *Lex Oppia*, die nicht nur so manchen äußeren Luxus der Frauen, sondern auch deren mit Selbstbewusstsein wahrgenommenen Eigenrechte als *matrona* in engere Grenzen verweisen wollte, ist *Livius*, *Ab urbe condita* 34, 1-3 die Hauptquelle unseres Wissens. Doch *Ovid* versteht es in seinen *Fasti* I, 617-636 (verf. zw. 2-8 n. Chr.), der Episode eine (beim genannten Historiker nicht erwähnte!) typisch erotisch-ovidianisch ausgestaltete, den Liebesstreik der ‚*Lysistrate*‘ des *Aristophanes* noch übersteigernde Pointe beizugeben: Die Frauen Roms hätten sich verabredet, aus Trotz gegen diese frauenfeindliche Gesetzgebung all ihre Schwangerschaften abzubrechen, um dem männlichen Geschlecht keine Nachkommen zu geben. Daraufhin hätten sie vom Senat dafür zwar einen Tadel erhalten, aber auch ihre alten Rechte zurückerstattet bekommen. Zum Dank wäre der Geburtsgöttin *Carmenita* ein Tempel am carmentalischen Tor gestiftet worden. Doch *Ovid* lässt die Frauen kein Wort des Bedauerns über die gewollt abgebrochenen, zum Spielball in einem politischen Kräfteressen gewordenen Schwangerschaften sprechen.

VI. Einen Umschwung im Sinne einer ethischen Fokussierung zugunsten des Ungeborenen bei der Bewertung der Abtreibung in der antiken Welt brachte das Christentum.²³ Angebunden an die jesuanische Lehre, dass jeder Mensch als Individuum (und eben nicht als

19 Unklar ist, ob im Jahre 326 für die Tötung der Kaiserin *Fausta*, der Gattin Kaiser *Konstantins*, Abtreibungsdelikte im persönlichen Umkreis von Bedeutung gewesen sind; vgl. *Woods*, *On the Death of the Empress Fausta*, in: *Greece & Rome* 45 (1998), S. 70-86.

20 Eine pointierte Hinführung zu dem *Amores* unter modernen literaturtheoretischen Aspekten findet man bei *Melanie Möller*, *Ovid*, 2016, bes. S. 18-25.

21 Vgl. *Ovid*. *The Second Book of Amores*. Edited with translation and commentary by *Booth*, 1991 (x,198 S.), zu *Amores* II, 13/14 bes. S. 67-73 [lat. Text, engl. Übers., Interpretation (mit feministischer Ausrichtung)] und 157-167 [materialreicher Kommentar], dort 71; rechtshistorisch substantiell der Beitrag von *Waldstein*, *Das ungeborene Kind bei Ovid*, *Amores* 2.14, in: *Cascione* (Hg.), *FS f. Labruna*, 2007, Bd. 8, S. 5887-5898.

22 Vgl. *Verducci*, *Ovid's Toyship of Heart: Epistulae Heroidum*, 1985, S. 198-203.

23 Vgl. die Vergleichstabelle „Einige religiöse bzw. theologische Differenzpunkte christlichen und antik-paganen Denkens“ bei *Laarmann*, „Si Plato ipse viveret ...“ *Augustinus* [De vera religione 3,3] zu den Möglichkeiten einer Selbstkorrektur des Platonismus und dessen Vollendung im Christentum, in: *Der Altsprachliche Unterricht* 61 (2018), Heft 1, S. 38-48, dort 46.

Teil von Stand, Rasse, Nation, Gattung u. dgl.) Gegenstand der göttlichen Fürsorge ist und jeder Mensch für sich gleichsam eine „Lieblingsidee Gottes“ darstellt, formuliert man ein *homo futurus*-Argument, demzufolge jede Abtreibung als Menschenmord gilt. Den alttestamentlichen Hintergrund bilden das Tötungsverbot des Dekalogs (Exodus 20,13) und die Bestimmung der Todesstrafe für einen Mann, der die Fehlgeburt bei einer Frau und deren Tod verursacht (Exodus 21,22f.). In den neutestamentlichen Schriften findet sich zwar keine spezielle Aussage zur Abtreibung, dafür aber in anderen frühchristlichen Dokumenten ihre unmissverständliche Verurteilung: Diejenigen, „die das Geschöpf Gottes im Mutterleib umbringen“, sind Menschen auf dem „Weg des Todes“ (Didache 5, 2).²⁴ In der apokryphen griechischen Petrus-Apokalypse (2. Jh. n.Chr.) erblickt der Erzähler bei einer Höllenvision dort verschiedene Orte, an denen die Büsser gemäß der Art ihrer begangenen Sünde sich aufhalten müssen: „Ganz in der Nähe erblickte ich einen andere Schlucht, wo Eiter und stinkender Ausfluss von Bestraften zu einem großen See herabflossen. Dort saßen Frauen bis zum Hals im Eiter, ihnen gegenüber eine große Menge heulender Embryos. Von ihnen gingen Feuerblitze aus, die in die Augen der Frauen einschlugen. Das waren die Frauen, die unehelich schwanger geworden und die Kinder abgetrieben hatten.“²⁵

Protagonist der christlichen Lehre und um klare Worte nicht verlegen ist der rhetorisch polarisierende *Tertullian* (um 160 - nach 220), *Apologeticum* 9, 8:

„Wir hingegen dürfen, nachdem uns ein für alle Mal das Töten eines Menschen verboten ist, selbst den Embryo im Mutterleibe, solange noch das Blut sich für den neuen Menschen absondert, nicht zerstören. Ein vorweggenommener Mord ist es, wenn man eine Geburt verhindert; es fällt nicht ins Gewicht, ob man einem Menschen nach der Geburt das Leben raubt oder es bereits während der Geburt vernichtet. Ein Mensch ist auch schon, was erst ein Mensch werden soll - auch jede Frucht ist schon in ihrem Samen enthalten.“ (*Nobis vero semel homicidio interdicto etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem delib[er]atur, dissolvere non licet. Homicidii [!] festinatio est prohibere nasci, nec refert, natam quis eripiat animam an nascentem disturbet. Homo est et, qui est futurus; etiam fructus omnis iam in semine est.*)²⁶

Terminologisch steigernd redet etwa zeitgleich *Minucius Felix*, *Octavius* 30, 2 von einem „Verwandten-“ bzw. „Nächstenmord“ (*parricidium*). Harsch urteilt *Hieronymus* (347-420) über Frauen, die bei einer Abtreibung zu Tode gekommen sind, da sie suizidal ihr eigenes Leben vernichten, den lebensbejahenden Jesus nicht beachten und so für beginnendes Leben totbringend wirken.²⁷ Die Kirche verurteilt daher aufgrund einer einmütigen Übereinstimmung der kirchlichen Autoritäten (*unanimis consensus patrum*)²⁸ von Anfang an Abtreibung der Sache nach als Mord an einem lebendigen Wesen,

das ein Mensch ist, als Mord an einem Menschen, der – vorab zu aller Wertschätzung durch Menschen und unabhängig davon – vor Gott unendlich viel gilt und genau deshalb unbedingte Achtung verdient.²⁹ Dank der Forschungen und Klarstellungen von *W. Waldstein* und *J. Barr* kann man nicht mehr behaupten, dass die kirchliche Bewertung der Abtreibung in einem luftleeren Raum und ohne jeden Anschluss an vorchristliche Vorstellungen entwickelt worden wäre. Die polemische Topik der altkirchlichen Apologeten eines Abtreibungsverbots gegenüber der paganen Umwelt ist als *rhetorical smokescreen*³⁰ zu betrachten. Tatsächlich bekräftigen viele pagane Autoren die Befähigung der Ungeborenen zum Eintritt in die soziale, extrauterine Welt, wodurch dem Ungeborenen ein gewisser Eigenwert zukomme. Insbesondere in den Reihen stoischer Philosophen standen erklärte Abtreibungsgegner.³¹

Eines muss auch berichtet werden: Die frühe Kirche erfindet geradezu einen neuen Argumentationstypus – den Abbruch der Diskussion. Dieses Bewusstsein der Alten Kirche, dass nur ein unmissverständliches, alle schiefen und falschen Zugeständnisse und Kompromisse zurückweisendes Auftreten und Handeln in der Öffentlichkeit – auch und gerade durch die entschiedene Ablehnung der Abtreibung – dem Evangelium Jesu Christi gerecht werde, stellt nach Sicht heutiger Kirchenhistoriker einen der Hauptfaktoren dar, deret-

24 Zum Verständnis dieser Stelle und deren präziser Übersetzung vgl. Didache. Zwölf-Apostel-Lehre, übers. und eingel. von *Schöllgen*, *Traditio apostolica*. Apostolische Überlieferung, übers. und eingel. von *Geertings*, 1991, S. 116 f. mit Hinweis auf *Braun*, *Art. pläso*, in: *ThWNT* 6 (1959), S. 262, Z. 25-29.

25 Die *griechische Petrus-Apokalypse* 26, übers. *Berger/Nord*, *Das Neue Testament und frühchristliche Schriften*, 5., rev. Aufl. 2001, S. 1206; sehr ähnlich die äthiopische *Petrus-Apokalypse* 8,1-3, ebd. S. 1214; vgl. *Gray*, *Abortion, Infanticide, and the Social Rhetoric of the „Apocalypse of Peter“*, in: *Journal of Early Christian Studies* 9 (2001), S. 313-339.

26 *Tertullian*, *Apologeticum/Verteidigung des Christentums* 9,8, hrsg., übers. u. erl. v. *C. Becker*,³1984, S. 88-91; zur Stelle die Kommentierung von *Georges*, *Tertullian ‚Apologeticum‘*, (Kommentar zu frühchristlichen Apologeten, 2011, S. 173 f.

27 Vgl. *Hieronymus*, *epistula* 22,13: „Sie werden, dreier Verbrechen schuldig, zur Hölle geschleppt: als Selbstmörderinnen, als Ehebrecherinnen Christi und als Mörderinnen des noch nicht geborenen Kindes“ (*trium criminum reae ad inferos perducuntur, homicidae sui, Christi adulterae, necdum nati filii parricidae*).

28 Zu diesem methodologisch-heuristischen Kriterium vgl. *Ratzinger*, *Die Bedeutung der Väter im Aufbau des Glaubens* [1968], in: *ders.*, *Theologische Prinzipienlehre*, 1982, S. 139-159; *Niemann*, *Art. Consensus patrum*, in: *RGG*⁴ 2 (1999), Sp. 452.

29 Vgl. *Spieker*, *Kirche und Abtreibung in Deutschland. Ursachen und Verlauf eines Konflikts*, 2000 (260 S.), dort S. 107-121: Darstellung der kirchlichen Lehre; *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, nr. 2270-2275. 2322-2323, 1997, S. 580-582. 591; *Katechismus der Katholischen Kirche*. Neuübersetzung aufgrund der *Editio typica latina*, 2003, S. 577-579. 589. Speziell für die patristische Epoche vgl. *Dölger* (wie Anm. 1), *Nardi* (wie Anm. 1), *Wermelinger* (wie Anm. 1), *Demel* (wie Anm. 1), *Barr* (wie Anm. 7).

30 *Barr* (wie Anm. 7), 166; außerdem *Kipp*, *Lebensschutz und Sexualpessimismus. Faktoren des Entstehens der frühchristlichen Abtreibungsethik*, in: *Ulf* (Hg.); *Ideologie - Sport - Außenseiter. Aktuelle Aspekte einer Beschäftigung mit der antiken Gesellschaft* (Innsbr. Beitr. zur Kulturwiss., Sonderh. 108), 2000, S. 65-108.

31 Vgl. *Barr* (wie Anm. 7), S. 159-164.

wegen die Kirche als einzige Großinstitution der Antike diese Epoche auch überlebt habe.³² Freilich bleibt es der mittelalterlichen christlichen Theologie und Kanonistik vorbehalten, den modernen *Begriff* der menschlichen Person und ihrer unantastbaren Würde vorzubereiten und in Kernelementen zu entwickeln.³³

VII. Die Fähigkeit zur historischen Kommunikation, wie sie z.B. Ziel des altsprachlichen Unterrichts ist, trägt in substantieller Weise zur Bildung eines freien, mündigen Bürgers bei. Denn es gehört zur Freiheit eines Menschen, auch über seine Vergangenheit aufgeklärt zu sein. Letztere beginnt nicht erst biographisch mit dem Tag der eigenen Geburt, sondern mit den historischen Ursprüngen unserer kulturellen Leitwerte. Abtreibung in der Antike als historisches Phänomen erscheint als geeignetes Paradigma von eminenter Gegenwartsbedeutung, um eines zeigen zu können: Auch und gerade in einer modernen Welt können ethische Entscheidungen nur dann kompetent, d. h. im Sinne des moralisch Guten, getroffen werden, wenn man ein reflektiertes Wissen um das Gewordensein der moralischen Prinzipien dieser modernen Welt besitzt. Das heutige Spektrum der Positionen zur Abtreibung findet sich *cum grano salis* schon in der Antike. Die Positionierung der kirchlichen Lehre zur Abtreibung geschah trotz aller rhetorischen Polemik vieler Autoren nicht ohne Rückgriff und Rückhalt gerade im römischen Recht. „Eine

wichtige Leistung katholischer Orthodoxie war es, das Heidentum als ein zweites Altes Testament anzuerkennen.“³⁴ Hält man es mit der christlichen Position, die für die pagane Antike auch ein Neuheitserlebnis war und deren „Umsturz der Werte“ inzwischen selber zu einer respektablen Tradition geworden ist, kommt man in die Versuchung, *Tacitus* (Annales III, 55, 5) zu zitieren: „Nicht alles in den früheren Zeiten war besser“ (*Nec omnia apud priores meliora*).

32 Vgl. *Markschies*, Warum hat das Christentum in der Antike überlebt?, 2004, bes. S. 48 f. mit ausdrücklichem Verweis auf die altkirchliche Bewertung der Abtreibung.

33 Vgl. *Kobusch*, Die Entdeckung der Person. Metaphysik der Freiheit und modernes Menschenbild, (1993) ²1997 (320 S.); diese bahnbrechende philosophiehistorische Studie zum Personbegriff dient auch als Teilkorrektur und substantielle Ergänzung der Ausführungen von *Fuhrmann*, Persona, ein römischer Rollenbegriff, in: *Marquard/Stierle* (Hg.), Identität (Poetik und Hermeneutik 8), 1979, S. 83-106; *ders.*, Art. Person. I. Von der Antike bis zum Mittelalter, in: *Hist. Wb. der Philos.* 7 (1989), Sp. 269-283; *Kobusch*, Selbstwerdung und Personalität. Spätantike Philosophie und ihr Einfluß auf die Moderne, 2018, bes. S. 348-371; resümierend *Laarmann*, Art. Würde (dignitas, honor, status). I. Ethik; Kanonistik; Theologie, in: *Lexikon des Mittelalters* 9 (1998), Sp. 369 f.

34 Martin *MOSEBACH*, Gesprächsäußerung in einer Podiumsdiskussion mit Heinrich *DETERING*, Paderborn, 17. Mai 2017, im Anschluss an seinen Vortrag „Rom in der Literatur der Gegenwart“.

OLG München: Zum Leben als Schaden und den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches wegen nicht gerechtfertigter Lebensverlängerung durch Beibehaltung einer lebenserhaltenden künstlichen Ernährung

BGB §§ 611 Abs. 1, 630e Abs. 1, 1901a, 1901b, 1922 Abs. 1

Urteil vom 21. Dezember 2017 – AZ 1 U 454/17

Zum Sachverhalt

Der Kläger ist Alleinerbe seines am 19.10.2017 verstorbenen Vaters Heinrich S. (im Folgenden auch Patient). Er macht gegenüber dem Beklagten Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche geltend. Diese stützt er darauf, dass die künstliche Sondenernährung seines Vaters mittels PEG-Sonde spätestens an Anfang 2010 medizinisch nicht mehr indiziert gewesen sei. Der gesund-

heitliche Zustand seines Vaters habe keine Aussicht auf Besserung gehabt, daher habe die Ernährung nur zu einer nicht notwendigen Verlängerung des krankheitsbedingten Leidens des Patienten geführt. Als Hausarzt des Patienten sei der Beklagte daher zur Änderung des Therapiezieles verpflichtet gewesen; er hätte, durch Beendigung der Sondenernährung, das Sterben des Patienten unter palliativmedizinischer Betreuung zulassen müssen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 18.01.2017, Az. 9 O 5246/14). Dem Kläger stehe aus ererbtem Recht des Vaters des Klägers gegen den Beklagten weder wegen Pflichtverletzungen aus dem Behandlungsvertrag noch aus Deliktsrecht ein Schmerzensgeld- und Schadensersatzanspruch zu. Zwar sei die Fortsetzung der künstlichen Ernährung des Patienten seit Anfang 2010 medizinisch nicht mehr indiziert gewesen, da es kein über die reine Lebenserhaltung bzw. Lebensverlängerung hinausgehendes Behandlungsziel

mehr gegeben habe. Der Beklagte sei jedoch nicht verpflichtet gewesen, eigenverantwortlich die Beendigung der künstlichen Ernährung anzuordnen. Er habe jedoch seine Pflicht aus § 1901b Abs. 1 BGB verletzt, ab spätestens Anfang 2010 dem Betreuer des Patienten mitzuteilen, das ein Therapieziel, das über die bloße Lebenserhaltung hinausgehe, nicht mehr erreichbar war. Hierbei hätte er mit dem Betreuer erörtern müssen, ob die Sondenernährung des Patienten fortgesetzt oder abgebrochen werden solle. Es sei jedoch dem Kläger obliegen, dem Beweis zu führen, dass dieses Versäumnis für die Fortsetzung der künstlichen Ernährung bis zum Versterben des Patienten ursächlich war. Diesen Beweis habe er nicht geführt.

Wegen eines Aufklärungsmangels sei der Beklagte ebenfalls nicht haftbar. Denn die §§ 1901a ff. BGB hätten hier eine spezielle Regelung für die Entscheidungsfindung getroffen. Zwar stelle die Ernährung durch eine PEG-Sonde ohne die erforderliche Aufklärung und wirksame Einwilligung des Patienten oder seines Betreuers eine rechtswidrige Körperverletzung und eine Verletzung der vertraglichen Pflichten des Arztes dar. Da der Kläger den Nachweis, dass bei der Erörterung nach § 1901b Abs. 1 BGB die Entscheidung zugunsten des Abbruchs der künstlichen Ernährung getroffen worden wäre, nicht erbracht habe, könne die Fortführung dem Beklagten nicht als rechtswidrige Körperverletzung zugerechnet werden.

Der Kläger hat gegen das Urteil des Landgerichts Berufung eingelegt. Er meint, seinem Vater sei durch die Weiterbehandlung durch den Beklagten schweres Leid zugefügt worden. Der Betreuer habe die Zustimmung zur Anlage der PEG-Sonde im Jahr 2006 eigenmächtig und ohne Rücksprache mit dem Kläger erteilt. Der Kläger habe nicht gewollt, dass der Vater in seiner terminalen Erkrankung künstlich am Leben gehalten werde. Das Landgericht habe es fehlerhaft unterlassen, den Kläger persönlich zu der Frage anzuhören, wie er sich nach der gebotenen Aufklärung durch den Beklagten verhalten hätte. Darüber hinaus müsse die von der Rechtsprechung entwickelte Beweislastverteilung gelten, wonach sich der Kläger grundsätzlich aufklärungsrichtig verhalten habe. Aus den allgemeinen Beweisregeln ergebe sich, dass dem Kläger ohne ermittelbaren Patientenwillen gar keine Wahl geblieben wäre, als sich gegen die nicht indizierte Fortsetzung der Lebens- und Leidensverlängerung auszusprechen. Tatsächlich hätte der Kläger der Therapiezieländerung eines begleiteten Zulassens des Sterbens zugestimmt. Weil es der Beklagte versäumt habe, mit dem Betreuer die Therapiezieländerung zu diskutieren, sei dieser gar nicht auf die Idee gekommen, seiner rechtlichen Verpflichtung gemäß bei den Angehörigen zu recherchieren, ob der Patient eine weitere nicht indizierte lebens- und lebensverlängernde Behandlung wünsche. Der Beklagte habe damit schuldhaft die Feststellung des Fehlens ei-

nes solchen Willens vereitelt. An der Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Körperverletzung hätte den Beklagten ein pflichtgemäßes Vorgehen nach § 1901b Abs. 1 BGB nur während der Dauer der Erörterung strafrechtlich entschuldigt.

Der Kläger meint, die Anrechnung eines Mitverschuldens des Betreuers auf den ererbten Schadensersatzanspruch des Patienten komme nicht in Betracht, weil der Betreuer als medizinischer Laie die ärztliche Behandlung nicht auf Beachtung des Facharztstandards kontrollieren müsse.

Der Beklagte meint, er habe keine Pflichten gemäß §§ 1901a ff. BGB verletzt. Er habe dem Betreuer in mehreren Gesprächen den Gesundheitszustand des Patienten geschildert. Der Betreuer habe ausdrücklich die weitere symptomatische Behandlung und pflegerische Versorgung des Patienten bis hin zu einer Krankenhaus-einweisung bei Zustandsverschlechterung gewünscht.

Der Beklagte habe nach seiner ärztlichen und ethischen Auffassung den Tod des an keiner lebensverkürzenden internistischen Krankheit leidenden Patienten nicht herbeiführen oder empfehlen dürfen. Das Entfernen der Magensonde hätte nach Auffassung des Beklagten und des Betreuers zum damaligen Zeitpunkt eine verbotene aktive Sterbehilfe durch Verhungern/Verdursteten des Patienten bedeutet.

Es fehle jedenfalls an einer schuldhaften Verletzung von Pflichten aus dem Behandlungsvertrag und bzw. oder den §§ 1901a ff. BGB. Es gelte weiterhin der Grundsatz, dass dem Schutz des Lebens Vorrang eingeräumt werden müsse, mit anderen Worten „in dubio pro vita“. Weiterhin habe sich der Beklagte als Hausarzt auf die Beurteilung der Spezialisten in der Klinik, unter anderem eines Facharztes für Neurologie, verlassen dürfen, die ebenfalls keine eindeutige Indikation zur Beendigung der Nahrungszufuhr gesehen hätten. Schließlich habe der Beklagte auch deshalb nicht schuldhaft gehandelt, weil die Sach- und Rechtslage schwierig gewesen sei.

Das OLG hat den Beklagten verurteilt, Schmerzensgeld in Höhe von 40.000 Euro nebst Zinsen zu zahlen, im Übrigen wurde die Klage abgewiesen. Die Revision wurde zugelassen.

Aus den Gründen

(32) B. I. (...) 1. Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass der Beklagte gegenüber dem Patienten die ihm aus § 1901b Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Behandlungsvertrag erwachsenden Pflichten verletzt hat. Danach hat der behandelnde Arzt zu prüfen, welche ärztliche Maßnahme im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des – zur Entscheidung selbst nicht mehr fähigen – Patienten indiziert ist, und diese Maßnahme mit dem Betreuer unter Berücksichtigung des Patientenwillens zu erörtern. Der Arzt schuldet mithin dem Betreuer eine Aufklärung (...) entsprechend den Vorgaben der Rechtsprechung zum

Arzthaftungsrecht, die seit dem 26.02.2013 in § 630e Abs. 1 BGB normiert sind. (...)

(34) 1.2. Der Beklagte war im Rahmen seiner Aufklärungspflicht (...) verpflichtet, mit dem Betreuer die Frage der Fortsetzung oder Beendigung der Sondenernährung eingehend zu erörtern (...), was jedoch unstrittig unterblieben ist. Bei unklarer bzw. zweifelhafter Indikation für einen ärztlichen Eingriff ist regelmäßig eine besonders umfassende Aufklärung erforderlich (...). Dazu im Einzelnen:

(35) 1.2.1. Die Sachverständigen führen aus (...), die künstliche Ernährung von Demenzpatienten mittels PEG sei im streitgegenständlichen Zeitraum in Fachkreisen intensiv diskutiert worden. Die im Gutachten bezeichneten Leitlinien/Empfehlungen aus dem Zeitraum bis 2010/2011 verhalten sich zu diesem Thema wie folgt:

(36) (1) *Auszug aus der „DGEM-Leitlinie Enterale Ernährung: Ethische und rechtliche Gesichtspunkte“ (Aktuel Ernähr Med 2003; 28, Supplement 1: S36–41, U. Körner et al):*

(37) **„Anwendung der Sondenernährung**

(38) Der Einsatz der Sondenernährung erfolgt stets auf der Basis eines medizinisch begründeten Behandlungszieles. Eine Ernährungssonde darf nicht allein zum Zweck der Reduktion des Pflegeaufwandes gelegt werden. ...

(39) Bei unsicherer Indikation empfehlen wir den Therapieversuch. Beim Eintreten von Komplikationen oder bei Ausbleiben des gewünschten Therapieerfolges ist von dem Therapieversuch Abstand zu nehmen.

(40) Das Fortbestehen der Indikation für eine Sondenernährung muss in regelmäßigen Abständen überprüft werden. Der Arzt muss in Situationen, in denen die Indikation (bei Komplikationen, im Sterbeprozess ...) nicht mehr gegeben ist, bereit sein, die Entscheidung für eine Behandlungsalternative einschließlich Behandlungsabbruch zu treffen und muss dies den Entscheidungsberechtigten auch nachvollziehbar vermitteln.

(41) Der Anspruch an die Sorgfalt und Begründung von Entscheidungen über die Anwendung einer Ernährung über eine Sonde ist besonders in solchen Fällen hoch, bei denen für einen Patienten (wie insbesondere einen Patienten im apallischen Syndrom) die Ernährungstherapie als einzige intensive kontinuierliche Maßnahme zur Lebenserhaltung erforderlich ist. Abgesehen davon, dass bei jedem Menschen einmal die Therapiebemühung an natürliche Grenzen stößt und einen Lebensgewinn für den Patienten nicht mehr ermöglicht, ist die Ernährung jedenfalls bei diesen Patienten indiziert und fortzusetzen, solange Möglichkeiten der Remission nicht ausgeschlossen sind.“

(42) **Umfang der Aufklärung**

(43) Die Aufklärung muss alternative Behandlungsmöglichkeiten (d.h. alternative Ernährungswege) einschließlich des Verzichts auf Sondenernährung und dessen Konsequenzen umfassen.

(44) **Einwilligungssubstitute**

...

(45) In Eilfällen, in denen die Entscheidung des gesetzlichen Vertreters nicht oder nicht rechtzeitig herbeigeführt werden kann, ist der mutmaßliche Wille des Patienten maßgebend. Soweit keine anderen Anhaltspunkte erkennbar sind, gilt „in dubio pro vita“. Im Übrigen ist der mutmaßliche Patientenwille mit großer Sorgfalt zu ermitteln, insbesondere wenn es um die Beendigung einer Ernährungstherapie geht.

(46) **Medizinisch-ethische Bewertungsmaßstäbe**

(47) **Die Lebensqualität als Entscheidungskriterium**

...

(48) Bei schwersten Krankheitszuständen und im Sterben kann die Sicherung von Lebensqualität zum alleinigen Behandlungsziel werden und tritt die Sicherung der Lebensdauer und des Überlebens als therapeutisches Ziel zurück. ...

(49) **Anhang 1**

(50) **Kommentar zur aktuellen Rechtslage zur Frage einer richterlichen Entscheidung über das Einstellen künstlicher Ernährung beim Fehlen eindeutiger Belege für den mutmaßlichen Willen (vgl. s. Rothärmel 2001)**

...

(51) Bis zu einer höchstrichterlichen oder parlamentarischen Entscheidung des Streitens der Fachgerichte um die richterliche Genehmigungspflicht wird man aufgrund der heterogenen Rechtsprechung zur Einschaltung des Vormundschaftsgerichts raten müssen, wenn die Einstellung künstlicher Ernährung beim noch nicht sterbenden Patienten erwogen wird und wenn dessen mutmaßlicher Wille auch nach gründlicher Bemühung nicht zu erfahren ist. Dementsprechend lauten auch die Richtlinien der Bundesärztekammer.“

(52) (2) *Auszug aus der „Leitlinie Enterale Ernährung der DGEM und DGG: Trink- und Sondenernährung in der Geriatrie und geriatrisch-neurologischen Rehabilitation“ (Aktuel Ernähr Med 2004; 29: 198–225, D. Volker et al):*

(53) **Zusammenfassung**

...

(54) Nicht indiziert ist Sondenernährung dagegen in finalen Krankheitsstadien einschließlich finalen Stadien der Demenz sowie zur Pflegeerleichterung oder Zeiterparnis. Unabhängig von der Indikation muss die Entscheidung für oder gegen Sondenernährung immer individuell unter Berücksichtigung des (mutmaßlichen) Patientenwillens, vorhandener Komorbiditäten, des Krankheitsgrades und der Prognose getroffen werden.“

(55) **2.6. Ist bei Patienten mit Demenz eine enterale Ernährung indiziert?**

...

(56) Obwohl Auswirkungen einer Ernährungstherapie auf die Überlebenszeit und funktionelle Parameter bisher nicht adäquat untersucht sind, werden orale Supplemente bei Demenzkranken

in frühen und mittleren Krankheitsstadien empfohlen. Die Entscheidung für Sondenernährung bei Patienten mit fortgeschrittener Demenz bleibt eine Einzelfallentscheidung. Für final demente Patienten wird Sondenernährung nicht empfohlen.
...

(57) Die Datenlage lässt es nicht zu, eine Sondenernährung für fortgeschrittene Demenzstadien zu empfehlen. Vor diesem Hintergrund bleibt jede Entscheidung zur PEG bei Patienten mit fortgeschrittener Demenz und erkennbarem Risiko für Mangelerkrankung eine Einzelfallentscheidung (IV).

(58) Für final Demenzkranke (irreversibel, immobil, kommunikationsunfähig, vollständig pflegeabhängig, mangelnde körperliche Reserven) wird eine Sondenernährung nicht empfohlen (IV).“

(59) [Anmerkung: Der Sachverständige Prof. Dr. Sch. weist im Gutachten v. 20.01.2016, S. 15 darauf hin, „IV“ klassifiziere den niedrigsten wissenschaftlichen Evidenzgrad]

(60) (3) Aus „Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung“ (Deutsches Ärzteblatt 2004; Heft 19: A 1298-9):

(61) „II. Verhalten bei Patienten mit infauster Prognose

(62) Bei Patienten, die sich zwar noch nicht im Sterben befinden, aber nach ärztlicher Erkenntnis aller Voraussicht nach in absehbarer Zeit sterben werden, weil die Krankheit weit fortgeschritten ist, kann eine Änderung des Behandlungszieles indiziert sein, wenn lebenserhaltende Maßnahmen Leiden nur verlängern würden und die Änderung des Therapieziels dem Willen des Patienten entspricht. An die Stelle von Lebensverlängerung und Lebenserhaltung treten dann palliativ-medizinische Versorgung einschließlich pflegerischer Maßnahmen.
...

(63) Lässt sich der mutmaßliche Wille des Patienten nicht anhand der genannten Kriterien ermitteln, so soll der Arzt für den Patienten die ärztlich indizierten Maßnahmen ergreifen und sich in Zweifelsfällen für Lebenserhaltung entscheiden. Dies gilt auch bei einem apallischen Syndrom.“

(64) (4) Nach Inkrafttreten des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes aktualisierte Fassung der „Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung“ (Deutsches Ärzteblatt 2011; Heft 7 v. 18. Februar 2011: A 346-8):
...

(65) II. Verhalten bei Patienten mit infauster Prognose

(66) Bei Patienten, die sich zwar noch nicht im Sterben befinden, aber nach ärztlicher Erkenntnis aller Voraussicht nach in absehbarer Zeit sterben werden, ist eine Änderung des Behandlungszieles geboten, wenn lebenserhaltende Maßnahmen Leiden nur verlängern würden oder die Änderung des Behandlungszieles dem Willen des Patienten entspricht. An die Stelle von Lebensverlängerung und Lebenserhaltung tritt dann die palliativ-

medizinische Versorgung einschließlich pflegerischer Maßnahmen.“

(67) III. Behandlung bei schwerster zerebraler Schädigung

(68) Patienten mit schwersten zerebralen Schädigungen und kognitiven Funktionsstörungen haben, wie alle Patienten, ein Recht auf Behandlung, Pflege und Zuwendung. Art und Ausmaß ihrer Behandlung sind gemäß der medizinischen Indikation vom Arzt zu verantworten; eine anhaltende Bewusstseinsbeeinträchtigung allein rechtfertigt nicht den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen. Soweit bei diesen Patienten eine Situation eintritt, wie unter I. und II beschrieben, gelten die dort dargelegten Grundsätze.“

(69) (5) „Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis“ (Deutsches Ärzteblatt 2007; Heft 13: A 891-6):

(70) „Die Grundsätze der Bundesärztekammer enthalten wesentliche Aussagen zur ärztlichen Sterbebegleitung. Die vorliegenden Empfehlungen knüpfen daran an;

(71) Sehr hilfreich kann es sein, das Ziel ärztlichen und pflegerischen Handelns jeweils zu überprüfen. Der Arzt hat zu hinterfragen, ob im konkreten Fall noch eine medizinische Indikation für eine bestimmte Therapie vorliegt. Wenn eine Behandlung nicht medizinisch indiziert ist, stellt sich die Frage nicht, ob der Patient mit dem Abbruch einverstanden wäre. An die Stelle von Lebensverlängerung und Lebenserhaltung treten dann palliativ-medizinische Versorgung und pflegerische Maßnahmen.“

(72) (6) Weitere „Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis“ (Deutsches Ärzteblatt 2010; Heft 18: A 877-):
...

(73) „Behandlungswünsche sind immer an die ärztliche Indikation gebunden. Ärztlicherseits besteht keine Verpflichtung, den Behandlungswünschen Folge zu leisten, wenn keine Indikation für eine Behandlung (mehr) besteht....
...

(74) Konfliktsituationen

(75) b) Der Patientenvertreter oder die Angehörigen des Patienten verlangen die Durchführung oder Weiterführung einer medizinisch nicht (mehr) indizierten Maßnahme. Besteht keine medizinische Indikation zur Einleitung oder Weiterführung einer Maßnahme, so darf diese nicht (mehr) durchgeführt werden. Die Übermittlung der Information über eine fehlende medizinische Indikation für lebensverlängernde Maßnahmen und die damit verbundene Therapiezieländerung hin zu palliativen Zielen stellt für Patienten und deren Angehörige meist eine extrem belastende Situation dar, die vom aufklärenden Arzt hohe kommunikative Kom-

petenzen verlangt. Weder der Patient noch seine Vertreter oder seine Angehörigen können verlangen, dass der Arzt eine medizinisch nicht indizierte Maßnahme durchführt. Ein Gesprächsangebot sollte immer bestehen bleiben....“.

(76) (7) „Leitfaden des Bayerischen Landespflegeausschusses Dezember 2008: Künstliche Ernährung und Flüssigkeitsversorgung“, S. 28:

(77) „Regelmäßige Überprüfung der Indikation (78) Eine einmal begonnene Sondenernährung bedeutet nicht zwangsläufig deren Durchführung bis zum Lebensende. In regelmäßigen Abständen ist zu überprüfen, ob die Notwendigkeit der Sondenernährung noch besteht. ...

(79) Übersteigt die Belastung in Folge der Sondenernährung die möglichen Vorteile (z.B. im Sinne einer verbesserten Lebensqualität) für die Patientin oder den Patienten, sollte sie eingestellt werden.“

(80) 1.2.2. Die Sachverständigen schlussfolgern daraus, dass eine medizinische Indikation für die Fortsetzung der Sondenernährung jedenfalls seit 2010 „möglicherweise“ nicht mehr vorgelegen habe. Die Unsicherheit in Bezug auf die Indikationsstellung wird maßgeblich damit begründet, dass der Wille des Patienten nicht zu ermitteln gewesen sei und es (äußerungsfähige) Patienten gebe, die bei vergleichbarem Leiden mit allen Mitteln am Leben erhalten werden wollten. Eine infauste Prognose habe bis September 2011 nicht bestanden, weil es keine Hinweise gegeben habe, dass der an keiner lebensverkürzenden internistischen Krankheit leidende Patient in absehbarer Zeit verstorben wäre (Gutachten S. 22, mündliche Anhörung v. 28.11.2016, S. 4). Betont wird die Notwendigkeit einer gemeinsamen Entscheidungsfindung aller Beteiligten (Gutachten, S. 20 ff).

(81) 1.2.3. Ob der Einschätzung der Sachverständigen uneingeschränkt vor dem Hintergrund gefolgt werden kann, dass

(82) (1) die zitierten Leitlinien / Empfehlungen durchaus zwischen der medizinischen Indikation einerseits und dem zu beachtenden tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen andererseits differenzieren,

(83) (2) die – nicht indizierte – Anlage einer PEG im Stadium finaler Demenz (siehe oben, insbesondere Leitlinien „Enterale Ernährung“) medizinisch eigentlich nicht anders bewertet werden kann als die Einstellung der Ernährung über eine bereits vorhandene Sonde in diesem Krankheitsstadium,

(84) (3) eine infauste Prognose (übliche Definition: der Zustand des Patienten ermöglicht keine Heilung mehr und mit dem Tod ist zu rechnen) von den Sachverständigen allein deshalb verneint wird, weil der Patient ausschließlich aufgrund der künstlichen Ernährung noch auf unbestimmte Zeit am Leben erhalten werden konnte, und

(85) (4) das Gutachten eine fundierte Auseinandersetzung mit den abweichenden Feststellungen des Privat-

gutachters Dr. med. T. zur Frage der Indikation (vgl. Anlage K2) partiell vermissen lässt, kann dahinstehen. Denn jedenfalls bleibt festzuhalten, dass die einschlägigen Leitlinien / Empfehlungen übereinstimmend die Beendigung der künstlichen Ernährung in dem weit fortgeschrittenen und irreversiblen Krankheitsstadium, in dem sich der Patient befand, nicht verbieten, sondern eher die Entscheidung für einen Behandlungsabbruch nahelegen, wobei die Leitlinien „Enterale Ernährung“ hier am deutlichsten sind, die recht vage gehaltenen Empfehlungen der Bundesärztekammer – insbesondere die überarbeitete Fassung aus dem Jahr 2007 – grundsätzlich aber auch in diese Richtung weisen. Der Beklagte hat es unterlassen, dies dem Betreuer, der auch nicht anderweitig, etwa von den Ärzten im Klinikum N. h, darüber informiert worden war, zu kommunizieren. In diesem Zusammenhang wäre von dem Beklagten auch noch einmal klarzustellen gewesen, dass

(86) (1) sich die Situation des Betreuten von der etwa eines Wachkomapatienten mit apallischem Syndrom wesentlich dadurch unterschied, dass vorliegend jegliche „Möglichkeit der Remission“ (vgl. „DGEM-Leitlinie Enterale Ernährung: Ethische und rechtliche Gesichtspunkte“, aaO) ausgeschlossen war,

(87) (2) das bei Anlage der Sonde im Jahr 2006 maßgeblich verfolgte Ziel der Verhinderung von Aspirationspneumonien nicht erreicht worden war, sondern diese Komplikation trotzdem mehrfach aufgetreten war, und mit weiteren Komplikationen gerechnet werden musste,

(88) (3) der Grundsatz „in dubio pro vita“ nach den einschlägigen ärztlichen Leitlinien (vgl. z.B. „Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung“, aaO) nur dann eingreift, wenn eine Maßnahme medizinisch indiziert ist, aber insbesondere wegen Eilbedürftigkeit die Einwilligung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters nicht oder nicht rechtzeitig eingeholt werden kann,

(89) (4) ärztlicherseits keine Verpflichtung besteht, Behandlungswünschen bei fehlender medizinischer Indikation Folge zu leisten (vgl. „Empfehlungen der Bundesärztekammer und der zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer“ aus den Jahren 2007 und 2010, aaO), und

(90) (5) die Einstellung der Sondenernährung und Umstellung der Behandlung auf eine rein palliative Versorgung erwogen werden sollte, wenn die aus der Fortführung resultierenden gesundheitlichen Belastungen für den Patienten die möglichen Vorteile (insbesondere eine verbesserte Lebensqualität) übersteigen (vgl. „Leitfaden des Bayerischen Landespflegeausschusses“, aaO), was vorliegend in Anbetracht des desaströsen Zustands des bereits jahrelang bettlägerigen Patienten – mit Dekubiti, zunehmendem Rigor, regelmäßigem Fieber, Schmerzen, Atembeschwerden, viermaligen Lungenentzündungen, Gallenblasenentzündung, voll-

kommener Immobilität, Kommunikationsunfähigkeit, Inkontinenz etc. – nahe lag.

(91) Eine solche Diskussion hat zwischen dem Beklagten und dem Betreuer unstreitig nicht stattgefunden.

(92) 2. Die Beweisaufnahme durch den Senat hat nicht eindeutig ergeben, welche Entscheidung nach § 1901a BGB der Zeuge M. als Betreuer des Patienten im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung durch den Beklagten getroffen hätte.

(93) 2.1. Der Zeuge M. (...) habe ja den mutmaßlichen Willen des Betreuten beachten müssen. Für ihn sei der Wille des Patienten darauf gerichtet gewesen, am Leben erhalten zu werden. Das habe er aus der früheren Äußerung des Patienten gegenüber Frau V. geschlossen, er wolle möglichst alt werden, aus der geschilderten Reaktion des Patienten auf die Ansprache von Frau V., und daraus, dass der Patient auf Zuwendung von Frau V. immer noch reagiert habe. Er sei allerdings nicht der Überzeugung, dass ein Betreuer um jeden Preis und in allen Fällen am Leben erhalten werden müsse. Am Ende eines Entscheidungsprozesses unter Einbeziehung weiterer Ärzte und des Betreuungsgerichts hätte auch die Beendigung einer Sondenernährung stehen können. Auf jeden Fall hätte er sich vor einer solchen Entscheidung medizinisch und rechtlich beraten lassen.

(94) 2.2. Hätte sich der Betreuer, wie von ihm angegeben, im Fall des Aufwerfens der Frage einer Beendigung der Sondenernährung durch den Beklagten an das Betreuungsgericht gewendet, kann davon ausgegangen werden, dass das Gericht dem Betreuer aufgegeben hätte, zur Feststellung des mutmaßlichen Patientenwillens eine Äußerung des Klägers nach § 1901b Abs. 2 BGB einzuholen. Wie der Kläger bei seiner Anhörung vor dem Senat noch einmal glaubhaft dargelegt hat, hätte er sich in Anbetracht des „schrecklichen Zustandes“ seines Vaters gegen die Fortführung der künstlichen Ernährung ausgesprochen (...). Möglicherweise hätte das Betreuungsgericht von Amts wegen noch weitere Erkundigungen eingezogen, etwa in Form einer Befragung des Pflegepersonals. So kann der Umstand, ob ein mit PEG-Sonde ernährter Patient auf natürlichem Wege angebotene Nahrung zurückweist oder sie zumindest aufzunehmen versucht, durchaus ein Indiz für seinen nach § 1901a Abs. 2 BGB zu ermittelnden Willen sein. Mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit kann weiter angenommen werden, dass das Betreuungsgericht den Zeugen M. darauf hingewiesen hätte, dass die von ihm gesehenen Anhaltspunkte für einen mutmaßlichen Lebenswillen des Patienten trotz seines desolaten Zustands (...) im Rahmen einer Gesamtbewertung nach § 1901a Abs. 2 BGB nicht hinreichend tragfähig sind. (...)

(95) 2.3. Vor diesem Hintergrund wäre eine Entscheidung des Zeugen M. zugunsten einer Fortsetzung der Sondenernährung nach Einschaltung des Betreuungsgerichts und weiterer Ärzte nicht von vornherein de-

terminiert gewesen, vielmehr hätten die dort gewonnenen Informationen seine Einschätzung, die Ernährung durch Sonde müsse aufrechterhalten werden, in Frage stellen können. (...)

(96) 2.4. Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus dem von dem Beklagten angeführten Grundsatz „in dubio pro vita“. Lässt sich der mutmaßliche Wille des Betreuten nicht feststellen, gilt für den Betreuer die allgemeine Regel des § 1901 Abs. 2 BGB, sodass das (subjektive) „Wohl des Betreuten“ Maßstab seines Handelns ist. (...) Entsprechend formulieren die „Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbegleitung“ 2004 (s.o.): „Lässt sich der mutmaßliche Wille des Patienten nicht anhand der genannten Kriterien ermitteln, so soll der Arzt für den Patienten die ärztlich indizierten Maßnahmen ergreifen und sich in Zweifelsfällen für Lebenserhaltung entscheiden. Vorliegend war jedoch schon die medizinische Indikation für die Sondenernährung sehr zweifelhaft, weshalb auch der Grundsatz „Im Zweifel für das Leben“, ebenso wie bei offensichtlich fehlender Indikation oder Kontraindikation, nicht eingreifen kann (...) und weder die Entscheidung des Betreuers noch ggf. des Betreuungsgerichts im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens präjudiziert hätte.“

(97) 3. (...) Der Senat ordnet einen Verstoß des behandelnden Arztes gegen § 1901b Abs. 1 BGB jedenfalls bei unsicherer bzw. zweifelhafter Indikationslage nach den herkömmlichen Kategorien des Arzthaftungsrechts abweichend von der Auffassung des Landgerichts nicht als Behandlungsfehler und auch nicht als Problem der therapeutischen Aufklärung bzw. Sicherungsaufklärung (seit dem 26.02.2013: § 630c Abs. 2 BGB) ein, sondern als Verletzung der Pflicht zur Eingriffsaufklärung als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung des Betreuers in die Fortsetzung der lebenserhaltenden Behandlung. (...)

(98) 4. Die Folge der Nichtaufklärbarkeit der Frage, ob sich der Betreuer bei gehöriger Information durch den Beklagten für oder gegen die Fortsetzung der Sondenernährung entschieden hätte und der Patient dann möglicherweise bereits im Januar 2010 verstorben wäre, trifft den Beklagten. Grundsätzlich trägt zwar der Gläubiger die Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden (...). Nach allgemeinen Grundsätzen des Arzthaftungsrechts muss jedoch der Behandelnde beweisen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte (...). Der Kläger hat einen Entscheidungskonflikt plausibel dargelegt (...). Von einer hypothetischen Einwilligung – im vorliegenden Fall: des Betreuers – konnte sich der Senat (...) nicht überzeugen. (...)

(99) 5. Der Beklagte hat den ihm obliegenden Entlastungsbeweis (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB), dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, nicht geführt.

(100) 5.1. Der Beklagte kann sich nicht auf einen un-

vermeidbaren Rechtsirrtum (...) berufen, weil die für den vorliegenden Fall relevante Rechtsfrage jedenfalls mit Einführung der Erörterungspflicht über die medizinisch indizierte Maßnahme zwischen Arzt und Betreuer des Patienten in § 1901b Abs. 1 BGB geklärt war. Die §§ 1901a und b BGB wurden nach jahrelanger intensiver Diskussion in juristischen wie ärztlichen Fachkreisen über die Bindungswirkung und Reichweite von Patientenverfügungen (...) durch das am 01.09.2009 in Kraft getretene 2. BtÄndG vom 29.07.2009 (...) eingefügt. Sofern nach den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs v. 17. März 2003 (...) und 08. Juni 2005 (...) noch Unsicherheiten bestanden haben mögen, unter welchen Voraussetzungen ein Behandlungsabbruch bei schwerstkranken Patienten grundsätzlich zulässig war – ob erst bei „Eintritt in eine mutmaßlich unmittelbar zum Tod führende Phase der Grunderkrankung“ oder bereits dann, wenn die Grunderkrankung einen „irreversibel tödlichen Verlauf“ angenommen hatte, wurde durch § 1901a Abs. 3 BGB auch klargestellt (...), dass es auf Art und Stadium der Erkrankung für die von dem Betreuer unter Einbeziehung des Arztes zu treffende Entscheidung nicht ankommt. Der Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat selbst eingeräumt, sich nicht im Detail mit der Gesetzeslage und der diesbezüglichen Diskussion in der Ärzteschaft beschäftigt zu haben. Dies wäre indes für ihn als Allgemeinmediziner, der nach eigenen Angaben regelmäßig Patienten behandelt hat, die unter Betreuung standen und in Pflegeheimen untergebracht waren, geboten und zumutbar gewesen.

(101) 5.2. In diesem Zusammenhang entlastet es den Beklagten auch nicht, dass das OLG Naumburg in einer Entscheidung vom 22.08.2013 (...) im Fall eines hoffnungslosen Wachkomapatienten bei Fehlen einer Patientenverfügung, nicht feststellbarem Patientenwillen und fehlendem Konsens mit den Angehörigen über einen Behandlungsabbruch auf eine Verpflichtung der behandelnden Krankenhausärzte erkannt hat, den Patienten nach Auftreten einer Komplikation intensivmedizinisch weiterzubehandeln. Denn zum Einen ging es hier um einen Sachverhalt aus dem Jahr 2004, mithin vor Inkrafttreten der §§ 1901 a ff BGB. Zum Anderen hat der Beklagte, wie vorstehend ausgeführt, die nötige Erörterung über das Für und Wider einer Fortsetzung der künstlichen Ernährung oder des Abbruchs der lebenserhaltenden Maßnahme mit dem Betreuer gar nicht erst vorgenommen, sodass dieser auch keinen „informed consent“ in die Behandlung erteilen konnte.

(102) 5.3. Der Beklagte kann sich gegen den Vorwurf einer fahrlässig ungenügenden Erörterung der Situation des Patienten und der für ihn medizinisch indizierten Maßnahme mit dem Betreuer nach § 1901b Abs. 1 BGB nicht erfolgreich damit verteidigen, dass in ärztlichen Leitlinien und Literatur eine klare Handlungsanweisung gefehlt habe, ab welchem Zeitpunkt

eine Sondenernährung nicht mehr fortgeführt werden solle. Denn auch wenn die einschlägigen Richtlinien dem Arzt insoweit einen Ermessensspielraum eröffnet haben, bedeutet das keine Entbindung von der Pflicht des Behandelnden zur Aufklärung des Patienten – bzw. hier: seines Betreuers –, vielmehr erforderte die vorliegende Situation mit zweifelhafter Indikationslage gerade eine besonders gründliche Erörterung.

(103) 5.4. Weiter durfte der Beklagte nicht wegen seiner persönlichen Einstellung in Fragen der passiven Sterbehilfe (...) dem Betreuer die erforderlichen Informationen vorenthalten und sich dessen Behandlungswünschen in Bezug auf den Patienten diskussionslos unterordnen. Der Beklagte hätte sich (...) zwar gänzlich aus der Behandlung des Patienten zurückziehen können, das hat er aber nicht getan.

(104) 5.5. Schließlich kann sich der Beklagte seiner Verantwortung als Hausarzt nicht damit entziehen, dass Fachärzte in der Klinik, in die er den Patienten bei Komplikationen mehrfach hatte einweisen lassen, nicht von sich aus eine Beendigung der Sondenernährung zur Diskussion gestellt hatten. (...). Der Patient befand sich von Anfang 2010 bis zu seinem Tod am 19.10.2011 (...) nur zweimal für jeweils kürzere Zeiträume in stationärer Behandlung im Klinikum N. (...), wobei es nachvollziehbar ist, dass sich die dortigen (Fach-)Ärzte weniger mit der Gesamtsituation des Patienten befassen haben als mit der punktuellen Behandlung der jeweiligen Komplikation bzw. akuten Erkrankung. Nach allgemeinen Grundsätzen des Schuldrechts entlastet es einen Schädiger nicht, dass verschiedene Beteiligte gemeinschaftlich oder unabhängig voneinander denselben Schaden verursacht haben. Die Problematik der PEG-Sondenernährung final demenzkranker Patienten fällt schließlich auch nicht exklusiv in das Spezialgebiet eines Neurologen, Geriaters oder eines anderen Facharztes, vielmehr sind insoweit gerade Allgemeinmediziner und Internisten angesprochen, die in der hausärztlichen Versorgung von Patienten speziell in Alten- und Pflegeheimen tätig sind.

(105) 6. Die aus der schuldhaften Pflichtverletzung durch den Beklagten – möglicherweise – resultierende Lebens- und gleichzeitig Leidensverlängerung des Patienten stellt nach Auffassung des Senats grundsätzlich einen nach den §§ 249 ff BGB ersatzfähigen Schaden dar.

(106) 6.1. Soweit ersichtlich, gibt es zu dieser Problematik bisher im Inland keine Rechtsprechung. Der Bundesgerichtshof hat allerdings im sog. „Röteln“-Fall (BGH, Urt. v. 18.01.1983 – VI ZR 114/81, BGHZ 86, 240), in dem ein Arzt die Gefahr einer Schädigung des Fötus infolge Röteln-Erkrankung der Mutter während der Frühschwangerschaft schuldhaft nicht erkannt hatte, einen eigenen Schadensersatzanspruch des mit schwersten Schädigungen geborenen Kindes, das nach dem Vortrag der Eltern bei pflichtgemäßem Verhalten

des Arztes abgetrieben worden wäre, aus dem Rechtsgrund des „wrongful life“ abgelehnt. Der BGH hat die Entscheidung maßgeblich damit begründet, dass die deliktischen Verhaltensnormen auf Integritätsschutz ausgerichtet seien, nicht aber dazu dienten, die Geburt einer Leibesfrucht deshalb zu verhindern, weil das Kind voraussichtlich mit Gebrechen behaftet sein würde, die sein Leben als „unwert“ erscheinen ließen. Das menschliche Leben sei ein absolut erhaltenswertes, höchststrangiges Rechtsgut (...).

(107) Die für die Verneinung eines kindlichen Schadensersatzanspruchs wegen „wrongful life“ maßgeblichen Erwägungen kommen in der vorliegenden Fallkonstellation im Wesentlichen nicht zum Tragen. Zunächst einmal geht es nicht darum, das Leben eines schwerkranken Patienten als „unwert“ zu qualifizieren, sondern um die Frage, ob die Fortsetzung der Sondernahrung oder nicht eher das Zulassen des Sterbens seinem Wohl besser dient. (...) Soweit die Begründung auf den natürlichen und schicksalhaften Verlauf der Dinge abstellt (...), liegt der Fall hier gänzlich anders. Denn die Zuführung von Nährstoffen über eine PEG-Sonde (...) ist gerade ein widernatürlicher Eingriff in den normalen Verlauf des Lebens, zu dem auch das Sterben gehört.

(108) 6.2. Es verbleibt allerdings das grundsätzliche Problem, ob das (Weiter-) Leben, wenn auch unter schweren gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Leiden, gegenüber dem Tod bzw. der Nichtexistenz einen Schaden im Rechtssinn darstellen kann. Der Senat bejaht dies im vorliegenden Fall. Wenn nach Beweislastregeln zu unterstellen ist, dass der Betreuer den Patienten hätte sterben lassen, weil der Tod für ihn eine Erlösung gewesen wäre, muss das auch schadensrechtlich so gesehen werden. Es würde zudem einen Wertungswiderspruch darstellen, wenn man einerseits die Beibehaltung einer Magensonde und die mit ihrer Hilfe durchgeführte, lebenserhaltende künstliche Ernährung als fortdauernden einwilligungsbedürftigen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten ansieht (...), und andererseits diesem Sachverhalt eine schadensbegründende Qualität von vornherein abspricht.

(109) 6.3. (...) Für eine Haftungsbeschränkung auf vorsätzliches und grob fahrlässiges Verschulden des Arztes sind keine triftigen Gründe ersichtlich. Vor dem Hintergrund, dass vorliegend ein vertraglicher Schadensersatzanspruch im Raum steht, erscheint auch eine Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze zur schuldhaften Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht angebracht, wonach ein Anspruch auf eine Geldentschädigung nur bei schwerwiegenden Eingriffen besteht, deren Folgen nicht auf andere Weise befriedigend aufgefangen werden können (...). Ein ersatzfähiger Schaden des Patienten wird unter normativen Gesichtspunkten weiter nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch typischerweise in den Nachlass

fällt und erst von den Erben geltend gemacht wird. (...) Schließlich wird ein Schadensersatzanspruch gegen den Arzt (oder Betreuer) wegen eines schuldhaften Verstoßes gegen die aus §§ 1901a und b BGB erwachsenden Pflichten nicht dadurch ausgeschlossen, dass Angehörigen des Patienten grundsätzlich die Möglichkeit offensteht, nach § 1904 BGB das Betreuungsgericht anzurufen (...).

(110) 7. Der Kläger muss sich auf den ererbten Schadensersatzanspruch des Patienten kein Mitverschulden des Betreuers anrechnen lassen. Nach §§ 254 Abs. 2 Satz 3, 278 BGB ist bei Vorliegen vertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien dem Geschädigten das Mitverschulden seiner gesetzlichen Vertreter und Erfüllungshelfen bereits beim haftungsbegründenden Vorgang anzurechnen, soweit er sich ihrer zur Wahrnehmung seiner Interessen im Schuldverhältnis bedient hat (...). Der Betreuer ist innerhalb seines Aufgabenkreises gesetzlicher Vertreter des Betreuten (...). Hier erscheint allerdings schon zweifelhaft, ob der Patient im Rahmen des Behandlungsvertrages mit dem Beklagten überhaupt (noch) Obliegenheiten hatte (...). Letztendlich kann dies offenbleiben, denn zur Überzeugung des Senats hätte sich jedenfalls an dem Verlauf für den Patienten nichts geändert (...) Mehr als die Erkundigung bei dem Beklagten schuldete der Zeuge M. auch in seiner Stellung als Berufsbetreuer und Rechtsanwalt nicht, vielmehr durfte er sich als medizinischer Laie auf die ärztliche Beurteilung durch den Beklagten verlassen. (...)

(112) 8. Bei einem vertraglichen Schadensersatzanspruch umfasst die Ersatzpflicht des Schädigers für eine Körper- oder Gesundheitsverletzung dann nach § 253 Abs. 2 BGB ein Schmerzensgeld, wenn der Schutzzweck der verletzten Vertragspflicht dies gebietet (...). Dies ist für die Pflicht des behandelnden Arztes aus § 1901b Abs. 1 BGB (...) zu bejahen. Der Schmerzensgeldanspruch ist (...) nach der Streichung des § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB aF auch uneingeschränkt vererblich.

(113) Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ist zunächst zu beachten, dass bereits die Verletzung des Integritätsinteresses des Patienten, dem ohne wirksame Einwilligung über einen längeren Zeitraum mittels einer Magensonde Nahrung verabreicht wurde, für sich betrachtet ein Schmerzensgeld rechtfertigt. Hier kommt erschwerend hinzu, dass der bettlägerige und inkontinente Patient über einen Zeitraum von ca. 21 Monaten bis zum Eintritt des Todes massive gesundheitliche Beeinträchtigungen (...) durchleiden musste, auch wenn seine Wahrnehmungsfähigkeit infolge des fortgeschrittenen zerebralen Abbaus – möglicherweise stark – eingeschränkt gewesen sein mag. Der Beklagte hat zwar weder die weitgehende Zerstörung der Persönlichkeit des Patienten als Folge der degenerativen Gehirnerkrankung noch die beschriebenen gesundheitlichen Komplikationen zu vertreten. Er ist aber mitverantwortlich

dafür, dass der Patient in diesem Zustand weiter gelebt hat und leben musste. Das rechtfertigt es, mit Blick auf die verfassungsrechtliche Wertentscheidung in Art. 1 GG und in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Rechtsprechung in Fällen schwerer Geburtsschäden (...) auf ein über eine bloß symbolhafte Entschädigung hinausgehendes Schmerzensgeld zu erkennen, dessen Höhe jedenfalls nicht in erster Linie davon abhängt, in welchem Ausmaß der Patient die Beeinträchtigungen tatsächlich empfunden hat. Unter Berücksichtigung aller Umstände erachtet der Senat im vorliegenden Fall deshalb ein Schmerzensgeld in Höhe von 40.000,- Euro als angemessen.

(114) 9. Ein Anspruch auf Ersatz materiellen Schadens besteht demgegenüber nicht. (...) Nach allem hat der Kläger eine Minderung des Vermögens seines Vaters in-

folge der Pflichtverletzung des Beklagten nicht hinreichend dargelegt.

(...)

(116) 11. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch aus §§ 823 ff BGB würde (...) jedenfalls nicht weiter reichen als der vertragliche Anspruch, sodass die Klage in Bezug auf die überschießend geltend gemachten Schadensersatzforderungen abzuweisen war.

(...)

(120) III. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen vor. Der Rechtsstreit wirft die Frage von grundsätzlicher Bedeutung auf, ob das Weiterleben eines Patienten, der bei pflichtgemäßem Verhalten des Arztes früher verstorben wäre, einen ersatzfähigen Schaden in der Person des Patienten darstellen kann.

zur person

*Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen**

Harro Otto – ein prinzipientreuer Streiter für den Lebensschutz

Herr Prof. Dr. Dr. h. c. Harro Otto ist der ZfL-Autor der ersten Stunde. Sein 80. Geburtstag im Jahre 2017 blieb in dieser, seiner Zeitschrift unerwähnt. Diese Schuld wollen wir mit dieser Würdigung aus der Feder Prof. Duttges abtragen. (tw)

Wer ungeachtet des „Niedergang(s) der Rechtsidee im utilitaristischen Zeitgeist“ (Otto, gleichnamige Monographie, 1981) unbeirrbar für „Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte“ (JZ 2005, 473 ff.) eintritt, dem ist das Lebensrecht insbesondere der Schwachen und Hilfsbedürftigen selbstredend ein besonderes Anliegen. Schon in seinem Erstling für die ZfL, bemerkenswerterweise als Spitzenaufsatz der ersten Ausgabe überhaupt erschienen (ZfL 1992, 3 ff.), konstatiert Otto mit Blick auf die damaligen Reformentwürfe zum neuen Abtreibungsrecht in unmissverständlicher Klarheit und gedanklicher Schärfe, dass der Konsens über die Höchstwertigkeit menschlichen Lebens verlorengegangen und dem Fötus innerhalb der ersten 12 Schwangerschaftswochen der Rechtsschutz schlechthin entzogen ist. An der Richtigkeit dieser Einschätzung hat sich auch durch das nachfolgende zweite Grundsatzurteil des BVerfG (E 88, 203 ff.) trotz seines aufwendigen Bemühens um eine kompromisshafte Quadratur des Kreises nichts mehr verändert; die aktuelle Debatte um eine ersatzlose Streichung des § 219a StGB (dazu die Beiträge in Ausgabe 1/2018 und in dieser Ausgabe) und nicht zuletzt die „Qualität“ der dabei angeführten (Pseudo-) Argumente“ spricht für sich.

Ein Vierteljahrhundert nach Begründung seiner Mitgliedschaft im Herausgeberbeirat der ZfL (von Beginn an und mehr als 20 Jahre seit Bestehen seiner Mitgliedschaft in der JVL) besteht „triftige Veranlassung“, Herrn Prof. Otto für sein langjähriges und mit Rat und Tat intensiv gelebtes Engagement auf das Herzlichste zu danken. Mit seinem hohen wissenschaftlichen Renommee als Strafrechtslehrer und Rechtsphilosoph (längst nicht nur, aber insbesondere auch zum Lebensschutz, ausgezeichnet durch seine Gutachterbestellung zum 56. Deutschen Juristentag 1986), seinen wichtigen Beiträgen für die ZfL zu zentralen, stets hochaktuellen medizinrechtlichen Fragestellungen (u.a. auch zum Todesbegriff, zur Sterbehilfe und zum assistierten Suizid) sowie seiner von menschlicher Zuwendung und Verlässlichkeit geprägten Persönlichkeit ist er einer der prägenden „Köpfe“ der JVL. Dass er zugleich die aufstrebenden „jungen Kollegen“ zu begeistern und zu fördern vermag, hat der Autor dieser Zeilen selbst schon sehr früh (etwa anlässlich des Gedächtnissymposiums für Ellen Schlüchter im Jahr 2001 oder der Bayreuther Strafrechtslehrrtagung 2003) erleben dürfen.

So kann es nicht überraschen, dass sich Harro Otto in einer seiner jüngsten Abhandlungen eingehend mit dem Begriff der „Solidarität“ im Kontext von Begriffsgeschichte, Sozialethik und Recht auseinandergesetzt

* Prof. Dr. jur. Gunnar Duttge ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Georg-August-Universität Göttingen.

hat (abgedruckt in: Festschrift für Kristian Kühl, 2014, S. 341 ff.). Zum nicht minder brennend aktuellen Thema der postmortalen Organspende betont er nachdrücklich, dass eine Pflicht zur Organspende zwar zur Beseitigung der Organknappheit zweckdienlich sein mag, sich jedoch im Lichte des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes von Freiheit und Menschenwürde nicht rechtfertigen lasse. Das hindere aber nicht, über die Einführung eines „Klub-Modells“ ernstlich nachzudenken, wie es in Deutschland vor allem von Kliemt und Gutmann vorgeschlagen wurde. Denn wenn – so das geltende Recht – einem jeden dieselbe Chance auf ein Organ eingeräumt ist, selbst dann, wenn keine Bereitschaft besteht, selbst Organe zu spenden, so entspricht dies wohl kaum einer „wohlverstandenen Solidarität“ (sondern eher dem Hedonismus und mitunter dreisten Egoismus unserer Zeit). Wer noch Potentiale sieht, den „guten Willen“ des Menschen mit positiven Anreizen zu aktivieren, wird vielleicht zuvor noch – weil insofern

milder – über sinnvolle konkrete Anwendungsbeispiele eines solchen „Nudging“ nachdenken (vgl. Duttge, ZfL 2011, 55 ff.).

Am 1. April 2017 feierte Harro Otto seinen 80. Geburtstag. Mit großer Genugtuung kann er heute nicht nur auf ein reiches akademisches Lebenswerk zurückblicken (so bereits Langer, JZ 2017, 355), sondern ebenso auf sein unerschrockenes Eintreten für den einzigartigen Wert menschlichen Lebens. Dass er im Kontext des Schwangerschaftsabbruchs auch keine Sympathie mit der versteckten Anerkennung der diskriminierenden „embryopathischen Indikation“ hegt, versteht sich dabei von selbst; die unselige Botschaft des Gesetzgebers, dass nach geltendem Recht eben doch „eine Behinderung zur rechtmäßigen Beseitigung des Lebens führen kann“, hat er glasklar benannt (JURA 1996, 135, 142). Solche scharfsinnigen „Streiter“ für das Gute wie ihn bedarf es heute mehr denn je: Es ward Zeit, hierfür danke zu sagen!

Prof. Dr. med. Holm Schneider, Erlangen

Wie ein Ferienjob das weitere Leben prägte

Herr Prof. Dr. Schneider ist mit Beginn des Jahres 2018 neu in den Herausgeberbeirat der ZfL eingetreten. Herausgeber und Redaktion freuen sich auf die Zusammenarbeit. (tw)

Jahrgang 1969, geboren und aufgewachsen in Leipzig; seit 1989 verheiratet mit der Ärztin und Verlegerin Anne-Theres Schneider, sechs Kinder.

1. Akademischer Werdegang: 1989 bis 1995 Medizinstudium in Leipzig und London als Stipendiat der Studienstiftung des deutschen Volkes, molekulargenetische Doktorarbeit am Institut für Biochemie der Universität Leipzig; 1996 Promotion zum Dr. med.; Arzt im Praktikum am Universitätsklinikum Leipzig, anschließend knapp dreijährige Forschungstätigkeit am Imperial College London, gefördert von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG); Weiterbildung zum Facharzt für Kinderheilkunde am Universitätsklinikum Erlangen bei Prof. Dr. Dr. Wolfgang Rascher, parallel Leitung einer wissenschaftlichen Arbeitsgruppe am Nikolaus-Fiebiger-Zentrum für Molekulare Medizin in Erlangen; 2001 Habilitation im Fach Experimentelle Medizin an der Universität Erlangen-Nürnberg; 2006 bis 2008 Professor für Experimentelle Neonatologie an der Medizinischen Universität Innsbruck; seit 2008 Professor für Kinderheilkunde und Leiter der Abteilung Molekulare Pädiatrie sowie Leiter des interdisziplinären Zentrums für Ektodermale Dysplasien am Universitätsklinikum Erlangen; Mitglied verschiedener Fachgesellschaften und Ärztlicher Beiräte von Patientenorganisationen;

Leiter der Expertengruppe zu Ektodermalen Dysplasien und verwandten Krankheiten im Europäischen Referenz-Netzwerk *ERN Skin*; Autor von mehr als 150 wissenschaftlichen Publikationen.

2. Schwerpunkte wissenschaftlicher Tätigkeit: langjährige, durchgehend DFG-geförderte Forschung zur Pathogenese angeborener Hautkrankheiten sowie zu neuartigen Therapieansätzen; Medizinische Ethik und Bioethik, insbesondere im Blick auf vorgeburtliche Diagnostik, Stammzellforschung und Behandlungsmöglichkeiten für Kinder im Mutterleib.

3. Wichtigste Veröffentlichungen:

Schneider, Holm: Warum Vampire nicht gern rennen, Erlangen 2011, 3. Auflage 2015

Schneider, Holm: „Was soll aus diesem Kind bloß werden?“ – 7 Lebensläufe von Menschen mit Down-Syndrom, Schwarzenfeld 2014, 2. Aufl. 2015

Schneider, Holm: Gewagte Beziehungen, Schwarzenfeld 2016

Binkhoff, Teresa und Schneider, Holm: Kunstfehler in der Schwangerenberatung? Eine Analyse von Erfahrungsberichten zur Pränataldiagnose Trisomie 21. In: Fehler und Ethik in der Medizin. Neue Wege für Patientenrechte. Jahrbuch Ethik in der Klinik, Band 6, Wuppertal 2013

Schneider, Holm und Coutelle, Charles: In utero gene therapy: the case for. In: Nature Med. 5, 256–257 (1999)

Schneider, Holm et al.: Prenatal correction of X-linked hypohidrotic ectodermal dysplasia. In: New Engl. J. Med. 378, 1604–1610 (2018)

4. Persönliche Bemerkungen

Ausgangspunkt meiner Beschäftigung mit medizinischen Fragen war ein dreiwöchiger Sommerferienjob im Operationssaal einer Frauenklinik. Dort war ich für Aufräum- und Putzarbeiten zuständig und bekam kleine Botengänge übertragen. Zu meinen Aufgaben gehörte auch, Gewebeabfälle der OP-Säle, also einen Teil dessen, was bei Operationen aus den Körpern der Patientinnen entfernt worden war, in die „Verbrennung“ (die Heizungsanlage im Keller der Klinik) zu bringen. Normalerweise wurde ich nicht allein an diesen Ort geschickt. Einmal aber hatte niemand Zeit, mich mit dem Abfallwagen dorthin zu begleiten. So hatte ich viel Zeit, mir näher anzuschauen, was ich da eigentlich transportierte. Irgendwann stand der Hausmeister hinter mir und starrte auf den blutigen Rumpf, die abgerissenen Ärmchen und Füße, die ich auf einem Tuch wieder zu einem fast vollständigen Babykörper zusammengelegt hatte. Er riss mir das Tuch und den Abfallbehälter aus den Händen und verschwand damit im Verbrennungsraum. Am Tag danach nutzte ich die Gelegenheit, im OP-Saal genau zu verfolgen, wie solche menschlichen Abfälle zustande kamen, – und begann intensiver darüber nachzudenken. Dies führte dazu, dass ich fortan jedem widersprach, der eine Abtreibung einen „normalen medizinischen Eingriff“ nannte.

Auch mit dem Thema „Leben mit Behinderung“ kam ich schon als Jugendlicher in Berührung, weil ein Junge aus der Nachbarschaft auf einen Rollstuhl angewiesen

war. Wir begegneten uns immer wieder auf Geburtstagsfeiern, und während die Erwachsenen Kaffee tranken, spielten wir Schach oder redeten miteinander. Dabei tauchten Fragen auf, die mich tagelang beschäftigten und die meinen Horizont erweitert haben. Später dann, als Medizinstudent, lernte ich noch andere Menschen mit Behinderungen näher kennen – und verstand, dass Gesundheit weder selbstverständlich noch die „Hauptsache“ ist, dass jeder von uns jederzeit zum Behinderten werden kann und dann auf einmal ganz andere Dinge zählen. Als Kinderarzt habe ich viele Patienten mit seltenen Erbkrankheiten oder Besonderheiten wie dem Down-Syndrom über Jahre betreut, und sie sind mir ans Herz gewachsen. Dabei hatte und habe ich das Privileg, auch als Wissenschaftler für solche Patienten und ihre Familien tätig zu sein. Zugleich erscheint es mir immer wichtiger, mich nicht nur für die Gesundheit von Menschen mit genetischen Besonderheiten einzusetzen, sondern auch – und zuerst – für ihr Lebensrecht, das heute immer mehr in Frage gestellt wird. Seit 2010 tue ich das als Mitglied des Bundesvorstands der Aktion Lebensrecht für Alle e.V. sowie durch Buchveröffentlichungen. Herausgefordert fühle ich mich durch gesellschaftliche Debatten, in denen die Perspektiven derer, die künftig aussortiert werden sollen, oder die Sicht ihrer Familien kaum eine Rolle spielen – wie z.B. in der aktuellen Debatte um die Aufnahme nichtinvasiver vorgeburtlicher Gentests in den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen.

*Msgr. Prof. Dr. Peter Schallenberg, Paderborn/Mönchengladbach**

Pater Anton Rauscher zum 90. Geburtstag

Knapp fünf Jahrzehnte lang leitete Pater Anton Rauscher als mein Vorgänger im Amt des Direktors die Katholische Sozialwissenschaftliche Zentralstelle in Mönchengladbach mit viel Einsatz und Beharrlichkeit. Mit Recht kann man sagen, dass er als eine Institution des deutschen Sozialkatholizismus galt. Anlässlich seines 90. Geburtstags ist insbesondere sein reiches wissenschaftliches Œuvre, auch aus seiner Zeit als Professor für Christliche Gesellschaftslehre an der Universität Augsburg, zu würdigen. Durch eine Vielzahl an Publikationen, von denen so manch eine zum Klassiker geworden ist, hat er die christlich-sozialethische Forschung hierzulande mitgeprägt und auf aktuelle Zeitprobleme hin weitergedacht. Es sei exemplarisch hingewiesen auf das von ihm herausgegebene „Handbuch der Katholischen Soziallehre“ von 2008. Pater Rauscher war darüber hinaus als Herausgeber verschiedener Reihen tätig; darunter sei besonders hervorgehoben die Reihe „Kirche und Gesellschaft“, die, von Pater Rauscher 1973 begründet und bis heute fortgeführt, Orientie-

rung über wichtige Fragen der christlichen Weltverantwortung bietet. Nicht minder erwähnenswert sind die Reihen „Abhandlungen zur Sozialethik“, „Beiträge zur Katholizismusforschung“ und auch „Kirche in der Welt. Beiträge zur christlichen Gesellschaftsverantwortung“ mit den gesammelten Werken des schaffensfreudigen Sozialethikers. Mit den „Mönchengladbacher Gesprächen“ begründete Rauscher im Jahr 1969 zudem eine renommierte Tagungsreihe, die von der KSZ bis heute unter dem Namen „Sozialethische Gespräche“ fortgeführt wird. Nicht zuletzt war er bei alledem stets auch kritischer Mahner in Fragen des Lebensschutzes und in den kontroversen bioethischen Debatten der letzten Jahrzehnte. *Ad multos annos!*

* *Msgr. Prof. Dr. Peter Schallenberg* ist Professor für Moralthologie an der Theologischen Fakultät Paderborn und Direktor der Katholischen Sozialwissenschaftlichen Zentralstelle, Mönchengladbach.

Prof. Dr. Jakob Fortunat Stagl, Santiago de Chile*

Zum 90. Geburtstag von Wolfgang Waldstein

Wolfgang Waldstein wurde am 27. August d.J. 90 Jahre alt¹. Ein hohes Alter ist für Romanisten – das war an der Universität zumindest sein Fach – nichts Ungewöhnliches. Das Römische Recht ist nämlich in den Worten Fritz Schulz' „mehr als das Recht der Römer“², es ist vielmehr das Magma allen Rechts. Und wer einmal begonnen hat, sich mit diesem Grundphänomen des Abendlandes zu beschäftigen, den zieht für immer in seinen Bann und ist alles Spätere eigentlich nur eine Erstarrung, welche des Reizes tellurischer Wärme und fließender Bewegung gebricht. Wer wollte vor diesem Phänomen müßig werden?

Zur Eigenart des Römischen Rechts gehört es, dass es sich auf viele Arten betreiben lässt³. Waldstein beschäftigte sich von Anfang an nicht mit dogmatischen Fragen des Privatrechts, sondern mit dem harten Aufeinanderprallen von Recht und Moral, so in seiner ersten Monographie über das Begnadigungsrecht⁴. So auch in seinem zweiten großen romanistischen Forschungsgebiet, dem Recht der Sklaverei. Ein Thema, das wegen seiner Bedeutung für die Marx'sche Philosophie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts auch noch eine enorme politische Bedeutung hatte. Für Waldstein ist das Römische Recht real-existierendes Naturrecht. Das muss sich auch an der Sklaverei beweisen und so wollte er zeigen, dass die Kaiser im Verein mit den Juristen diese – auch aus Sicht des römischen Rechts – naturrechtswidrige Institution⁵ *peu à peu* humanisierten. So wurde etwa das grundlose Prügeln oder die Trennung von Sklavenpaaren verboten⁶. Waldsteins besonderer Untersuchungsgegenstand sind die Tagwerke (*operae*), welche der Freigelassene (*libertus*) seinem ehemaligen Herren und Freilasser (vormals *dominus* nunmehr *patronus*) schuldet. Hatte man zuvor in diesem Status mehr eine Fortsetzung der Sklaverei und anderen Vorzeichen gesehen, ging es Waldstein darum zeigen, in welchem Ausmaß sich die Kaiser um den Schutz der Freigelassenen vor der Gier ihrer Patrone bemühten⁷. Hätte die Antike weitergedauert, so hätte das im selben Römischen Recht angelegte Naturrechtsdenken letztlich die Sklaverei überwunden. Dies ist die geistige Grundlage der Forschung zur Sklaverei unter der Leitung des Alt-historikers Joseph Vogt und Waldsteins an der Mainzer Akademie der Wissenschaften. Moses Finley, ihr Widersacher marxistischer Prägung, hielt die Sklaverei für eine existentiell inhumane Institution, welche nimmer ein menschliches Antlitz annehmen konnte, höchstens als Maske umso tieferer Verdorbenheit⁸.

Nach seiner Emeritierung wandte sich Waldstein vermehrt seinem zweiten großen Lebensthema zu, der Theorie und Philosophie des Rechts. Hieraus entstand eine vom aristotelisch-thomistischen Standpunkt aus geschrie-

bene Rechtstheorie⁹. Vorarbeiten hierzu hatte er in der ebenso klassischen wie vielzitierten Studie über die „Entscheidungsgrundlagen“ der römischen Juristen gelegt¹⁰, worin er das Naturrecht als die eigentliche Methode der klassischen Juristen herausstellte – bislang waren die entsprechenden Texte in der justinianischen Kodifikation für ‚interpoliert‘, also verfälscht, gehalten worden: dieses Naturrechtsgerede müsse von dem christlichen Kaiser Justinian stammen, die heidnischen Juristen der klassischen Zeit können unmöglich auf solche Weise argumentiert haben. Waldsteins Leistung bestand darin, gegen den Zug der Zeit und gegen die damaligen herrschende Meinung die Echtheit dieser Texte zu beweisen. Heute gibt die Zunft ihm Recht¹¹. Die letzte Frucht dieser Tendenz ist seine weniger streng-fachliche, sondern vielmehr „Ins Herz geschriebene“ Naturrechtsstudie, eine Art Summe seiner wissenschaftlicher Überzeugungen¹². Ein Mann von solchem Interesse und solcher Bildung – dazu ein gläubiger Christ katholischer Konfession – konnte an der größten moralischen Frage *unserer* Zeit, der des Lebensschutzes, nicht ungerührt vorbeigehen. Wer als Jüngling den Zweiten Krieg mit seiner als „justizfreiem Hoheitsakt“ qualifizierten industriellen Massentötung miterlebt hatte, mußte, als die westliche Welt begann, dem Unrecht zunächst Legalität zu konzedieren und es

* Prof. Dr. J. F. Stagl ist ordentlicher Professor für Römisches Recht und Einführung in die Rechtswissenschaft an der Universidad de Chile, Santiago.

- 1 W. Waldstein, Mein Leben. Erinnerungen. Media Maria, Illertissen 2013.
- 2 F. Schulz, The invention of the Science of Law at Rome, in: Jakobs, *De similibus ad similia* bei Bracton und Azo (1996) S. 99 ff.
- 3 W. Waldstein, *Vera philosophia. Scritti romanistici scelti*, Jovene, Neapel, 2014.
- 4 W. Waldstein, Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht: Abolitio, indulgentia, venia. Universitätsverlag Wagner, Innsbruck 1964.
- 5 Ulpian sagt in Digesten I, 1, 4, also an ganz prominenter Stelle, dass „nach Naturrecht alle Menschen frei geboren werden“.
- 6 Nachweise bei M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2. Aufl., München 1971, S. 285 f.
- 7 *Operae libertorum*. Untersuchung zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven. Steiner, Stuttgart 1986.
- 8 Hierzu mit Nachweisen Johannes Deißler, *Cold Case? Die Finley-Vogt-Kontroverse aus deutscher Sicht*. In: H. Heinen (Hrsg.): *Antike Sklaverei: Rückblick und Ausblick*. Neue Beiträge zur Forschungsgeschichte und zur Erschließung der archäologischen Zeugnisse. Stuttgart 2010 (Forschungen zur antiken Sklaverei 38) S. 77-93
- 9 W. Waldstein, *Teoria generale del diritto*, Lateran University Press, Rom 2002.
- 10 W. Waldstein, Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen, in: *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II.15, De Gruyter, Berlin 1976, S. 3-100.
- 11 S. den Forschungsband *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, hrsg. v. D. Mantovani u. A. Schiavone, IUSS Press, Pavia 2007.
- 12 W. Waldstein, *Ins Herz geschrieben*. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft. Sankt Ulrich, Augsburg 2010.

dann auch noch zum subjektiven Recht zu erklären, Stellung beziehen und das Unrecht für Unrecht erklären¹³. In Waldsteins Rechtsdenken hausen klare Begriffe: Eine nicht durch Notwehr gerechtfertigte Tötung ist Unrecht, mag der Staat solche Tat etikettieren wie er will. Eine Umwertung aller Werte findet nicht statt – was nicht Wunder nimmt, ist für ihn auch Gott nicht tot, sondern bestenfalls abwesend. So gehörte Waldstein denn auch seit 1984 – als einer ihrer ersten Mitglieder – der JVL an¹⁴ und seit 2007 dem Herausgeberbeirat dieser Zeitschrift, zu welcher er zuvor schon beigetragen hatte¹⁵. Er ist ebenfalls Mitglied des Consiglio Direttivo der Päpstlichen Akademie für das Leben.

Es ist das eine als Naturrechtsemanation begriffene Römische Recht, aus welchem Waldstein seine Position zur Sklaverei, zur Rechtstheorie und zum Lebensschutz herleitet. Über dem allen steht wie ein Motto der ihr Proömium bildende erste Satz der Digesten – welcher auch seiner Festschrift das Motto gab¹⁶: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*¹⁷. „Für die Rechtsvermittlung

tut es als erstes Not zu wissen, woher der Begriff des Rechts stammt: er ist der Gerechtigkeit wegen so genannt, denn wie Celsus in eleganter Weise diesen Begriff bestimmt hat, ist das Recht die Kunst des Guten und des Gerechten“. Für Waldstein ist die Identifikation von Recht und Gerechtigkeit sowie die Bestimmung des Rechts als Kunst des Guten und des Gerechten keine ‚Leerformel‘, wie Kelsen sagte, sondern Ausdruck dessen, dass uns das Recht „ins Herz geschrieben“ ist (Röm. 2, 15) und daher auch aus dem Herzen kommen möge – wovon sein Werk Zeugnis ablegt.

13 W. Waldstein, Das Menschenrecht zum Leben. Beiträge zu Fragen des Schutzes menschlichen Lebens, Duncker & Humblot, Berlin 1982; W. Waldstein, Hirntod – Organspende. Regina Breul im Gespräch mit Wolfgang Waldstein. Media Maria, Illertissen 2013.

14 S. W. Waldstein, ZfL 1994, 33 f. (Gratulation Waldsteins zum zehnjährigen Bestehen der JVL).

15 W. Waldstein, Abtreibungen in den Salzburger Landeskliniken aus rechtlicher Sicht, ZfL 2005, S. 54 ff.

16 Ars boni et aequi: Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, hrsg. v. M.J. Schermaier u. Zoltan Végh, Franz Steiner 1993.

17 Ulp. D. 1, 1, 1 pr.

Prof. Dr. Ansgar Hense, Bonn/Potsdam*

Wolfgang Rüfner zum 85. Geburtstag

Der deutsche Astronom Karl Friedrich Zöllner machte im letzten Jahrhundert den „ernstgemeinten, aber folgenlosen Vorschlag: den Fortschritt der Wissenschaften durch das Verbot von Festschriften und die radikale Kürzung von Geburtstagsreden zu befördern“ (Wolf Lepenies). Der 85. Geburtstag von Wolfgang Rüfner am 8. September 2018 ist dann für mich auch nur der Anlass zu einem kurz gefassten Geburtstagsgruß. Es gilt einen Menschen und Wissenschaftler zu würdigen, für den die Sorge um den Lebensschutz persönliches wie wissenschaftliches Anliegen war und ist. Wolfgang Rüfner gehört zur „Gründergeneration“ der Juristenvereinigung Lebensrecht. Die Wiederherstellung der deutschen Einheit war verknüpft mit der Problemstellung und Herausforderung, den strafrechtlichen Lebensschutz angesichts zweier gegenläufiger Konzepte in den „beiden“ deutschen Staaten neu zu regeln. Diesem Themenkreis widmete sich Rüfner in seinem Referat „Abtreibung in Deutschland nach dem Einigungsvertrag“ auf der achten Tagung der Vereinigung am 4. Mai 1991 in Würzburg (JVL-Schriftenreihe Nr. 8, S. 25-44). In den folgenden Jahren erörterte Rüfner weitere Problemstellungen aus diesem Themenbereich. In ZfL 1993, 21-26 behandelte er das zweite Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgericht und wandte sich einige Jahre später der Thematik „Rechtsdogmatische Probleme des Abtreibungsrechts – Über die Folgen widersprüch-

licher Gesetzgebung“ (ZfL 1999, 39-43) zu. Später untersuchte er die Fragen der staatlichen Finanzierung von Schwangerenberatungsstellen als Ausdruck eines gesetzgeberischen Schutzkonzeptes (FS Richard Puza [2003], S. 741-749; DÖV 2004, 696-700).

Die speziellen lebensschutzrechtlichen Fragestellungen sind eingebettet in ein ungemein breitgespanntes und vielschichtiges wissenschaftliches Oeuvre, das sein Schüler, der Kölner Staatsrechtler Stefan Muckel, bereits in einer eindrucksvollen Laudatio anlässlich der Festschriftenübergabe 2004 gewürdigt hat (in: Kirche und Recht 2004, 87-92). Pars pro Toto lässt sich hier die grundlegende Abhandlung zu den Grundrechtskonflikten, die Rüfner für die Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts verfasste (FS BVerfG und GG, Bd. II [1976], S. 453-479), ebenso nennen wie eine Vielzahl von tiefeschürfenden Abhandlungen zum Sozialstaatsprinzip, dem Recht der Daseinsvorsorge, Leistungsrechten u.a.m. Hervorhebenswert ist, dass Rüfner bereits 1977 eine der ersten Gesamtdarstellungen des Sozialrechts publizierte, die 1991 in zweiter Auflage erschien.

Gestartet ist Wolfgang Rüfner mit einer auch heute noch viel beachteten, von Ulrich Scheuner betreuten

* Prof. Dr. Ansgar Hense ist Direktor des Instituts für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands in Bonn und kommissarischer Leiter des Kanonistischen Instituts an der Universität Potsdam.

rechtshistorischen Dissertation zum „Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749 bis 1842“ (1962 erschienen). Diesem Erstling schloss sich in einer Rüfner sehr eigenen Zielstrebigkeit und Zügigkeit bereits einige Jahre später die Habilitationsschrift „Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft“ (gedruckt 1967) an. In dem Bonner Kraftfeld der beiden Gelehrten Ulrich Scheuner und Ernst Friesenhahn erfuhr Rüfner Ausbildung und Prägung. Rüfner blieb rechtshistorischen Themenstellungen immer wieder verbunden und arbeitete auch an dem voluminösen Gesamtwerk „Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945“ mit. In seiner Zeit als Direktor des Instituts für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands von 1998 bis 2010 erfuhr Rüfners Werk eine Akzentverlagerung hin zu staatskirchenrechtlichen Fragestellungen, denen aber bereits vorher durchaus immer wieder sein Augenmerk galt. Eine Reihe sehr grundsätzlicher Abhandlungen zum kirchlichen Organisationsrecht, der Beteiligung von Laien an der Steuererhebung, dem kirchlichen Arbeitsrecht, zum Recht des Kirchenaustritts, zum Erziehungsauftrag des Staates und der religiösen Erziehung, zum kirchlichen Hochschulrecht oder

zum Staatskirchenvertragsrecht entstand in dieser Zeit. In jeder Publikation zeigt sich die Vielseitigkeit des Jubilars, von der eine juristische Querschnittsmaterie wie das Staatskirchenrecht in besonderer Weise profitiert. Ein Kabinettsstück des großen Überblicks wie der Vertrautheit mit Detailspekten ist der Beitrag „Modernisierung des Staatskirchenrechts durch Vergründrechtlichung?“ (in: FS für Klaus Stern zum 80. Geburtstags [2012], S. 573-596), mit dem Rüfner die bewegte religionsverfassungsrechtliche Diskussion der Jahre 2000-2010 resümiert.

In bisherigen Gratulationen wurde immer wieder herausgestellt, dass Wolfgang Rüfner ein Mensch und Wissenschaftler ist, der einen Sensus für „Maß und Mitte“ besitzt (Muckel, in: KuR 2004, 441; Hense, in: AöR 118 [2008], 433 [436]). Der Jubilar sucht Klarheit und Prägnanz. Etwas, was nur zu erreichen ist, wenn man einen Standpunkt besitzt, aber auch die Neugierde, den Dingen auf den Grund zu gehen. Nur wer über wirklichen Tiefgang verfügt, kann klar sprechen und schreiben. Kurz: Auch in dieser Hinsicht ist Wolfgang Rüfner ein Vorbild. Herzliche Glück- und Segenswünsche zum Geburtstag!

*Prof. Dr. Dr. Joaquín García-Huidobro, Universidad de los Andes, Santiago de Chile**

Zum 80. Geburtstag von Paul-Ludwig Weinacht

Es gibt bestimmte Privilegien, welche nur diejenigen genießen, die zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort geboren worden sind und die darüber hinaus ein bestimmtes Alter erreichen. Paul-Ludwig Weinacht, der am 28. Mai d.J. 80 wurde, gehört zu den auf solche Weise privilegierten. Ihm war es beschieden, eine Art von Schule zu besuchen – das humanistische Berthold-Gymnasium in Freiburg i. Br. – und später eine Art von Universitäten – genauer die von Freiburg, München und Paris –, welche so nicht mehr existieren. Denn wenn auch die Namen dieselben geblieben sind und die Schüler und Studenten täglich dieselben Gebäude betreten, so haben diese Bildungseinrichtungen doch nicht mehr viel mit dem zu tun, was sie noch in der Nachkriegszeit waren, also vor den tiefgreifenden Veränderungen in Westeuropa im Gefolge des Jahres 1968.

Nach der Tragödie des Zweiten Weltkrieges konzentrierte Deutschland seine Kräfte auf den Wiederaufbau. Aber diese Arbeit bestand nicht nur darin, die in Ruinen liegenden deutschen Städte wieder bewohnbar zu machen, die Wirtschaft wieder in Schwung zu bringen, sondern – das war die wichtigste Aufgabe – darin, die deutsche Kultur wieder zu beleben, welche von der Arroganz, Präpotenz und intellektuellen Vulgarität des Nationalsozialismus demoliert worden war. Es war dies eine

stille Arbeit, ausgeführt von Professoren, Politikern, Publizisten und Priestern. Sie fand ihren juridischen Ausdruck im Bonner Grundgesetz und ihren politischen in einer parlamentarischen Demokratie, welche sehr bald zum Vorbild für die westliche Welt werden sollte. Aber die bedeutendste Frucht dieser Anstrengung auf dem Gebiet der Ausbildung lag darin, eine Generation junger Intellektueller hervorzubringen, überzeugt davon – ohne Propaganda oder Druck ausgesetzt gewesen zu sein –, dass die „Würde des Menschen... unantastbar“ ist (Art. 1 GG). Weinacht gehört dieser Generation an und trachtete während seiner gesamten akademischen Laufbahn darnach, diesen Grundsätzen getreu zu handeln. Die totalitären Ideologien hatten den Versuch unternommen, die europäische Kultur zu verändern und an ihre Stelle ein Amalgam simpler Ideen im Interesse der jeweils herrschenden Partei zu setzen. Im Gegensatz zu diesem Simplizismus wollte der junge Weinacht 'alles' wissen und studierte Deutsch, Französisch, Politikwissenschaft, Philosophie und Geschichte. Er wollte seine eigene Sprache kennen lernen, die eines der ersten Opfer des nationalsozialistischen Regimes gewesen war, aber auch die Sprache der französischen Nachbarn, aus dem Bedürfnis heraus, neue Brücken zu dieser Nati-

* Prof. Dr. phil. Dr. iur. Joaquín García-Huidobro ist Professor an der Universidad de los Andes, Santiago de Chile.

on zu bauen, um die jahrhundertealte Feindschaft zu überwinden. Zugleich erforderte die neue politische Ordnung der Demokratie, sich mit der politischen Wissenschaft auseinanderzusetzen, was er unter Anleitung niemandes geringeren als Hans Maier tat. Auch die Philosophie schien diesem Studenten unabdingbar, wollte er doch eine Welt verstehen, welche ihm seit seiner Kindheit unverständlich erschienen war, sei es wegen der Zeitläufte des Krieges, sei es wegen des Verlustes des eigenen Vaters. Das Studium der Geschichte begleitet ihn, seit damals bis heute, verstand er doch die Ideen und sozialen Phänomene stets aus ihrem Kontext heraus. Sein gesamtes späteres Leben ist so etwas wie die Verwirklichung dieses Studienprogrammes. So ist es kein Zufall, dass das Thema seiner Doktorarbeit, welche zu Recht berühmt wurde, der „Staat“ ist¹, war es doch gerade diese menschliche Institution, welche seit seiner Kindheit vom Totalitarismus affiziert war.

Nach Assistentenjahren in München und Freiburg erhielt er 1979 einen Ruf auf die Universität Würzburg, wo er seitdem den Lehrstuhl für Didaktik der Sozialkunde und für Politische Wissenschaft bis zu seiner Emeritierung im Jahre 2003 bekleidete.

Die Weite und Verschiedenheit seiner Interessen können den Betrachter zum Staunen bringen. Zu seinen Studien über den Staat, welche er nie vernachlässigte², ist sein starkes Interesse an der Philosophie der französischen Aufklärung hinzuzurechnen, vor allem an Montesquieu, für den er sich zur anerkannten internationalen Autorität entwickelte³. Es fehlen nicht Arbeiten über die deutsche Demokratie und die besonderen Schwierigkeiten der von ihm befürworteten Europäischen Union, mit ihrem Zentralismus und ihrer Bürokratie, die oftmals die Politik durch technokratische Kriterien ersetzt⁴. Weinacht hegt auch eine Leidenschaft für das Thema der Erziehung, weiß er doch zu gut, dass eine Demokratie nicht sehr viel mehr ist, als die Menschen, aus denen sie sich zusammensetzt⁵. Und wenn das alles noch nicht genug wäre, so pflegt er doch auch ein Interesse für die Lokalgeschichte, vor allem des heimischen Baden⁶.

Nur einem oberflächlichen Betrachter können diese Interessen disparat erscheinen, es zeigt sich in ihnen vielmehr das delikate Gleichgewicht, das die Bundesrepublik von Anfang an wahren musste. Denn es war schon vor Beginn klar, dass die Bundesrepublik nicht einfach das gescheiterte Weimarer Modell wiederholen konnte: Eine Demokratie ohne Inhalt hatte sich als wehrlos gegenüber dem Totalitarismus erwiesen. Zugleich war es unabdingbar, dass die Deutschen ihre Haltung gegenüber ihren Nachbarn änderten. Auch musste die Einheit der neuen Republik gewahrt werden, ohne dabei die lokalen Identitäten zu vernachlässigen. Man sieht also, wie Paul-Ludwig Weinacht sich sein Leben lang mit dem beschäftigte, was ihm dringend notwendig schien, um das Deutschland, in dem er lebte, für die

Zukunft zu läutern. Weinacht ist ein Sohn des Deutschlands von Adenauer. So hat er während seines gesamten Lebens darnach getrachtet, Antworten auf die Gegenwartsfragen Deutschlands und Europas in derselben Art und Weise zu finden, wie dies von dieser und anderen Gründerfiguren des 20. Jahrhunderts vorgegeben worden war. Es kann in diesem Zusammenhang seine Besorgnis über die Grundrechte, vor allem das Recht auf Leben, nicht überraschen, vor allem da dieses Recht in dem Ausmaß begann vernachlässigt zu werden, in welchem sich das Bonner Grundgesetz von seinen Inhalten entleerte⁷. Auch europäischen Themen erregten seine Aufmerksamkeit, da er gewahr wurde, wie die flexiblen Strukturen der Gründer-Ära mit ihrem Respekt für die Eigenheiten der Mitgliedstaaten mehr und mehr dem geistlosen Vereinheitlichungstrieb der Brüsseler Bürokratie wichen.

Doch gibt es auch einen signifikanten Unterschied zwischen Weinacht und Männern wie Adenauer: Während diese naturgemäß vor allem an ihren jeweiligen Ländern interessiert waren, entwickelte unser Jubilar ein besonderes Interesse für die Länder Lateinamerikas, vertieft durch viele Reisen und persönliche Kontakte, zusammen mit seiner stets lebenswürdigen Gattin Annette. So erweiterte er seine Lehrtätigkeit in fruchtbringender Weise auch über den Atlantik hinaus. Von der Anerkennung, die er damit gewann, zeugen zwei Festschriften zu vorangegangenen Geburtstagen⁸. Der

- 1 Paul-Ludwig Weinacht, *Staat: Studien zur Bedeutungsgeschichte des Wortes von den Anfängen bis ins 19. Jahrhundert*, Beiträge zur politischen Wissenschaft, Bd. 2 (Berlin: Duncker & Humblot, 1968).
- 2 Paul-Ludwig Weinacht, *Staat - Staatsräson - Staatsbürger: Studien zur Begriffsgeschichte und zur politischen Theorie*, Beiträge zur politischen Wissenschaft, Bd. 180 (Berlin: Duncker & Humblot, 2014).
- 3 Paul-Ludwig Weinacht, ed., *Montesquieu 250 Jahre „Geist der Gesetze“: Beiträge aus politischer Wissenschaft, Jurisprudenz und Romanistik*, 1. Aufl. (Baden-Baden: Nomos, 1999); Edgar Mass y Paul-Ludwig Weinacht, eds., *Montesquieu-Traditionen in Deutschland: Beiträge zur Erforschung eines Klassikers*, Beiträge zur politischen Wissenschaft, Bd. 139 (Berlin: Duncker & Humblot, 2005).
- 4 Paul-Ludwig Weinacht, ed., *Concordia discors, Europas prekäre Eintracht: Studien zur europäischen Staatenwelt, zur historischen Verfassung Deutschlands und zur Europäischen Union*, 1. Aufl. (Baden-Baden: Nomos, 1996); *Wohin treibt die Europäische Union? Grundlagen und Dysfunktionen der Einigungspolitik*, 1. Aufl., Würzburger Universitätsschriften zu Geschichte und Politik, Bd. 2 (Baden-Baden: Nomos, 2001).
- 5 Gerd Hepp y Paul-Ludwig Weinacht, eds., *Wieviel Selbständigkeit brauchen Schulen: schulpolitische Kontroversen und Entscheidungen in Hessen (1991 - 2000)* (München Neuwied: Luchterhand, 2003).
- 6 Gerd Hepp y Paul-Ludwig Weinacht, eds., *Wieviel Selbständigkeit brauchen Schulen: schulpolitische Kontroversen und Entscheidungen in Hessen (1991 - 2000)* (München Neuwied: Luchterhand, 2003).
- 7 Paul-Ludwig Weinacht, „Der Schutz des vorgeburtlichen Lebens – Probe auf die Legitimität des Rechts“, *Zeitschrift für Lebensrecht* 8. Jg., n° 2 (1999): 30–34.
- 8 Thomas Goll et al., eds., *Staat und Politik: Beiträge aus politischer Wissenschaft und politischer Bildung: Festschrift für Paul-Ludwig Weinacht zum 65. Geburtstag*, 1. Aufl. (Baden-Baden: Nomos, 2003); Joaquín García-Huidobro, Hugo Herrera, y Marco Antonio Huesbe, *Lo jurídico y lo político: lo público como modo de existencia: estudios en homenaje a Paul-Ludwig Weinacht*, Cuadernos de extensión jurídica (Universidad de los Andes (Chile). Facultad de Derecho); 17 (Santiago de Chile: Universidad de los Andes, 2009).

Verfasser dieser Zeilen hatte die Gelegenheit, Weihnacht zu Anfang der 90er Jahre bei einer seiner ersten Chilereisen in Valparaíso kennen zu lernen. Es war eine große Überraschung mit einem Kollegen zusammen zu sein, der einen Gutteil der Autoren, die man selber liest, noch persönlich kannte. Noch wichtiger aber war es für mich, mit jemanden zusammenzutreffen, der die ‚Schule der Nachkriegszeit‘ so verkörpert wie er. Wie viele andere auch beobachtet Paul-Ludwig Weinacht die jüngeren Entwicklungen in Deutschland und Europa mit Sorge, besonders auch die Entwicklung der deutschen Universität, an welcher Persönlichkeiten wie Ritter, Adorno, Gehlen, Luhmann, Guardini, Schelsky und Hennis nicht mehr vorkommen und wel-

che nicht mehr in der Lage scheint, die drängenden Fragen der Zeit zu beantworten und den Bürgern eine Orientierung zu geben. Die „politische Korrektheit“ hat der Kreativität und dem Denken Zügel anlegt und die stets wachsende Universitätsbürokratie droht, der Professorenschaft die Freiheiten zu entziehen, die sie ehemals charakterisierte. Aber wenn es neben dem Christentum etwas gibt, was Europa in seiner millenaren Existenz Identität gegeben hat, dann ist es seine Fähigkeit, sich zu erneuern und die Schwierigkeiten zu überwinden. Es gibt also keinen Grund für die gegenwärtige Krise von einer Ausnahme auszugehen, vor allem nicht so lange wir solche Vorbilder haben wie Paul-Ludwig Weinacht.

*Dr. Hans Thomas, Köln**

Die ZfL dankt Manfred Spieker

Professor Dr. Manfred Spieker, der schon seit Frühjahr 2018 auf 75 erfüllte Lebensjahre zurück blickt, gebührt ein von Herzen kommendes Dankeschön der ZfL, deren Herausgeberbeirat, dem er angehört, und ihrer Leser, die er mit zahlreichen Beiträgen im verbindenden Anliegen einer das Leben schützenden Rechtsordnung ermutigt hat.

Manfred Spieker, geboren am 4. April 1943 in München, studierte Politik, Philosophie und Geschichte in Freiburg/Br. und Berlin (1963-68: Dipl. Politologe) und promovierte 1973 in München bei Hans Maier. 1972 Wissenschaftlicher Assistent am Forschungsinstitut für Politische Wissenschaft und europäische Fragen der Universität Köln mit abschließender Habilitation für das Fach Politische Wissenschaft (1982). 1983 folgt er der Berufung auf den Lehrstuhl für Christliche Sozialwissenschaften am Institut für Katholische Theologie an der Universität Osnabrück, die ihn 2008 emeritiert.

Dort ruft er bald die Osnabrücker Friedensgespräche (1984-1992) ins Leben. Zu ergänzenden Nebenaufgaben gehören u.a. Gastlehrtätigkeit an den Universitäten Valparaíso/Chile (1988), Erfurt (1991), Santiago/Chile (1997), Vilnius (1998) sowie ehrenamtlicher Einsatz als Beirat des Deutschen Instituts für Jugend und Gesellschaft, als Mitbegründer (2002), seitdem Vorstandsmitglied der Joseph-Höfner-Gesellschaft und Präsident des Lindenthal-Instituts (2009–14), beide letzteren in Köln. Bereits 1970-72 nahm Manfred Spieker auch eine kirchliche Aufgabe wahr: als Leitender Mitarbeiter des Sekretariats der Gemeinsamen Synode der Bistümer in der Bundesrepublik Deutschland, Redakteur des amtlichen Mitteilungsblattes „Synode“ und Sekretär der Sachkommission VI „Erziehung, Bildung, Information“. Als Ordinarius in Osnabrück wurde er berufen zum Beob-

achter des Hl. Stuhls im Lenkungsausschuss für Sozialpolitik des Europarates und bei Konferenzen der Sozialminister (1995-2001), zum Präsidenten der Association Internationale pour l'Enseignement Chrétien (AIESC – 2002-07), und zum Consultor des Päpstlichen Rates *Justitia et Pax* (ab 2012).

Eine Vielzahl von Buchpublikationen, Beiträgen zu Zeitschriften und in überlokalen Zeitungen geben bleibend inhaltliche Auskunft über Manfred Spiekers jeweilige Gegenwartssorgen. Seine stets so offenen wie eindeutigen Antworten trugen ihm 2009 das Österreichische Ehrenkreuz für Wissenschaft und Kunst I. Klasse ein. Von nicht unerheblichem Gewicht waren auch hier gewiss seine zahlreichen Einladungen – nach wie vor – zu öffentlichen Vorträgen und Tagungen. Behandelte er bis in die 1990er Jahre vorwiegend philosophisch-politische

Legitimitätsfragen aktuell sozialstaatlicher Entwicklung, konzentrierte sich im Folgenden sein Blick auf die bioethischen Themen, die zunehmend nicht nur das vorgeburtliche und präfinale Lebensrecht relativieren, sondern auch das bewährte Arztethos und nicht zuletzt die Familie, ja – Stichwort *gender* – die gesamte Beziehungskultur der Gesellschaft bedrängen. Als Opponent gegen den *mainstream* streitet Manfred Spieker mit ebenso wissenschaftlicher Kompetenz wie eigener und seiner Ehefrau Rosemarie praktischer Lebenserfahrung als Eltern von sechs Kindern. Gemäß Böckenfördes Diktum: „*Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann*“ füllt er zudem die offenbare Lücke positiven Rechtsdenkens aus christlichen Vernunft-Quellen auf und ergänzt überzeugend

* Dr. med. Hans Thomas ist Gründer des Lindenthal-Instituts in Köln.

die Zuständigkeiten der Sozialwissenschaften und des Sozialstaats.

Dem Verfasser sei erlaubt, gemäß eigener Sicht zwei kaum geläufige Dienste des Jubilars besonders anzuerkennen:

1. Das Einbeziehen von Aspekten von Sexualität, Reproduktion, Ehe, Familie, Freiheit/Bindung, die klassisch der Moralthologie zugeordnet waren, in die (christliche) Sozialwissenschaft.

2. Sein Festhalten als Sozialwissenschaftler am personalen Menschenbild, nach dem jeder Mensch einzigartig ist: Person. Gemäß „De singulis non est scientia“ (Einzigartiges ist nicht Gegenstand von Wissenschaft)

blieb Personsein der Soziologie stets unzugänglich. Ihre Sicht reduziert Person auf Rolle, ähnlich dem antiken – dem Theater entnommenen Verständnis von persona (griechisch: prosopon=Maske) als Rolle. Noch im Neuen Testament ist die antike Bedeutung gemeint, wenn es mehrfach heißt: „Gott schaut nicht auf die Person“. Nach unserem Person-Verständnis schaut Gott nicht auf die Rolle, vielmehr auf die Person (nämlich „ins Herz“, wie es an anderer Stelle heißt. Unser Person-Verständnis verdanken wir wohl nicht zuletzt dem frühchristlichen Nachdenken über die Offenbarungsgeheimnisse der Trinität (ein Gott in drei Personen) und Christus (eine Person mit zwei Naturen – wahrer Gott und wahrer Mensch).

rezension

Prof. Dr. Manfred Spieker, Osnabrück

Ist das Leben es wert, weiter gegeben zu werden?

Rezension zu Rémi Brague, „Anker im Himmel. Metaphysik als Fundament der Anthropologie“, hrsg. von Christoph Böhr, übersetzt aus dem Französischen von Hermann Kleber, Springer VS Wiesbaden 2018, 146 Seiten, 29.90 Euro

Rémi Brague, von 2002 bis 2012 Inhaber des Guadagni-Lehrstuhls für Religionswissenschaft und christliche Weltanschauung der Universität München und von 1990 bis 2010 zugleich Professor an der Sorbonne in Paris, erörtert eine Frage, die allen Fragen zum Thema Lebensrecht und Lebensschutz vorausliegt: Warum ist das Sein besser als das Nichts? Alle Anstrengungen der Menschen in Theorie und Praxis, das Gute für die Menschen zu sichern, sie zu ernähren, zu heilen, zu bekleiden, sie in Frieden leben zu lassen und ihnen Zugang zu Kunst und Kultur zu verschaffen, lassen die eine Frage unbeantwortet, ob die Tatsache, dass es überhaupt Menschen gibt, die sich an solchen Gütern erfreuen, an sich selbst ein Gut ist. Man brauche, so Brague, um eine solche Frage zu beantworten, eine starke Metaphysik. Der Zweck seines Buches, das aus fünf Vorlesungen in Barcelona im Jahr 2009 hervorgegangen ist, sei es, die Metaphysik als unumgängliches Bedürfnis und als Fundament der Anthropologie darzustellen. Brague streift die Geschichte der Metaphysik von Platon bis Heidegger. Er widmet sich der nihilistischen Ablehnung der Metaphysik bei Nietzsche und Schopenhauer mit allen Folgen für die Bewertung des Selbstmordes und den Hass auf den Schöpfungsbericht im Buch Genesis, dessen Fazit, dass nämlich alles, was Gott geschaffen

hat, „sehr gut“ ist, Nihilisten, Pessimisten und Atheisten gleichermaßen empört. Brague zitiert Theophrast, den Nachfolger des Aristoteles, bei dem sich bereits die Formulierung findet, dass das, was ist, gleichzeitig gut ist. Er zeigt, wie in der Philosophie des Mittelalters jüdisches und griechisches Denken zusammenflossen: alles, was ist, ist, sofern es ist, gut, wahr und schön. Die Scholastik nannte das die Austauschbarkeit der Transzendentalien.

Die „wahre Frage“ für Brague lautet nicht, ob das Leben es wert ist, gelebt zu werden. Das war die zentrale Frage für Dostojewski und Camus. Die wahre Frage für Brague lautet, ob das Leben es wert ist, weiter gegeben zu werden. Die Bejahung dieser Frage ist die zentrale Voraussetzung für jeden, der sich für das Lebensrecht und den Lebensschutz einsetzt. „Wir sind nicht frei darin, auf die Welt gekommen zu sein. Hingegen sind wir ganz und gar frei, andere ins Leben zu rufen.“ Damit die Menschheit weiter existiert, müssen die Menschen sich auf die ausdrückliche oder stillschweigende Idee stützen, dass das Leben ein Gut ist. Das Leben zu lieben, heißt es weiter zu geben. Das kulturelle und politische Klima in Europa vertrete heute eher den gegenteiligen Standpunkt, den Papst Johannes Paul II. auf den Nenner brachte: „Kultur des Todes“. Von den Möglichkeiten der Selbsterstörung durch die Zerstörung der Umwelt, die nuklearen Waffen und die demographische Auslöschung erörtert Brague vor allem letztere, die bisher weniger Glück gehabt habe, bedacht zu werden als die beiden anderen. Dass sich eines nicht allzu fernen Tages auch die Selbsterstörung durch die Biotechnologie zu diesen Gefahren

gesellen könnte, deutet Brague nur an, ohne darauf näher einzugehen. Aber alle Vorschläge, diesen Gefahren zu begegnen und alle Reflexionen über die Organisation des Zusammenlebens in einer lebensfähigen und lebenswerten Gesellschaft setzen eine selbstverständliche Gegebenheit voraus, nämlich die Existenz der Gemeinschaft selbst, die der Träger dieser sozialen Interaktion

ist. Deshalb könne der Frage nach den Bedingungen der menschlichen Existenz nicht ausgewichen werden. Um diese Frage anzugehen, bedürfe es einer starken Metaphysik, die ihren „Anker im Himmel“ habe. Weit davon entfernt, eine überflüssige Superstruktur zu sein, erweist sich die Metaphysik als „die unverzichtbare Infrastruktur für die Fortsetzung des Lebens der Menschen“.

Vorschau auf ZfL 4/2018

Thema: Suizidassistenz

Henning Lorenz/ Dr. Carina Dorneck, Halle

Die Strafbarkeit des Arztes bei freiverantwortlichem Suizid

Besprechung zu LG Berlin, Urteil vom 8. März 2018 – 502 KLs 1/17 –

LG Berlin

Zur Begehungs- und Unterlassungsstrafbarkeit des Hausarztes beim freiverantwortlichen Suizid

Urteil vom 8. März 2018 - (502 KLs) 234 Js 339/13 (1/17)

Thema: Reproduktionsmedizin

Mmgr. Prof. Dr. Peter Schallenberg, Paderborn/Mönchengladbach

Personalität und Reproduktionsmedizin

Kritik aus Sicht der theologischen Ethik

Deutscher Ethikrat

Keimbahneingriffe am menschlichen Embryo: Deutscher Ethikrat fordert globalen politischen Diskurs und internationale Regulierung

Ad-hoc-Empfehlung 29. September 2017

Judikatur: Der Berliner Raser-Fall

Bundesgerichtshof

Zur Bedeutung der Eigengefährdung für das Vorliegen von bedingtem Tötungsvorsatz bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr

Urteil vom 1. März 2018 – 4 StR 399/17 –

mit Anm. von *Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen*

Hinweis zur Datenschutz-Grundverordnung

An die Mitglieder der Juristen-Vereinigung Lebensrecht!

Seit dem 25. Mai 2018 gibt es die Europäische Datenschutz-Grundverordnung. (EU-DSGVO). Sie verpflichtet auch uns als gemeinnützigen, eingetragenen Verein mitzuteilen, wie wir mit den dem Vorstand übermittelten Daten umgehen und nachzufragen, ob mit der vom Vorstand hierzu beabsichtigten Arbeitsweise Einverständnis besteht:

1. Die dem Vorstand bei Eintritt in die JVL oder später übermittelten Daten (z.B. E-mail-Adressen) geben wir nicht an Dritte weiter und veröffentlichen sie auch nicht. Das früher hin und wieder neu aufgelegte Mitgliederverzeichnis entfällt damit. Dies verhindert aber nicht, dass Mitglieder auch weiterhin untereinander Kontakt aufnehmen können. Will jemand aus der JVL also wissen, ob z.B. Herr A Mitglied ist oder wie er ihn erreichen kann, so wird diese Anfrage mit dem in der Anfrage liegenden Einverständnis des Anfragenden an den Angefragten weitergeleitet, der dann entscheiden kann, ob und wie er mit dem Anfragenden in Verbindung tritt. Eine solche Anfrage wird am besten an den Sekretär der JVL gerichtet, der die Mitgliederliste führt.
2. Die dem Vorstand übermittelten Daten werden ausschließlich zur Vereinsarbeit gespeichert und genutzt. Dazu gehört auch die Kontaktaufnahme des Vorstands mit allen oder einzelnen Vereinsmitgliedern in Form von einzelnen oder wiederholten Anfragen ferner die der regelmäßige Zusendung der Zeitschrift für Lebensrecht. Wenn hierzu kein Widerspruch erfolgt, wird davon ausgegangen, dass diese Formen der Kontaktaufnahmen auch weiterhin erfolgen können.
3. Bei einem Widerspruch wird dieser selbstverständlich beachtet.

Köln, im Oktober 2018

Prof. Dr. Christian Hillgruber
(Vorsitzender)

Knut Wiebe
(Sekretär und Schatzmeister)